



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO

**LA PRESCRIPCIÓN INDEPENDIENTE DE LA ACCIÓN HIPOTECARIA DIRIGIDA
CONTRA EL TERCER POSEEDOR**

**Memoria de prueba para optar al Grado Académico de Licenciado en Ciencias
Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile**

**Autor:
Alfonso Jove Avilés**

**Profesor Guía:
Ricardo Berstein Katz**

**Santiago, Chile
2010**

Tabla de Contenidos

Tabla de Contenidos.....	1
Resumen.....	4
Introducción	5

CAPITULO I

CONCEPTO Y CARACTERISTICAS DEL DERECHO REAL DE HIPOTECA.....

.....	7
1.Generalidades.....	7
2.Las garantías reales.....	8
3.La hipoteca.....	8
4.Características del derecho real de hipoteca.....	11
4.1La hipoteca es un derecho real.....	11
4.2La hipoteca es un derecho inmueble.....	15
4.3La hipoteca constituye una limitación al derecho de propiedad.....	16
4.4La hipoteca otorga a su titular una preferencia.....	18
4.5La hipoteca es un derecho accesorio.....	19
4.5.1Teoría clásica de la accesoriedad.....	22
4.5.2Nuestra opinión.....	24
5. Síntesis.....	26

CAPITULO II

LA INDEPENDENCIA DE LA HIPOTECA EN RELACION AL CREDITO CAUCIONADO.....

1.Planteamiento del Problema.....	28
2.La hipoteca de obligaciones futuras o eventuales.....	29

3. Supervivencia de la hipoteca en la novación.....	32
4. La cesión del crédito hipotecario.....	33
5. Inmueble en manos de un tercer poseedor	36
5.1 Tercer poseedor de la finca hipotecada.....	37
5.2 La acción de desposeimiento.....	39
6. Hipoteca Abstracta.....	42
7. Síntesis.....	43

CAPITULO III

LA PRESCRIPCION DE LA ACCION HIPOTECARIA. FRENTE AL TERCER POSEEDOR.....	44
---	----

1. Planteamiento del problema.....	44
2. Interposición de la acción hipotecaria y la prescripción.....	44
3. Primera posición: No es posible que la acción hipotecaria prescriba en forma independientemente.....	46
3.1 Crítica a esta doctrina.....	48
4. Segunda posición: Es posible que la hipoteca se extinga por prescripción independientemente de la acción personal.....	52
4.1 La renuncia a la prescripción.....	53
4.2 La interrupción de la prescripción.....	59
4.2.1 La interrupción de la prescripción y el ejercicio de las acciones personal e hipotecaria.....	62
4.2.2 Posición mayoritaria de la doctrina y jurisprudencia.....	63
4.2.3 Defensa de la postura minoritaria.....	67
4.2.3.1 Fundamento de la prescripción.....	69
4.2.3.2. La libre circulación de los bienes.....	70
4.2.3.3 La negligencia del acreedor en el correcto ejercicio de sus derechos.....	71
4.2.3.4 Efectos atribuidos a la renuncia.....	75

4.2.3.5Limitación objetiva y subjetiva de la interrupción..	77
4.2.3.6Limitaciones a la accesoriadad de la hipoteca.....	83
4.2.3.7Falta de emplazamiento del tercer poseedor.....	85
5.Síntesis.....	87
CONCLUSIONES FINALES.....	89
BIBLIOGRAFIA.....	93

Resumen

LA PRESCRIPCIÓN INDEPENDIENTE DE LA ACCIÓN HIPOTECARIA DIRIGIDA CONTRA EL TERCER POSEEDOR

La presente memoria de prueba, trata sobre un tema que hasta la fecha no ha sido objeto de una investigación acuciosa por parte de la doctrina, este es, la posibilidad de que la acción hipotecaria prescriba en forma independiente.

En el primer capítulo, se analizan las características del derecho de hipoteca que el autor considera de mayor relevancia para construir la hipótesis de prescripción independiente, tales como su carácter real, inmueble, preferencia y por sobre todo el de la accesoriedad.

Con posterioridad, en el capítulo II se analizan una serie de situaciones en las cuales, en mayor o menor medida, la doctrina y jurisprudencia han considerado que la hipoteca se comporta de un modo independiente en relación a la obligación caucionada. Dentro de esas situaciones, la que es tratada con mayor profundidad es aquella referente a la existencia de un tercer poseedor de la finca dada en hipoteca, pues, es en ese caso, en que la figura de prescripción independiente de la acción hipotecaria tiene relevancia práctica.

En el capítulo III, se entra de lleno al análisis de la figura de la prescripción independiente de la acción hipotecaria. En primer lugar, se analiza lo que es la posibilidad de que el deudor principal renuncie a la prescripción en los términos legales, y si esa renuncia es o no oponible frente al tercer poseedor. Luego, se plantea el problema de si la interrupción de la prescripción que opera respecto del deudor personal, es o no oponible al tercer poseedor. Se expone en relación a este último punto, en que consiste y cuáles son los argumentos de la posición mayoritaria para después exponer el autor, la doctrina minoritaria y sus fundamentos. Además, se elaboran una serie de nuevos argumentos para sustentar esta última posición.

Por último, el autor finaliza el trabajo señalando las principales conclusiones a las que se llegó en razón de las instituciones en análisis. Sobre esa base, da su opinión respecto a cual sería el camino a seguir, para que la doctrina minoritaria, sea acogida en el futuro por los tribunales de justicia.

Introducción

El tema que he elegido para desarrollar mi memoria de prueba, es la prescripción independiente de la acción hipotecaria cuando esta se dirige contra el tercer poseedor. El problema consiste básicamente en determinar, si es posible o no, que la acción real hipotecaria pueda prescribir en forma independiente respecto de la acción personal emanada del crédito garantido, para el caso de que la primera, se separe en cuanto a su ejercicio respecto de la segunda, siendo interpuesta en contra del tercer poseedor.

El trabajo tendrá como hipótesis central, que es posible que la acción hipotecaria prescriba en forma independiente, pero solamente para aquellos casos en que se dirija contra terceros poseedores de la finca hipotecada y se cumplan otra serie de requisitos. Como podrá advertirse, esta hipótesis es abiertamente contraria a lo que hasta la fecha han sostenido la inmensa mayoría de la jurisprudencia y la doctrina más tradicional (Alessandri, Somarriva, entre otros), por lo que el trabajo se esmerará en desvirtuar los argumentos de esa posición, como también en aportar nuevos antecedentes que permitan dar cabida a nuestra posición.

Para cumplir con los objetivos planteados se empleará una metodología expositiva y analítica. En primer lugar, y a modo introductorio, se expondrán las principales características de las instituciones en cuestión, para con posterioridad, entrar de lleno al fondo del problema. En este último punto, se expondrá lo que a juicio de la mayoría de la doctrina y jurisprudencia, es la solución aplicable frente a la prescripción de la acción hipotecaria dirigida contra terceros, efectuándose un análisis crítico de esa postura. En esa etapa, la posición dominante será refrendada por medio de los argumentos expuestos por la doctrina minoritaria, sentencias de casación, sentencias de primera y segunda instancia, así como también por conclusiones a las que este memorista ha llegado. Sobre la base de lo expuesto, se concluirá finalmente, si la hipótesis señalada en el párrafo anterior se refuta o comprueba.

Las motivaciones que me han llevado a escoger este tema han sido varias, pero dos son las más importantes. La primera de ellas, es que se trata de un problema que no tiene una solución expresa en las disposiciones legales vigentes, lo que implica que la solución a los conflictos debe buscarse en los principios que inspiran la legislación civil. La segunda, que no obstante lo anterior, hasta la fecha el tema prácticamente no ha sido objeto de investigaciones acuciosas, lo que permite un amplio margen de desarrollo para la investigación jurídica.

La relevancia que esta problemática puede tener en la práctica es muy importante, ya que desde la entrada en vigencia del Código Civil, a mediados del siglo XIX, no han sido pocos los casos en que se ha discutido cuáles son los alcances de la prescripción respecto a la dualidad personal y real que reviste toda relación hipotecaria. Sin embargo, a lo largo de la investigación se notará que lamentablemente, la controversia no ha sido lo suficientemente sistematizada por la doctrina, tal vez porque muchas veces la prescripción extintiva no es percibida como una institución de esencial importancia para la paz social y la justicia, sino que más bien como un subterfugio que emplean los deudores para evitar el cabal cumplimiento de sus obligaciones.

Desde un punto vista más general, es necesario recordar que un buen sistema hipotecario resulta fundamental para el buen funcionamiento del sistema económico, pues en la práctica, la hipoteca permite asegurar el cumplimiento de créditos cuantiosos necesarios para poner en funcionamiento la industria. La importancia entonces de determinar, cuales son los alcances de la prescripción en esta materia, adquiere una mayor relevancia para lograr la ansiada seguridad jurídica que requiere el desarrollo de los negocios.

Capítulo I

Concepto y características del derecho de hipoteca

1. Generalidades

La obligación es concebida como un vínculo jurídico entre personas determinadas, en virtud del cual una de ellas se coloca en la necesidad de efectuar a la otra una prestación que puede consistir en dar una cosa, hacer o no hacer algo¹.

Dentro la noción anterior, se encuentran implícitos dos elementos fundamentales. El primero de ellos, es la vinculación o relación de débito, por la cual el deudor debe dar cumplimiento a la prestación pactada. El segundo, es la relación de responsabilidad, la cual se traduce en la facultad que tiene el acreedor frente al incumplimiento, de satisfacer su crédito en todos los bienes raíces del deudor, sean presentes o futuros (Artículo 2465).

El acreedor si bien posee este derecho respecto del deudor, la noción clásica del patrimonio como atributo de la personalidad y universalidad jurídica, le permite al sujeto pasivo de la relación jurídica disponer sin ninguna limitación de todos sus bienes. Esta situación, puede ser en extremo perjudicial para el acreedor, ya que, frente al incumplimiento, existe la posibilidad de no encontrar bienes sobre los cuáles hacer efectivo el crédito, ya sea por fraude o negligencia del deudor, o bien por el simple infortunio. Similar situación puede ocurrir frente a un deudor con múltiples acreedores, pues, en ese caso, la satisfacción que cada uno de ellos pueda obtener por ocasión del incumplimiento, puede ser mucho menor que las legítimas expectativas generadas al momento de la constitución de la obligación.

1 Abeliuk Manasevich, René. Las obligaciones. Tomo I. Cuarta Edición. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 2001. Página 31.

En vista de estas situaciones, el legislador ha establecido una serie de mecanismos que permiten al acreedor suplir la insuficiencia del derecho de prenda general. Estos pueden clasificarse en dos categorías fundamentales, los derechos auxiliares del acreedor y las garantías. Las garantías pueden ser a su vez, personales, cuando el acreedor puede dirigirse no sólo contra el patrimonio del deudor, sino que también en contra los demás obligados al pago (Fianza, solidaridad), o reales, cuando lo afectado al cumplimiento es un bien determinado mueble o inmueble (prenda e hipoteca)

2. Las garantías reales

Las garantías reales, representan la protección más eficaz que la ley otorga a los acreedores frente al incumplimiento de una obligación, pues por medio de ellas, quedan cubiertos de toda enajenación que pueda efectuar el obligado respecto del bien afectado, así como de la insolvencia de aquél sujeto por la ejecución que puedan intentar otros acreedores. Este tipo de garantías, consisten en afectar al cumplimiento de la obligación un bien determinado, sea mueble o inmueble.² Dentro de ellas, nuestra legislación reconoce a la prenda, la hipoteca y la anticresis, siendo las dos primeras las de mayor relevancia práctica, y constituyendo la hipoteca el objeto central de estudio de esta investigación.

3. La hipoteca

La hipoteca es definida en el artículo 2407 del Código Civil como un derecho de

² Somarriva Undurraga, Manuel. Tratado de las Cauciones. Santiago. Editorial Nascimento. 1943. Página 10

prenda, constituido sobre inmuebles que no dejan por eso de permanecer en poder del deudor.

Esta definición, ha sido considerada por los tratadistas como poco feliz, deficiente, poco clara e incluso deplorable,³ ya que, según ellos, no sería posible formarse una idea clara de lo que constituye la institución. Sin embargo, y sin ánimo de entrar en polémicas respecto de la imperfección de la definición, el legislador al concebir de esta manera a la hipoteca ha señalado algunas de sus características primordiales.

En primer lugar, se señala que es un derecho de prenda, lo cual si bien en estricto rigor es erróneo, ya que se trata de un derecho real diferente, es ilustrativo en cuanto a estimar que se trata de un derecho de garantía que recae sobre una cosa determinada, y que su finalidad es asegurar el cumplimiento de una obligación, otorgando al acreedor frente al incumplimiento, el derecho a pedir la venta de ese bien en pública subasta, para de esa manera hacerse pago de lo adeudado con el producto de esa realización.

En segundo lugar, el artículo en cuestión, señala que la hipoteca recae necesariamente sobre bienes inmuebles, diferenciándola de esa manera de la prenda. Ello técnicamente tampoco es correcto, atendido que la legislación especial autoriza la hipoteca de naves y aeronaves. Sin embargo, la norma general es que la hipoteca recaiga sobre inmuebles, rigiéndose en lo relativo a su adquisición, conservación y extinción, por las normas relativas a ese tipo de bienes.

En tercer lugar, la vilipendiada definición de Bello, señala otra diferencia fundamental con la prenda regulada en el Código Civil, la que consiste en la falta de desplazamiento de la cosa dada en hipoteca de manos del deudor al acreedor. Esta característica constituye una de las ventajas más importantes de esta garantía, pues

3 Meza Barros, Ramón. De las Fuentes de las Obligaciones. Tomo II. Décima Edición Actualizada. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 2004. Página 154.

no se priva al deudor de beneficiarse de los frutos que pueda otorgar el inmueble hipotecado, permitiéndole obtener una importante fuente de financiamiento, atendido el alto valor que generalmente reviste la propiedad raíz.

La definición dada por legislador no señala que la hipoteca sea un derecho real, sin embargo, se subsana esta omisión por la existencia de diversas disposiciones que reconocen expresamente ese carácter (artículos 577, 2470,2477). De la misma manera, no se expresan las facultades de venta, preferencia y persecución como tampoco su accesoriedad, pero, posteriormente, existen otras disposiciones que se refieren especialmente a esas características, por lo que a mi juicio, integralmente, no puede considerarse deplorable la conceptualización que el legislador otorga a esta garantía.

Por último en relación con este punto, cabe señalar que toda definición de hipoteca, para ser completa, debiese tener énfasis en las principales funciones y características que se presentan a lo largo de su vida jurídica, tarea que puede resultar muy difícil, e incluso imposible, atendidas las numerosas particularidades que la hipoteca presenta (carácter de garantía, accesoriedad, indivisibilidad, las solemnidades del contrato hipotecario, su constitución registral, los derechos que asisten al acreedor pendiente el cumplimiento de la obligación garantizada, la eventualidad de la ejecución y los derechos que en ese caso asisten al acreedor, su peculiar extinción, y muchas otras).

Por lo anterior, no creemos conveniente para efectos de esta investigación detenerse en elaborar una definición que siempre pecará de incompleta, preferimos hacer hincapié en como esas particularidades configuran un derecho si bien accesorio, relativamente independiente y autónomo respecto de la obligación garantizada, lo que en definitiva será de mayor importancia para comprobar la hipótesis que se plantea.

4. Características del derecho real de Hipoteca

De acuerdo al concepto establecido por el legislador en el artículo 2407, y los elementos que se esgrimen en las siguientes disposiciones, es menester analizar las características de la hipoteca que para efectos de esta investigación, se consideran de mayor relevancia. Estas características son; 1) su carácter real, 2) inmueble, 3) constituir una limitación del dominio, 4) la preferencia que se otorga al acreedor y la de mayor relevancia para nuestros efectos 5) su carácter accesorio.

4.1- La hipoteca es un Derecho Real

Lo reconoce el legislador de esta manera al enumerarlo en el artículo 577, y es en virtud de esta calidad, que a su titular se le otorga un señorío sobre la cosa hipotecada sin respecto a determinada persona. Es necesario en este punto detenerse en algunos aspectos fundamentales.

En primer lugar, el derecho real de hipoteca, así como el de prenda, se diferencian respecto de los demás derechos reales en cuanto a que las facultades que se obtienen en virtud de estos últimos, se ejercen en forma directa sobre la cosa. De la misma manera, en la hipoteca y en la prenda (denominadas derechos reales de garantía), el señorío recae sobre una cosa determinada, pero de una manera indirecta, pues durante la etapa posterior a su constitución, esa facultad se ejerce más bien sobre el valor económico del bien hipotecado y con posterioridad, una vez impaga la obligación asegurada, el titular tiene el derecho a exigir la venta de la cosa dada en garantía, pagarse con la suma de dinero y así obtener en definitiva la satisfacción del crédito.

En segundo lugar, como todo derecho real, la hipoteca otorga a su titular una

acción del mismo carácter, cuya finalidad es amparar al acreedor para el caso de que el crédito garantizado no sea cumplido en la oportunidad correspondiente. Ante esta situación, nuestra legislación reconoce que no solamente se puede hacer valer la acción real descrita, sino que también puede impetrarse la acción personal emanada del crédito garantizado (Artículo 2397 respecto de la prenda). Ahora bien, en aquellas ocasiones en que la finca hipotecada se encuentra en manos del deudor personal, nuestra jurisprudencia tradicionalmente ha sostenido que ambas acciones se interponen conjuntamente, produciéndose al respecto una verdadera confusión.⁴ Sin embargo, esto es efectivo solamente en cuanto a que las acciones pueden interponerse conjuntamente en contra del deudor principal, pero de ninguna manera puede considerarse que el objeto sobre el cual recae cada una de estas acciones, sea el mismo. Una de ellas recae sobre todo el patrimonio del deudor, incluyendo bienes raíces y muebles, presentes y futuros, mientras que la acción real emanada del derecho de hipoteca, recae sobre un bien específico, que fue especialmente excluido del patrimonio del deudor para efectos de hacer efectivo el crédito en caso de incumplimiento.

De esta manera, el objeto de la acción personal emanada del crédito es satisfacer este último en virtud del derecho de prenda general. En cambio, la acción hipotecaria se dirige específica y únicamente sobre el inmueble hipotecado, siendo precisamente el objeto de esta garantía, subsanar la insuficiencia del patrimonio del deudor, sustrayendo, de esa masa de bienes, un objeto de gran valor sobre el cual poder hacer efectivo un crédito. Una sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Temuco, reconoce la complejidad de la relación jurídica hipotecaria al señalar que *“Cada derecho, según su naturaleza, determina la acción a que él da nacimiento: si se reclama un derecho real, la acción también es real, y si el derecho es personal, la acción será igualmente personal.”* Luego, la misma resolución continúa señalando que *“La acción real es la que se ejercita para reclamar o hacer valer un derecho absoluto sobre una cosa, con entera independencia de toda obligación personal por parte del*

4 Corte de Apelaciones de Santiago, 6 marzo del año 1991. Revista de derecho y jurisprudencia. Tomo LXXXVIII. Segunda parte. Sección segunda. Página 21.

demandado, que lo es tal en cuanto posee la cosa que se persigue, de modo que si no la poseyese no podría ser demandado (...) De consiguiente, de la hipoteca se derivan, en cuanto a la acción, dos situaciones jurídicas diferentes: una principal y otra accesoria: la primera origina una acción personal: y la segunda, da nacimiento a una acción real.”⁵

Aclarados los objetos sobre los cuales recae la acción real hipotecaria, y la posibilidad de interponer tanto esta acción como la personal en contra el deudor, es menester analizar otra de las facultades inherentes a la hipoteca en su calidad de derecho real. Esta es el derecho de persecución, que se traduce en la facultad del acreedor hipotecario de hacer valer sus derechos *erga omnes*, respecto de cualquier detentador de la finca hipotecada y a cualquier título que la haya adquirido (Artículo 2428). En otras palabras, el acreedor en determinados casos, puede impetrar la acción real no en contra del deudor personal, sino que contra el actual detentador de la finca hipotecada denominado tercer poseedor. En el caso aludido, no se produce la situación descrita en los apartados anteriores, pues los destinatarios de cada de una de las acciones que asisten al acreedor son diferentes. Por una parte, la acción personal se dirige contra el obligado, y la otra contra el tercer poseedor, quien responde por el hecho de ser quien al momento de la ejecución detenta el inmueble.

En virtud de lo expuesto, ¿Puede considerarse que el tercer poseedor tiene también la calidad de deudor? La cuestión es discutible, pues en primer término puede sostenerse válidamente que en nuestro derecho, el tercer poseedor no está investido de la calidad de deudor, ya que la ley (Artículos 2414 ,2430) es clara al separar la acción emanada del crédito, (personal) de la hipotecaria (real). Esta afirmación encuentra acogida en la doctrina nacional cuando se señala que al tercer poseedor se le persigue, no porque esté personalmente obligado a la deuda, sino por encontrarse en su poder el inmueble hipotecado⁶. Por esta circunstancia, se podría

5 Corte de Apelaciones de Temuco. 6 de Julio de 1936. Revista de derecho y jurisprudencia. Tomo XXXVII. Segunda parte. Sección segunda, página 49.

6 Somarriva Undurraga, Manuel. Op. Cit. Página 440.

llegar a concluir que el tercer poseedor, no está revestido de la calidad de deudor.

No consideramos que la conclusión anterior sea completamente correcta, pues si bien es cierto que el tercer poseedor, no se encuentra vinculado personalmente al pago de la obligación, no puede establecerse en base a eso que no tiene la calidad de deudor. Ello implicaría que el gravamen que pesa sobre el tercero, no sería una obligación propiamente tal, sino que otro tipo de carga.

El sustento teórico que permite sostener la afirmación anterior ha sido concebido por el moderno derecho de obligaciones, doctrina que ha estimado, que la hipoteca pertenece a una categoría especial denominada obligaciones *propter rem*. Este tipo especial de obligaciones, implican que la calidad de deudor se adquiere por el hecho de adquirir un bien sujeto a un gravamen determinado, de esa manera, la obligación sigue a la cosa de tal forma que si esta se transfiere, el gravamen pasará al nuevo propietario. Ejemplo de esta clase de obligaciones ambulatorias, lo es precisamente la obligación que recae sobre el tercer poseedor de la finca hipotecada, consistente en cumplir con la satisfacción del crédito garantido. Por otro lado, suele señalarse también como ejemplo, que la obligación de pagar las expensas comunes en los edificios cuya propiedad es dividida por pisos o departamentos, constituye otro tipo de obligaciones *propter rem*.

