

Universidad de Chile
Facultad de Leyes i Ciencias Políticas

La Hipoteca en la Lejislacion Chilena

Fernando Alessandri R.

Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en la Facultad de Leyes i Ciencias Políticas de la Universidad de Chile.

SANTIAGO DE CHILE 1919

CAPITULO PRIMERO. Definicion i caractéres esenciales de la hipoteca . .	1
CAPITULO II. Causas que dan oríjen al derecho de hipoteca .	15
CAPITULO III. Histeria de la hipoteca . .	17
CAPITULO IV. Bienes susceptibles de hipoteca .	23
CAPITULO V. De la hipoteca convencional .	33
CAPITULO VI. La hipoteca legal .	81
CAPITULO VII. Efectos de la hipoteca . .	85
CAPITULO VIII. Formas en que el acreedor hipotecario ejercita sus derechos . .	117
CAPITULO IX. Privilejos especiales que se conceden a ciertas instituciones .	135
CAPITULO X. Del derecho de preferencia .	139
CAPITULO XI. Estincion del derecho de hipoteca .	143
CAPITULO XII. Cancelacion de la inscripcion hipotecaria . .	163
CAPITULO XIII. La posposicion .	173
CAPITULO XIV. Cesion i subrogacion de créditos hipotecarios . .	175
OBRAS CONSULTADAS .	183
Nacionales .	183
Estranjeras .	184

CAPITULO PRIMERO. Definicion i caractéres esenciales de la hipoteca

I.

Toda obligacion confiere al acreedor el derecho de perseguir su cumplimiento en todos i cada uno de los bienes del deudor. Ahora bien, como puede suceder que dichos bienes no alcancen a satisfacer a todos los acreedores se ha necesitado crear instituciones especiales en virtud de las cuales determinados bienes queden afectos al cumplimiento de ciertas obligaciones i pueda perseguirse en ellos el cumplimiento de esas mismas obligaciones aun cuando los referidos bienes se encuentren en poder de terceros poseedores. Así ha nacido la institucion de la hipoteca de que nos vamos a ocupar i que ha sido definida por el art. 2407 del C. C., diciendo que «*es un derecho de prenda constituido sobre inmuebles que no dejan por eso de permanecer en poder del deudor*». Como se comprende, esta definicion es bastante incompleta i deficiente, porque en lugar de dar a conocer las características esenciales de la institucion, se limita únicamente a referirse al contrato de prenda i a indicar una de las diferencias principales que existen entre la hipoteca i la prenda.

Sin pretensiones de hacer una gran definicion, ya que el hecho de definir presenta bastantes dificultades, estimamos que la hipoteca podria definirse en la forma siguiente: es un derecho real que se confiere a un acreedor sobre un inmueble, de cuya posesion no es privado su dueño, para asegurar el cumplimiento de una obligacion principal i en virtud del cual el acreedor, al vencimiento de dicha obligacion, puede pedir que la finca

gravada, en cualesquiera manos en que se encuentre, se venda en pública subasta i se le pague con su producido con preferencia a todo otro acreedor.

No hemos definido la hipoteca tomando en cuenta el aspecto contractual que ella tiene en el C. C.; porque aun cuando la hipoteca, por regla jeneral proviene de la convencion, no es menos cierto que, segun el C. de P. C., tambien nace ella por el ministerio de la lei. Por esta circunstancia, en otras lejislaciones, como en el Código Civil Aleman, se reglamenta la hipoteca Al tratar de los derechos reales i no de los contratos como se hace en el nuestro.

De la definicion dada por nosotros resulta que para que exista la hipoteca, se requiere la existencia de una obligacion válida, ya que la hipoteca no es sino una garantía efectiva que se da al acreedor para asegurar el cumplimiento de la obligacion. Sin unaobligacion, a que la hipoteca sirva de garantía, estederecho no puede existir i de ahí deriva el carácter accesorio de la hipoteca. La garantía que se da al acreedor consiste en que si el deudor no cumple su obligacion al vencimiento de ella, el acreedor puede perseguir su cumplimiento en el inmueble dado en hipoteca en cualesquiera manos en que se encuentre. Ahora bien, esta garantía, es decir, la hipoteca, puede ser constituida a favor del acreedor por el deudor mismo o por un tercero. El inmueble dado en hipoteca continúa en poder de la persona que lo ha dado en garantía al acreedor, pudiendo aun enajenarlo. Si el deudor no cumple con lo pactado, entónces se produce la eficacia del derecho de hipoteca: el acreedor tiene un derecho real sobre el inmueble hipotecado i puede perseguirlo en cualesquiera manos en que se encuentre. El acreedor hipotecario hace efectivo su crédito sobre el precio del inmueble, para lo cual tiene derecho a hacerlo vender en pública Subasta. El acreedor se paga con ese precio con preferencia a todo otro acreedor del mismo deudor. Se sabe que un acreedor puede hacer efectivo el cumplimiento de sus obligaciones en todos i cada uno de los bienes del deudor; pero el acreedor hipotecario tiene derecho a pagarse con el precio del inmueble hipotecado con preferencia a cualquier otro acreedor.

Todavía se da a la hipoteca el carácter de indivisible con lo cual se establece que cada una de las cosas hipotecadas a una deuda i cada parte de ellas son obligadas al pago de toda la deuda i de cada parte de ella.

2.

Basta lo dicho para comprender las grandes semejanzas que hai entre la prenda i la hipoteca: 1.º ámbos derechos son accesorios de una obligacion válida a que sirven de garantía; 2.º ámbos derechos son indivisibles, i 3.º tanto el acreedor hipotecario como el acreedor prendario tienen derecho, en caso de que el deudor no cumpla su obligacion, para hacer vender en pública subasta la cosa dada en garantía i pagare con el precio con preferencia a todo otro acreedor.

Las diferencias esenciales que existen entre estas dos instituciones son las siguientes:

1.º La hipoteca se constituye sobre inmuebles, miéntras que la prenda sobre cosas muebles;

2.º En la hipoteca la cosa dada en garantía, queda en poder del deudor; en la prenda

la cosa se entrega realmente al acreedor; i

3.º Se diferencian tambien en el modo de constituirse: la hipoteca como se verá mas adelante, debe otorgarse por escritura pública i debe inscribirse en el Conservador de Bienes Raices; la prenda no necesita de ninguna solemnidad especial para su perfeccionamiento.

3.

De las nociones jenerales que acaban de darse resulta que los caractéres esenciales de la hipoteca son los siguientes: í

1.º Es un derecho accesorio, porque supone la existencia de una obligacion anterior;

2.º El inmueble dado en garantía no deja de permanecer en poder de la persona que ha constituido la hipoteca;

3.º Es un derecho real sobre inmuebles;

4.º Es un derecho de persecucion;

3.º Es un derecho de preferencia;

6.º La hipoteca es indivisible.

Examinaremos separadamente cada uno de estos caractéres.

4. La hipoteca es un derecho accesorio

.—El derecho de hipoteca no puede existir sin una obligacion a que aquel sirva de garantía, por cuyo motivo se dice que es un derecho accesorio. El artículo 1442 del Código Civil define esta clase de contratos diciendo que «es contrato accesorio aquel que tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligacion principal, de manera que no pueda subsistir sin ella». El objeto de la hipoteca es asegurar el cumplimiento de la obligacion del acreedor, de modo que ella requiere la existencia previa de una obligacion anterior.

5.

En nuestra lejislacion la hipoteca supone necesariamente la existencia de una obligacion principal a la cual aquélla queda sometida en absoluto.

En el Código Civil Aleman se han modificado sustancialmente los principios consagrados en el Código Civil Chileno i en las demas lejislaciones.

En primer lugar, se ha establecido que la inscripcion hipotecaria hace plena fé respecto de terceros, de manera que los cesionarios del acreedor adquieren el derecho de hipoteca en los mismos términos que aparece inscrito en el registro respectivo i no pueden ser privados de ella aun cuando se pruebe que el crédito se habla extinguido o era nulo (art. 1138).

Por otra parte, se ha creado la hipoteca del propietario, que consiste en que la hipoteca constituida para asegurar el cumplimiento de una obligacion continúa, en determinados casos, subsistiendo en favor del dueño aunque se haya extinguido aquella obligacion. Pero la reforma mas trascendental introducida en el Código Aleman, es el establecimiento de «la hipoteca abstracta» o deuda territorial. Segun esa institucion un

propietario puede hipotecar sus bienes sin necesidad de que ese gravámen se constituya para asegurar el cumplimiento de determinada obligacion. La deuda territorial es un instrumento de crédito que tiene por objeto dar facilidades a los dueños de inmuebles para que obtengan los capitales que necesiten, con rapidez i prontitud. El propietario del predio hipotecado recibe como justificacion del derecho constituido, un documento llamado bono territorial que puede ser trasferido por simple endoso. La deuda territorial tiene, en consecuencia, vida propia e independiente i no es como toda hipoteca ordinaria, un accesorio de una obligacion principal.

6.

La obligacion principal, en nuestro derecho, debe ser válida, porque si es nula es evidente que la hipoteca, que es lo accesorio, tambien lo será.

Sin embargo, segun el art. 1472 del C. C., las hipotecas constituidas por terceros para la seguridad de una obligación natural son válidas. La obligacion contraida por un incapaz relativo, como la mujer casada o un menor adulto no habilitado de edad sin sujecion a las solemnidades exijidas por la lei en razon de la calidad de las personas, es una obligacion natural segun el N.º I del art. 1470 del citado Código. Si es el mismo incapaz el que constituye la hipoteca para asegurar el cumplimiento de la obligacion por él contraída, es evidente que esa hipoteca adolecerá de la misma nulidad que la obligacion principal; pero si ha sido un tercero el que ha constituido la hipoteca para asegurar el cumplimiento de esa obligacion natural, la hipoteca valdrá i producirá todos sus efectos segun lo dispuesto en el art. 1472 ya citado.

7.

La hipoteca puede constituirse para asegurar el cumplimiento de cualquier clase de obligacion: de una obligacion a plazo, de una obligacion futura, de una obligacion condicional. Naturalmente que en estos casos, siendo accesorio la hipoteca, seguirá ella la suerte de la obligacion principal i estará sometida siempre a las modalidades de esta última.

Mucho se ha discutido si puede constituirse una hipoteca para asegurar el cumplimiento de una obligacion indeterminada. ¿Podría otorgarse una hipoteca para garantizar el pago de los perjuicios que se ocasionaran con el incumplimiento de un contrato? ¿Se puede constituir una hipoteca para asegurar el pago del saldo de una cuenta corriente? I en jeneral ¿la hipoteca puede darse en garantía de una obligacion cuyo valor no esté determinado de un modo absoluto al tiempo de constituirse aquélla?

Nos ocuparemos de esta materia al tratar de la especialidad de la hipoteca desde el aspecto de los créditos que garantiza, limitándonos por ahora, a hacer presente que, en nuestro concepto, un contrato de esta clase es perfectamente ajustado a la lei i a los principios.

8.

El hecho de que la hipoteca sea un derecho accesorio no hace que ella pierda su naturaleza propia e independiente. La hipoteca no se confunde con la obligacion principal i cada cual conserva su fisonomía particular. La hipoteca sigue siempre la suerte de la obligacion principal: si ella es nula, tambien lo será la hipoteca; si la obligacion principal

está sometida a alguna modalidad, la hipoteca también lo estará. Pero, a su vez, la hipoteca puede ser nula sin que lo sea la obligación principal i puede estar sometida a plazo, condición o modo sin necesidad de que lo esté la obligación principal. Se verá más adelante que la hipoteca que garantiza una obligación divisible seguirá siendo indivisible i a su vez, la hipoteca no comunicará a aquella su carácter de indivisible.

Sin embargo, algunos autores (¹) han llevado tan lejos el principio de que lo accesorio sigue la suerte del principal, que han estimado que la naturaleza del derecho de hipoteca dependerá del crédito que ella garantice, de modo que en la mayoría de los casos será mueble por asegurar el pago de una cantidad de dinero. Al tratar de la naturaleza de este derecho, veremos que esta opinión no puede sostenerse dentro de nuestros principios legales.

Del carácter accesorio de la hipoteca se desprenden las consecuencias siguientes:

1.º La hipoteca es nula si también lo es la obligación principal;

2.º La extinción del crédito hipotecario lleva consigo la extinción de la hipoteca; i

3.º La hipoteca sigue al crédito a donde éste vaya, de manera que, si el crédito se cede también se comprende la hipoteca en la cesión. Del mismo modo, la hipoteca que garantiza un crédito mueble, perteneciente a una persona antes de su matrimonio, pasa conjuntamente con el crédito a formar parte del haber de la sociedad conyugal después del matrimonio, a pesar de que los inmuebles que aporten los cónyuges no formen parte de ella.

Los sostenedores de la doctrina de que la naturaleza del derecho de hipoteca depende del crédito que garantiza se apoyan en esta última consideración, pero como se comprende, esta opinión carece de valor, porque puede explicarse la entrada de la hipoteca a la sociedad conyugal sin necesidad de desnaturalizar su carácter. Si bien es cierto que la hipoteca conserva su naturaleza propia no es menos cierto que es un derecho accesorio que depende de la obligación principal, por cuyo motivo si la hipoteca desaparece cuando se extingue la obligación principal es evidente también que debe seguirla a donde vaya.

9. La cosa dada en hipoteca queda en poder de la persona que la ha constituido.

Esta es otra de las características esenciales de la hipoteca i como ya se ha dicho, constituye una diferencia fundamental con la prenda. Precisamente en esta circunstancia reside la gran importancia que la hipoteca tiene para el crédito, ya que pueden obtenerse capitales en préstamos sin desprenderse del inmueble que se da en garantía. El deudor hipotecario puede enajenar la propiedad hipotecada i todo el que la adquiera la adquiere sujeta a ese gravámen. Naturalmente que el derecho del poseedor del inmueble hipotecado está sujeto a las limitaciones consiguientes a la hipoteca: en general deberá abstenerse de ejecutar cualquier acto que disminuya la garantía en términos de no ser suficiente para la seguridad de la deuda.

10. La hipoteca es un derecho real sobre inmueble.—

El Código Civil al hablar de la hipoteca no se refiere especialmente a esta

¹ FUZIER HERNAN, *Repectoirs General du Droit Français*. Tomo23, Pág. 715, N.º 69. Pag 10

circunstancia, pero en el artículo 577 se establece que la hipoteca es un derecho real, o sea «el que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona». En consecuencia, el derecho de hipoteca puede ejercitarse respecto de toda persona que posea el bien hipotecado; el acreedor hipotecario puede hacerse pagar con el inmueble dado en hipoteca en cualesquiera manos en que, se encuentre. Por este motivo se dice que la hipoteca enjendra un derecho de persecucion, que, como se ve, no es sino una consecuencia del hecho de que la hipoteca sea un derecho real.

Miéntras el inmueble hipotecado permanezca en poder del deudor personal, es decir, en poder de la persona que contrajo la obligacion para cuya seguridad se constituyó la hipoteca, la accion hipotecaria se confunde con la accion personal que tiene el acreedor para hacerse pagar con los bienes del deudor; pero desde que la propiedad hipotecada pasa a otras manos, se separan estas dos acciones i el acreedor ejercitará la accion hipotecaria en contra del tercer poseedor del inmueble i la accion personal en contra del deudor personal. Perfectamente, segun lo dispuesto en el artículo 2425 del C. C. puede el acreedor ejercitar conjuntamente estas dos acciones.

11.