La ley procesal, también ha recogido la especialidad de la acción hipotecaria dirigida contra el tercer poseedor y las complejidades que de esta situación se derivan, estableciendo un procedimiento ejecutivo particular destinado a hacer efectivo el derecho de hipoteca (Artículo 758 y siguientes del Código de Procedimiento Civil). En estos casos, la jurisprudencia ha señalado que el tercer poseedor, a diferencia del deudor personal, no debe ser requerido de pago, pues a diferencia de éste, la prestación que debe efectuar no consiste en pagar una suma de dinero (obligación de dar) sino que en abandonar el inmueble hipotecado (obligación de hacer).⁷

7 Sentencia Corte de Apelaciones de Temuco. 6 de Julio de 1936. En Mery Berisso, Rafael.

Encontramos respecto a este punto, una nueva aproximación en lo relativo a las diferentes acciones que se interponen respecto del deudor y contra el tercer poseedor, lo que deja entrever la posibilidad de que la prescripción de ellas opere en forma separada.

4.2.- La hipoteca es un Derecho Inmueble

En virtud de la clasificación efectuada en el artículo 580 del Código Civil, el derecho de hipoteca es claramente inmueble, ya que así lo es también la cosa sobre la cual ha de ejercerse. La misma consecuencia ha de concluirse respecto de las normas que regulan la inscripción de los títulos hipotecarios, en relación con aquellas que regulan la tradición de los derechos reales constituidos sobre bienes inmuebles.

Se presenta al respecto una especial particularidad, pues el crédito garantizado, que dentro de la estructura compleja del derecho real de hipoteca, es el elemento principal, posee generalmente un carácter mueble. Por tanto, se puede sostener en base a esta situación que existiría al menos una excepción frente a los principios que rigen la accesoriedad de los derechos, pues no se seguiría el principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal. En palabras de un autor extranjero, en base a la dualidad mueble e inmueble que reviste la relación jurídica hipotecaria, es que *“se puede afirmar cabalmente su naturaleza típica y diferencial, que es en definitiva lo que le otorga su morfología de derecho.”*⁸

La dualidad a la que se hace alusión, es una de las muchas razones por las

Derecho Hipotecario. Estudio de Derecho Civil chileno y comparado. 1958. Editorial Jurídica de Chile. Página 372.

⁸ Sillery López de Ceballos, Ricardo. “El carácter accesorio del derecho de hipoteca (Ensayo sobre la autonomía estructural y funcional de la hipoteca)”. Caracas. Venezuela. Universidad Central de Venezuela. Facultad de Derecho. 1968. Página 59.

cuáles se debe entender a la hipoteca como un derecho diverso, pero estrechamente vinculado al derecho de crédito y uno de los muchos aspectos en los cuales se manifiesta su carácter individual, su propia naturaleza, sus principios y normas especiales que la rigen, e incluso la independencia relativa en relación a la obligación caucionada con que opera en algunos casos.

Existe alguna doctrina extranjera, que estima que la hipoteca, en razón de su accesoriidad, debiese tener un carácter mobiliario o inmobiliario dependiendo de la naturaleza mueble o inmueble del crédito, de no ser así se estaría frente a una infracción del principio *accessorium sequitor principale*.⁹ Sin embargo, ese carácter es desmentido si se considera que la hipoteca es un derecho vinculado a otro, pero con carácter propio y accesorio al crédito sólo en cuanto le sirve de garantía.¹⁰ Se puede agregar también, para desvirtuar esta posición, que esa noción corresponde más bien a una consecuencia del uso abusivo del principio de la accesoriidad.

Por último, cabe agregar que el carácter inmueble de la hipoteca no es absoluto, pero es la regla generalísima. Excepcionalmente, se permite en la legislación especial la hipoteca de naves y aeronaves (Artículo 866 y siguientes del Código de Comercio, Artículos 114 y siguientes del Código Aeronáutico). Sin embargo, ante esto podría considerarse que se trata más bien de una excepción aparente, porque la ley en muchos aspectos equipara este tipo de bienes a las normas que regulan los bienes inmuebles (sistema registral, tradición, plazos de prescripción, etc.)

4.3 La hipoteca constituye una limitación al derecho de propiedad

El derecho real de hipoteca constituye una limitación del dominio del inmueble hipotecado. Si bien el artículo 732 del Código Civil, no la enumera dentro de esas

9 En la Doctrina nacional, Vittorio Pescio sostiene esta opinión.

10 Mery Berisso, Rafael. Op. Cit. Página 36.

limitaciones, dicho carácter es innegable desde el punto de vista de que el dominio, concede a su titular todas las facultades que una persona pueda ejercer sobre una cosa (uso, goce y disposición) y que la hipoteca impide el pleno desarrollo de esos derechos. Además, la misma definición que ha dado el legislador del dominio o propiedad en el artículo 582 del Código Civil, señala que una de sus limitaciones la constituye precisamente el derecho ajeno, por lo que las facultades que el titular de la hipoteca tiene respecto del inmueble, no son sino una consecuencia de esas limitaciones. Un ejemplo de lo anterior, lo constituye el derecho del acreedor a solicitar medidas conservativas o el pago inmediato de la deuda, frente al deterioro o pérdida de la finca hipotecada (Artículo 2427), ya que el titular del dominio en uso pleno de sus facultades, no debiese responder por ningún tipo de explotación de su propio inmueble, sin importar si ese uso provoca su deterioro o pérdida.

Para efectos de nuestra investigación, es muy importante el hecho de reconocer a la hipoteca como una limitación del dominio, pues uno de los principios fundamentales del Código Civil es la libre circulación de los bienes. En virtud de la instauración de esta premisa fundamental, es que el Código ha prohibido una serie de instituciones que puedan entorpecer la libertad de comercio, como por ejemplo, la constitución de dos o más fideicomisos o usufructos sucesivos (Artículos 745 y 769), la no enajenación de la cosa legada (Artículo 1126) o el privar de valor a aquellas cláusulas que impidan la enajenación o gravamen de un bien hipotecado (Artículo 2415).

Ahora bien, el hecho de que un inmueble se encuentre perpetuamente o por mucho tiempo hipotecado, limitando a su legítimo propietario del ejercicio de las facultades inherentes al dominio ¿Puede considerarse una vulneración del principio de libertad de comercio y de circulación de la riqueza? Frente a esta interrogante, creemos que la respuesta puede ser positiva en algunos casos puntuales, pues el hecho de que el inmueble se encuentre en forma permanente sujeto a este gravamen, no solamente impide el pleno ejercicio del *ius abutendi*, sino que también, si bien legalmente no se impide la transferencia de la propiedad constituida sobre él en virtud

de la prohibición que establece el artículo 2415, en la práctica si se impide esa circulación o al menos se traba la transacción a un precio justo.

Este tipo de situaciones, pueden ser patentemente injustas en aquellos casos en que la acción hipotecaria recae sobre una persona distinta del obligado personalmente, y si sumamos a ello, la negligencia del acreedor en el ejercicio y defensa de sus derechos, es perfectamente plausible considerar que, constituyendo una hipoteca respecto de un bien inmueble determinado, se limita la disposición arbitraria que asiste al titular del derecho de propiedad sobre ese bien, mucho más allá de lo que han permitido los principios generales de nuestra legislación.

Por lo anterior, no creemos que sea razonable optar por una solución que extienda injustamente y por un largo período de tiempo el gravamen hipotecario, pues de esa forma, si bien no se impide la transferencia de un inmueble, si se obsta de manera ostensiva la libre circulación de la riqueza, no existiendo mayores razones para pasar por alto uno de los principios esenciales del ordenamiento jurídico privado.

4.4 La hipoteca otorga a su titular una preferencia

La hipoteca constituye un crédito privilegiado. Esta cualidad se traduce en la facultad que tiene el acreedor hipotecario, para satisfacer el crédito insoluto por medio del dinero obtenido en la venta pública del inmueble hipotecado.

La preferencia que origina, es una característica fundamental desde el punto de vista de la concepción de la hipoteca como una garantía, pues es de esta forma en que se hace efectiva la separación del bien hipotecado del resto del patrimonio del deudor, rompiéndose a igualdad de los diferentes acreedores que este pueda tener. En definitiva, la preferencia hace exigible una de las ventajas más importantes que asisten al titular de la hipoteca.

Ahora bien, la preferencia que el legislador otorga a la hipoteca, ilustra también el carácter de derecho con fisonomía e individualidad propia de la cual está revestida, pues el legislador, al regular la prelación de créditos, señala que sólo son causas de preferencia el privilegio y la hipoteca (Artículo 2470). Esta disposición, expresamente está reconociendo nuevamente a la hipoteca como un derecho real completamente diferente de la obligación caucionada, y no como una mera cualidad o refuerzo del crédito. De esa manera, y en forma tajante, la norma aludida diferencia un mero privilegio emanado de un crédito determinado, de la hipoteca, la cual es un derecho real que en esa calidad otorga a su titular una potestad mucho más fuerte y eficaz respecto del bien dado en garantía.

Lo anterior, también es reconocido por el legislador al establecer el derecho optativo que tiene el acreedor, de dirigirse al deudor por la vía de la acción personal, o en contra del inmueble hipotecado por intermedio de la acción real hipotecaria. En caso de que el acreedor insatisfecho, haga uso de la primera opción, la preferencia de la cual está revestida la hipoteca no se comunica a esa acción, pudiendo sólo hacer uso de las facultades propias de su derecho de prenda general (Artículo 2425).

4.5 La hipoteca es un derecho accesorio

Esta cualidad es de suma importancia para sostener la hipótesis planteada en esta investigación, ya que determinando cual es el alcance de la accesoriedad de la hipoteca, se podrá determinar también cuáles son las posibilidades de que ésta, en ciertos y determinados casos, pueda desenvolverse en forma independiente, y en definitiva, si es factible que opere la prescripción de la acción hipotecaria en forma separada respecto de la principal.

En nuestro derecho, se reconoce en diversas disposiciones (Artículos 46,

2432,2434, 2516), que la hipoteca tiene un carácter accesorio respecto de la obligación garantida, sin embargo, la gran mayoría de los tratadistas estima que la accesoriedad sólo se refiere a su función y fines, pero nunca a su naturaleza jurídica intrínseca,¹¹ conservando la hipoteca a lo largo de su existencia, un tratamiento jurídico regido por sus propios principios y normas.

Luego, se señala comúnmente, que la accesoriedad implica como consecuencia que todo hecho que tenga lugar en la obligación principal, necesariamente va a repercutir en la hipoteca, ello en virtud principio de lo accesorio expresado en el brocardo latino *accessorium sequitor principale*. En base a ello, se ha establecido que la dependencia de la hipoteca se manifiesta en todas sus etapas, desde su nacimiento o constitución, pasando por su extensión, desarrollo y su extinción:

.- En primer lugar, la constitución de la hipoteca va a requerir que con anterioridad exista un derecho personal que garantice. No puede concebirse a la hipoteca, la prenda u otra garantía, sin que exista éste vínculo previo, y de ser así lo accesorio carecería de objeto y utilidad, ya que su propósito y finalidad están siempre en relación de dependencia respecto del crédito. De esta forma lo reconoce nuestro Código Civil, al señalar respecto de la prenda, que ella supone siempre una obligación principal a la que accede (Artículo 2385), lo cual debe entenderse sin perjuicio, de que en determinados casos, sí es posible concebir una hipoteca constituida con anterioridad a la existencia de la obligación que se pretende asegurar, aunque de todas maneras, en esos casos, se otorgue a favor de un potencial acreedor y no respecto de un sujeto indeterminado.

.- En segundo lugar, en cuanto a su extensión, la hipoteca se encuentra en estrecha dependencia respecto del monto de la obligación principal, ello en razón de que la vinculación del bien hipotecado, se efectúa hasta una suma que por regla general, es

11 Mery Berisso, Rafael. Op. Cit. Página 37.

la misma que la del crédito principal.

.- En cuanto a la subsistencia, de la misma forma como en su nacimiento, la hipoteca requiere de la existencia de una obligación principal, ello es también necesario para que la hipoteca siga surtiendo efecto, no pudiendo sobrevivir la obligación hipotecaria al crédito garantizado. De esta manera, la extinción de la obligación principal por el pago, nulidad, prescripción, u otro modo, necesariamente va a ocasionar el mismo efecto respecto de la hipoteca.

Ahora bien, ¿Cual es el alcance de esta accesoriedad? ¿Puede sostenerse que ese carácter es absoluto de tal manera, de que no es posible concebir el actuar independiente de la hipoteca? Dilucidar estas interrogantes es esencial en el desarrollo de esta investigación, y a lo largo de ella, se volverá una y otra vez a estas cuestiones. Como premisa inicial, se puede sostener que el carácter accesorio del derecho real de hipoteca es innegable, y prácticamente todos los autores son contestes al considerarlo de esa manera. No obstante, no existe claridad respecto del alcance que este principio tiene, pues existen muchas situaciones, en las fases de constitución, desarrollo y extinción, en que la hipoteca opera con una independencia relativa, no siendo siempre aplicable el principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

Respecto a lo anterior, somos de la opinión, de que al menos la doctrina nacional, no ha dado una argumentación consistente que permita explicar los límites de la accesoriedad, existiendo en este punto, una falta de claridad, que, en algunos casos, ha llevado a soluciones que no consideramos ajustadas a derecho. A grandes rasgos, pienso que esta situación se debe a que al principio de lo accesorio se le ha otorgado un carácter absoluto, lo que implica que el elemento accesorio se encuentra total y absolutamente sometido a lo principal, negando por ejemplo que la acción hipotecaria o prendaria, pueda extinguirse en forma independiente. Esta concepción de la hipoteca, tiene su fuente en la primitiva orientación romana, de acuerdo a la cual, esta es dependiente del crédito a cuya seguridad debe servir, no pudiendo nacer ni subsistir sin él. Si se sigue estrictamente esta teoría, se concibe que el acreedor hipotecario y el

acreedor personal del crédito garantizado, deben necesariamente ser una misma persona, y que la hipoteca no puede transmitirse, gravarse o extinguirse sin el crédito. Esta denominada, doctrina clásica de la accesoriedad de la hipoteca, es de acuerdo a nuestra opinión, una de las causas fundamentales que ha permitido sostener una doctrina que estimamos errónea, ya que todas y cada una de las consecuencias lógicas que acarrea la accesoriedad, no son admitidas por la actual legislación, pues se reconoce que existen numerosas excepciones o limitaciones a este principio.

4.5.1 Teoría Clásica de la Accesoriedad

Nuestra doctrina y jurisprudencia, lamentablemente se han inclinado en extremo hacia una postura clásica de la accesoriedad de la hipoteca, y es en virtud de esta concepción, que la dependencia de este derecho se traslada hacia un extremo. Cabe advertir, que la teoría clásica es en muchos aspectos correcta, y explica muchos de los aspectos fundamentales del derecho real de hipoteca, pero no obstante esos aciertos, es en el factor relacionado al alcance de esa accesoriedad, que esta teoría resulta insuficiente, e incluso errónea, pues se establece que lo esencial de esta garantía, es la finalidad de asegurar el pago de una obligación determinada y se concluye en base a ello, que no puede concebirse a la hipoteca sin la existencia de ese crédito.

Esta concepción, se explica por los orígenes históricos del negocio hipotecario, ya que en el antiguo derecho romano, para garantizar el cumplimiento de una obligación, era necesario que el deudor transfiriese el dominio de un bien determinado al acreedor (la denominada *fiducia cum creditore contracta*), quien se comprometía a devolver esa cosa una vez que la prestación fuese cumplida. En esas riesgosas circunstancias, imperioso era que existiese una obligación determinada, pues las consecuencias que podían resultar para el deudor, en caso de no dar cumplimiento a lo pactado, eran gravísimas. Por las desventajas que este sistema implicaba para el deudor, la institución fue evolucionando permitiéndose luego que el acreedor sólo

ejerciera la posesión de la cosa dada en garantía, para luego llegar a una caución que presenta características análogas a la hipoteca conocida en la actualidad, permitiéndose que el deudor conserve la propiedad, posesión y tenencia del inmueble.

No es discutible que en materia hipotecaria, el Código Civil chileno tiene en su esencia una influencia romana derivada del Código Napoleónico, pero, sin embargo, existen también una serie de influencias de otros ordenamientos y legislaciones que no siempre adhieren totalmente a las posiciones clásicas. De esta manera, don Andrés Bello, refiriéndose a la constitución registral de los derechos reales recaídos sobre bienes inmuebles, señala que *“la institución de que acabo de hablaros se aproxima a lo que de tiempo atrás ha existido en varios estados de Alemania y que otras naciones civilizadas aspiran actualmente a imitar”*¹² reconociendo que existe influencia de sistemas hipotecarios diferentes al romano. Por lo tanto, es posible que dentro de estas influencias, se encuentren los aportes que el derecho germánico hizo en la actual configuración de la hipoteca, aportes, que en palabras de un autor, consisten en otorgarle un *“carácter independiente del crédito asegurado, negando su “accesoriedad.”*¹³ Esta característica, se verificaría en el actual derecho moderno en aquellos casos, en que la hipoteca se desenvuelve con independencia relativa al crédito caucionado.

Lo que para nuestros efectos interesa analizar, es que no obstante haber evolucionado desde el primer tipo de garantía hasta la concebida en la actualidad, la institución siempre quedó signada por la manera de entender las relaciones entre el derecho principal y el accesorio. De esta manera, lógica resulta la afirmación de que *“no se entiende ni justifica la hipoteca sin una obligación existente y válida en el momento mismo de la garantía, y a la cual obligación esta íntima y totalmente ligada la vida, incidencias y suerte de la hipoteca.”*¹⁴ Ahora bien, y tratándose actualmente, de una figura completamente diferente de la concebida en una primera etapa del derecho

12 Mensaje del Ejecutivo al Congreso proponiendo la aprobación del Código Civil.

13 Alfonso de Cossio y Corral, Instituciones de Derecho Hipotecario. Segunda Edición Editorial Bosch. Barcelona. España. 1956. Página 309.

14 Sillery López de Ceballos, Ricardo. Op. Cit. Página 64.

romano, no se justifica una concepción de la accesoriedad como rasgo absoluto, pues como se señalará posteriormente, en la actual configuración de la hipoteca no es completamente cierta la necesidad de existir el crédito al momento de la constitución de la garantía. Es por todo esto, que pienso que recurrir someramente al carácter accesorio de la hipoteca, para justificar una serie de decisiones judiciales sobre temas relacionados, es en la actualidad, a lo menos insuficiente y parece ser más bien un resabio derivado de la concepción hipotecaria romana, que otorgaba injusticadamente una excesiva protección al acreedor.

En definitiva, la denominada doctrina clásica de la accesoriedad es una de las causas, si es que no la principal, de la insuficiencia argumentativa en que lamentablemente han incurrido los tribunales de justicia, al fundamentar algunas de sus resoluciones referentes a esta materia.

4.5.2 Nuestra opinión respecto a la suerte de lo accesorio respecto a lo principal

Consideramos que la doctrina clásica de la accesoriedad, expresada en el aforismo de que lo accesorio siempre sigue la suerte de lo principal, no es completamente correcta al explicar que todo hecho que tenga lugar en la obligación principal, necesariamente va a repercutir en la hipoteca. Esto por varias razones:

a.- En primer lugar, porque se trata solamente de una concepción, que en esa calidad, es de gran utilidad para explicar la subordinación de los actos jurídicos accesorios, pero que no puede ser considerada como una panacea para explicar todas y cada una de las diversas obligaciones accesorias que recoge nuestra legislación, como tampoco para explicar las diversas situaciones en que cada una de sus instituciones puede verse envuelta. La teoría expresada en el brocardo *accessorium sequitur principale*, peca de ambigüedad y exceso de generalidad, no aportando mayores luces respecto

de la relación de dependencia existente entre lo principal y lo accesorio.¹⁵⁻¹⁶

b.- En segundo lugar, suponer que la hipoteca y en general que los derechos reales de garantía son absolutamente dependientes de la obligación garantizada, implica desconocer su misma naturaleza de derechos para concebirlos como una mera cualidad o atributo de un crédito, consideración que es errada atendida las particularidades que presentan la prenda y la hipoteca, algunas de las cuáles ya han sido esbozadas en las páginas anteriores.

De esta manera, abusando del principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, podría sostenerse la doctrina someramente aludida en párrafos precedentes, la cual estima que la hipoteca tiene un carácter mueble, en atención que así lo es, por regla general, el crédito garantizado. Tal consideración, no es plausible atendida la hipoteca como derecho real diferente al crédito, *ergo*, si sostenemos esta diferenciación, debemos sostener como consecuencia de ello, que la hipoteca actúa con autonomía e independencia, produciendo efectos que le son propios y privativos.

Por las mismas razones anteriores, debemos descartar también, la posición que estima que la hipoteca no es más que una modalidad de la acción ejecutiva, en virtud de la cual, solamente se le otorga al acreedor la titularidad de un crédito reforzado.

c.- En tercer lugar, y como consecuencia de lo expresado en el punto anterior, no es posible sostener actualmente la teoría clásica de la accesoriedad, pues, en el caso particular de la hipoteca la doctrina nacional por unanimidad sostiene que en algunos casos, ella es relativamente independiente respecto de la obligación principal, contrariándose excepcionalmente el principio de lo accesorio. En páginas anteriores, se señaló que la hipoteca tiene un innegable carácter accesorio que se manifiesta en su constitución, desarrollo y extinción, pero, como el lector habrá advertido, en esa

15 Sillery López de Ceballos, Ricardo. Op. Cit. Página 31.

16 Así por ejemplo, dentro las clasificación de actos jurídicos accesorios existen una serie de instituciones cuyo único punto en común es la existencia de una obligación principal a la cual se accede, como ocurre, por ejemplo, con las capitulaciones matrimoniales y la fianza.

oportunidad no se señaló que en esas etapas la hipoteca puede desenvolverse con una relativa independencia en relación al crédito caucionado. Así por ejemplo, es perfectamente plausible la constitución de una hipoteca respecto de un inmueble, para garantizar el cumplimiento de una obligación futura (por tanto inexistente), como también se reconoce que extinta una obligación principal por novación, pueda pactarse la subsistencia de la misma hipoteca, para garantizar la nueva obligación que nace en virtud de esa figura. En estos casos, se reconoce que la hipoteca actúa con una independencia relativa, o al menos, se señala que se configuran justificadas excepciones a los principios generales.