Se discute por los autores si el derecho de hipoteca constituye o no un desmembramiento o limitacion de la propiedad.

El artículo 732 del Código Civil al hablar de las limitaciones del dominio no menciona entre ellas al derecho de hipoteca. Sin embargo, hai razones mui convincentes para considerar a este derecho como un desmembramiento de la propiedad.

El dominio es el derecho mas amplio que puede tener una persona sobre una cosa: en virtud de él se puede usar, gozar i aun destruir la cosa sobre que se ejercita el derecho. El propietario no tiene ninguna restriccion, ninguna limitacion en el ejercicio de los atributos que son consecuencia de su derecho. Ahora bien, desde el momento en que el dueño constituye sobre la cosa cualquier derecho real ya no puede ejercitar alguno de los atributos de la propiedad en la forma en que ántes podia hacerlo. Si constituye un usufructo, pierde el propietario el goce de la cosa; si constituye una servidumbre, se limita el uso o el goce. En la misma forma, si grava la propiedad con una hipoteca no podrá el dueño de la cosa destruirla, o sea, se impondrá por ese solo hecho grandes restricciones al derecho de abuso que pertenece a todo propietario.

El artículo 2427 del C. C. dispone a este respecto que: «Si la fincase perdiera o deteriorare en términos de no ser suficiente para la seguridad de la deuda, tendrá derecho el acreedor a que se mejore la hipoteca, a no ser en que consienta en que se le dé otra seguridad equivalente; i en defecto de ámbas cosas, podrá demandar el pago inmediato de la deuda líquida aunque esté pendiente el plazo, o implorar las providencias conservativas que el caso admita, si la deuda fuera ilíquida, condicional o indeterminada». ¿Importa o nó esta disposicion una restriccion al derecho del propietario del inmueble?

La afirmativa nos parece evidente por las razones ya manifestadas.

A primera vista parece que el lejislador al hacer la enumeracion del art. 732 hubiera tomado en cuenta la circunstancia de que toda limitacion del dominio importa una relacion

directa entre la cosa i el titular del derecho, es decir, que éste ejercite su derecho de un modo permanente sobre la cosa. Esta regla no tiene escepcion por lo que respecta al usufructo, al uso, al derecho de habitacion i a la propiedad fiduciaria, porque todos esos derechos importan una restriccion del derecho de goce que corresponde al propietario. Pero no puede decirse lo mismo cuando se trata de las servidumbres. Por regla jeneral; el dueño del predio dominante ejercita su derecho sobre el predio sirviente; pero eso no ocurre en las servidumbres negativas: en ellas el dueño del predio dominante no ejercita su derecho sobre el predio sirviente, pues la única obligacion que pesa sobre éste es la de abstenerse de ejecutar el hecho que constituye la servidumbre. Así sucede, por ejemplo, en la servidumbre de vista i en la de no edificar mas allá de cierta altura. De aquí resulta que si a una servidumbre de esta clase se considera limitacion del dominio, es evidente que en igual forma debe considerarse a la hipoteca.

Aunque esta cuestion tiene mas importancia teórica qué práctica, puede invocarse el carácter de desmembramiento de la propiedad que hemos atribuido a la hipoteca en apoyo de la doctrina que sostiene que la sentencia que priva al propietario del dominio de inmueble hipotecado ya sea por eviccion o por resolucion de su derecho, no produce ningun efecto en contra del acreedor hipotecario que no ha sido citado al juicio a defender su derecho. Entre otras razones que sirven para sostener esta opinion, puede decirse que la circunstancia de ser la hipoteca un desmembramiento de la propiedad hace que el dueño del inmueble no pueda defender la parte de ese derecho que corresponde al acreedor hipotecario. Nos ocuparemos de esta interesante materia al hablar de la estincion del derecho de hipoteca.

12.

Hemos dicho ya que la hipoteca solamente puede constituirse sobre inmuebles. De aquí resulta que el derecho de hipoteca es inmueble, a pesar de que hai autores que sostienen que, siendo la hipoteca una garantía de unas obligacion deberá tener el carácter del crédito que garantiza.

En nuestra lejislacion esta cuestion está resuelta en el artículo 58o que dispone: «Los derechos i acciones se reputan bienes muebles o inmuebles, segun lo sea la cosa en que han de ejercerse o que se debe. Así el derecho de usufructo en un inmueble, es inmueble. Así la accion del comprador para que se le entregue la finca comprada; es inmueble i la acción del que ha prestado dinero para que se le pague es mueble». Ahora bien, el derecho de hipoteca se ejerce directamente sobre el inmueble hipotecado, por cuya razon es evidente que debe ser considerado como bien inmueble segun lo dispuesto en la disposicion ántes citada.

Vemos, pues, que dentro de nuestros principios legales no puede tener aceptacion la doctrina mui jeneralizada de los autores franceses de que el derecho de hipoteca es de naturaleza mueble cuando asegura el pago de una obligacion mobiliaria. A ello se opone el texto terminante del art. 58o del C. C.

Por escepcion, el derecho de hipoteca es, en nuestra lejislacion, de naturaleza mobiliaria cuando se constituye sobre naves; porque el art. 828 del Código de Comercio prescribe categóricamente que las naves son bienes muebles.

13. La hipoteca es un derecho de persecucion.—

En virtud de la hipoteca el acreedor, una vez que no se le cumpla su obligacion, puede perseguir su cumplimiento en el inmueble hipotecado en cualesquiera manos en que se encuentre. El acreedor tiene derecho para perseguir el inmueble hipotecado aun cuando se encuentre en poder de un tercero. En esto consiste el derecho de persecucion, el cual, en realidad no es sino una consecuencia del carácter real del derecho de hipoteca. El inciso 1.º del artículo 2428 del C. C., consagra este derecho al disponer que «la hipoteca da al acreedor el derecho de perseguir la finca hipotecada, sea quien fuera el que la posea i a cualquier título que la haya adquirido».

En este derecho descansa la gran importancia práctica de la institucion de la hipoteca, porque realiza a la vez dos objetos importantes: se da una garantía, segura al acreedor i se permite, al dueño del inmueble gravado, el uso i goce de la finca dada en garantía.

Los acreedores hipotecarios son los únicos, en nuestra lejislacion, que tienen derecho para perseguir la cosa dada en garantía aunque se encuentre en manos de un tercer poseedor. Los créditos privilegiados, segun el Código Civil, no tienen este carácter i solo dan derecho para pagarse con preferencia a los otros acreedores miéntras los bienes permanecen en poder del deudor; pero si los adquieren terceros poseedores, los acreedores privilegiados no pueden hacer valer sus derechos sobre ellos. En la lejislacion francesa, ademas de la hipoteca, este derecho de perseguir la cosa dada en garantía resulta tambien de los llamados privilegios sobre inmuebles, i en algunos casos, de los privilegios sobre muebles (²).

14. La hipoteca es un derecho de preferencia.

Envirtud de este derecho el acreedor hipotecario puede hacer valer su hipoteca para que, con el producido de la venta del inmueble, se le pague con preferencia a los otros acreedores. Al acreedor hipotecario la lei lo faculta para pagarse con anterioridad a los otros acreedores. El Código Civil no trata de este derecho al hablar de la hipoteca sino al reglamentar la prelacion de créditos, porque solamente tiene lugar cuando hai varios acreedores i los bienes del deudor son insuficientes para cubrirlos a todos. El artículo 2470 del C. C. a la letra dice: «Las causas de preferencia son solamente el privilegio i la hipoteca.

Segun el art. 2477 del mismo Código las hipotecas se gradúan entre ellas segun el orden de sus fechas. Las hipotecas de una misma fecha que gravan una misma finca preferirán unas a otras segun el orden de su inscripcion.

En nuestra lejislacion, los acreedores hipotecarios se pagan con los bienes hipotecados con anterioridad a todo otro acreedor, salvo el caso de que no hayan bienes suficientes para satisfacer los créditos privilegiados de la I.^a clase que determina el art. 2472. En este caso, es decir, cuando los créditos de la I.^a clase no alcancen a cubrirse en su totalidad con los otros bienes del deudor, el déficit se divide, segun el artículo 2478 del C. C., entre las fincas hipotecadas a proporcion de los valores de éstas i lo que a cada una quepa se cubrirá con ella en el orden i forma que se espresa en el art. 2472.

15. La hipoteca es indivisible

² Baudry-Lacantinerie.—*Des Privileges et Hypotheques*, Tomo I, Pág. 273, N.º 277. Pag 17

El artículo 2408 del Código Civil establece que: «La hipoteca es indivisible. En consecuencia, cada una de las cosas hipotecadas a una deuda i cada parte de ellas son obligadas al pago de toda la deuda i de cada parte de ella». Esta disposicion es la reproduccion de una fórmula de Dumoulin que ha llegado a ser célebre: «Est tota in tota et tota in qualibet parte». De lo espuesto resulta que la indivisibilidad de la hipoteca consiste en que el inmueble hipotecado i cada parte de él, en cualesquiera manos en que se encuentre, queda afecto al pago de toda la deuda i de cada parte de ella. En virtud de la indivisibilidad la hipoteca subsiste entera, aunque se dividan los fundos gravados o el crédito a que sirven de garantía; de modo que si la finca hipotecada se divide en varias porciones, la totalidad de la deuda puede hacerse efectiva sobre cada una de las partes i, si por el contrario es la deuda la que se divide, la finca hipotecada entera responde por cada una de las partes en que se haya dividido la obligacion principal.

La indivisibilidad de la hipoteca puede estudiarse con relacion a los bienes hipotecados i con relacion al crédito a que la hipoteca esté afectada.

16. a) La indivisibilidad de la hipoteca en cuanto a los inmuebles.

Sivarios inmuebles son hipotecados en garantía de una misma deuda, cada uno de ellos responde por la totalidad, de manera que el acreedor puede perseguir el pago de su crédito, ejercitando la accion real de hipoteca, sobre uno solo de los inmuebles que le están hipotecados. Esta situacion puede perjudicar a otros acreedores hipotecarios que tengan constituida hipoteca sobre el mismo inmueble, porque ellos no pueden obligar al primer acreedor a que persiga los otros inmuebles hipotecados. El acreedor posterior solamente podrá pagar al primer acreedor la totalidad de su crédito i queda de este modo subrogado en los derechos de éste así lo dispone el artículo 1610 del C. C., al establecer que: «Se efectúa la subrogacion por ministerio de la lei i aun en contra de la voluntad del acreedor, en todos los casos señalados por las leyes i especialmente a beneficio: 1.º Del acreedor que paga a otro de mejor derecho en razon de un privilegio o hipoteca».

La doctrina espuesta ha sido sustentada por la Corte Suprema en los considerandos siguientes:

« 1.º Que el inciso 2.º del art. 2408 del C. C. determine como consecuencia, de la « indivisibilidad de la hipoteca que cada una de la cosas hipotecadas a una deuda i cada « parte de ellas son obligadas al pago de toda la deuda i de cada parte de ella; «2.º Que esta condicion establecida en beneficio del acreedor le da derecho para « perseguir a su eleccion i por el total de la deuda, cualquiera de varios predios « hipotecados; i el inciso 1.º del artículo 2428 del mismo C. G., autoriza para usar de esta « facultad sea quien fuere el que posea la finca» i sin atender al título con que la hubiere « adquirido, esceptuando solo el caso de pública subasta ordenada por el juez, caso que no « se ha producido ni se ha alegado en este juicio; « 3.º Que el deudor o el poseedor reconvenidos en esta forma no tienen derecho para « oponerse a la accion del acreedor, exigiéndole que se dirija conjuntamente en contra de « las distintas propiedades hipotecadas, precisamente, porque la hipoteca es indivisible i « tiene las condiciones anteriormente manifestadas» (³).

³ R. D. J. 1917; P. I. Páj. 328.

Por otra parte, el mismo lejislador ha hecho una aplicacion de estos principios en el artículo 1365 del C. C. al disponer que: «Si varios inmuebles de la sucesion están sujetos a una hipoteca, el acreedor hipotecario tendrá accion solidaria contra cada uno de dichos inmuebles sin perjuicio del recurso del heredero a quien pertenezca el inmueble contra sus coherederos por la cuota que a ellos toque de la deuda».

Del principio de la indivisibilidad de la hipoteca se deduce que en caso de dividirse la finca hipotecada, ya sea por haberse vendido porciones de ella, por particion u otra causa, cada parte del inmueble responde por la totalidad de la deuda.

17. b) La indivisibilidad de la hipoteca en cuanto al crédito.

Si se estingue una parte del crédito, la hipoteca subsiste en su totalidad por el resto de la deuda, de modo que el deudor no tiene derecho para que se le reduzca proporcionalmente la hipoteca i se libre de ella una parte del inmueble o inmuebles gravados (⁴).

Por otra parte, si el deudor de una deuda hipotecaria muere dejando varios herederos, la deuda se divide entre todos ellos, en caso de que sea divisible, pero aquel a quien se le adjudique la propiedad hipotecada responde hipotecariamente por el todo. Así lo establece el artículo 1526 del C. C.: «Si la obligacion no es solidaria ni indivisible, cada uno de los acreedores puede solo exigir su cuota i cada uno de los deudores es obligado solamente al pago de la suya; i la cuota del deudor insolvente no gravará a sus codeudores. Esceptúanse los casos siguientes: 1.º La accion hipotecaria o prendaria se dirige contra aquel de los co-deudores que posea, en todo o parte, la cosa hipotecada o empeñada. El co-deudor que ha pagado su parte no puede recobrar la prenda u obtener la cancelacion de la hipoteca, ni aún en parte, miéntras no se estinga el total de la deuda i el acreedor a quien se ha satisfecho su parte del crédito no puede remitir la prenda i cancelar la hipoteca, ni aun en parte, miéntras no hayan sido enteramente satisfechos sus acreedores». Naturalmente, que en el caso propuesto, el co-deudor que paga la deuda tendrá accion contra los otros herederos por la cuota que a ellos les corresponda en la deuda, segun el art. 1365.

18.

Habiendo estudiado en qué consiste la indivisibilidad de la hipoteca, es necesario ahora determinar el fundamento u objeto de este principio. Como el valor de la finca hipotecada puede variar, es evidente que el acreedor se perjudicaria si la hipoteca se estinguiera a medida que se fuera estinguendo la obligacion principal. Por este motivo la lei, para proteger al acreedor, ha establecido la indivisibilidad. Por otra parte, se supone que al constituir la hipoteca las partes han tenido la intencion de que no se estinga la hipoteca en tanto no se pague la totalidad de la deuda. La indivisibilidad de la hipoteca, es en consecuencia, una medida tomada por el lejislador en interes del acreedor. De aquí resulta, que las partes pueden variar la disposicion de la lei i el acreedor puede renunciar a la indivisibilidad. Nada se opondría, en nuestro concepto, a que en un contrato hipotecario se estipulara que cancelada la mitad de la deuda se cancelara tambien la mitad de la hipoteca.

⁴ R. P. J. 1919 P. I. Pág. 48I.

Los tratadistas han dicho, por ésto, que la indivisibilidad de la hipoteca es de la naturaleza, pero no de la esencia del contrato, conformándose con ello a lo dispuesto en el art. 1444 del Código Civil.

La Corte Suprema ha sancionado esta doctrina en los considerandos siguientes:

« 2.º Que esta condicion (la indivisibilidad de la hipoteca) establecida en beneficio del « acreedor le da derecho para perseguir a su eleccion i por el total de la deuda, cualquiera « de varios predios hipotecados...; «4.º Que la renuncia que hace el acreedor de parte de la garantía hipotecaria no está « prohibida por la lei i sólo mira, el interes individual de la persona en favor de quien fué « constituida (⁵).»