Sintetizando, no puede en ningún caso atribuirse a la doctrina clásica expresada en el viejo brocardo *accessorium sequitur principale* un alcance tan amplio. En palabras del Profesor Domínguez Águila “*insistir en el sólo carácter accesorio de la hipoteca para fundar un conjunto de soluciones que se pretenden derivadas de modo absoluto del dicho principio, como sí sólo fuera uno de carácter lógico es ir más allá de lo que tal carácter autoriza.*”¹⁷

Ahora bien, atendido lo expuesto en relación a la accesoriedad, cabe preguntarse ¿Es posible que la acción hipotecaria pueda prescribir en forma independiente, por tratarse de un derecho accesorio, pero que posee una estructura y finalidad propios? En virtud de lo hasta ahora señalado en este apartado, se puede anticipar que no nos parece suficiente, para sostener una negativa, el carácter accesorio que esta garantía reviste.

5. Síntesis

17 Domínguez Águila, Ramón. .El principio de lo accesorio y la prescripción de las acciones de garantía. En Estudios sobre garantías reales y personales. Libro homenaje al Profesor Manuel Somarriva Undurraga. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 2009. Página 44.

En suma, la hipoteca es una garantía accesoria, que, al igual que la prenda, posee características peculiares que no hacen sino preguntarnos, si es posible que los principios derivados de los actos jurídicos accesorios, sean plenamente aplicables. En principio, se concluye que algunas de las consecuencias de la accesoriedad, entran en pugna con las demás características de la hipoteca, por lo que es necesario, determinar hasta que punto deben aplicarse los principios y normas que reglan cada una de esas características.

Capítulo II

La Independencia de la Hipoteca en relación al crédito caucionado

1. Planteamiento del problema

Señalamos en el capítulo anterior, que si bien la hipoteca tiene entre sus principales características ser un derecho accesorio, no puede afirmarse en base a ello que sea una mera cualidad del crédito. La hipoteca es, indudablemente, un derecho real con entidad y fisonomía propias que no puede confundirse con el derecho personal que garantiza. Es en virtud de lo anterior, que se dan una serie de situaciones en las cuáles la hipoteca se comporta en forma independiente en relación a la deuda garantida.

Las situaciones descritas a continuación, confirman que no es completamente cierto que lo accesorio siga la suerte de lo principal, pues queda en evidencia que la hipoteca puede tener autonomía en su existencia y efectos, pudiendo nacer con anterioridad al crédito, tener causales propias de extinción, sobrevivir al crédito caucionado y hacerse efectiva en una persona diferente del deudor personal, entre otras particularidades.

Para entrar de lleno al análisis de la figura de prescripción independiente que vamos a proponer, primero es menester desechar uno de los argumentos que ha esgrimido la doctrina y jurisprudencia para desvirtuar esa posición. El argumento

empleado es que la hipoteca es un accesorio del crédito garantido, y que por tanto, debe seguir la suerte de lo principal de tal manera que de no puede extinguirse sino en virtud de la extinción de la obligación caucionada. Este capítulo, tiene por objeto demostrar que el legislador no ha conceptualizado de manera absoluta a la accesoriedad de la hipoteca, permitiendo en cuanto a su nacimiento, desarrollo y extinción, un desenvolvimiento autónomo, y que, por lo tanto, acudir solamente a ese carácter accesorio para desvirtuar la prescripción de la acción hipotecaria y la supervivencia de la principal, es insuficiente.

Los casos en que la hipoteca actúa de forma independiente son los señalados a continuación.

2. Hipoteca de Obligaciones futuras o eventuales

Una de las situaciones en que se plantea la denominada “relativa independencia” de la hipoteca, tiene lugar cuando ella se constituye para garantizar obligaciones futuras. Nuestro Código Civil, reconoce esta posibilidad al señalar que la hipoteca podrá otorgarse en cualquier tiempo antes o después de los contratos a que acceda (Artículo 2413).

La concepción de la hipoteca como derecho accesorio, que es mayoritaria en la postura de la doctrina y la jurisprudencia nacionales, es abiertamente contraria a la posibilidad de garantizar por este medio obligaciones futuras, pues, considerando que la hipoteca no presenta autonomía ni independencia, imposible es colegir que aquella pueda existir sin un crédito preexistente o al menos coetáneo. Si se es consecuente con esta posición, necesariamente se requiere que el crédito caucionado sea el soporte de la hipoteca y absurdo sería aceptar que ella se constituya con anterioridad.

Sin embargo, la posibilidad de constituir hipotecas para garantizar obligaciones

futuras, prácticamente no ha sido rebatida por la doctrina y la jurisprudencia. Somarriva señala al respecto, que *“el carácter accesorio de la hipoteca no obsta a que la garantía nazca antes de los contratos cuyo cumplimiento asegure, como también lo establece el artículo 2,339 para la fianza.”*¹⁸ Mery por su parte, dispone que el principio general en esta materia, es la admisión de que toda clase de obligaciones es susceptible de garantía hipotecaria, y que por tanto, mientras se mantenga el carácter futuro de la obligación garantizada *“el gravamen real existe y afecta no sólo a las partes contratantes sino a los terceros, pues no se trata de una mera expectativa hipotecaria, sino de un derecho de garantía actual, que adquiere rango desde su inscripción.”*¹⁹ Fernando Alessandri reconoce someramente que la hipoteca puede constituirse con el objeto de garantizar obligaciones futuras, pero esa aseveración parece contradecir algunas de sus afirmaciones en referencia a la accesoriedad. Ejemplo de ello es el sostener que *“el derecho de hipoteca no puede existir sin una obligación que aquél sirva de garantía.”*²⁰ o que *“la hipoteca supone necesariamente la existencia de una obligación principal a la cual aquélla queda sometida en absoluto.”*²¹

Reafirmando las declaraciones anteriores, podemos agregar que en la situación aludida la existencia autónoma de la hipoteca es innegable, y así lo demuestran las consecuencias prácticas. De tal forma, previamente a nacer la relación jurídica obligacional que la hipoteca garantiza, al titular del derecho real le asiste la facultad de solicitar que se impida la realización de actos que reduzcan el valor del inmueble, o la mejora u otorgamiento de otra seguridad equivalente frente a la pérdida o deterioro del mismo bien. Las razón por la cual se reconocen estas facultades, no es sino la existencia autónoma de la hipoteca con anterioridad al crédito. Nuestra legislación adhiere tácitamente a esta posición en el artículo 2427 del Código Civil, existiendo algunas legislaciones, como por ejemplo, la argentina, que expresamente señalan los derechos que puede ejercitar el acreedor cuando el crédito es eventual.

18 Somarriva Undurraga, Manuel. Op Cit. Página 317.

19 Mery Berisso, Rafael. Op. Cit. Página 89.

20 Alessandri Rodríguez, Fernando. La hipoteca en la legislación chilena. Memoria de Prueba. Número 4°.

21 Alessandri Rodríguez, Fernando. Ob. Cit. Número 5°.

En este punto, puede notarse una inconsistencia en la doctrina que atribuye al principio de la accesoriedad alcances ilimitados, pues si esa característica permite desvirtuar, por ejemplo, que la prescripción de la acción hipotecaria siempre opera al mismo momento que la de la acción personal, debiese seguirse que no es posible que la hipoteca tenga vida y efectos propios con anterioridad al nacimiento del crédito. Esta contradicción, sería patente en sentencias que señalan que *“La hipoteca que cauciona obligaciones futuras está subordinada al hecho eventual de que éstas se contraigan; si no se contraen, aquella no puede subsistir: pero si se contraen, la fecha de la obligación principal será la de la inscripción del contrato accesorio, según mandato expreso de la ley (...) En consecuencia infringe los artículos 1442 y 2413, y por eso es nula la sentencia que declara que **no pudiendo subsistir el contrato accesorio de hipoteca, en razón de su calidad de tal, sin la obligación principal, es improcedente pactarlo mientras esta última no exista.**”*²² En esta resolución, se establece claramente, que no obstante el carácter accesorio de que está revestida la hipoteca, es posible que ella exista en forma anterior e independiente. Sin embargo, otros fallos que serán posteriormente analizados, han establecido que no es posible un comportamiento de tipo autónomo.

En lo relativo a la posibilidad de constituir hipoteca sobre un inmueble con el objeto garantizar una obligación futura, la concepción absoluta a que hemos hecho mención, ha sido derrotada por las exigencias que la práctica mercantil ha impuesto en un mercado crediticio cada vez más dinámico, en el cual, un potencial acreedor para convertirse en tal exige con anterioridad la rendición de una garantía eficaz. Es por esto, que posiciones doctrinarias más intransigentes han debido flexibilizarse frente a la innegable afirmación de que este tipo de figuras no pueden sino ser hipotecas. En palabras de un autor extranjero *“la hipoteca que existe y adquiere rango antes que exista una obligación principal, implica y supone una brecha y una derogación de los*

22 Corte Suprema. 13 de Enero de 1944. Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales, tomo 42, sección 1ª, página 35.

*conceptos básicos de la accesoriedad de la hipoteca.*²³ Este hecho es patente, y nos obliga al menos a preguntarnos, si tal como acá es posible un actuar autónomo e independiente de la hipoteca, es factible concebir tal posibilidad en otros ámbitos de su vida jurídica.

3. Supervivencia de la hipoteca en la novación

En nuestra legislación, la novación es definida como la substitución de una nueva obligación a otra anterior, la cual queda por tanto extinguida (Artículo 1628). Este modo de extinguir las obligaciones es conceptualizado como una figura híbrida, que por una parte,extingue una obligación, y por otra, da lugar a otra nueva y diferente de la anterior. Frente al caso de operar este modo de extinguir las obligaciones respecto de una obligación garantizada con hipoteca, se produce una situación particular que contraría el principio de que lo accesorio sigue la suerte de la principal, ilustrando de esta manera, nuevamente, el carácter independiente de que está revestida esta garantía.

La excepción consiste en que extinguida una obligación por novación, es posible pactar expresamente la reserva de prendas e hipotecas, para que esas cauciones garanticen el cumplimiento de la obligación que nace en virtud de la novación (Artículo 1643). En ese caso, siempre y cuando se cumplan los requisitos legales, la misma prenda o hipoteca sobrevive al crédito primitivo, y pasa a garantizar una nueva obligación no siguiéndose el supuesto efecto lógico derivado del principio de accesoriedad. Los autores nacionales, han reconocido que la reserva configura una situación especial señalando que se trata de *“una excepción a los principios*

23 Sillery López de Ceballos, Ricardo. Op. Cit Página 137.

generales.... Razones de utilidad práctica justifican esta trasgresión de los principios.”²⁴ O que “La reserva es una institución excepcional si consideramos que la obligación a la que acceden se extingue y las cauciones reales pasan a la nueva obligación, pero conservando sus fechas que son las que determinan el grado de preferencia de las mismas.”²⁵ Incluso Somarriva sostiene esta opinión, señalando que “producida esta situación, hasta cierto punto la hipoteca pierde su carácter accesorio, porque se desvincula de la obligación que primitivamente garantizó y pasa a asegurar una nueva obligación.”²⁶

En este caso, se comprueba nuevamente, que la hipoteca se aparta una vez más de la regla de lo accesorio, pues la aplicación lisa y llana de dicha norma implicaría la extinción de la obligación novada y consecuentemente de la hipoteca.

En la reserva de garantías reales en la novación, puede advertirse cierta protección otorgada por la ley respecto de terceros ajenos a la deuda garantizada, ya que se requiere para la eficacia de esta reserva, del consentimiento de quien ha constituido el gravamen para asegurar una obligación ajena, o de quien ha adquirido un inmueble ya hipotecado, según el caso. Lo anterior, en atención a que no puede perjudicarse a quien constituyó una garantía para asegurar una obligación que ya fue extinta, pero que fue reemplazada por otra completamente diferente.

4. La cesión del crédito hipotecario

La tradición del derecho real de hipoteca, como toda tradición de un derecho real constituida sobre un bien corporal inmueble, debe necesariamente efectuarse

24 Meza Barros, Ramón. Manual de Derecho Civil. De las Obligaciones. Décima edición actualizada. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. Año 2007. Página 209.

25 Rodríguez Grez, Pablo. Extinción Convencional de las Obligaciones. Volumen I. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. Año 2006. Página 308.

26 Somarriva Undurraga, Manuel. Op Cit. Página 321.

mediante la inscripción en el Conservador de Bienes Raíces correspondiente, de lo contrario, el contrato hipotecario o el título que le sirva de causa, no genera sino el efecto de otorgar al acreedor hipotecario el derecho de exigir la tradición del derecho real de hipoteca, no constituyéndose el gravamen sino hasta el momento de la inscripción conservatoria.

El artículo 1906 del Código Civil, al disponer los efectos que acarrea la cesión de créditos, establece que ella también alcanza a las hipotecas. De esta manera, la titularidad del derecho real de garantía pasará de manos del cedente al cesionario, siempre y cuando se cumplan los demás requisitos legales. Esta consecuencia, es a juicio de algunos autores, una nueva manifestación de que la hipoteca en su carácter de derecho accesorio sigue indefectiblemente la suerte del crédito garantizado. Somarriva es proclive a esta doctrina, señalando al respecto que exigir la inscripción de la cesión para que esta surta efecto implica *“aceptar el absurdo de que es posible en nuestro derecho que la hipoteca se encuentre desligada del crédito que garantiza (...) la hipoteca pasa a manos del cesionario sin necesidad de inscripción alguna, y ello porque por ser accesorio tiene que seguir al crédito que garantiza a donde quiera que él vaya.”*²⁷ Don Fernando Alessandri es de similar opinión, pero vas más allá señalando que la posición contraria *“es absolutamente inaceptable, porque ella pugna con los principios que inspiran la institución de la hipoteca. El gravamen hipotecario es un accesorio que sigue a donde vaya a la obligación principal, que no puede separarse de ella, ni puede tener existencia propia e independiente (...) En efecto, la hipoteca es un derecho accesorio que no puede transferirse separado de la obligación a que sirve de garantía i que pasa al nuevo acreedor como consecuencia de la cesión del crédito. La tradición del derecho de hipoteca tiene lugar en el momento de su constitución; el acreedor en nuestra legislación no adquiere el derecho de hipoteca sino desde que se efectúa la inscripción en el Registro del Conservador; pero, desde ese instante, la hipoteca sigue en absoluto la suerte de la obligación principal. Empleando una figura, podríamos decir que la hipoteca sigue a la obligación principal en la misma forma que*

27 Somarriva Undurraga, Manuel. Op. Cit. Página 405.

*la sombra sigue al cuerpo.*²⁸ La posición que señalan estos destacados autores, se confirmaría por la mayoría de las resoluciones que han adoptado los tribunales superiores de justicia.

Sin embargo, existe otro sector de la doctrina que se inclina por una opinión contraria, según la cual, sería necesario para la eficacia de la cesión de un crédito caucionado, que se efectúe también la tradición de la hipoteca que lo garantiza. Esta posición se sustenta en argumentos de carácter teórico y práctico. Dentro de los teóricos, se estima en primer lugar que si bien la hipoteca es un derecho de carácter accesorio, eso no le hace perder su naturaleza de derecho real. De esta manera se señala que *“La individualidad de ambos elementos implica la existencia de regulaciones específicas para cada uno de ellos”* y que en definitiva *“debemos rechazar las consecuencias de que pudieran desprenderse de la accesoriedad del gravamen hipotecario”*²⁹ Se agrega también, que los principios y normas que inspiran el libro II del Código Civil, son claros al establecer que la tradición de la hipoteca se efectúa por la inscripción del título en el Registro del Conservador, y que en definitiva, la figura que se analiza no es más que la tradición del derecho real de hipoteca de un acreedor a otro. Desde otro punto de vista, las consecuencias prácticas parecen favorecer esta segunda posición, pues aceptar que la cesión es eficiente sin la respectiva inscripción o subinscripción, puede provocar resultados en extremo perjudiciales para el deudor personal o el tercer poseedor, ya que podría verificarse la situación de que no habiéndose inscrito o subinscrito la cesión, el titular de la garantía seguirá siendo el cedente, el que podrá ejercer la acción hipotecaria respecto de quien detente en ese momento el inmueble gravado.

Si bien la última opinión es minoritaria, existe jurisprudencia de la cual se desprende la exigencia de practicar la inscripción o anotación conservatoria de la cesión del crédito principal, pues de esa forma, se puede determinar a quien

28 Alessandri Rodríguez, Fernando. Ob. Cit. Número 303.

29 Mery Berisso, Rafael. Op. Cit. Página 343.

corresponde la legitimidad activa de la acción de desposeimiento³⁰.

A nuestro juicio el optar por la posición minoritaria es lo correcto, lo que implica reconocer que en este punto, se conciba nuevamente a la hipoteca como un derecho real con estructura y finalidad propias, el que si bien, atendido su carácter accesorio, debe seguir la suerte del crédito principal garantido, ese principio no es más que una regla general que tiene entre sus muchas excepciones, que su transferencia deba efectuarse por intermedio de la inscripción registral.

5. Inmueble en manos de un tercer poseedor. Derecho de Persecución

En el primer capítulo, se señaló que si el inmueble hipotecado se encuentra en manos del deudor personal, la acción hipotecaria se “confunde” con la personal, pues ambas se interponen en contra de una misma persona. Se señaló también en esa oportunidad, que cuando el inmueble dado en garantía pasa a manos de una tercera persona, se distingue y separa nítidamente la acción real emanada de la hipoteca. Esto por dos razones, la primera de ellas porque el destinatario es una persona diferente de contra quien se puede interponer la acción personal, y la segunda, porque el objeto de dicha actuación no es obtener el pago de la deuda por parte de ese tercero, sino que el abandono del inmueble para proceder a su venta en pública subasta, y así posteriormente pagarse con el producto de esa realización.

Cuando el inmueble hipotecado se encuentra en manos de una tercera persona, que es por completo ajena al crédito que esta garantía asegura, estamos frente a otra de las situaciones en que se aprecia con mayor claridad la independencia que existe entre el crédito caucionado y la hipoteca, constituyéndose una más de las

30 Mery Berisso, Rafael. Op. Cit. Página 346.

excepciones en que el principio de la accesoriedad presenta ciertas limitaciones.

La facultad con que el titular de la hipoteca, puede dirigirse contra un tercer poseedor, no es sino la manifestación concreta de uno de los elementos inherentes a todo derecho real, el cual es el derecho de persecución en virtud del cual, este sujeto puede dirigirse en contra de cualquier detentador de la finca gravada para hacer efectivo su crédito. En ese caso, la relativa independencia con que actúa la hipoteca se hace presente en el hecho de que el deudor personal, mantiene su calidad de obligado al pago, mientras que un tercero ajeno a esa relación jurídica, es quien finalmente debe soportar las consecuencias del incumplimiento. Esta situación, da lugar a una serie de instituciones que el legislador ha consagrado especialmente en razón de las particularidades que por ella se presentan, las cuales confirman el actuar independiente que reviste al derecho hipotecario.

Las instituciones a que hago mención en el apartado anterior, son las siguientes:

5.1 Tercer poseedor de la finca hipotecada

El profesor Rafael Mery, ha considerado como concepto de tercer poseedor de la finca hipotecada, el empleado por el tratadista español Roca Sastre, éste señala que se trata de aquél *“que adquiere total o parcialmente la propiedad de una cosa hipotecada sin estar obligado personalmente obligado al pago del crédito garantido, y haya o no registrado su título adquisitivo.”*³¹ En base a esta definición, se entiende que serían terceros poseedores quienes adquieren un inmueble gravado con hipoteca y aquellos que la han constituido sobre un bien propio, pero con el objeto de garantizar el cumplimiento de una obligación ajena. En ambos casos, la independencia a que hemos

31 Mery Berisso, Rafael. Ob. Cit. Página 359.

hecho referencia, radica, fundamentalmente, en el hecho de que los terceros poseedores no son parte de la relación jurídica obligacional que la hipoteca pretende asegurar, sino que más bien, en virtud de su carácter de deudores *propter rem*, resultan afectados en virtud de su calidad de actuales detentadores del bien afecto al gravamen.

En parte, la doctrina y jurisprudencia han reconocido numerosas veces esta situación señalando que *“El tercer poseedor de la finca hipotecada no es en realidad deudor de la obligación principal que la hipoteca garantiza, y el ejercicio de la acción ejecutiva de desposeimiento por parte del acreedor no acusa la existencia de un título ejecutivo en su contra, ni lo obliga a pagar a dicho acreedor suma alguna de dinero ni a presentar bienes bastantes para responder al crédito hipotecario, intereses y costas, puesto que sobre el poseedor no pesa ninguna prestación y que precisamente, por no haber pagado la deuda que grava su finca, ni haberla abandonado, va a ser desposeído de ella mediante la acción real hipotecaria.”*³² Otra sentencia dictada por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Talca, en fecha 28 de diciembre de 1934 recalca la misma materia desde otro punto de vista al sostener que, *“El acreedor hipotecario sólo puede intentar la acción personal contra el deudor directo y sus herederos; si la entabla contra el tercer poseedor de la finca hipotecada, debe rechazarse.”* La misma opinión pronuncian autores como Manuel Somarriva y Fernando Alessandri.

Como puede notarse, tácitamente, la literatura jurídica y las decisiones emanadas de los fallos de nuestros tribunales superiores de justicia, acogen la tendencia moderna en materia de derecho hipotecario ya esbozada en el primer capítulo de este trabajo, consistente en que la hipoteca genera una obligación *propter rem* por cuanto sobre el actual detentador del inmueble hipotecado, pesa el gravamen de responder frente al acreedor por el incumplimiento de la obligación garantizada.

Según nuestra opinión, en algunas disposiciones, la ley también reconoce

32 Corte de Apelaciones de Temuco. 6 de Julio de 1936. Revista de derecho y jurisprudencia. Tomo XXXVII. Segunda parte. Sección segunda, página 49.

tácitamente al tercer poseedor de la finca hipotecada como un deudor *propter rem*. Así por ejemplo, el artículo 1526 número 1º del Código Civil, señala que la acción hipotecaria o prendaria se dirige contra aquél de los **codeudores** que posea, en todo o parte, la cosa hipotecada o empeñada. De manera similar, el artículo 1610 del mismo cuerpo legal, refiriéndose al pago por subrogación, ordena que quien adquiera un inmueble hipotecado, es **obligado a pagar** a los acreedores en cuyo beneficio se constituyó esa hipoteca.