Del principio de que la indivisibilidad de la hipoteca está establecido en beneficio del acreedor resulta, además, que el deudor no puede servirse de la indivisibilidad en contra del acreedor, porque no puede invocar en su contra una garantía que él mismo ha concedido al acreedor. Cuando muere un acreedor hipotecario dejando varios herederos, cada uno de éstos puede exigir el pago de su parte sin que el deudor pueda invocar en su contra la indivisibilidad de la hipoteca para exigir a todos los herederos que representan al acreedor, que se reúnan para recibir el pago. Igual cosa pasa tratándose de varios inmuebles que han sido hipotecados en garantía de una deuda, siempre que el acreedor haya renunciado a una de sus hipotecas i persiga el cumplimiento de su obligación en uno solo de los inmuebles hipotecados. El deudor, es decir, el poseedor del inmueble, en esta situación no podría hacer valer en contra del acreedor la indivisibilidad para que persiguiera conjuntamente los otros inmuebles.

La Corte Suprema en la ya citada sentencia resolvió esta cuestión en el sentido que dejamos espuesto al disponer:

« 3.º Que el deudor o el poseedor reconvenidos en esta forma no tienen derecho para « oponerse a la acción del acreedor, exigiéndole que se dirija, conjuntamente en contra de « las distintas propiedades porque la hipoteca es indivisible i tiene las condiciones « anteriormente manifestadas; « 5.º Que el derecho de cancelar la hipoteca ántes de extinguirse, la obligación principal « lo reconoce espresamente el inciso final del art. 2434 del C. C.; « 6.º Que el precepto del art. 2429 de este Código, que invoca el recurrente, según su « texto literal i claro no le da derecho para oponerse a la cancelación parcial de la hipoteca, « ya que ni siquiera le permite exigir que se persiga primero al deudor personalmente « obligado.»

19.

La circunstancia de ser indivisible la hipoteca no quiere decir, en manera alguna, que también lo sea la obligación principal. Si esta obligación es divisible, de pleno derecho se dividirá entre los herederos del acreedor como entre los herederos del deudor.

La acción personal que corresponde al acreedor se divide entre todos los herederos del deudor; pero la acción hipotecaria no se divide, porque el inmueble hipotecado i cada parte de él responde por la totalidad de la deuda.

Si el acreedor muere dejando dos herederos i la deuda es divisible cada uno de ellos

⁵ R. D. J. 1907 P. I. Pág. 328.

puede perseguir en el inmueble hipotecado el pago de su parte, sin que el deudor pueda invocar la indivisibilidad para obligar a todos los herederos a que procedan conjuntamente. Esta es una consecuencia del principio de que la indivisibilidad de la hipoteca no se comunica a la obligacion principal.

Por el contrario, si es el deudor hipotecario el que fallece dejando dos o mas herederos, la deuda se dividirá entre todos ellos, a pesar de ser indivisible la hipoteca. Cada uno de los herederos al vencimiento de la obligacion puede pagar la parte que le corresponde en la deuda sin que el acreedor tenga facultad para oponerse a ello invocando la indivisibilidad de la hipoteca.

Otra consecuencia del principio de que la indivisibilidad de la hipoteca no hace indivisible a la obligacion principal es la relativa a que interrumpida la prescripcion de la deuda con respecto a uno solo de los herederos del deudor no se interrumpe por ese solo hecho la prescripcion de la deuda con respecto al otro heredero. De aquí resulta que la accion personal del acreedor en contra de este último heredero puede prescribir, con lo cual se extinguirá la deuda en esa parte i conjuntamente la hipoteca que es su accesorio. El art. 2519 del C. C., establece que la interrupcion de la prescripcion que obra en perjuicio de uno o de varios codeudores, no aprovecha a los otros, a ménos que haya solidaridad. Siendo divisible la obligacion principal, la interrupcion que obra en perjuicio de uno de los herederos no perjudica a los otros, por cuyo motivo puede extinguirse la parte de la deuda que corresponde al heredero cuya prescripcion no ha sido interrumpida. I como segun el artículo 2516 la accion hipotecaria prescribe junto con la obligacion a que accede, es evidente que el acreedor no podría ejercitar su accion contra el poseedor del inmueble sino por la parte de la deuda que no se hubiere extinguido por la prescripcion.

En el juicio Molina con Gacitúa se trató la cuestion de que si la indivisibilidad de la hipoteca se comunicaba o no a la obligacion principal. La Corte de Apelaciones de Santiago (⁶), en los considerandos 4 i 5 de la sentencia respectiva se pronunció por la afirmativa, pero la Corte Suprema casó la referida sentencia (⁷) i estableció los siguientes considerandos:

« 7.º Que la divisibilidad o indivisibilidad de una obligacion es orijinada por la « circunstancia de tener éste por objeto una cosa susceptible o no de division, sea física, sea « intelectual o de cuota i depende, por tanto, de la naturaleza del objeto debido, i de esta « definicion se deduce que no es indivisible por su naturaleza la obligacion hipotecaria, « puesto que puede dividirse entre varios co-deudores la obligacion de, asegurar al acreedor « el pago de su crédito, objeto de la hipoteca; i en consecuencia, la indivisibilidad especial « de la accion a que de oríjen proviene solamente de la lei, como se demuestra con el tenor « del art. 1526 citado, que dispone que cuando se trata de una obligacion divisible, cada co#deudor está obligado al pago de « la cuota que a él corresponde salvo el caso de la accion hipotecaria, manifestando de este « modo que esta clase de acciones debe ser considerada como una escepcion a las reglas « establecidas

⁶ R. D. J. A. XIV 5 i 6; Páj. 302.

⁷ Id. Id.

por las obligaciones divisibles. « 8.º Que el precepto del art. 2408 que determina que sea, indivisible la hipoteca, no ha « establecido la indivisibilidad de ella, porque da origen a una obligación naturalmente « indivisible, sino que ha reglado la forma como la hipoteca afecta al predio gravado, « determinando al efecto que el todo i cada una de sus partes está afecta al pago de toda i de « cada una de las partes de la obligación a que accede.»

CAPITULO II. Causas que dan origen al derecho de hipoteca

20.

Despues de haber estudiado en qué consiste la hipoteca i los caractéres de ella, debemos tratar de las causas que producen i den nacimiento a este derecho.

En nuestra lejislation, el derecho real de hipoteca puede derivarse: 1.º de un contrato, i 2.º de la lei.

Segun el Código Civil, la hipoteca nace de una convencion, es decir, siempre es contractual: sólo se constituye en virtud de un contrato, que como luego veremos, debe otorgarse en escritura pública i debe: inscribirse en el Conservador de Bienes Raices.

El C. de P. C. en su art. 819, estableció una hipoteca legal, al disponer que *en las adjudicaciones de propiedades raíces que se hagan a comuneros durante el juicio divisorio o en la sentencia final, se entenderá constituida hipoteca sobre las Propiedades adjudicadas para asegurar, el pago de los alcances que resultaren en contra de los adjudicatarios, siempre, que no se pague al contado el exceso a que se refiere el art. 817. Al suscribir el conservador el título de adjudicación inscribirá a la vez la hipoteca por el valor de los alcances.* En consecuencia, esta disposicion del C. de P. C. ha establecido una hipoteca legal, ya que ella se produce por el solo ministerio de la lei sin necesidad de ninguna convencion. Sin embargo, es conveniente dejar establecido de antemano que esta hipoteca legal no corresponde exactamente al concepto antiguo de hipoteca legal,

que comprendía en esta denominacion a toda hipoteca constituida por mandato de la lei a favor de ciertas personas i de la cual no se dejaba constancia en ningun documento ni en ningun registro. Por el contrario, la hipoteca legal del art. 819 del C. de P. C., exige para su validez, que se inscriba en el Registro del Conservador de Bienes Raices.