Entonces, y sobre la base de lo anterior, se desprende que el tercer poseedor al tener la posibilidad de pagar la deuda para así evitar el desposeimiento y obtener la cancelación de la hipoteca, no va a adquirir de ninguna manera la calidad de deudor personal. Esta situación, sólo quiere decir que en su calidad de deudor *propter rem*, se le otorga una alternativa para no desprenderse del inmueble hipotecado pagando la obligación principal, y que frente al incumplimiento de está última, lo que finalmente persigue la acción incoada en su contra, es hacer efectiva una obligación de hacer, consistente en el abandono de la finca hipotecada ante el tribunal para que este proceda a su realización.

5.2 La acción de desposeimiento

En atención a la especialidad que reviste la acción hipotecaria, cuando es interpuesta contra una persona diferente del deudor personal, es que el legislador se ve obligado a consagrar un procedimiento apropiado para hacer efectivo el derecho de persecución, concedido al acreedor sobre terceros poseedores de la finca hipotecada. Este procedimiento, se encuentra regulado en el libro XVIII del libro III del Código de Procedimiento Civil (Artículo 758 y siguientes de dicho cuerpo legal).

Como podrá concluirse, esta acción solamente puede seguirse contra el tercer poseedor, no en contra del deudor personal cuando este es también dueño de la finca

gravada, pues, como se ha señalado, en ese caso las acciones personal e hipotecaria se interponen conjuntamente en su contra y se debe proceder ejecutiva u ordinariamente según el caso. De esta manera, no hay ninguna necesidad ni imperativo para que el deudor principal sea parte en el juicio de desposeimiento, ya que dicha acción *“sólo es admisible contra el tercer poseedor de la finca gravada con hipoteca.”*³³

No obstante la interposición de la acción real hipotecaria, la ley ha reconocido al acreedor la facultad de dirigirse también en contra del deudor personal, y así hacer efectivo el crédito garantido por medio del ejercicio de su derecho de prenda general. Lo anterior procede en virtud de la norma expuesta en el artículo 2425 del Código Civil. Sin embargo, en cuanto al ejercicio de ambas acciones, se reconoce que se trata de dos actuaciones independientes que emanan de derechos distintos (del derecho real de hipoteca y por el otro del derecho personal emanado de la obligación garantizada). Nuestra jurisprudencia ha estimado al respecto que *“Si el acreedor entabla primero la acción personal contra el deudor directo y en seguida la acción real de desposeimiento contra el tercer poseedor, no puede alegarse por éste la excepción de litis pendencia porque estas acciones no se excluyen y como tercer poseedor de la finca hipotecada no tiene derecho para exigir se persiga primero al deudor primeramente obligado”*³⁴. La resolución anterior implica que en definitiva entre ambas acciones no hay identidad de persona, de objeto, ni de causa a pedir, lo que nos permite sostener que a pesar de existir una relación entre ellas, **las acciones son diferentes, y no existe razón para aseverar que lo que ocurre respecto de una de ellas necesariamente va a repercutir en la otra, pues cada de una de ellas se desenvuelve en forma independiente.**

La dualidad de las acciones personal e hipotecaria, ha sido reconocida también en otras sentencias. Así, por ejemplo, la Corte Suprema ha señalado que *“La acción*

³³ Corte de Apelaciones de Antofagasta. 22 de Junio de 2004. Causa Rol número 16.789 del año 2003.

³⁴ Corte de Apelaciones de Talca, Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo III, sección segunda, página 12.

hipotecaria que nace del contrato de hipoteca, supone necesariamente una obligación principal a la que la hipoteca accede y el título en que se funda dicha acción es la obligación del deudor personal que el contrato hipotecario garantiza.”³⁵ Se reconoce e ilustra también lo dicho por nuestra parte, al señalarse en otra sentencia que “Aunque la acción de desposeimiento se entable como consecuencia de la acción ejecutiva dirigida contra el deudor personal, ambas acciones son distintas, se hacen valer contra diversas personas y el deudor pasible de la primera no necesita intervenir ni ser citado en el juicio en que se desenvuelve la segunda. De aquí se deduce que no es correcto envolver al deudor personal y al hipotecario en un mismo juicio.”³⁶

En definitiva, el hecho de que la acción hipotecaria en estos casos no se interponga en contra del deudor personal, pero que el acreedor conserve la facultad de dirigirse en su contra, ilustra otra vez que la hipoteca es accesorio, pero que tiene márgenes amplios de autonomía atendida la dualidad que implica la relación entre el derecho personal de crédito y el derecho real de hipoteca que lo garantiza. El propio artículo 760 del Código de Procedimiento Civil, reconoce esta situación, estableciendo que efectuado el abandono o desposeimiento de la finca perseguida, se procederá a la venta del inmueble en pública subasta, sin necesidad de que sea citado el deudor personal. Sobre esta base, se puede concluir que la conducta diligente de un acreedor hipotecario sería, en primer lugar, entablar la gestión previa de desposeimiento respecto del tercer poseedor, pudiendo también proceder por la vía personal contra el deudor personal si es que lo estima conveniente. Cada de una de esas acciones, será tramitada en forma separada y el hecho de proceder personal y realmente contra el deudor, y no contra el tercer poseedor cuando corresponda, no es según mi opinión la conducta propia de un acreedor diligente, sino que por el contrario, se configura más bien un actuar que demuestra poca diligencia y cuidado.

Luego, desde un punto de vista estrictamente procesal, de acuerdo a las

35 Corte Suprema, 11 de Diciembre de 1966. Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Tomo 63, Sección primera, página 425.

36 Corte de Apelaciones de Talca. 16 de Agosto de 1904. Gaceta de los tribunales. Tomo II. Número 1183. Pagina 151.

normas de la competencia relativa establecidas en el Código Orgánico de Tribunales (Artículo 135), el tribunal competente para conocer de la acción de desposeimiento, por regla general será aquél correspondiente al lugar donde se encuentre el inmueble hipotecado, pues atendido el carácter inmueble del derecho de hipoteca, la acción destinada a exigir su cumplimiento tendrá también este mismo carácter, diferenciándose en este punto de la acción generalmente mueble cuyo objeto es la satisfacción de la deuda personal. En lo referente a este punto, nuevamente se ilustra que la acción hipotecaria de desposeimiento actúa con independencia respecto de la acción personal emanada del crédito, limitándose una vez más el principio de que lo accesorio siga la suerte de lo principal.

Posteriormente, si el título donde consta la obligación garantizada con hipoteca es ejecutivo, al momento de practicarse el requerimiento no se siguen las reglas generales, pues el deudor *propter rem*, a diferencia del deudor personal, no debe ser requerido de pago, ya que ello implicaría darle la condición de obligado al pago del crédito, lo que a su vez, significaría un cambio del objeto de la acción de desposeimiento.³⁷ Se debe tener en cuenta, de que al fin y al cabo, en condición de tercer poseedor, el demandado no debe efectuar una prestación consistente en dar una cosa, sino que en desempeñar una conducta, la que consiste en abandonar la finca en el plazo de 10 días ordenado por la ley. De esta misma manera, lo ha entendido en varias oportunidades la jurisprudencia.

Por último, podemos agregar que la independencia de la hipoteca en lo relativo a la situación del tercer poseedor, se manifiesta también en la postura que es objeto primordial de esta investigación, de acuerdo a la cual, es posible que la acción hipotecaria prescriba en forma independiente de la acción personal cuando ambas se interponen en forma separada. Esta postura minoritaria, será analizada pormenorizadamente en el capítulo siguiente.

37 Mery Berisso, Rafael. Ob. Cit. Página 373.

6. Hipoteca Abstracta

En la legislación comparada, es posible concebir que la hipoteca tenga una vida absolutamente independiente respecto de una obligación principal. Es así como en el derecho alemán, se presenta la figura de la deuda inmobiliaria o hipoteca independiente, la cual es definida como “*el gravamen establecido sobre un inmueble, sujetándolo al pago de una determinada suma de dinero en favor de una persona.*” (Artículo 1191 Código Civil Alemán).³⁸ En esta modalidad de la hipoteca, se reconoce que el constituyente “*no contrae obligación personal de ninguna especie; obliga únicamente el bien hipotecado, quedando el resto de su patrimonio a salvo de toda responsabilidad, lo que le permite con su garantía obtener nuevos créditos.*”³⁹ Se entiende, por tanto, que la hipoteca está separada en absoluto del crédito desde el punto de vista de que al momento de su constitución, no existe obligación alguna que garantizar.

De acuerdo a algunos autores de la doctrina nacional,⁴⁰ una forma de hipoteca abstracta la constituye en nuestro derecho la denominada “cláusula de garantía general hipotecaria”, la cual consiste en que una persona hipoteca un predio como garantía, pero no solamente respecto de obligaciones actuales, sino también respecto de todas las futuras obligaciones que pueda contraer con un banco u otra institución financiera. De esta manera, se permite que una persona pueda asegurar sus futuras necesidades de crédito. Si bien, en un principio, la validez de la cláusula de garantía general en nuestra legislación fue discutida en doctrina, hoy la mayoría de los autores nacionales están de acuerdo en su legitimidad, lo cual ha sido confirmado por la mayoría de las decisiones jurisprudenciales. Ahora bien, en aquellos casos en que se ha otorgado eficacia a este tipo de cláusulas, nuevamente nuestra doctrina y

38 Citado en Mery Berisso, Rafael. Ob. Cit, Página 41.

39 Somarriva Undurraga, Manuel. Ob. Cit. Página 323.

40 Meza Barros, Ramón. Op. Cit Página 159.

jurisprudencia reconocen que es factible en nuestro sistema hipotecario, un desempeño independiente y separado entre la hipoteca y la obligación caucionada.

7. Síntesis

Queda claro que la accesoriedad de la hipoteca no opera con un carácter absoluto. Las situaciones mencionadas demuestran que los márgenes de acción autónoma, son excepcionales, pero también amplios. La situación anterior es consecuencia de varios factores, como la necesidad de dar mayor flexibilidad al crédito, el carácter inmueble que reviste el derecho de hipoteca, la protección de terceros y la dualidad real y personal que reviste toda relación hipotecaria. De todas ellas, las dos últimas razones son las que nos permitirán construir la figura que constituye la hipótesis central de esta investigación.

Capítulo III

La prescripción de la acción hipotecaria frente al tercer poseedor

1. Planteamiento del problema

Nuestra legislación, no es suficientemente clara ni precisa cuando se trata de la prescripción de la acción hipotecaria, ya que existen diversas situaciones que no encuentran solución expresa en las disposiciones legales vigentes. Estas respuestas, deben buscarse entonces, en los fundamentos jurídicos que inspiran las instituciones en cuestión, correspondiendo por tanto, a la doctrina y a la jurisprudencia determinar cual es el alcance de las normas generales, establecidas principalmente en los títulos XXXVIII y XLII del Código Civil. Esta tarea, a nuestro juicio, no ha sido del todo

satisfactoria, pues importantes sectores han negado erróneamente, una y otra vez dar la solución que jurídicamente corresponde. Esa posición, se ha sostenido sobre la base de argumentos exegéticos insuficientes y atribuyendo a un principio jurídico alcances que no le corresponden. En estos párrafos, pretendo desvirtuar esa posición y aportar en base a lo expuesto en las demás secciones de esta investigación, herramientas que permitan seguir construyendo una doctrina que permita sostener, que en ciertos y determinados casos, sí es posible que la acción hipotecaria prescriba en forma independiente o separada respecto de la acción personal.

2. Interposición de la acción hipotecaria y la prescripción

Anteriormente, cuando caracterizamos a la hipoteca como un derecho real, dijimos que en virtud de tal calidad el acreedor hipotecario puede hacer valer dos tipos de acciones, una de carácter personal emanada del crédito garantido y generalmente mueble, y otra real emanada de la hipoteca, la que presenta por regla general naturaleza inmueble. Luego, respecto de la interposición de ambas acciones, se señaló que el acreedor puede encontrarse básicamente ante dos situaciones: a.-Interponer ambas acciones contra el deudor cuando sea el mismo quien se encuentra en posesión del inmueble, o b.- separar su ejercicio, interponiendo la acción personal contra el obligado al pago, y la segunda en contra de una tercera persona que en ese momento detente la finca dada en hipoteca.

Frente a la primera posibilidad, se estimó que en cuanto a su ejercicio opera una verdadera confusión, pues ambas acciones se interponen conjuntamente de manera tal, que si el deudor no da cumplimiento al crédito garantizado, el acreedor puede pedir la venta del inmueble en pública subasta y satisfacer su crédito con el producto de lo obtenido en esa venta forzada. En esta hipótesis, resulta imposible concebir una prescripción separada de la acción hipotecaria, pues su ejercicio está ligado indisolublemente al de la acción personal, no existiendo inconveniente alguno

para que extinto el crédito, se extinga también su accesorio, siguiéndose plenamente el principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

La anterior conclusión, es correcta en atención al carácter accesorio de la hipoteca, pues extinta la obligación principal por el pago u otro modo de extinción, es lógico que lo accesorio deje de tener una causa o finalidad que le permita subsistir, y por lo tanto, irremediamente debe seguir el mismo camino de la obligación a la que accede. El legislador ha sido coherente con estos principios, señalando en diversas disposiciones que la hipoteca se extingue conjuntamente con la obligación principal (Artículo 2434 inciso primero), y ha ido más allá, consagrando especialmente en el título referente a la prescripción, que la acción hipotecaria y las demás que proceden de una obligación accesoria, prescriben junto con la obligación principal a que acceden (Artículo 2516).⁴¹

Sin embargo lo anterior, el asunto no es completamente claro para el caso de que la acción hipotecaria se interponga en contra del tercer poseedor de la finca hipotecada, pues al tratarse de dos acciones distintas, que se interponen en contra de diferentes personas, posiblemente tramitadas ante diversos tribunales y cuyo procedimiento es también diferente, no cabe menos que preguntarse, si es efectivo aplicar los mismos principios y disposiciones citadas en el párrafo anterior.

En consecuencia ¿Es posible concebir que la acción hipotecaria prescriba en forma independiente, cuando esta acción se dirija en contra del tercer poseedor? Y ante la afirmativa ¿En que situaciones particulares puede considerarse esa figura? Ante la primera pregunta, parte de la doctrina tradicional se ha manifestado a favor ⁴² y

41 Domínguez Águila señala que tampoco es completamente correcta esta afirmación, pues el artículo 1472 permite la posibilidad de que se caucione con prenda o hipoteca una obligación natural. En ese caso el autor, citando a Somarriva señala que en ese caso subsistiría la hipoteca con un carácter plenamente civil y la obligación garantizada conserva su carácter natural. Sin embargo, se señala también que se trata de una hipótesis casi imposible de imaginar., por lo que detenerse en ese punto no tiene mayor relevancia práctica.

42 Mery Berisso, Rafael. Op. Cit. Página 401.

otro sector (mayoritario) en contra.⁴³ Sin embargo, hasta la fecha no han existido estudios profundos sobre la materia, siendo este tema abordado en unos cuantos párrafos, que, sin ser subestimados, lamentablemente no nos permiten efectuar un análisis detallado de los principios y normas que puedan ayudar a aclarar definitivamente la cuestión. Por otra parte, la abrumadora mayoría de la jurisprudencia nacional, se ha inclinado por la tesis que rechaza la posibilidad de la prescripción independiente.

3. Primera posición: No es posible que la acción hipotecaria prescriba en forma independiente

El argumento que tradicionalmente esgrime esta posición, sostiene que atendido el carácter de derecho accesorio que reviste la hipoteca, se sigue como consecuencia lógica que la acción emanada de esta, no puede prescribir en forma independiente. El sustento legal de esta doctrina, se encontraría aparentemente en el artículo número 2434 inciso primero, que preceptúa que la hipoteca se extingue junto con la obligación principal a que accede, y en el número 2516, el cual señala que la acción hipotecaria, y las demás que proceden de una obligación accesorio, prescriben junto con la obligación a la que acceden. La Corte Suprema, ha acogido esta doctrina y ha negado la posibilidad de que la hipoteca prescriba en forma independiente, señalando al respecto que *“La hipoteca no puede extinguirse por prescripción independientemente de la obligación que garantiza, pues, según afirman los artículos 2434 y 2516 del Código Civil, la acción hipotecaria prescribe conjuntamente con la obligación principal a que accede, en aplicación del principio que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, de manera que, como reiteradamente se ha sostenido por esta Corte, no existe un plazo fijo y propio de prescripción para las acciones hipotecarias*

43 Somarriva Undurraga, Manuel. Op. Cit. Página 476.

porque dependerá del plazo de prescripción de la obligación principal.” 44 Esta misma fórmula, a nuestro juicio errónea, se repite una y otra vez en los fallos de los tribunales de justicia siendo ella tajantemente contraria a la opinión que proponemos. Se ha señalado también por ejemplo en otros casos que *“Mientras subsista la obligación principal subsistirán siempre las acciones emanadas de los contratos a que estas accedan.”* 45 o que el artículo 2516, de ninguna manera ha establecido la posibilidad de que se declare la prescripción de la acción hipotecaria sin que haya prescrito la acción principal 46.

La doctrina anterior, se sustenta principalmente por los argumentos expuestos por dos grandes tratadistas como son don Fernando Alessandri y don Manuel Somarriva. El primero de ellos, al referirse a la posibilidad de que la hipoteca prescriba con independencia al crédito, es tajante al determinar que *“En nuestra legislación no puede extinguirse por prescripción la hipoteca independientemente de la obligación principal, como sucede en la legislación francesa, en donde se extingue la hipoteca, a pesar de subsistir la obligación principal, por el hecho de que el tercer poseedor haya poseído la finca hipotecada durante el tiempo señalado por la ley sin reconocer el gravamen hipotecario.”* 47-48 El segundo tratadista, niega también la posibilidad que proponemos, señalando que en nuestra legislación, este modo de extinguir las obligaciones solamente puede actuar en la hipoteca en forma indirecta, extinguiendo la obligación principal y como consecuencia de aquello, la garantía accesoria que la aseguraba 49.

En definitiva, en virtud de la accesoriidad que reviste la hipoteca, se niega, al parecer en todo caso, la posibilidad de que la acción hipotecaria prescriba en forma

44 Corte Suprema. 28 de Enero de 2009. Causa Rol 5779 del año 2007.

45 Corte de Santiago. 21 de Abril de 1992. Revista de Derecho y Jurisprudencia. Tomo 89. Sección 2°. Página 46.

46 Corte Suprema, 25 de Agosto de 1943. Revista de Derecho y Jurisprudencia. Tomo 41. Sección 1°, Página 368.

47 Alessandri Rodríguez, Fernando. Ob. Cit. Número 253.

48 Cabe aclarar que el sistema criticado por este autor y seguido también en otras legislaciones es diferente al que se propone en este trabajo.

49 Somarriva Undurraga, Manuel. Ob. Cit. Número 475.

independiente. Por lo tanto, el plazo de prescripción será variable y la extinción dependerá del término que la ley establezca respecto de la acción principal. Otro fallo emanado de nuestros tribunales superiores de justicia, ilustra esta posición señalando que “...mientras no prescriba la acción ordinaria o la acción ejecutiva emanada de la obligación principal, tampoco prescribe la acción hipotecaria ordinaria o la acción hipotecaria ejecutiva.”⁵⁰

3.1 Crítica a esta doctrina

A nuestro juicio, la fundamentación de las decisiones judiciales en esta materia no solamente es incorrecta, sino que también contradictoria e incompleta. En primer lugar incorrecta, porque atribuye erróneamente a la accesoriedad un alcance desproporcionado, que es abiertamente contrario a la posición que este trabajo señala y que se intentará comprobar. En segundo lugar, estimo que es contradictoria, porque en un caso se rechaza la posibilidad de prescripción independiente, pero en otro se acepta sin tomar en cuenta los argumentos empleados para desvirtuar la posibilidad en el primer caso. Por último, la posición es incompleta porque no se encarga de tratar la complejidad del problema con la profundidad que requiere, pues al fin y al cabo, acá no sólo entran en juego las reglas relativas a los actos jurídicos accesorios y la hipoteca, sino que también los normas y principios que rigen la prescripción, los derechos reales, y en general, una serie de principios básicos que informan el derecho privado.

Respecto a lo erróneo de la argumentación legal, en primer término, cabe señalar que el artículo 2516 solamente señala que la acción hipotecaria prescribe junto con la obligación a la que accede, lo cual de ninguna manera debe interpretarse como un cierre a la posibilidad de que la hipoteca se extinga y se mantenga vigente la

⁵⁰ Corte de Santiago, 6 de Marzo 1991. Gaceta jurídica N° 129, sentencia 4ª, página 50

obligación principal. El alcance que el sector mayoritario de la doctrina le ha dado en ese sentido es incorrecto, pues la norma aludida estaría más bien estableciendo la regla general, aplicable al caso de que ambas acciones se interpongan contra una misma persona. Para ese caso, es claro que el fundamento de la norma se encuentra en el principio de accesoriedad, pero esas consecuencias no debiesen tener lugar cuando la acción hipotecaria en cuanto a su ejercicio, se separa de la principal, interponiéndose contra el tercer poseedor de la finca gravada.

A nuestro juicio, no es correcto considerar que el artículo 2516 sea una consecuencia del principio de lo accesorio, pues esa norma de ninguna manera presenta de modo ineludible, que prescrita la obligación principal prescriba también la acción accesorio. Lo que señala más bien esta disposición, es que el plazo de ambas acciones es el mismo, de lo que se sigue que la prescripción operará por regla general en el mismo momento. Según ha señalado un autor nacional, Bello parece haber optado por esta fórmula para evitar las problemáticas que podrían surgir en los casos en que los plazos de prescripción no coincidieran.⁵¹ De esa manera, establecer un plazo menor para exigir el cumplimiento de una obligación accesorio, puede ser en extremo perjudicial para el acreedor y puede acarrear complejidades innecesarias, no teniendo sentido tampoco, que el plazo de prescripción de la acción real emanada de la prenda o hipoteca, sea mayor que el de la acción principal, pues en esa hipótesis la garantía dejaría de tener causa o finalidad. Sin embargo, el alcance que la jurisprudencia ha otorgado a la disposición aludida no ha seguido esta línea, sino que por el contrario, ha señalado en reiteradas ocasiones que esta es consecuencia del principio contenido en el latinazgo *accessorium sequitur principale*.⁵² En conclusión, se impide, a todo evento, concebir que la acción hipotecaria se extinga por prescripción y quede plenamente vigente la acción emanada del crédito, no obstante existiendo situaciones en que la aplicación de esas normas no parece ser tan clara.

Respecto a lo anterior, una crítica general que se puede efectuar a la doctrina a

⁵¹ Domínguez Águila, Ramón. Ob. Cit. Página 44.

⁵² Corte Suprema. 28 de Enero de 2009. Causa rol 5779 del año 2007.

que han adherido mayoritariamente los tribunales superiores de justicia, es el amplio alcance atribuido al principio de que lo accesorio siga la suerte de lo principal. En relación con ello, fue común ver que en la mayoría de los fallos analizados durante el trayecto de esta investigación, el argumento de mayor peso para justificar la prescripción consecuencial de la hipoteca, es precisamente que lo accesorio sigue la suerte de lo principal. Aparentemente, este argumento adquiere una mayor fuerza por el hecho de expresarse ese principio en el antiguo brocardo latino *accessorium sequitur principale*. Ya se ha señalado con anterioridad, que ese principio, por su ambigüedad y exceso de generalidad, es insuficiente para explicar todas y cada una de las situaciones en que puede verse envuelta una obligación accesorio, y respecto del uso del brocardo latino para reafirmar la posición mayoritaria, situación que es recurrente en la jurisprudencia actual, somos de la opinión de que, al fin y al cabo, atribuirle a un viejo adagio jurídico una importancia de este tipo es desmesurado y demuestra la lamentable insuficiencia argumentativa que ha envuelto a los tribunales de justicia en esta materia.

El profesor Domínguez Águila, ilustra una idea similar a la anterior citando a un prominente maestro de la doctrina francesa, el cual señala que *“los adagios jurídicos son muy útiles: evitan tener que reflexionar. Nada más fácil, para justificar la solución deseada, que fundarla en una bella fórmula- si es posible en latín- a la que el tiempo le ha dado un carácter irrefutable. Y, sin embargo, mirando más de cerca, se constata muy frecuentemente que la regla consagrada por el adagio no es tan evidente.”*⁵³ Lamentablemente, pienso que ese parece ser el principal problema en las sentencias nacionales, pues en definitiva, ellas estiman que la solución de los problemas relativos al tema que nos convoca se encuentra casi exclusivamente en ese principio.

Podemos agregar también, que la disposición contenida en el artículo 2516 , es además clara al señalar un punto que a lo largo de este trabajo se ha expuesto en numerosas oportunidades, lo cual es que la acción hipotecaria es diferente de la

53 Se trata del autor Tallon, Denis. Citado en Domínguez Águila, Ramón. Op. Cit. Página 40.

principal y que por lo tanto, cada de una de esas acciones, si bien tienen un mismo plazo de prescripción, prescriben en forma separada, lo que puede o no ocurrir en el mismo momento. En otras palabras, en estos casos el plazo de prescripción es el mismo, pero como se trata de diferentes acciones, en el transcurso de ese plazo la actitud del acreedor, del deudor o del tercer poseedor frente al ejercicio de una u otra acción, o frente a la renuncia o la constitución de una nueva caución, puede ser diferente, lo que en definitiva puede ocasionar que se extinga una de las acciones y que la otra subsista. A base de lo anterior, y si sumamos el hecho de que la acción hipotecaria se separa de la personal por la existencia de un tercer poseedor del inmueble, forzoso es concluir que en ese caso esas acciones van a desarrollarse en forma independiente, dejando abierta la posibilidad de que la prescripción opere en forma separada, atendidos los distintos fenómenos jurídicos que pueden ocurrir respecto de cada una de ellas.

Por lo tanto, es perfectamente posible, por ejemplo, que constituido el deudor principal en mora, el acreedor solamente interponga una demanda judicial en su contra, practicándose la interrupción solamente respecto de esa acción, y prosiguiendo el transcurso de los términos fijados por el legislador para que la prescripción surta efecto, solamente respecto de la acción hipotecaria. En esa hipótesis, si continúa el transcurso de los términos legales, se privaría de eficacia a la acción emanada del derecho real, y se mantendrían plenamente vigentes los derechos surgidos del crédito. También podría darse la suposición inversa, en caso de que se interponga solamente la acción hipotecaria contra el *deudor propter rem* y no la personal que procede en contra del deudor. En este último caso, podría privarse de eficacia a esta última acción pero no a la primera.

Por otro lado, y en términos generales, creo que la posición mayoritaria pasa por alto, algo que se ha señalado y comprobado en el primer y segundo capítulo de este trabajo, lo cual es que en nuestra legislación es indiscutible que la hipoteca es un derecho real y que en esa calidad tiene una vida ligada, pero independiente al menos en forma relativa, de la obligación principal. Sin embargo, ese carácter no se condice

con el tratamiento que la doctrina y jurisprudencia mayoritarias le han otorgado respecto de este punto, pues parece desprenderse de esta posición, que la hipoteca no es más que un refuerzo del crédito garantido, en virtud del cual, frente al incumplimiento se otorga una preferencia al acreedor para dirigirse, incluso respecto de terceros que no han tenido conocimiento de la actividad procesal que pudo haber tenido lugar con anterioridad al desposeimiento. Por tanto, concebir a la hipoteca como una mera modalidad de la acción ejecutiva, no es correcto y puede establecerse, tomando en cuenta lo que se ha indicado, que esa concepción es consecuencia de la extrema relación de dependencia que algunos sectores erradamente le atribuyen.

4. Segunda posición: Es posible que la hipoteca se extinga por prescripción independientemente de la acción personal.

Atendidas las críticas efectuadas en los párrafos precedentes, es posible colegir dos conclusiones fundamentales: en primer lugar, que la acción hipotecaria es diferente de la acción personal, y segundo, que si bien la norma general es que el plazo de prescripción sea el mismo en ambas acciones, ello no quiere decir que ante diversas situaciones, el efecto propio de la prescripción (que no es más que la privación de la acción destinada a exigir el cumplimiento) pueda producirse en una de esas acciones y en la otra no.

Ahora bien, los casos en que la figura que se sostiene presenta relevancia práctica son dos,⁵⁴ teniendo ambos lugar en caso de que la finca hipotecada se encuentre en manos de un tercer poseedor. De no ser así, ambas acciones se confundirían e indefectiblemente la prescripción se produciría al mismo momento. El primero de estos casos tiene lugar cuando, habiendo transcurrido los términos legales,

⁵⁴ Por las razones señaladas anteriormente, se excluye la posibilidad de que se constituya una hipoteca para caucionar una obligación natural, pero en ese caso también se presenta la hipótesis de prescripción independiente.

el deudor personal renuncia a la prescripción en los términos del artículo 2494, y, el segundo, cuando pendiente el plazo el acreedor cesa en su inactividad demandando al deudor personal, interrumpiendo la prescripción en los términos que señala el artículo 2503. Estos dos casos son analizados a continuación.

4.1 La renuncia a la prescripción

La mayoría de la doctrina, estima que la prescripción es una institución de orden público, cuyas finalidades son principalmente, la estabilidad de las relaciones jurídicas y la sanción al acreedor que no ejerce las acciones tendientes a hacer efectivos sus derechos, en los términos que la legislación le otorga.

No obstante tratarse de una institución de orden público, el legislador ha permitido su renuncia por parte de las personas a quienes beneficia, pero sólo una vez cumplido el período de tiempo señalado en la ley. Esta renuncia, debe necesariamente consistir en un acto, hecho positivo o negativo, incompatible o inconciliable con la voluntad de hacer valer la prescripción.⁵⁵ De esta manera, se entendería existir una renuncia a la prescripción cuando el deudor manifiesta esa voluntad en términos formales o explícitos, por intermedio de una declaración unilateral de voluntad en que se reconoce la deuda prescrita, o cuando similar declaración se efectúa por intermedio de una convención entre el deudor y acreedor con propósitos de transacción. Puede también presentarse la institución en forma tácita, cuando se desprenda en forma inequívoca que la voluntad del deudor ha sido renunciar al efecto extintivo de la prescripción, situación que se podría presentar, por ejemplo, cuando no se alega la excepción de prescripción en la forma y oportunidades previstas en la ley, cuando se paga parcialmente la deuda una vez que los plazos se han cumplido, cuando se constituye una garantía para asegurar el pago de la obligación, y en otras situaciones

⁵⁵ Domínguez Águila, Ramón. La prescripción extintiva. Doctrina y Jurisprudencia. Página 112.

similares.

En todas las situaciones previstas en el apartado anterior, se entiende que quien renuncia a la prescripción, renuncia al efecto extintivo que esa institución genera respecto de las acciones judiciales, de tal manera, que el tiempo ya transcurrido se pierde para luego empezar a correr, desde esa manifestación de voluntad, un nuevo plazo de prescripción de la deuda u obligación reconocida.

En caso de que un tercero hubiese garantizado una obligación ajena hipotecando un inmueble propio, o hubiese adquirido un inmueble sujeto a este gravamen, se presenta la posibilidad de que transcurrido el plazo de prescripción de la acción principal, y consecuentemente el de la hipotecaria, el deudor principal renuncie expresa o tácitamente a la prescripción, sin que en ese acto el tercer poseedor de la finca hipotecada haya podido ni debido intervenir de ninguna manera, ya que en virtud de que en su calidad de tercero, nada debe al acreedor y se entiende ser un completo extraño a la relación obligacional garantizada. En ese caso ¿Cuál es el efecto de dicha renuncia? ¿Absoluto o relativo? ¿Le empuja al tercer poseedor este acto personal del deudor personal? Dilucidar estas interrogantes, es de esencial importancia para dar base a la hipótesis que esta investigación sostiene.

Respondiendo ambas preguntas, la doctrina nacional ha señalado en forma unánime, que la renuncia de la prescripción efectuada por el deudor personal no afecta al tercer poseedor. Esto, en virtud del principio contenido en el artículo 12 del Código Civil, y de acuerdo al cual toda renuncia surte efectos en la sola persona del renunciante. Se concluye por tanto, que la renuncia es un acto personalísimo, y que existiendo pluralidad de deudores, la norma general es que la renuncia que cada uno de ellos efectúe, solo va a producir efectos respecto de ellos en forma independiente, no existiendo ingerencia ni consecuencias de la renuncia efectuada por un deudor respecto de otro. El mismo principio general, debe seguirse respecto de la acción hipotecaria dirigida contra el tercer poseedor, por lo que si el deudor de la obligación principal prescrita renuncia a ella, ese acto no va a perjudicar la prescripción de la

acción hipotecaria dirigida contra el tercer poseedor. La intención del legislador al respecto es clara, y si la renuncia en este caso tuviese un efecto diverso, debiese haberse establecido una norma especial en relación a las obligaciones accesorias, tal como lo hace el artículo 2519 respecto de los efectos de la interrupción en las obligaciones solidarias.

Entonces, en caso de existir un tercer poseedor de la finca dada en hipoteca, el acreedor puede dirigirse tanto respecto del deudor principal por la vía personal y principal, como respecto del deudor hipotecario por la vía de la acción hipotecaria. Si no acciona de esa manera contra ninguna de esos sujetos pasivos, y ya habiéndose cumplido los términos legales, el primero de ellos puede renunciar a la prescripción no existiendo ningún motivo jurídico por el cual esa renuncia sea oponible al tercer poseedor, pues ella se refiere solamente respecto a la acción personal que el acreedor puede hacer valer en su contra. Cabe señalar al respecto, que el profesor Mery comparte la misma tesis y que Somarriva es de similar opinión, ya que ha señalado que la renuncia de la prescripción efectuada por el deudor personal, no afecta al tercer poseedor, llegando a esa conclusión por intermedio de la aplicación análoga del artículo 2496 referido al fiador, y en base a que toda renuncia es de efectos relativos y que por consiguiente, afecta solamente a quien la ha efectuado⁵⁶.

Esta situación, ¿Contraria de manera alguna lo dispuesto por los artículos 2434 y 2516? Somos de la opinión de que en tal caso no habría ningún tipo de infracción legal, sino que por el contrario, se trata de la interpretación correcta, pues, como se señaló anteriormente, de las disposiciones aludidas se desprende que la acción hipotecaria y la principal tienen un mismo plazo de prescripción, pero, al tratarse de acciones diferentes la institución produce sus efectos respecto de cada una de ellas, por lo que la renuncia efectuada por el deudor personal necesariamente va a producir efecto en la acción personal, pero no en la hipotecaria. Mery ha señalado que esta posición no es contraria a lo dispuesto por el artículo 2516, ya que esta disposición “se

56 Somarriva Undurraga, Manuel. Ob. Cit. Página 476.

limita a establecer que los plazos de prescripción de la acción hipotecaria y de la acción personal son los mismos, lo cual en este caso se cumple. Cosa distinta en que el deudor personal renuncie en cuanto tal al beneficio de la prescripción. Esta renuncia de acuerdo con los principios generales, sólo a él afecta.⁵⁷ De esta manera, para entender renunciada la prescripción de la acción hipotecaria en este caso, sería imperiosamente necesario que el tercer poseedor efectúe la renuncia en los términos del artículo 2494.

Como estima Somarriva, abona la posición transcrita los efectos atribuidos a la renuncia de la prescripción en el contrato de fianza. Respecto de esta caución, el artículo 2496 regula que una vez renunciada la prescripción por parte del deudor principal, el fiador requerido puede oponer como excepción la prescripción renunciada por el este, disposición que es plenamente aplicable a la hipoteca atendidas sus características análogas. En consecuencia, la renuncia sólo perjudica a quien expresa o tácitamente la ha efectuado, no siendo lícito perjudicar a un tercer poseedor, que, obrando diligentemente y de buena fe, se encuentra en posesión de un predio hipotecado que garantiza una obligación ajena. Queda también de manifiesto en esta disposición, que la intención del legislador jamás fue otorgar al principio *accessorium sequitur principale* un alcance en el sentido que lo ha entendido la mayoría de la jurisprudencia, pues en este caso, expresamente se está señalando que la acción emanada del contrato de fianza prescribe respecto del tercero, pero no respecto del deudor, y atendido además que en la hipoteca coexisten dos acciones distintas y que el tercer poseedor carece de la calidad de deudor personal, con mayor razón debe entenderse que es posible la prescripción independiente de cada una de esas acciones.

La anterior es la doctrina mayoritaria en esta materia y ha sido reconocida por los tribunales superiores de justicia en varias oportunidades. Así por ejemplo, la Corte Suprema en sentencia de casación de 25 de Agosto de 1943 sostuvo que “*La renuncia*

57 Mery Berisso, Rafael. Op. Cit. Página 401-402.

hecha por el deudor personal a su derecho de alegar la prescripción ya cumplida, no puede referirse sino a la acción personal que el acreedor puede hacer valer en contra de él, ya que no es sujeto pasivo de la acción hipotecaria que el acreedor pueda intentar en contra del tercer poseedor de la finca hipotecada.” Luego el mismo fallo señala que *“el tercer poseedor de la finca hipotecada puede alegar a su favor la prescripción de la acción hipotecaria, tanto porque la renuncia del deudor personal sólo puede comprometer sus propios derechos, cuanto porque el artículo 2493 del Código Civil autoriza para alegar la prescripción a todo el que quiera aprovecharse de ella.”* Se resuelve en definitiva que *“Procede, por tanto, acoger la prescripción de la acción hipotecaria alegada por el tercer poseedor, no obstante la renuncia a la prescripción después de cumplida, hecha por el deudor personal.”*⁵⁸ Un fallo más reciente ha señalado es forma bastante ilustrativa la misma opinión al disponer que *“La renuncia es un acto unilateral de quien ejercita ese derecho y, por lo mismo, sólo afecta a la persona del renunciante. Si bien el Código Civil no consagró una norma expresa sobre los efectos de la renuncia en relación al tercer poseedor de la finca hipotecada, si lo hizo en materia de fianza, estableciendo en su artículo 2496 que el fiador podrá oponer al acreedor la prescripción renunciada por el principal deudor, principio que también ha de ser aplicado al caso del tercer poseedor, como consecuencia lógica del efecto relativo de la renuncia antedicha. Así las cosas, si llegara a estimarse que la prescripción de la obligación principal fue renunciada por el deudor personal, en ningún caso ello perjudicaría la prescripción de la acción hipotecaria.”*⁵⁹ De esta manera, es claro que existe acuerdo en que no es posible concebir que la renuncia a la prescripción, efectuada por el deudor personal, afecte al tercer poseedor, pues ese acto jurídico por definición sólo apareja efectos relativos. Una opinión contraria estaría vulnerando uno de los principios fundamentales que informan nuestro Código Civil, o confundiría la renuncia con otro tipo de instituciones, pues considerar que esta figura pueda generar efectos respecto de terceros es contrario a su esencia.

58 Corte Suprema. 25 de Agosto de 1943. Revista de Derecho y Jurisprudencia. Tomo XLI. Segunda Parte. Sección Primera. Página 368.

59 Corte de Apelaciones de Santiago. 8 de Agosto de 2007. En Gaceta Jurídica. Número 326, Agosto, Año 2007. Página 162.

Por lo tanto, al caso de que tenga lugar la renuncia de la prescripción por parte del deudor personal, el acreedor podrá luego de esa renuncia y en virtud de lo dispuesto por el artículo 2397, dirigirse en contra de ese deudor para hacer efectivo su derecho de prenda general, pero, si procede por desposeimiento en contra del tercer poseedor para hacer efectivo su derecho real de hipoteca, este podrá oponer en su oportunidad la excepción de prescripción, la que deberá ser acogida por el tribunal y rechazarse en definitiva la pretensión incoada por el acreedor en su contra. Lo anterior implica que el derecho personal de carácter principal, emanado del crédito garantizado, se encuentra plenamente vigente, mientras que el derecho real accesorio que garantizaba el cumplimiento de la obligación, prescribe en forma separada.

No obstante las decisiones relativas respecto de la renuncia, lamentablemente los fallos aludidos no han expresado una consecuencia que es ineludible en esos casos y que estimamos fundamental para el desarrollo de nuestra hipótesis, esto es, reconocer por medio de términos explícitos que es posible que el efecto propio de la prescripción, opere sólo respecto de la acción hipotecaria y no respecto de la personal. A pesar de lo anterior, es evidente que al aceptar que la renuncia de la prescripción sólo produce efectos relativos, y que en consecuencia esa renuncia no es oponible al tercer poseedor, **nuestra doctrina y jurisprudencia han reconocido tácitamente que existe al menos una hipótesis de prescripción independiente de la acción hipotecaria**, por lo que pienso, que tomando en cuenta esa posibilidad, debiese haber una mayor apertura de los tribunales superiores de justicia en la materia o al menos una consideración menos absoluta al respecto. Lo anterior, lo señalo en atención a que los considerandos de las sentencias referidas a casos análogos a los de la renuncia, suelen descartar de plano la posibilidad de que la hipoteca prescriba en forma independiente, estableciendo como premisa inicial que esa figura no es posible por depender lo accesorio de lo principal, y que por lo tanto, vigente el crédito la hipoteca necesariamente debe seguir siempre la misma suerte. Sin embargo, ha quedado claro que ese principio no resulta aplicable o es derrotado en los casos ya señalados, existiendo una insalvable contradicción en los postulados de la doctrina y jurisprudencia que son mayoritarias en esta materia. Creemos que es necesario

corregir esta contradicción, ya que como se verá a continuación, puede derivar en patentes injusticias.

4.2 La Interrupción de la prescripción

Para que la prescripción produzca el efecto de extinguir una acción o derecho ajeno, son necesarios dos requisitos fundamentales. El primero de ellos, es la inactividad del acreedor, la que se traduce en el no ejercicio de las acciones tendientes a que esos derechos se hagan efectivos. El segundo elemento, es la pasividad que implica que el deudor no reconozca en forma expresa o tácita su obligación. De esta manera, la prescripción opera como una sanción para el acreedor que no requiere al deudor para exigir el cumplimiento de su crédito en la oportunidad que se la ley señala, y por tanto, si el primero llegase a ejercitar en los plazos legales las acciones que le corresponden, o el deudor reconociese la existencia del vínculo jurídico, se colige que desaparecen los fundamentos que dan lugar a la prescripción, siendo lo lógico que no se produzcan los efectos que le son propios. En base esto último, es que la ley ha reconocido la institución de la interrupción de la prescripción, la cual es definida por la doctrina como “*el hecho impeditivo de la prescripción que se produce al cesar la inactividad del acreedor o del deudor*”⁶⁰. Tomando en cuenta esta definición, la interrupción de la prescripción puede ser consecuencia de la actividad del acreedor o del deudor. En caso de que el hecho impeditivo provenga de la voluntad del acreedor, la interrupción tendrá un carácter civil, mientras que en caso de provenir de la voluntad del deudor, la interrupción se denomina natural. El efecto que produce la interrupción de la prescripción, siempre será el mismo y consiste en que el plazo de prescripción que hasta ese momento ha corrido, se pierde de manera tal, que los términos legales empiezan nuevamente a correr como si antes no hubiesen transcurrido.

60 Ramos Pazos, René. De las Obligaciones. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 1999.

Dos son entonces las clases de interrupción que nuestra legislación reconoce. En primer lugar, se encuentra la interrupción natural consistente en el reconocimiento de la obligación por parte del deudor, ya sea en forma expresa o tácita (Artículo 2518 inciso segundo). De esta manera, cualquier acto o hecho, que implique por parte del sujeto pasivo el deseo de no hacer valer la prescripción, es considerado por el legislador como acto interruptivo. Así, cuando el deudor cesa en su inactividad en la solicitud de concesión de esperas, en el pago parcial de la deuda, en el mero ofrecimiento de pago o en la solicitud de repactación, este sujeto en definitiva efectúa una manifestación de voluntad, a la cual la ley le atribuye el efecto de interrumpir naturalmente la prescripción. Cabe señalar respecto a este punto, que un acto de interrupción es análogo a un acto de renuncia, pues los hechos que la configuran son prácticamente los mismos, siendo la diferencia sustancial que existe entre ambas manifestaciones de voluntad, el tiempo en que cada una de ellas se efectúa. Se trata entonces de figuras coincidentes, pero que se diferencian en cuanto a que la interrupción se producirá mientras los plazos estén vigentes, mientras que la renuncia tendrá lugar una vez expirados esos términos. No obstante, el efecto que la ley atribuye a cualquiera de esos actos de interrupción natural o renuncia es prácticamente el mismo, y consiste en la privación de los efectos propios que la prescripción produce.