De lo espuesto resulta que la convencion i la lei son las únicas causas que, en nuestra lejislacion, dan oríjen al derecho real de hipoteca. Por regla jeneral, la hipoteca solo puede constituirse por contrato, i escepcionalmente en un solo caso, se entiende constituida por el solo ministerio de la lei.

21.

No, sucede lo mismo en otras lejislaciones en donde, ademas de las hipotecas contractuales, existen tambien las hipotecas judiciales i testamentarias i en las cuales son mui frecuentes las hipotecas legales. Se comprende en esta denominacion a toda hipoteca establecida por el solo ministerio de la lei en favor de determinadas personas. En jeneral, puede decirse, que las mujeres casadas, los menores, los interdictos i otras personas que merecen la proteccion del lejislador no gozan solamente de preferencia para ser pagados de sus créditos como sucede entre nosotros, segun el art. 2481 del C. C., sino que se les aseguran sus derechos por medio de hipotecas legales, que se caracterizan porque afectan todos i cada uno de los bienes del deudor. No debe creerse que las hipotecas legales están exentas de la inscripcion en el registro público, pues la regla jeneral es la de que esas hipotecas queden tambien sujetas a esa formalidad. Así sucede en las lejislaciones francesas, italiana (⁸), española (⁹), i belga (¹⁰) i es por ese motivo que Baudry-Lacantinerie ha dicho que «es inexacto, como se hace algunas veces, ver en la dispensa de inscripcion uno de los caractéres de las hipotecas legales». (¹¹)

La hipoteca legal establecida en el art. 819 del C. de P. C., afecta ciertos i determinados bienes, i queda sometida en absoluto a las reglas de la hipoteca contractual. Por esta razon, en realidad, no pueden equipararse la hipoteca legal de nuestra lejislacion a las hipotecas legales a que hemos hecho referencia.

⁸ Ricci—*Derecho Civil*. T. 20, P. 92.

⁹ Art. 136 Lei Hip. 1909.

¹⁰ LAURENT. *Principes de Droit Civil*, T. 20. P. 236.

¹¹ Des Privileges et Hypotheques. T 2. P. 567 N.º 1437.

CAPITULO III. Histeria de la hipoteca

22.

Esta institucion jurídica ha necesitado pasar por una lenta i larga evolucion para adoptar la forma que tiene en la actualidad.

La ocupacion preferente de los pueblos antiguos fué la guerra, de modo que todas sus actividades se destinaban a ese objeto. En esa situacion se comprende fácilmente la poca importancia que se daria a una institucion que tiene por objeto facilitar el crédito i desarrollar los hábitos industriales de un pais. El derecho es un producto social que aparece a medida que nacen nuevas necesidades, por cuya razon, no existiendo la necesidad del crédito, era evidente que la institucion de la hipoteca no tenia razon de ser en esas sociedades. Por el contrario, en la época moderna, la hipoteca ha adquirido una importancia enorme i una gran trascendencia, porque es la base del crédito i la fuente de los recursos que necesita la agricultura.

Por esta razon, todas las lejislaciones modernas se han preocupado de reglamentar en la mejor forma posible la institucion de que nos ocupamos.

En el antiguo derecho romano la primera manifestacion de las seguridades reales que se pueden dar aun acreedor fué la enajenacion fiduciaria o fiducia. El deudor trasferia al acreedor por medio de la mancipatio o por la in iure cessio, la propiedad de una cosa i conjuntamente se celebraba el pacto de fiducia, en virtud del cual el acreedor se comprometia a volver a trasferir el dominio de la cosa al deudor una vez que éste hubiere satisfecho su obligacion. Comprendía, en consecuencia, la enajenacion fiduciaria dos

actos independientes: 1.º la transferencia de la propiedad de la cosa al acreedor; i 2.º el pacto de fiducia en que el acreedor se comprometia a devolver la cosa al deudor.

Este medio legal de constituir una seguridad real se empleaba tanto respecto de las cosas muebles como de los inmuebles, i como queda dicho, el acreedor se hacia dueño de la cosa dada en garantía. El deudor no podia hacer valer en contra del acreedor, una vez que cumplia su obligacion, sino una simple accion personal, de modo que quedaba insuficientemente protegido. Jeneralmente se convenia en que el deudor siguiera teniendo el goce de la cosa, ya sea gratuitamente o mediante una remuneracion. Esta convencion se denominaba precario.

Mas tarde se introdujo el contrato de pignus o de prenda, en virtud del cuál el deudor entregaba al acreedor una cosa en garantía de un crédito, pero sin que aquél dejara de ser propietario. Ningunasolemnidad se necesitaba para constituir este contrato: se perfeccionaba por la tradicion de la cosa i se referia tanto a los muebles como a los inmuebles. Al celebrar esta convencion las partes estipulaban que en caso de que el deudor no cumpliera su obligacion, el acreedor podia hacer vender la cosa para pagarse con su precio. Mas tarde esta cláusula se subentendió en todo contrato de prenda sin necesidad de estipulacion. El contrato de pignus no conferia ningun derecho real al acreedor; pero éste podia Servirse de los interdictos posesorios para recuperar la cosa en el caso de que ella se perdiera o le fuera arrebatada. Esta convencion, como se ve; daba al acreedor una garantía efectiva de que seria reembolsado de su crédito, puesto que teniendo en su poder la cosa pignorada no podia ser trasferida a otra persona por el deudor, porque segun el derecho romano, solo podia adquirirse el dominio por medio de la tradicion o de la aprehension material de la cosa.

A pesar de que tanto la fiducia como el contrato de pignus se referian a los muebles como a los inmuebles, en el hecho resultaba que éste se empleaba de preferencia a los muebles i aquélla a los inmuebles. Los graves inconvenientes que en la práctica presentaban estas dos instituciones dieron oríjen a la institucion de la hipoteca. La enajenacion fiduciaria entregaba al deudor en manos del acreedor, ya que aquél perdía la propiedad de la cosa dada en garantía, i la prenda, a su vez, privaba al deudor de la posesion de la cosa. El pretor, que tanta influencia ejerció en la evolucion del derecho romano, no demoró en encontrar una institucion que satisficiera todas las exigencias. Para asegurar el pago de los cánones del arriendo, el arrendatario de predios rústicos, daba en garantía, sin desprenderse de ellos, los útiles de labranza (invecta et illata). Como se comprende, la garantía dada al acreedor era bastante insuficiente ya que al arrendatario, para burlar al acreedor le bastaba sólo con sacar dichos útiles del predio arrendado. El pretor Salvio concedió al arrendador un interdicto especial para recuperar esos utensilios de manos del arrendatario i el pretor Servio concedió aun esa misma accion en contra de los terceros detentadores, con lo cual hizo de dicha accion un verdadero derecho real. Esa accion, que recibió el nombre de accion serviana, se extendió despues a otros casos análogos a aquel para el cual fué creada. En jeneral, puede decirse, que se aplicó la referida accion con el nombre de accion cuasi□serviana, en todos los casos en que una persona deudora de otra afectaba una cosa mueble o inmueble al pago de una deuda, sin necesidad de trasferir ni la propiedad ni la posesion. Así nació la institucion de la hipoteca cuyo nombre fué tomado de las instituciones

griegas. En la Grecia siempre que una finca cualquiera se daba en garantía de un crédito debían colocarse en ella ciertas señales que recibían el nombre de «o pot» i que tenían por objeto dar a conocer a los terceros la existencia de esos gravámenes.

La hipoteca, creada exclusivamente por el derecho honorario, se constituía por un simple pacto sin formalidad alguna: bastaba el consentimiento de las partes para dar nacimiento a este derecho real; mas tarde, la costumbre introdujo también las hipotecas legales o tácitas establecidas sin necesidad de estipulación en favor de determinadas personas.