Por otro lado, existe la interrupción civil, consistente en la interposición por parte del acreedor de todo recurso judicial en contra del deudor, cuyo objeto sea la satisfacción del crédito (Artículos 2518 inciso tercero y 2503). Se justifica plenamente en estos casos la interrupción, por tratarse de un acto que evidentemente supone la cesación de la anterior inactividad del acreedor. Ahora bien, respecto del alcance de la expresión demanda o recurso judicial que emplean las disposiciones aludidas, la jurisprudencia ha considerado, mayoritariamente, que dichas expresiones deben interpretarse en forma amplia, entendiéndose por tales *“todo acto o gestión de apremio que el acreedor realice claramente con el objeto indiscutible de obtener del deudor determinado pago o satisfacción, utilizando para ello el órgano jurisdiccional*

*correspondiente, y mediando conocimiento del demandado.*⁶¹. En conformidad con esta concepción, se ha entendido que actos que no son técnicamente una demanda se asimilan a ella para efectos de la interrupción de la prescripción, como por ejemplo, las gestiones preparatorias de la vía ejecutiva, la solicitud de medidas prejudiciales y la gestión previa de desposeimiento.

El artículo 2503 del Código Civil, también señala tres casos en los cuáles se entiende que la prescripción, pese a la interposición de la demanda o recurso judicial, no es efectivamente interrumpida. Estos casos son:

- 1º Cuando la notificación de la demanda no ha sido hecha en forma legal;
- 2º Cuando el recurrente se ha desistido expresamente de la demanda o se ha declarada abandonada la instancia.
- 3º Cuando el demandado haya obtenido sentencia de absolución.

En todos estas hipótesis, se priva de eficacia a la interrupción y se entiende que los plazos de prescripción siguen corriendo.

Se concluye en base a lo anteriormente expuesto, que de tener lugar alguno de los eventos enumerados en la disposición transcrita, no se produce la interrupción y los plazos de prescripción continúan en curso, pudiendo vencerse y generar los efectos propios de esa institución. Para efectos de nuestra investigación, las hipótesis de mayor relevancia son las contenidas en el numeral 1º y 2º de la disposición señalada, pues, el caso de sentencia absolutoria respecto del deudor de una obligación garantizada con hipoteca, va a implicar generalmente que la deuda es nula, inexistente o que al momento del requerimiento ya se encontraba extinguida por el pago u otro modo de extinción de las obligaciones, lo que necesariamente significa que la hipoteca

61 Corte Suprema, 7 de Octubre de 1977. Citado en Domínguez Águila, Ramón, Op. Cit. Página 239.

se entenderá también extinta por carecer de los requisitos legales para surtir efecto, o por falta de causa o finalidad.

4.2.1 La interrupción de la prescripción y el ejercicio de las acciones personal e hipotecaria

En torno al tema que nos atañe, respecto de la interrupción de la prescripción, la figura de prescripción independiente de la acción hipotecaria que se ha propuesto torna una especial relevancia, pues en la práctica judicial es frecuente que el acreedor una vez que ha interpuesto la acción personal emanada del crédito, demandando y/o requiriendo de pago al deudor personal, se practique legalmente la notificación de la demanda solamente respecto de esta parte, no interponiéndose la acción hipotecaria contra el tercer poseedor, o, interponiéndose, no se efectúe la notificación que le corresponde. En ese caso, no estando debidamente emplazado el deudor *propter rem*, ¿Puede considerarse que la interrupción de la prescripción opera en forma relativa de tal manera que sólo siga corriendo el plazo de la acción hipotecaria? La misma pregunta cabe hacerse para el caso de que vigente los términos legales, el deudor principal reconozca expresa o tácitamente la obligación garantizada, o, que demandados el deudor y el tercero, se decrete el abandono del procedimiento sólo respecto de la acción que persiga el desposeimiento de la finca hipotecada.

La respuesta a esas preguntas, por parte de la mayoría de la doctrina y jurisprudencia de nuestros tribunales de justicia, ha sido negativa en razón del carácter accesorio de la hipoteca. Esa calidad impediría que la interrupción opere en forma relativa, como es la regla general, y en definitiva que la prescripción opere sólo respecto de la acción real supuestamente accesorio. A continuación, se analizan los fundamentos de esta posición que lamentablemente ha sido mayoritaria hasta el día de hoy.

4.2.2 Posición mayoritaria de la doctrina y jurisprudencia

La posición sostenida por la jurisprudencia mayoritaria, tiene gran parte de su sustento doctrinario en la posición del profesor Manuel Somarriva, quien en su célebre obra sostiene que *“la interrupción de la prescripción que opera en el deudor directo perjudica también al tercer poseedor”*⁶². El argumento que sostiene este tratadista al respecto, es que esta solución es acorde con la esencia y espíritu de las obligaciones accesorias, señalando que *“todo fenómeno que se produce en la obligación principal relacionado ya con su validez o con su exigibilidad repercute en ellas”*⁶³.

Reiteradamente, nuestros tribunales superiores han sostenido esta posición señalando que *“...si la prescripción extintiva de la acción propia de la obligación principal se ha interrumpido en perjuicio del deudor personal, ello ha surtido efectos jurídicos en detrimento del tercer poseedor o garante hipotecario, interrumpiéndose, asimismo, la acción hipotecaria de desposeimiento incoada en su contra.”*⁶⁴

El máximo tribunal en sentencia reciente, ha citado al Profesor Somarriva, quien hace presente que este asunto no se encuentra resuelto en nuestra legislación, y, que en su sentir, la interrupción de la prescripción que perjudica al deudor personal lo hace también respecto del tercer poseedor.⁶⁵ En el mismo fallo, se hace referencia a decisiones anteriores de la Corte Suprema en relación a otros casos análogos, citando un fallo del año 1992 en que el que se señala que *“Los artículos 2434 inciso 1º y 2516 del Código Civil no establecen distinción entre el plazo de prescripción de la hipoteca y el de la obligación principal. En consecuencia, la verificación extraordinaria del crédito en la quiebra del deudor principal interrumpe la prescripción respecto de éste y por ende, estando vigente la obligación principal, no puede prescribir la acción de*

62 Somarriva Undurraga, Manuel. Op. Cit. Página 476.

63 Somarriva Undurraga, Manuel. Op. Cit. Página 476.

64 Corte Suprema, 28 de Enero de 2009. Causa 5779 del año 2007.

65 Sentencia Corte Suprema, 28 de Enero de 2009. Causa 5779 del año 2007.

desposeimiento de la finca hipotecada.”

Luego, y al parecer con la finalidad de demostrar el supuesto efecto que determinados actos, entre el acreedor y el deudor, son oponibles al tercer poseedor, el sentenciador cita una nueva resolución dictada por Ilustre Corte de Apelaciones de Concepción, en la que se otorga mérito ejecutivo contra el tercer poseedor, en razón de una confesión judicial prestada por el deudor personal⁶⁶. De esta manera, debiese entenderse que la notificación practicada respecto del deudor principal, es oponible al tercer poseedor, y que por lo tanto, opera también en su contra la interrupción de la prescripción. Lo anterior, no obstante que se trata de dos acciones de diversa naturaleza, y que los sujetos pasivos de cada una de ellas, son en este caso diferentes.

Otros fallos se han inclinado por la misma solución, indicando por ejemplo, “1º *Que la excepción de prescripción interpuesta por el tercer poseedor de la finca hipotecada no puede prosperar, toda vez que la acción real emanada del contrato de hipoteca con cláusula de garantía general no tiene vida propia ni plazo de prescripción que pueda computarse independientemente del plazo de prescripción de la obligación principal a que accede la hipoteca (...)* 4º *Que en estas circunstancias la interrupción de la prescripción que opera en el deudor principal perjudica también al tercer poseedor. Los artículos 2434 y 2516 del Código Civil reafirman esta idea al expresar que la hipoteca prescribe junto con la obligación principal.”*⁶⁷ De la misma manera se ha señalado que “*El artículo 2519 del Código Civil. Que regula ciertos efectos de la interrupción de la prescripción, rige tratándose de obligaciones conjuntas, pero no contempla el caso del acreedor principal y del tercer poseedor de la finca hipotecada,*

66 Esta opinión ha sido sustentada por la Corte Suprema en sentencia de 22 de Julio de 1933 (Revista de derecho y jurisprudencia tomo XXX, páginas 489 y siguientes). Sin embargo, soy de la opinión de que esa posición también es incorrecta pues la confesión de la deuda efectuada por el deudor personal como gestión preparatoria del juicio ejecutivo en la práctica equivale a una renuncia o a la interrupción natural de la prescripción dependiente en que momento se practique, lo que como se ha sustentado anteriormente equivale a una declaración de voluntad unilateral que sólo perjudica a quien la efectúa.

67 Corte de Apelaciones de Santiago, 21 de Abril de 1992. Revista de Derecho y Jurisprudencia. Tomo LXXXIX. 1992. Segunda parte. Sección Segunda. Página 46.

*entre los cuáles no existe vínculo alguno. En tal virtud la interrupción de la prescripción que opera respecto del deudor directo perjudica también al tercer poseedor.”*⁶⁸

Una nueva sentencia, nos confirma el criterio que seguido el máximo tribunal al sostener que *“No se da lugar a la casación en el fondo que alega no haberse acogido la excepción de la recurrente, tercera poseedora, quien sostiene que para efectos de interrumpir la prescripción de la acción, en virtud de la cual se le desposee, se le debió notificar también la demanda en contra del deudor personal, lo que es inadmisibles.”* Hasta ese momento el razonamiento del sentenciador se pronuncia por una opinión totalmente contraria a la nuestra para luego resolver, a nuestro juicio erróneamente que *“La acción hipotecaria- cuyo es el caso de autos- prescribe junto con la obligación a la que accede. Así, interrumpida oportunamente la prescripción de la acción principal de cobro contra el deudor personal, se interrumpe también la prescripción de la acción hipotecaria accesoria que corre en favor del tercer poseedor.”*⁶⁹

El profesor Somarriva, siguiendo la misma argumentación, señala que *“en nuestra legislación la hipoteca no puede extinguirse por prescripción independientemente respecto de la obligación que garantiza. Este, modo de extinguir las obligaciones sólo actúa en la hipoteca de una manera indirecta: extinguiendo la obligación principal.”*⁷⁰

Como podrá apreciarse, se niega toda posibilidad de dar cabida a nuestra hipótesis, desconociendo a nuestro juicio, lo sustancial de las normas que rigen la materia y optando por la solución más simple para dilucidar una cuestión de carácter complejo. En definitiva, acá no sólo entran en juego las normas relativas a la hipoteca, sino que también, aquella referidas a los derechos reales, la prescripción y una serie

68 Corte Suprema. 17 de Julio de 1989. Gaceta Jurídica número 121. Sentencia 2°. Página 13. En Repertorio de Legislación y Jurisprudencia chilenas. Código Civil y Leyes complementarias. Tomo IX. Tercera Edición Actualizada. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 1998.

69 Corte de Apelaciones de Santiago. 10 de Enero de 2005. Revista de Derecho y Jurisprudencia. Tomo XCII. Sección Segunda. Página 5.

70 Corte Suprema, 11 de Junio de 2009. Causa rol 1074 del año 2007

de principios fundamentales del ordenamiento jurídico privado.

Frente a esta posición, se ha planteado un sector minoritario de la doctrina, el que señala que la interrupción de la prescripción que se efectúa en los términos del artículo 2503, respecto del deudor personal, no produce el mismo efecto respecto del tercer poseedor. En ese caso, los plazos siguen corriendo respecto del tercero, por lo que de cumplirse los términos legales, es perfectamente plausible que la prescripción de la acción hipotecaria proceda independientemente de la acción personal. Esta posición, en primer término consideró que su sustento clave se encontraba en el artículo 2519, el cual regla que la interrupción que obra en perjuicio de uno de varios codeudores, perjudica a los otros, a menos que haya solidaridad y esta no se hubiese renunciado. A esto Somarriva responde que *“el citado artículo 2519 no contempla el caso del deudor principal y del tercer poseedor, sino que él se refiere a las obligaciones conjuntas como queda de manifiesto con la excepción que el mismo consigna al referirse a las obligaciones solidarias (...) el artículo 2519 no es argumento contra nuestra opinión la que en cambio se ve corroborada por otras disposiciones legales, y por decisiones de la jurisprudencia en casos análogos. En efecto los artículos 2434 y 2516 nos dicen que la hipoteca prescribe junto con la obligación principal. Es fácil advertir que esta regla conservándose en su esencia y en su espíritu puede formularse diciendo que mientras no prescriba la obligación principal tampoco prescribe la hipoteca. Y ello no tiene nada de extraño, sino que por el contrario está en perfecta concordancia con el carácter accesorio que tiene la hipoteca.”*⁷¹ Posteriormente, este autor explica que en razón de la accesoriedad de las obligaciones de garantía, debiese seguirse la misma posición que se asumió en relación a la fianza. Similar opinión tiene René Abeliuk, quien estima *“que hay que tener presente, en primer lugar, que el artículo 2519, al consagrar el efecto relativo de la interrupción, sólo se refiere al caso de la pluralidad de acreedores y deudores y no a las obligaciones de garantía, y en seguida, que el artículo 2516 fue bien claro en orden a que éstas prescriben conjuntamente con la obligación a la que acceden. Si la interrupción afectara a la*

71 Somarriva Undurraga Manuel. Op. Cit. Página 476.

*obligación principal, y no a la caución, ésta prescribiría antes que aquélla, y viceversa*⁷² Ahora bien, ninguno de estos autores se detiene en un punto que consideramos crucial para dar con la solución que estimamos correcta, el cual es la independencia de la hipoteca respecto de la obligación caucionada.

4.2.3. Defensa de la postura minoritaria

Con todo el respecto que merecen los miembros de la doctrina mayoritaria y el máximo tribunal de nuestro país, pienso que la posición que ellos sustentan no es la correcta. Soy de la opinión, de que la solución que en definitiva se ajusta a los principios jurídicos envueltos en esta problemática, es la postura minoritaria que en parte ha sido sostenida, entre otros autores, por Don Rafael Mery, Don Ramón Domínguez Águila, y en algunos votos disidentes de los miembros de los Tribunales superiores de Justicia⁷³.

Para dilucidar la problemática que se nos presenta, pienso que en primer lugar es necesario determinar cual es el alcance que en nuestra legislación se atribuye a la interrupción de la prescripción, y de que manera ese alcance es aplicable a la dualidad existente entre el derecho personal de crédito y el derecho real de hipoteca.

En primer lugar, se nos plantea la cuestión relativa a si interpuesta la acción personal en contra del deudor principal, y notificada la demanda y su proveído a esta parte, esos actos producen la interrupción de la prescripción de la acción personal, no sólo respecto al deudor personal notificado (lo cual es lógico), sino que también de la acción hipotecaria respecto al tercer poseedor. La doctrina y jurisprudencia mayoritarias, se han inclinado por una afirmativa en razón de la regla de que lo

72 Abeliuk Manasevich, René. De las Obligaciones. Tomo II. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 2001.

73 Como por ejemplo el voto disidente del Ministro señor Kokish, de 24 de diciembre de 2001. En Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XCVIII. Sección primera. Página 295.

accesorio sigue la suerte de lo principal. En aplicación de ese principio, según se desprende de la doctrina y jurisprudencia analizadas, se produciría el supuesto efecto lógico de que practicada la notificación al deudor personal, esa notificación produce también el efecto de interrumpir civilmente la prescripción de la acción hipotecaria. Pero ya que se trata de dos acciones diferentes, que deben interponerse contra dos personas distintas, que deben ser tramitadas bajo distintos procedimientos y potencialmente ante dos tribunales diferentes ¿No parece lógico que los efectos de la interrupción deban operar sólo respecto de una de esas acciones? ¿Por qué no aplicar la regla general, según la cual la interrupción por regla general opera con efectos relativos? ¿Que ocurre con el tercer poseedor cuando no tiene conocimiento del hecho de que la prescripción fue interrumpida contra el deudor personal? .

Por otro lado, ¿Cuál es el efecto de la interrupción natural efectuada por el deudor personal? ¿Debe afectar esa interrupción al tercer poseedor? ¿No debiese acogerse una solución análoga al caso de la renuncia a la prescripción, tomando en cuenta que los hechos que configuran ambas instituciones son prácticamente los mismos?

Y por último, es posible que el acreedor interponga ambas acciones, pero sólo prosiga diligentemente el juicio seguido en contra del deudor personal. En esa hipótesis, es posible que el juicio de desposeimiento sea declarado abandonado en conformidad a las normas del Código de Procedimiento Civil. Para esta situación particular ¿No es lógico que opere respecto de la acción hipotecaria, la situación prevista en el artículo 2503 numeral 2º, y que por tanto, pueda posteriormente declararse la prescripción de esa acción, no obstante ser plenamente exigible la acción personal?

Todas las interrogantes anteriores deben ser contestadas para poder aclarar el problema, y así, poder sostener en definitiva que la acción hipotecaria es perfectamente prescriptible en forma independiente.

Como respuesta inicial a esas preguntas, soy de la opinión de que al igual que como se ha reconocido respecto de la renuncia, la acción hipotecaria puede prescribir en forma independiente cuando el acreedor ha interpuesto la acción personal emanada del crédito, y dicha actuación procesal sólo se notifica al deudor personal. A la misma conclusión, he podido llegar para los casos de reconocimiento de la deuda efectuado por el deudor vigentes los términos legales, y para cuando habiendo incoado correctamente el acreedor las acciones de que está provisto, prosigue la tramitación del procedimiento sólo contra el deudor personal, pero siempre y cuando, se haya decretado el abandono de la causa de desposeimiento seguida en contra el tercer poseedor. Cabe señalar, que en los últimos dos casos descritos hay interrupción de la prescripción de ambas acciones, pero en virtud de sucesos posteriores, los efectos que acarrea esa institución desaparecen sólo respecto de la acción hipotecaria.

Las hipótesis y afirmaciones anteriores, pueden ser comprobadas por los argumentos que se esgrimen a continuación, los que también permiten refutar consistentemente la doctrina mayoritaria.

4.2.3.1 Fundamento de la prescripción

El propio fundamento de la prescripción puede ayudarnos a buscar una respuesta y confirmar nuestra tesis, pues en definitiva, dos son las finalidades primordiales que busca esta institución: por una parte consolidar las situaciones jurídicas, y por otra, sancionar a los acreedores que, negligentemente, no hacen uso de sus derechos en los plazos conferidos por la ley. Además, desde otro punto de vista, la prescripción opera en favor del deudor por ser probable que éste desconozca los derechos que sobre él puede ejercer el acreedor.

Vemos que en el caso de que no sea interpuesta la acción hipotecaria contra el tercer poseedor, pero sí la personal contra el deudor principal, los fundamentos de la

prescripción cobran especial relevancia, y no hay ninguna razón por la cual la institución no deba ser aplicada. En primer lugar, porque existe una obligación pendiente que requiere ser estabilizada. En segundo lugar, por existir un acreedor que no actúa con la diligencia debida en la defensa de sus derechos, pues, contando con dos posibilidades de hacer efectivo su crédito, sólo hace uso de una sola acción en pos de ese fin, no pudiendo alegar ese sujeto desconocimiento de que la ley procesal ha establecido procedimientos diferentes para la interposición de esas acciones. Y tercero, si se estima que la prescripción tiene como fundamento que el deudor desconoce los derechos que el acreedor puede ejercer en su patrimonio, con mayor razón debemos pensar que puede aplicarse la institución respecto del tercer poseedor, ya que la prestación que éste debe cumplir al acreedor, es de diferente naturaleza, siendo también probable que el inmueble haya sido adquirido ya hipotecado, vulnerándose las expectativas que tuvo legítimamente al momento de la adquisición⁷⁴.

4.2.3.2 La libre circulación de los bienes

En estrecha relación con los fundamentos propios de la prescripción, podemos argumentar a nuestro favor, que la posición dominante en la jurisprudencia vulnera uno de los principios fundamentales que rigen el ordenamiento jurídico privado, el cual es la libre circulación de los bienes. De seguirse la doctrina mayoritaria, es claro que “*se embarazan la circulación y entibian el espíritu de conservación y mejora, que da vida y movimiento a la industria*” como estima el ejecutivo en el mensaje al Congreso Nacional proponiendo la aprobación del Código Civil. De esta manera, pensemos por ejemplo en quien adquiere válidamente un inmueble hipotecado, siendo el titular de esta hipoteca un acreedor que frente al incumplimiento de la deuda garantizada, solamente demanda al deudor por la vía ordinaria. Este tercer poseedor pudo jamás

74 Lo que debe entenderse no obstante tener conocimiento del gravamen hipotecario en virtud de su constitución registral, lo que implica que el deudor debe o debió haber conocido la existencia de la hipoteca al momento de haber adquirido el inmueble.

haber tenido conocimiento del inicio de este procedimiento, que puede extenderse durante un largo período de tiempo antes de que el acreedor pueda obtener una sentencia favorable. En ese lapso de tiempo, el gravamen sigue estando vigente y al entenderse que la prescripción sí está interrumpida, el tercero puede verse privado de disponer del inmueble en condiciones de mercado beneficiosas. En cambio, de sostenerse nuestra opinión el tercero no ve trabada la libre circulación de ese bien, pues en el caso hipotético, la prescripción de la acción hipotecaria ya se ha verificado, pudiendo el tercer poseedor alegar este hecho por vía de acción o excepción.

Frente a lo anterior, se podría argumentar en nuestra contra que el tercer poseedor no puede ignorar la existencia del gravamen hipotecario, pues, o concurre con su voluntad a la formación del contrario hipotecario, cuyo objeto es garantizar una obligación ajena con un inmueble que le es propio, o, al momento de la adquisición de un inmueble hipotecado necesariamente toma conocimiento de esta en virtud de las inscripciones pertinentes. De esa manera, de seguirse la postura minoritaria y acogerse la excepción de prescripción que interponga el tercer poseedor, se podría estar amparando una conducta contraria a la buena fe, ya que ese tercero se desprendería en forma ilegítima del gravamen que afecta a un bien de su propiedad.