En Roma, al contrario de lo que sucedía en Grecia, tanto las hipotecas convencionales como legales eran ocultas, de modo que los terceros no tenían ningún medio para, constatar su existencia.

23.

Las invasiones de los bárbaros produjeron un trastorno general en las instituciones del Imperio Romano. Los invasores conjuntamente con su civilización trajeron el derecho que reglamentaba sus relaciones jurídicas i que continuaron observando a pesar de que el pueblo vencido impuso su civilización al vencedor. Sin embargo, los visigodos permitieron a los conquistados que continuaran rijiéndose por las leyes romanas. La existencia de esta doble legislación es uno de los rasgos más característicos que ofrece la historia legal de España en el período de la dominación goda. Naturalmente que el derecho romano fué desnaturalizándose debido a la influencia que por la fuerza de las cosas, tuvo que ejercer sobre él el derecho de los visigodos. De la mezcla de esos dos derechos nació un derecho especial conocido con el nombre de derecho bárbaro.

A pesar de las diversas leyes que en esa época rijieron en la Península, puede decirse, que en ellas se observan por lo que a la hipoteca se refieren, disposiciones más o menos análogas que tienen de común la circunstancia de que comprenden bajo el nombre genérico de prenda a las instituciones que hoy conocemos con los nombres de prenda i de hipoteca. La prenda sobre inmuebles podía ser voluntaria, legal i judicial i ninguna de ellas necesitaba una formalidad especial para su constitución. La entrega de la cosa, que era un requisito indispensable para el perfeccionamiento del contrato de empeño en los primeros tiempos, fué suprimida en Las Partida.

No existía tampoco ningún medio para que los terceros pudieran conocer la existencia de los gravámenes que afectaban a una finca, de modo que ellas quedaban entregados por completo a la buena fe de los vendedores.

Los inconvenientes de todo género que se derivaban de este estado de cosas, hicieron pensar en la conveniencia manifiesta de dar publicidad a todos los gravámenes que afectaban a una propiedad cualquiera, para que los terceros pudieran apreciar la situación verdadera de los inmuebles.

Las Cortes de Toledo en 1539 hicieron presente la necesidad de que en cada ciudad, villa o lugar en donde hubiera cabeza de jurisdicción se nombrara una persona encargada de llevar un libro en donde debían anotarse i registrarse todos los tributos, censos e hipotecas de las casas i heredades para que pudieran tener efecto respecto de terceros. En 1558 Felipe II dictó una Pragmática exigiendo este requisito para la validez de

la hipoteca respecto de terceros. En 1713 i 1768, Felipe V dictó nuevas Pragmáticas sobre el particular que completaron las disposiciones anteriores. Sin embargo, estas medidas no lograron el éxito que se esperaba a pesar de las reiteradas órdenes de los monarcas i del celo gastado para hacerlas cumplir.

24.

En Chile rijieron todas estas leyes i del mismo modo que en España. fueron infructuosos los esfuerzos de las autoridades para darles cumplimiento. Los Tribunales chilenos estimaron que las Partidas no hablan sido derogadas i continuaron dando preferencia en los concursos a las hipotecas no registradas.

La incertidumbre que reinaba en una materia tan importante como ésta hizo que se dictara la lei de 31 de Octubre de 1845 que modificó sustancialmente la lei de las Partidas. Se estableció que las hipotecas eran convencionales i legales, jenerales i especiales i se exijió el requisito de la inscripcion para la validez de las primeras. Sin embargo, en esa lei se consignaron algunas disposiciones que dieron orjien a graves inconvenientes en la práctica: en los concursos la preferencia entre las hipotecas jenerales i especiales se determinaba por la fecha del instrumento i por otra parte, tampoco se impuso la obligacion de inscribir las hipotecas otorgadas con anterioridad a la lei.

Para obviar todos los inconvenientes que se observaron en la aplicacion de la referida lei se dictó la de 21 de Octubre de 1854 que estableció el réjimen de la mas completa publicidad.

Por último, se dictó el Código Civil, que es la lei que actualmente nos rije en materia hipotecaria i que se funda como toda lejislacion moderna en el principio de la publicidad i de la especialidad. Este cuerpo de leyes terminó con las hipotecas legales i estableció de un modo categórico que la hipoteca debe constituirse por escritura pública e inscribirse en el Conservador de Bienes Raíces, debiendo en todo caso afectar bienes determinados. Mas tarde el C. de P. C. i la lei de 20 de Febrero de 1919 han completado las disposiciones del C. Civil. El C. de P. C. ha introducido una hipoteca legal en el caso de las sucesiones i ha reglamentado la manera de ejercitar la accion hipotecaria en contra de los terceros poseedores. I la lei de 1919 ha venido a satisfacer una necesidad sentida por todos al reglamentar la hipoteca naval.

A pesar de que nuestro réjimen hipotecario está bien concebido i a su amparo se ha desarrollado el crédito en nuestro pais, no puede decirse que sea la última palabra sobre la materia. El desarrollo del comercio i del crédito, que cada dia alcanzan mayores proporciones, hará ver la necesidad imperiosa de completar nuestra lejislacion hipotecaria i de dictar disposiciones claras i precisas sobre el particular.

El réjimen hipotecario chileno, como todo sistema hipotecario moderno, descansa sobre los dos principios fundamentales de la publicidad i de la especialidad.

Segun el primero de aquellos principios toda hipoteca para que tenga existencia, o por lo ménos, valor respecto de terceros, necesita hacerse pública por medio de la inscripcion en un registro especial. Se ha concluido, en esta forma, con las llamadas hipotecas ocultas que entrababan la libre circulacion de los bienes i se ha puesto a la

vista de todos el verdadero estado de la propiedad territorial.

El principio de la especialidad, por su parte; tiene por objeto que las hipotecas solo puedan afectar determinados bienes i asegurar el pago de créditos tambien determinados. Es una medida destinada a conservar el crédito del deudor, evitando que pueda gravar la totalidad de sus bienes, para responder al cumplimiento de obligaciones insignificantes.

En los capítulos correspondientes trataremos de estos dos principios i ahí podremos ver la conveniencia que hai de dictar disposiciones que vengan a completar los preceptos de nuestra lejislacion hipotecaria.

CAPITULO IV. Bienes susceptibles de hipoteca

25.

La ley enumera taxativamente los bienes que pueden hipotecarse. El artículo 2418 del C. C. prescribe que *«la hipoteca no podrá tener lugar sino sobre bienes raíces que se posean en Propiedad o en usufructo, o sobre naves»*. La ley de Asociación de Canalistas de 9 de Noviembre de 1908 ha agregado además que los regadores de agua también son hipotecables.

En consecuencia, en nuestra legislación son susceptibles de ser hipotecados los siguientes bienes:

- 1.º Los bienes raíces que se posean en propiedad;
- 2.º Los bienes raíces que se posean en usufructo;
- 3.º Las naves; i
- 4.º Los regadores de agua.

Fuera de estas cuatro clases de bienes no hay ninguna otra que sea susceptible de hipoteca. Como se ve, no todos los inmuebles pueden hipotecarse, puesto que del art. 2418 resulta que los derechos de uso, habitación, servidumbre e hipoteca i todas aquellas cosas que se reputan inmuebles i que no aparecen mencionadas en ese precepto legal no son susceptibles de ser hipotecadas.

El Código Civil chileno, en este punto, como en otros, es mucho mas claro que el Código Civil frances que establece que son susceptibles de hipoteca los bienes inmuebles que están en el comercio i sus accesorios reputados inmuebles. Esa disposicion del Código francos ha dado orijen a numerosos litijios, porque, como los bienes inmuebles son de diversas clases, no se ha sabido si todos ellos, quedan o no contemplados en el referido precepto legal. Por el contrario, el Código Civil chileno resolvió en forma categórica que solamente podian ser hipotecados los bienes raices que se poseen en propiedad o en usufructo, de modo que concluyó toda discusion sobre el particular.