No obstante ser efectivo que el tercero conoce la existencia del gravamen, las situaciones en que la doctrina minoritaria acepta la prescripción de la acción hipotecaria, en forma independiente o separada respecto a la obligación principal, son más bien excepcionales, y responden a situaciones extremas, derivadas muchas veces de actos o situaciones, que de ninguna manera hacen suponer alguna especie de fraude o mala fe de parte del deudor o del tercer poseedor. Por el contrario, y como se verá a continuación, parece más bien que esas consecuencias se deben a actuaciones imputables al acreedor, sumándose más razones para considerar al menos razonable la posición minoritaria.

4.2.3.3. La negligencia del acreedor en el correcto ejercicio de sus derechos

Se señaló en los párrafos precedentes, que la prescripción opera como una sanción para aquellos acreedores que no ejercitan sus derechos dentro de determinados términos legales. Desde ese punto de vista, puede considerarse que la prescripción es una sanción frente a la negligencia del acreedor. Ahora bien, consecuentemente con los principios que informan a la prescripción, el legislador ha regulado dos situaciones, en que, pese a haber cesado la inactividad de un acreedor por interposición de una demanda judicial, esa gestión procesal pasa ser ineficiente para efectos de la interrupción, por no haber sido el acreedor lo suficientemente diligente en la posterior tramitación de esa causa. Nos referimos a las situaciones contempladas en los numerales 1º y 2º del inciso segundo del artículo 2503.

El primero de estos casos tiene lugar cuando la demanda no ha sido notificada en forma legal, lo cual implica a su vez dos situaciones diversas, primero que la notificación de la actuación judicial y su proveído no se efectúen, o segundo, que dicho acto jurídico procesal no se realice cumpliendo con los requisitos que la ley ha prescrito para su validez. En ambas situaciones, la consecuencia es la misma, se entiende que la prescripción no se interrumpe, los plazos legales siguen corriendo, y que en consecuencia, no hay inconveniente para que los efectos propios de la prescripción se produzcan.

En relación a la interposición de las acciones personal e hipotecaria, cuando el inmueble se encuentra en manos de un tercero, se señaló que la conducta diligente de un acreedor es interponer ambas acciones, pero además es necesario procurar la tramitación de ambas de manera tal, que se logre al menos, la notificación a cada uno de los sujetos pasivos de una y otra gestión. Esa conducta es evidente si recordamos que el acreedor hipotecario dispone de dos acciones diferentes. De esta manera, y si el acreedor no fuese lo suficientemente diligente en la solicitud de practicar las correspondientes notificaciones, logrando solamente que esas actuaciones se efectúen respecto del deudor personal, lo lógico es que sólo se produzca la interrupción de la

prescripción respecto de esa acción y no ocurra lo mismo respecto de la acción hipotecaria. La conclusión anterior, es perfectamente lógica con los principios que reglan la prescripción y el actuar diligente de un acreedor en la oportuna defensa de sus derechos, pues si no se actúa con la debida diligencia, la consecuencia que aparece ese actuar es la pérdida o disminución de un derecho.

La segunda situación que prescribe el artículo 2503, consiste en que el tribunal que conoce de la causa, declare el abandono del procedimiento por no haberse efectuado las gestiones útiles para dar curso progresivo al procedimiento en los términos que correspondan. Esta sanción procesal, tiene lugar no obstante haberse practicado la notificación de la demanda cumpliendo los requisitos legales. La relevancia que tiene esta institución para poder dar cabida a la posición que este trabajo sostiene es muy importante, pues, ilustra la injusticia que puede ocasionarse por el hecho de concebir la posición contraria y mayoritaria, consistente en que la interrupción de la acción personal se comunica a la hipotecaria, y que en definitiva esa interrupción es oponible al tercer poseedor de la finca hipotecada.

La situación es la siguiente: Estando el inmueble en manos de un tercer poseedor, si el acreedor de una obligación garantizada con hipoteca, interpone y notifica la correspondiente acción personal contra el deudor personal, y la acción hipotecaria respecto del tercer poseedor, no hay duda de que se interrumpe la prescripción de ambas acciones. Ahora bien, si con posterioridad el acreedor solamente prosigue la causa en contra del deudor personal, no efectuando las gestiones útiles para dar curso progresivo a los autos en la causa de desposeimiento, el tercer poseedor cumpliendo con los términos de las normas contempladas en el título XVI del libro I del Código de Procedimiento Civil, puede solicitar el abandono del procedimiento. Una vez que el tribunal acceda a esa petición, la ley entiende que las actuaciones que se efectuaron en ese procedimiento se pierden. Por lo tanto, ateniéndose al rigor de la norma establecida en el artículo 2503 del Código Civil, se concluye que la acción hipotecaria no ha sido interrumpida, y que por tanto, puede prescribir no obstante no haberlo hecho la acción emanada del crédito. Sin embargo, **si**

aplicamos la doctrina mayoritaria a este ejemplo hipotético, no es posible llegar a la misma conclusión, pues no obstante la negligencia del acreedor en el ejercicio de sus derechos, si la acción personal incoada en contra del deudor personal, ha sido interrumpida, en virtud del principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, no será posible que prescriba la acción hipotecaria. En síntesis, la prescripción, aún en este caso no es posible, pues mientras no prescriba la obligación principal no hay posibilidad alguna de que prescriba la acción hipotecaria.

Como podrá notarse, las consecuencias de seguir una u otra teoría son muy diferentes, ya que en el primer caso se actúa siguiendo los principios que informan la legislación, sancionando con la pérdida de un derecho al acreedor por no haber actuado con el estándar de diligencia que se le exige, mientras que en el otro, se llega a una situación injusta por la aplicación excesiva de un principio jurídico que tiene límites relativamente determinados, y que no es posible aplicar en este caso por amparar la conducta negligente de un acreedor. Es cierto que al acreedor hipotecario le ampara el derecho de persecución, pero en el ejercicio de las facultades que ese derecho le otorga, debe actuar como respecto de cualquier otro, es decir de acuerdo a la figura del buen padre de familia, lo que respecto de este caso concreto, significa que de iniciarse un juicio de desposeimiento, este debe proseguirse adecuadamente.

En relación a este punto, se puede agregar que la norma general es que la acción de desposeimiento sea tramitada de acuerdo a las normas del juicio ejecutivo. Esto implica que el plazo para que el tercero demandado, pueda solicitar el abandono del procedimiento de acuerdo a las normas del Código de Procedimiento Civil, sea de tres años, los que se cuentan desde la última resolución recaída sobre la última gestión útil que el acreedor ejecutante hubiese efectuado. Si se cumple ese plazo, es patente que durante ese prolongado período de tiempo el acreedor ha sido negligente en la defensa de sus derechos, y lo lógico, sería sancionarlo con la extinción del gravamen hipotecario.

En definitiva, se concluye a base de lo anterior, que la interrupción de la

prescripción es una institución que tiene cabida cuando el acreedor es diligente en el ejercicio de sus derechos, pero, si con posterioridad a la interposición de un recurso judicial, esa diligencia cesa, el legislador ha instaurado las excepciones consagradas en los dos primeros numerales del artículo 2503, para sancionar con la ineficacia de la interrupción a los acreedores negligentes que no prosiguen adecuadamente los procedimientos.

La conclusión anterior, parece reafirmar lo expuesto en el punto 4.2.3.2 sobre la libre circulación de los bienes. Al respecto, es necesario tener en cuenta, que los procedimientos judiciales pueden extenderse por un prolongado período de tiempo, por lo que si el deudor *proter rem*, ha solicitado el abandono del procedimiento o jamás ha sido notificado de la acción real interpuesta en su contra, lo lógico es que una vez que hubiese transcurrido un tiempo razonable, pueda iniciar un procedimiento judicial cuyo objeto sea obtener la cancelación de la hipoteca. Si tal posibilidad fuese recogida por la ley o por la jurisprudencia, se actuaría en conformidad a uno de los más importantes principios instaurados por el legislador.

Por último, se puede agregar también, que en virtud de lo expuesto en este punto no se justifica una concepción absoluta de la interrupción de la prescripción, sino que por el contrario, más bien se confirma la regla general de relatividad.

4.2.3.4 Efectos atribuidos a la renuncia

Otro argumento que permite sostener nuestra teoría, es la aceptación de que renunciada la prescripción por parte del deudor principal, dicha renuncia no es oponible al tercer poseedor, y que por tanto, se entiende prescrita la acción hipotecaria pero no la personal. En esa hipótesis, como se ha analizado, la doctrina y jurisprudencia son contestes en consideración a que la acción hipotecaria se entiende prescrita, y no la

obligación principal, lo que en definitiva implica que es posible que la prescripción de la acción hipotecaria opere en forma independiente.

Respecto de este punto, la doctrina mayoritaria que niega que la interrupción de la prescripción opere con efectos relativos, negando en base a ello, la posibilidad de que la prescripción de la acción hipotecaria opere en forma independiente, incurre en una notable contradicción. Al respecto, un autor nacional ha señalado que muchas veces los “*actos de renuncia y de interrupción natural son esencialmente los mismos, diferenciándose sólo en el momento en que ocurren*”⁷⁵, y así es efectivamente, pues, ocurre que el reconocimiento expreso o tácito de la deuda es considerado por el legislador, una vez transcurrido el plazo de prescripción, como una renuncia a ésta, mientras que para el caso de tener lugar la misma manifestación de voluntad vigentes los términos legales, se señala que implica una interrupción de carácter natural. De esta manera, la posición mayoritaria estaría considerando que ante situaciones análogas de reconocimiento de una deuda, las consecuencias de esos actos son manifiestamente diferentes, pues para el caso de la interrupción opera un efecto *erga omnes*, mientras que para el caso de la renuncia el efecto es de carácter individual.

De ninguna manera lo anterior quiere decir que la interrupción y la renuncia sean lo mismo, existen diferencias sustanciales entre ambas instituciones que nos llevan a concluir esta afirmación. Sin embargo, existen también similitudes en virtud de las cuales no es plausible atribuir a cada una, consecuencias tan disímiles como las que tendrían lugar de seguir la doctrina mayoritaria.

Desde otro punto de vista, existe una insalvable contradicción en la doctrina mayoritaria, ya que la principal argumentación que este sector señala, para negar la posibilidad de prescripción independiente en el caso de la interrupción, es que dicha figura no es posible por ser la hipoteca un derecho accesorio y depender su suerte de lo que ocurra con la obligación principal caucionada. Como ha podido notarse, las

75 Domínguez Águila, Ramón. Ob. Cit. Página 56.

sentencias de los tribunales superiores de justicia, se han manifestado en términos absolutos cuando señalan que no es posible que la acción personal sobreviva a la hipotecaria.

Sin embargo lo anterior, para el caso de la renuncia, todos los autores, incluyendo aquellos que niegan nuestra tesis, son contestes en señalar que es perfectamente posible que siga vigente la acción para exigir el cumplimiento de la obligación principal, pero no aquella destinada a hacer exigible el derecho de hipoteca, no habiendo en este punto, ninguna referencia al supuesto efecto lógico que apareja la aplicación del brocardo *accessorium sequitur principale*. Entonces, si en un caso se niega la posibilidad de prescripción independiente en la acción hipotecaria por aplicación del principio ese principio, lo lógico sería que en el caso análogo la solución sea exactamente la misma, pero, como se ha señalado, ello no ha sido de esta manera. En virtud de lo anterior, nuevamente nos es forzoso reconocer que el principio de lo accesorio no es suficiente para explicar la tesis mayoritaria, y que la argumentación que ha empleado la doctrina para sustentar esa posición es contradictoria.

4.2.3.5 Limitación subjetiva y objetiva de la interrupción

Determinando cual es el alcance que se da a la interrupción de la prescripción, es posible encontrar otro punto a favor para sostener que la posición minoritaria es la correcta. La doctrina y jurisprudencia, están de acuerdo en reconocer como principio general que *“la interrupción es de efectos relativos, ya que si es natural, constituye un acto jurídico uni o bilateral, que siempre afecta solo a sus otorgantes, y si es civil, porque las demandas y sentencias judiciales igualmente son de efectos relativos.”*⁷⁶ Somarriva, también reconoce esta generalidad cuando se refiere a los efectos que

76 Abeliuk Manasevich. René. Ob. Cit. Página 1101.

produce la interrupción, practicada al tercer poseedor respecto del deudor personal⁷⁷. Pero no obstante lo anterior, los autores en general discrepan respecto de cual es el alcance de la interrupción respecto de las obligaciones accesorias, pues, para un sector la relatividad de la interrupción encuentra su excepción, precisamente, en esta clase de obligaciones en atención del principio expresado en el brocardo *accessorium sequitur principale*, mientras que para otros, esa excepción no es plausible atendido que no existe ninguna norma expresa al respecto.

Paradójicamente, un nuevo brocardo pretende explicar cual es el límite de la interrupción de la prescripción en aquellos casos en que existen derechos conexos: “*a persona ad personam, ab actionem ad actionem, a quantitate ad quantitatem non fit interruptio nec active nec pasive*”. Este principio, explica que la interrupción de la prescripción “*no se extienda de un derecho a otro, aunque fueren conexos, y no alcanza a otros sujetos diversos de aquellos respecto de los que se dio*”⁷⁸, lo cual sería seguido en la legislación chilena (Artículo 2519) estableciéndose al respecto sólo una excepción: la solidaridad.

El efecto absoluto de la interrupción, en el caso de la solidaridad, se justifica plenamente, pues, lo que caracteriza esta modalidad es la unidad de la prestación y la pluralidad del vínculo, característica sobre la cual se entiende que la cosa debida es la misma, pero bajo diversos modos, pudiendo el acreedor exigir el cumplimiento total e íntegro de la obligación respecto a cualquiera de los obligados al pago. Además, en la doctrina nacional se reconoce que en cuanto a la solidaridad pasiva, Bello siguió a la legislación francesa, de acuerdo a la cual, entre codeudores solidarios existiría un mandato tácito y recíproco, por lo que debe entenderse que habiendo sido legalmente emplazado sólo uno de ellos, ese emplazamiento se hace extensivo a los demás.

Establecida la solidaridad, como única excepción al efecto relativo de la interrupción, cabe preguntarse si esa excepción es aplicable también al caso de la

77 Somarriva, Undurraga, Manuel. Op Cit. Página 478.

78 Domínguez Águila, Ramón. Ob. Cit. Página 53.

hipoteca. La respuesta en ningún caso puede ser positiva, pues equiparar a la hipoteca con la solidaridad, no tiene ningún sentido por tratarse de instituciones totalmente diferentes. Sin embargo, algunos autores estiman que tampoco sería prudente considerar que la acción hipotecaria cabe dentro de la regla general del artículo 2519 referente a las obligaciones simplemente conjuntas, pues tampoco esa figura es análoga a la analizada a través de esta investigación.

No compartimos la última apreciación señalada en el apartado anterior, somos de la opinión de que la acción hipotecaria si cabe dentro de la norma general que establece el artículo 2519. Afirmamos esto, porque la disposición señalada establece claramente que la regla general consiste en que **la prescripción que obra en perjuicio de varias codeudores, no perjudica a los otros**, y de acuerdo a lo expuesto en el primer y segundo capítulo de esta memoria, el tercer poseedor de la finca hipotecada es un deudor *propter rem*, al que además la ley expresamente le ha reconocido en algunas disposiciones la calidad de codeudor⁷⁹. Es por esto, que no podría entenderse, que una vez practicada la notificación de la demanda al deudor personal, esa notificación produzca el efecto de interrumpir la prescripción respecto del deudor *propter rem*.

La doctrina minoritaria, también ha buscado la solución omitiendo la aplicación del artículo 2519, de esta manera, una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, conociendo de la casación en la forma interpuesta contra una sentencia de primera instancia, señala que “ (...) *sin perjuicio cabe apreciar que el sentenciador no hace aplicable al tercer poseedor la norma del artículo 2519 del Código Civil, sino que, luego de sentar que la acción real y personal son independientes, expresa que si conforme a la disposición citada no puede alegarse la interrupción por parte de un codeudor que no ha sido emplazado a un juicio, con mayor razón no podría alegarse tal interrupción por parte de un tercero poseedor, que ningún vínculo lo une a los*

79 Sección 4.1 del capítulo I y 5.1 del capítulo II.

contratantes.”⁸⁰ Luego se refiere a lo que consideramos el correcto alcance del artículo 2516 *“En efecto, la sentencia de primer grado indica que los alcances del artículo 2516 del Código Civil es el de señalar igual plazo para una y otra acción, pero que tal disposición no puede impedir declarar la prescripción de la acción hipotecaria sin que haya prescrito la obligación principal, lo que por lo demás resulta lógico que en los contratos accesorios, lo mismo que en cualquier otro, rigen no sólo las disposiciones especiales que la ley dicta con respecto a cada contrato, sino también las generales que le son aplicables.”*

Lamentablemente, en esa oportunidad la Corte de Apelaciones de Santiago, parece no compartir el razonamiento jurídico empleado por el tribunal civil de primera instancia, pues se insiste en la elaboración del fallo que *“la mala aplicación de las normas legales, no puede servir de fundamento para invalidar las sentencias por vía de la casación en la forma.”* Lo anterior no obstante que en sentencia anterior, la misma Corte de Santiago había acogido la posición que hemos planteado señalando *“Que la notificación practicada al señor Ovalle no tuvo la virtud de producir la interrupción civil de la prescripción en perjuicio de “Tuper Corporation”, puesto que la norma del artículo 2519 del Código Civil, la que en virtud de lo establecido en el artículo 22 del mismo Código es aplicable a terceros, deja en claro que la interrupción que obra en perjuicio de uno de varios codeudores no perjudica a los otros a menos que haya solidaridad, cuyo no es el caso de autos.”*⁸¹

Por otro lado, y como dijimos anteriormente, algunos autores que comparten la posición minoritaria, sostienen que la solución a los efectos de la interrupción de la prescripción, tanto en la hipoteca como en la prenda, no se encuentran en la norma establecida en el artículo 2519. El profesor Domínguez Águila, refiriéndose a este punto, ha señalado que tal como se ha discutido el alcance de la interrupción de la prescripción respecto de la prenda y la hipoteca, también se ha discutido respecto de la

80 Corte de Apelaciones de Santiago. 28 de Junio de 1991. Revista de Derecho y jurisprudencia. Tomo LXXXVII. Sección segunda. Página 73.

81 Corte de Apelaciones de Santiago. 8 de Noviembre de 1990. Revista de Derecho y jurisprudencia. Volumen LXXXVII. Segunda Parte. Sección Segunda. Página 184.

fianza, si es que la interpelación efectuada al deudor principal, interrumpe o no la prescripción también respecto del fiador. No hay al respecto una respuesta unánime, pero quienes optan por la afirmativa han señalado *“que la interrupción hecha al deudor, perjudica al fiador porque esta no hace sino acceder a la deuda del primero y que no se trata entre ellos de una deuda distinta de forma que la fianza lo que hace es dar al acreedor un segundo deudor de una misma obligación.”*⁸² Existen algunas legislaciones que han optado por la solución que señala esta sentencia, pero ella no ha sido acogida mayoritariamente por la doctrina y el asunto hasta el día de hoy, no ha encontrado una sola respuesta. El autor aludido, hace alusión a la discusión planteada para ilustrar que las únicas excepciones que la legislación nacional y comparada, ha establecido respecto al efecto relativo de la interrupción de la prescripción, son la solidaridad (Artículo 2519), las obligaciones indivisibles (Artículo 1529) y el caso del fiador, pero en esta última posibilidad el asunto era discutido y jamás fue admitido en forma unánime.

Siguiendo con el razonamiento anterior, el profesor Domínguez señala que Bello sólo recoge las excepciones de solidaridad e indivisibilidad, pero no la de la fianza, pues ella no es consagrada en ninguna de las disposiciones legales pertinentes y no es posible que esa conclusión se desprenda del artículo 2516. De esta manera indica que *“ Nunca, en los precedentes que Bello pudo tener en cuenta se trató de la posibilidad de otras posibles extensiones al principio de la relatividad de los efectos de la interrupción de la prescripción, de forma que no tiene asidero la aseveración que ha veces se ha hecho, en cuanto a que en el artículo 2519 solo se trató de las obligaciones entre codeudores, por lo cual el límite personal de la interrupción de la prescripción para las acciones prendarias o hipotecarias no está regulado allí.”*⁸³

Luego, el autor citado anteriormente, estima que si existen motivos plausibles para negar a la fianza como una excepción al efecto relativo de la interrupción, mayores razones existen para negar que la acción hipotecaria escapa a la norma general del artículo 2519, y que para el caso de acogerse que la interrupción que opera

82 Domínguez Águila, Ramón. Op. Cit. Página 54.

83 Domínguez Águila, Ramón. Op. Cit. Página 55.

respecto al deudor es oponible al fiador, tampoco es posible acoger la argumentación de Somarriva en cuanto a que respecto de la hipoteca, en este punto concurren los mismos argumentos que en la fianza. Todo lo anterior, en atención a las diferencias fundamentales que existen entre el derecho personal emanado del crédito y el derecho real de hipoteca, que entre otras consecuencias, implica que la obligación del deudor personal, a diferencia de lo que ocurre en la fianza, no tenga ninguna identidad respecto con la obligación *propter rem* que existe respecto del tercer poseedor de la finca hipotecada. En otras palabras, lo que este autor quiere decir, es que si existen razones para desechar que la interrupción practicada al deudor principal, afecte al fiador, mayores razones existen para desechar que la interrupción practicada al deudor personal, afecte al tercer poseedor, pues en este caso, a diferencia de la fianza, no hay ninguna identidad entre la obligación que atañe al deudor y el gravamen que afecta al tercero en su calidad de detentador del inmueble.

En mi opinión, si estimamos que la hipoteca se puede desenvolver con relativa independencia, esa misma característica permite argumentar que la interrupción practicada respecto del deudor personal no afecta al tercer poseedor. De manera similar lo parece entender Domínguez Águila al señalar que *“Y la afirmación en cuanto a que la hipoteca no pueda desprenderse de la obligación caucionada no puede acogerse sin importantes limitaciones y la prueba está en que entre nosotros se admiten verdaderas hipotecas “volantes” sujetas sólo a la eventualidad de obligaciones que no son futuras por no ser ciertas, sino a lo mejor probables, como ocurre con la genuina “cláusula de garantía general hipotecaria” cuya validez no se pone actualmente en dudas.”*⁸⁴

En conclusión, las limitaciones a la interrupción de la prescripción de la acción hipotecaria, cuando el inmueble gravado se encuentra en manos de un tercer poseedor, no deben buscarse en el principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, sino que en el contenido en el brocardo *a persona ad personam, ab actionem*

84 Domínguez Águila, Ramón. Op. Cit. Página 56.

ad actionem, a quantitate ad quantitatem non fit interruptio nec active nec pasive, que establece la regla general en materia de interrupción. Por otro lado, si en caso de sostenerse que en la fianza el efecto de la interrupción practicada respecto del deudor, alcanza al fiador, no es posible concluir que esa solución sea aplicable a la hipoteca por ser también de un derecho accesorio, porque pese a esa similitud, existen diferencias esenciales entre ambas instituciones.

4.2.3.6. Limitaciones a la accesoriedad de la hipoteca

Principalmente en la segunda parte de este trabajo, se expuso que la accesoriedad de los derechos no es absoluta en relación a las obligaciones de garantía, pues, nuestra legislación reconoce que este tipo de actos jurídicos actúan en muchos casos con una independencia relativa, conservando un cierto margen de autonomía. En ese momento, se concluyó que la hipoteca es una figura compleja y que atribuirle un mero carácter de accesorio respecto del crédito, atentaría contra la individualidad que muchas veces se presenta en sus diversas áreas, siendo uno de los casos en que esto se hace patente, aquél en que la acción hipotecaria se separa en su ejercicio respecto de la acción personal emanada del crédito.

En consecuencia con lo anterior, pienso que la solución que han otorgado los tribunales superiores de justicia, respecto a la determinación y al alcance de la interrupción, es errónea e insuficiente. Específicamente, y a modo de ejemplo, creo que el argumento empleado en una resolución ya citada con anterioridad es manifiestamente incorrecto, develándose la insuficiencia argumentativa que lamentablemente existe en esta materia. La resolución aludida, estima que en virtud de no señalar el artículo 2519 si la interrupción de la prescripción respecto del deudor directo, perjudica también al tercer poseedor, debe optarse por la afirmativa en razón

del carácter accesorio que reviste la hipoteca.⁸⁵ Esa no parece ser la solución coherente con los principios que informan la interrupción de la prescripción, y no está de más decir, que el análisis que corresponde, ni siquiera se efectúa, optando en definitiva por una solución en la cual prima una concepción de la hipoteca como accesorio del crédito, y no como derecho real vinculado pero independiente. No nos parece correcto el uso del principio de lo accesorio en forma abusiva, como se ha visto, esa situación puede devenir en injusticias respecto del deudor *propter rem*.

Tampoco nos parece correcto atribuir a los artículos 2516 y 2434 inciso primero, el alcance que ha pretendido la jurisprudencia abrumadoramente mayoritaria. Como se señaló anteriormente, en base a esas disposiciones, la mayoría de las decisiones judiciales han sostenido que la hipoteca no puede prescribir independientemente de la obligación caucionada. Según esas resoluciones, las normas aludidas están en perfecta concordancia con los principios que rigen las obligaciones accesorias, siendo lógica la prescripción consecuencial de la hipoteca y completamente descartada la posibilidad que estamos proponiendo.

Pienso que el razonamiento anterior es incorrecto, porque, como se señaló anteriormente, el legislador estableció esa norma para impedir los inconvenientes que pueden derivarse cuando los plazos empiecen a correr en momentos diferentes. En consecuencia, nada obstaría a que la prescripción pueda operar en momentos diversos respecto de una u otra acción y ese sería el caso cuando, por ejemplo, se interrumpa la prescripción respecto del deudor personal, y no respecto del tercer poseedor. Una sentencia, a la que se ha hecho alusión anteriormente, señala una opinión semejante en unos de sus considerandos al establecer “*Que la norma del artículo 2516 del Código Civil, que preceptúa que “la acción hipotecaria y las demás que proceden de una obligación accesorio, prescriben junto con la obligación a que acceden”, sólo significa que tanto la prescripción de la acción personal como la real empiezan a correr al mismo tiempo- cual señala la jurisprudencia-, pero ello no implica que la prescripción*

85 Me refiero a la sentencia de la Corte Suprema de 17 de Julio de 1989 citada en el punto 4.2.2 de este capítulo.

se produzca en el mismo momento, puesto que respecto de alguna de tales acciones puede haberse producido la interrupción de la prescripción y no así respecto de la otra.” Pienso que la solución anterior es la que procede concluir, cuando los principios jurídicos involucrados son correctamente analizados.

Con el objeto de seguir desvirtuando el alcance, que comúnmente se le ha otorgado a las disposiciones de los artículos 2434 inciso primero y el artículo 2516, y, en virtud de lo dispuesto en el artículo 23 inciso segundo del Código Civil, podemos además acudir a las normas especiales establecidas en la ley 18.902 sobre letra de cambio y pagaré. De acuerdo a las normas que regulan las acciones emanadas de esos títulos de crédito, el plazo de prescripción de estas, es de un año contado desde el día del vencimiento del documento, pero sólo respecto de los obligados al pago (Artículo 98 de dicha normativa especial). En lo demás, señala el artículo 101 de la ley, la prescripción proveniente de estas acciones se rige por las normas establecidas el Código de Comercio, cuerpo legal que a su vez se remite a las normas generales del Código Civil. En base a esas disposiciones, cabe advertir que la ley mercantil es clara al establecer una excepción a lo dispuesto por los artículos 2434 y 2516 del Código Civil, pues en ese caso, estando la obligación cambiaria garantizada con hipoteca, el plazo de prescripción de la acción personal, de sólo un año, será diferente del de la acción hipotecaria, que será de tres o cinco años según se proceda en forma ejecutiva u ordinaria, en razón de que el tercer poseedor, en su calidad de *deudor proter rem*, no está obligado al pago. En definitiva, y para los efectos que para este trabajo interesan, queda claro que la normas civiles aludidas no son consecuencia del principio de lo accesorio, y que es posible, y así el legislador lo ha permitido, que en la dualidad que reviste la hipoteca, perfectamente una acción pueda sobrevivir y la otra extinguirse.

4.2.3.7. Falta de emplazamiento del tercer poseedor e infracción al efecto relativo de las sentencias

Desde un punto de vista procesal, se puede agregar otro argumento de importancia. Si se acoge la tesis mayoritaria de la doctrina, se acepta que la sentencia que recaiga en el juicio ordinario o ejecutivo seguido en contra de un deudor determinado, pueda surtir efecto respecto de un tercero que posiblemente jamás tuvo conocimiento del juicio. Esta consecuencia no puede ser admitida en nuestro derecho, ya que vulnera una serie de principios básicos del derecho procesal y el texto expreso de varias disposiciones legales.

Para explicar la afirmación anterior, imaginemos nuevamente el caso de que habiendo accionado el acreedor, las notificaciones pertinentes solamente se practican dentro de plazo respecto del deudor personal y no respecto del tercer poseedor. De acogerse la posición mayoritaria de la doctrina y la jurisprudencia, se generaría una situación abiertamente contraria al principio del efecto relativo de las sentencias, reconocido en el Artículo 3 del Código Civil, y se transgrediría una de las garantías más importantes del debido proceso: la bilateralidad de la audiencia. Esta opinión parece coincidir con la del ministro de la Corte Suprema, señor Juica, quien al redactar su voto disidente en sentencia de casación referente a un caso concreto, similar al hipotético que hemos planteado, estima *“Que en las aludidas ejecuciones, la tercera poseedora de la finca hipotecada, no fue parte y por consecuencia, los efectos de las decisiones que en ellas se produjeron no podían afectarle conforme lo ordena el artículo 3º del Código civil.”*⁸⁶ Posteriormente, este magistrado señala que el artículo 758 del Código de Procedimiento Civil, establece un procedimiento especial para hacer efectivo el pago de la hipoteca en relación al tercer poseedor, debiendo a él notificársele la resolución pertinente, teniendo luego un plazo de diez días para pagar la deuda o abandonar la finca. Del razonamiento empleado en esta disidencia, se colige claramente que en estos casos, al ejercitarse dos acciones diferentes, ante dos demandados distintos y que en consecuencia deben ser notificados separadamente, el efecto de esas acciones procesales será también separado, siendo perfectamente plausible que la interrupción de la prescripción se produzca respecto de la acción

⁸⁶ Corte Suprema, 19 de Noviembre de 2008. Voto disidente del Ministro Señor Juica. Causa rol 2665 del año 2007.

personal y no respecto de la hipotecaria, existiendo por tanto la posibilidad de que el plazo de prescripción de la segunda acción, siga corriendo en forma independiente.

La anterior opinión también ha sido sostenida por la Corte de Apelaciones de Santiago, la cual ha estimado que *“para que lo obrado en el juicio de desposeimiento le sea también oponible al tercerista en su calidad de tercer poseedor del inmueble hipotecado, ha debido ser previa y legalmente emplazado por el acreedor demandante. Aceptar lo contrario supondría desconocer gravemente las normas del debido proceso reconocido expresamente en el texto constitucional.”*⁸⁷ La injusticia para el tercero que jamás ha sido parte es patente, por lo que para el caso de que tramitándose la acción personal, no se notifiquen las gestiones de desposeimiento al tercer poseedor, no es posible entender que la interrupción va a operar respecto de este último sujeto, a menos que se pasen por alto una las garantías procesales más importantes de nuestro sistema jurídico y se infrinja sustancialmente la ley.

En atención a lo expuesto en el punto 4.2.3.5 de este capítulo, referente a los alcances de la interrupción de la prescripción, creemos también que en caso de que el tercer poseedor sea notificado con posterioridad al deudor personal, una vez cumplidos los términos legales, no es justo que se deseche la excepción de prescripción que el tercero pueda interponer. Lo anterior como consecuencia de que los efectos de la interrupción son relativos, lo que implica que los plazos de prescripción de la acción hipotecaria, seguirán corriendo luego de la notificación al deudor personal como si jamás se hubiesen interrumpido.

No obstante lo expuesto en este punto, como ha sido una constante a lo largo de esta investigación, el criterio anterior no ha sido recogido por la doctrina ni por la jurisprudencia mayoritarias, lo que a nuestro juicio es errado y debiese ser corregido por las tremendas injusticias que pueden generarse.

⁸⁷ Corte de Santiago, 30 de Noviembre de 1990. En Gaceta Jurídica número 126, sentencia 1°, página 132.

5. Síntesis

Existen no sólo una, sino muchas razones para considerar que la acción hipotecaria puede prescribir en forma independiente de la acción principal emanada del crédito. Todas estas razones, emanan fundamentalmente de la dualidad que reviste toda relación hipotecaria, la cual se hace patente cuando el inmueble gravado es de propiedad, no del deudor principal, sino que de un tercer poseedor. En definitiva, la diferencia que existe entre ambas acciones, reconocida en numerosos artículos del Código Civil (artículos 2397, 2414 inciso segundo y 2430 principalmente) y que ante la existencia de un tercer poseedor se hace aún más manifiesta, justifica que se den una serie de situaciones en las cuáles la vigencia de la acción personal, y la prescripción de la hipotecaria, parezca lógica, razonable y justa.

Conclusiones Finales

A lo largo de esta investigación, he expuesto lo que a mi juicio es la solución correcta en materia de prescripción extintiva de la acción hipotecaria, cuando ella se separa de su ejercicio respecto de la acción personal por encontrarse el inmueble hipotecado en manos de un tercer poseedor. No ha sido una tarea fácil, pues la opinión que mantengo es minoritaria tanto en doctrina como en jurisprudencia. Por esto, ha sido necesario ser bastante riguroso en la aportación de nuevos argumentos para el debate, como también para desvirtuar las razones que se esgrimen para sostener la posición rebatida.

Pienso que por medio de los argumentos aportados a lo largo de este trabajo, he logrado comprobar la hipótesis, de que sí es posible que la acción hipotecaria dirigida contra el tercer poseedor, prescriba en forma independiente o separada respecto de la acción personal emanada del crédito. Lo anterior en razón de las conclusiones que se señalan a continuación

En primer lugar, y en virtud de lo expuesto en los dos primeros capítulos de esta memoria de prueba, podemos concluir que la hipoteca en calidad de derecho real,

tiene un innegable carácter accesorio, siendo su finalidad la reserva del valor económico del inmueble gravado en beneficio del titular de una obligación, para la eventualidad de su incumplimiento. En síntesis, el hecho de que la hipoteca sea un derecho accesorio de ninguna manera implica, como estiman algunos autores, que todo hecho que tenga lugar en la obligación principal necesariamente repercuta en ella, afirmaciones como esa representan un alcance desproporcionado del principio de lo accesorio, lo que fue demostrado fundamentalmente en los casos expuestos en el capítulo segundo. En esa parte, se podrá recordar que quedó perfectamente claro, que la hipoteca muchas veces escapa de la esfera de influencia de la obligación principal y actúa en forma más o menos autónoma.

En segundo lugar, conforme a lo expuesto en el capítulo tercero, se concluyen dos ideas fundamentales. La primera de ellas, que a diferencia de lo señalado por la doctrina y jurisprudencia mayoritarias, sí es posible que la acción hipotecaria prescriba en forma separada a la acción personal emanada del crédito garantido. Lo anterior, quedó completamente claro cuando se trató el tema de la renuncia a la prescripción efectuada por el deudor personal. Luego, en relación a este mismo punto, es posible concluir que la interrupción de la prescripción, que perjudica al deudor principal, no lo hace respecto del tercer poseedor de la finca hipotecada, conclusión a la que es posible llegar por varias razones, entre las cuáles destacan el alcance desproporcionado atribuido al principio de que lo accesorio sigue la suerte principal, y la determinación del correcto sentido y alcance de las disposiciones aplicables. Además, se aportaron una serie de argumentos, como los límites de la interrupción, el fundamento de la prescripción, la libre circulación de los bienes y el debido proceso de derecho, los que permitieron dar mayor firmeza a nuestra posición.

Por otro lado, y no obstante de creer que la posición a la que adhiero tiene mayor fundamento jurídico, también he podido concluir que no será una tarea fácil revertir la doctrina y jurisprudencia, hasta el día de hoy mayoritarias. Sostengo lo anterior, fundamentalmente, porque existe en nuestra mentalidad jurídica una noción injustificada, de acuerdo a la cual, la prescripción es una institución que ampara la

mala fe del deudor, lo que en la práctica se traduce en que las normas que la regulan deben ser interpretadas en forma restrictiva. Lo anterior, es muy injusto si se considera que la interpretación se efectúa de esa forma respecto del deudor, pero en forma amplia cuando se trata de beneficiar al acreedor, lo que es abiertamente contrario a los principios y normas del propio Código Civil, pues, lo favorable u odioso de una disposición no debe tomarse en cuenta para ampliar o restringir su interpretación (Artículo 23). Además, la misma Corte Suprema ha reconocido que *“la prescripción obedece a una consideración de orden público que no desconoce ni se aparta de los principios de justicia que inspiran los regímenes de derecho y de la ley.”*⁸⁸

En relación a lo anterior, pienso que a lo largo del desarrollo de esta memoria, ha quedado claro que la figura que se propone no tiene por objeto amparar la mala fe del deudor o del tercer poseedor de la finca hipotecada, ya que en general, se trata de situaciones jurídicas que requieren ser estabilizadas,⁸⁹ y es la prescripción la herramienta que la legislación otorga para la estabilidad de los derechos y la paz social.

Además, en concordancia con los denominados fundamentos subjetivos de la prescripción extintiva, se señaló en el capítulo tercero que es perfectamente plausible que opere solamente la extinción de la acción hipotecaria, y no la personal, cuando el acreedor no actúe con el estándar de diligencia promedio que la legislación le exige. Esa inactividad o actividad negligente, precisamente configura uno de los principios que informan el establecimiento de la prescripción como modo de extinguir las acciones y derechos ajenos, y no hay ningún motivo para limitar la aplicación de esos principios y normas a los casos en cuestión.

En suma, no obstante los argumentos que puedan esgrimirse contra la posición mayoritaria, es necesario también atenuar la tendencia favorable al acreedor existente

⁸⁸ Domínguez Águila, Ramón, Ob. Cit. Página 32.

⁸⁹ Al respecto se pueden recordar las situaciones descritas en el capítulo III punto 4.2.3.2 en que la negligencia del acreedor en el ejercicio de sus derechos puede ocasionar una incertidumbre jurídica que se prolongue por un largo período de tiempo.

en nuestros tribunales. No es justo que se transgredan los principios fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico con el objeto de satisfacer los intereses de una de las partes, y eso es, lamentablemente, lo que ocurre en los fallos respecto del acreedor hipotecario, personaje que además, por regla generalísima, tendrá mucho más posibilidades de defensa que el deudor personal o el tercer poseedor. Como señala un autor muchas veces citado a lo largo de este trabajo *“Ni la historia de los textos del Código, ni su letra, ni el recto entendimiento del principio referido pueden llevar a esa conclusión que, en el fondo, sólo se funda en una común tendencia de los tribunales de favorecer siempre al acreedor, en especial si es una institución crediticia y de admitir sólo con repugnancia, la prescripción como modo de extinguir las obligaciones.”*⁹⁰

Al respecto, es importante aclarar que lo anterior de ninguna implica desconocer la importante contribución que el crédito hipotecario tiene en la actualidad, tanto en términos económicos como sociales. Es necesario reconocer que la figura del acreedor hipotecario, es fundamental para el desarrollo de la economía, atendido que es una fuente de financiamiento que permite poner grandes negocios en marcha, así como también permitir a importantes sectores de la población, la adquisición de bienes raíces, muchas veces necesarios para tener una mejor calidad de vida. No es el propósito de la posición que se ha defendido atentar contra esa importante fuente de progreso, sino que por el contrario, la finalidad ha sido encontrar límites y soluciones justas, a un problema que hasta el momento no ha sido dilucidado completamente. De esa forma, y teniendo claros los alcances del negocio hipotecario, este podrá ser una herramienta verdaderamente eficaz en el desarrollo económico. Espero que lo dicho hasta acá, haya sido un pequeño aporte hacia ese fin.

90 Domínguez Águila, Ramón. Op. Cit. Página 63.

Bibliografía Consultada

ABELIUK MANASEVICH, RENE. Las Obligaciones.Tomos I y II. Cuarta Edición. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 2001.

ALESSANDRI R. Arturo, SOMARRIVA U. Manuel, VODANOVIC H. Antonio. Tratado de los derechos reales. Bienes. Tomos I y II. Sexta Edición. Santiago. Editorial Juridica de Chile.1997.

ALESSANDRI RODRIGUEZ, ARTURO. Sobre Interrupción civil de la prescripción extintiva. Comentario a la sentencia dictada por la Corte Suprema en el juicio de Riofrón Huidobro. En Revista de Derecho y Jurisprudencia. Volumen XXX. Año 1933.

ALESSANDRI RODRIGUEZ, FERNANDO. La hipoteca en la legislación chilena. Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile. 1919.

DE COSSIO Y CORRAL, ALFONSO. Instituciones de Derecho Hipotecario. Segunda Edición Editorial Bosch. Barcelona. España. 1956.

DOMINGUEZ AGUILA, RAMON .El principio de lo accesorio y la prescripción de las acciones de garantía. En Estudios sobre garantías reales y personales. Libro homenaje al Profesor Manuel Somarriva Undurraga. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 2009.

DOMINGUEZ AGUILA, RAMON. “La prescripción extintiva, Doctrina y Jurisprudencia”. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 2008.

GODOY GUARDA, SANTIAGO. “La acción de desposeimiento” Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. 1940.

LIRA URQUIETA, PEDRO. “Derecho Civil Comparado. De la prescripción extintiva en el Derecho Civil Chileno”. Santiago. Editorial Jurídica de Chile.1945.

MELLADO FONTENELLE, MIGUEL.La acción de desposeimiento contra terceros poseedores de la finca hipotecada o acensuada. Memoria de Prueba para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales.1992.

MERY BERISSO, RAFAEL. Derecho Hipotecario. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 1958.

MEZA BARROS, RAMON. La interrupción de la prescripción extintiva civil. Santiago. Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile. 1936.

MEZA BARROS, RAMON. Manual de Derecho Civil, De las Obligaciones.Décima Edición. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 2007.

MEZA BARROS, RAMON. Manual de Derecho Civil. De las fuentes de las obligaciones. Tomo II. Décima Edición. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 1997.

MONTERO HECHENLEITNER, CARLOS. Estudio Critico de la Jurisprudencia recaída en los artículos 758 a 63 del Código de Procedimiento Civil. La acción de desposeimiento contra terceros poseedores de la finca hipotecada o acensuada ante la Jurisprudencia. Memoria de Prueba para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile.1962.

MUÑIZ ESPADA, ESTHER. La propuesta de una hipoteca independiente en el derecho español. Cuadernos de Derecho Registral. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. 2008.

RAMOS PAZOS, RENE. De las Obligaciones. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 1999.

RIOSECO ENRIQUEZ, EMILIO. La prescripción extintiva ante la Jurisprudencia. Editorial Jurídica de Chile.Santiago. 1994.

RODRIGUEZ FONDON, MARIA TERESA. De algunos procedimientos especiales: de los interdictos posesorios, del juicio de hacienda, de la acción de desposeimiento, del juicio especial hipotecario. Memoria de prueba para optar al grado académico de licenciado en Ciencias jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile.1999.

RODRIGUEZ GREZ, PABLO. Extinción Convencional de las Obligaciones. Volumen I. Santiago. Editorial Juridica de Chile. Año 2006.

SANTA CRUZ, VICTOR. Nota a sentencia Corte Suprema de 25 de Agosto de 1943. En Revista de Derecho y Jurisprudencia. Tomo 41, sección 1º, página 371.

SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL. Tratado de las Cauciones. Santiago. Editorial Nacimiento.1943.

SILLERY LOPEZ DE CEBALLOS, RICARDO .“El carácter accesorio del derecho de hipoteca (Ensayo sobre la autonomía estructural y funcional de la hipoteca)". Caracas. Venezuela. Universidad Central de Venezuela. Facultad de Derecho. 1968.

VIAL DEL RIO, VICTOR. Teoría general del acto jurídico. Quinta Edición. Santiago. Editorial Jurídica de Chile.2004.

Legislación Consultada

Constitución política de la República de Chile

Código Civil de la República de Chile

Código de Comercio de la República de Chile

Código de Procedimiento Civil de la República de Chile

Ley 18.092 sobre letra de cambio y pagaré