De los derechos reales sobre inmuebles solamente el usufructo es susceptible de hipoteca, pues así lo dispone el art. 2418 del C. C.

Los inmuebles por destinacion tampoco pueden ser hipotecados separadamente de la finca a que acceden. El art. 2420, completando el precepto del art. 2419 agrega, por su parte, que la hipoteca constituida sobre bienes raíces afecta los muebles que por accesion a ellos se reputen inmuebles segun el artículo 570; pero deja de afectarlos desde que pertenecen a terceros.

Ahora vamos a estudiar separadamente cada una de las clases de bienes que son susceptibles de hipoteca.

26. a) Los bienes raices que se posean en Propiedad constituyen la Primera categoría de los bienes hipotecables.

Es evidente que el lejislador, dada la redaccion del art. 2418, ha querido referirse únicamente a los inmuebles por su naturaleza, que segun el art. 568 del C. C. son aquellos que no pueden trasportarse de un lugar a otro como las tierras i las minas i los que adhieren permanentemente a ellas, como los edificios i los árboles.

27.

Con motivo de este precepto legal se presenta la cuestion de averiguar si se puede o no hipotecar un edificio construido en suelo ajeno, por la persona que hace la construccion. Así por ejemplo, ¿es válida la hipoteca constituida por el arrendatario sobre un molino construido por él en una propiedad arrendada? En nuestro concepto la negativa no parece dudosa. En efecto, si la lei considera inmuebles a los edificios es porque ellos adhieren permanentemente a los bienes raices, de modo que se les tiene como partes integrantes de estos últimos. Por otra parte, de diversas disposiciones del Código Civil se desprende que el lejislador chileno no ha querido que la propiedad del edificio pertenezca a una persona distinta de aquella a quien pertenece el terreno en que se encuentra construido. El art. 669 del C. C. es una prueba elocuente de lo que estamos diciendo puesto que prescribe que el dueño del terreno en que otra persona, sin su conocimiento, hubiere edificado, tendrá el derecho de hacer suyo el edificio, mediante las indemnizaciones prescritas a favor de los poseedores de buena o mala fe en el título. De la reivindicacion, o de obligar al que edificó a pagarle el justo precio del terreno con los intereses legales por todo el tiempo que lo haya tenido en su poder. I si se ha edificado a ciencia i paciencia del dueño del terreno, será éste obligado, para recobrarlo a pagar el valor del edificio.

Consagra este precepto legal el principio jeneral de que todo lo que se incorpora a un predio por efecto de un trabajo cualquiera pasa a ser propiedad del dueño del suelo sin necesidad de investigar por quién i a expensas de quién se hizo el trabajo. Los materiales incorporados a un fundo pasan a formar parte integrante de él i por eso se consideran inmuebles por naturaleza. Ahora bien, como nadie puede enriquecerse a expensas de otro sin causa, la lei ha reglamentado la forma de indemnizar al dueño de los materiales; pero debe tenerse presente que en ningun caso esto significa que el edificio pertenezca a la persona a cuyas expensas se hizo; porque, como se ha dicho, por el solo hecho de incorporar esos materiales al predio, son adquiridos ellos por el dueño del terreno por el modo de adquirir llamado accesion. El dueño del terreno puede renunciar a la accesion i en ese caso, segun el mismo art. 669, tampoco deben quedar separadas las propiedades del edificio i del suelo, por lo cual la lei dispone que el dueño del suelo tiene derecho a obligar al que edificó a pagarle el justo precio del terreno.

Por último, cabe observar que una hipoteca sobre un edificio no podría inscribirse en el Conservador de Bienes Raíces i se sabe que sin este requisito la hipoteca no tendria ningun valor. I decimos que esa hipoteca no podria inscribirse, porque en el Reglamento respectivo en ninguna parte se habla de esas inscripciones. Por el contrario, de todas sus disposiciones se desprende que ellas no pueden hacerse.

La lejislacion hipotecaria española en el N.º1 del art. 107 ha necesitado establecer expresamente la hipoteca de los edificios construidos en suelo ajeno.

La jurisprudencia de nuestros Tribunales no es uniforme sobre el particular (¹²).

28.

El precepto del art. 2418 del C. C. se refiere a la plena propiedad como a la nuda propiedad, porque cuando se habla de propiedad en jeneral se comprenden esos dos conceptos. No habría, por lo demas, ningun fundamento para prohibir la hipoteca de la nuda propiedad, puesto que necesariamente al fin del usufructo el dueño entrará en el goce de todos sus derechos. Por otra parte, el art. 2416. del C. C., puede decirse, que autoriza expresamente esta hipoteca al disponer que el que solo tiene sobre la cosa que se hipoteca un derecho eventual o limitado, no se entiende hipotecado sino con las condiciones i limitaciones a que está sujeto el derecho. Naturalmente que la hipoteca constituida sobre la nuda propiedad deja intacto, en todo caso, el derecho de usufructo; pero si ese derecho se extingue por cualquier motivo, esa mejora, segun el art. 2421 del C. C., aprovecha al acreedor hipotecario, pues ya no ejercerá su derecho sobre la nuda propiedad sino sobre la plena propiedad.

29.

La propiedad fiduciaria es tambien susceptible de hipoteca por las mismas razones dadas anteriormente. El lejislador ha contemplado espresamente este caso en el art. 757 del C. Civil, de que nos ocuparemos al hablar de las personas que pueden hipotecar.

30.

¹² Gac. 1876; P. 1426; S. 2756 sostiene una doctrina contraria a la nuestra. Gac. 1890; S. 3207; P. 473; G. 1879; P. 394; S. 591 en la misma forma que nosotros.

Nos corresponde, enseguida, tratar de las minas.

En jeneral, puede decirse, que en nuestra lejislacion, las minas se dividen en tres categorías: 1.º las minas a que se refiere el inciso 1.º del art. 2 del Código de Minas cuyo dominio señoreal pertenece al Estado i que se conceden a los particulares, que ejercen sobre ellas el derecho de dominio; 2.º las minas de carbon i demas fósiles a que se refiere el inc. 2 del art. 2.º del espresado Código, las cuales ceden al dueño del suelo; i 3.º las salitreras que pertenecen al Estado i que las enajena a los particulares.

Tanto las minas a que se refiere el inciso 1.º del art. 1.º del Código de Minas como las salitreras son susceptibles de ser hipotecadas, porque, una vez constituida la propiedad minera, pasan a formar una cosa distinta e independiente de la propiedad en que se encuentran.

No sucede lo mismo con las minas de carbon i demas fósiles a que se refiere el inc. 2.º del art. 2.º del Código de Minas. Estas sustancias ceden al dueño del suelo, de modo que forman parte integrante de la propiedad en que se encuentran. Sin embargo, el mismo art. 2.º del Código de Minas establece que el dueño del suelo, para trabajar estas minas, debe constituir propiedad minera en conformidad a la lei, pero la lei no dice la sancion en que incurre la persona que omite esta exigencia. De las disposiciones del Código de Minería se desprende que constituida propiedad minera sobre una mina de carbon u otra sustancia análoga, existe una propiedad distinta de la del suelo, por cuya razon la mina de carbon deja de ser un accesorio de la superficie. En consecuencia, tratándose de las minas a que se refiere el inc. 2 del art. 2.º del Código de Minas, hai que distinguir dos casos: 1.º Cuando no se ha constituido propiedad minera; i 2.º cuando se ha constituido propiedad minera.

En la primera de estas dos situaciones, la mina es un accesorio del suelo, por lo cual, la enajenacion de la finca comprende la enajenacion de la mina; la hipoteca del predio se estiende a la mina, i en jeneral, seguirá siempre la suerte de la cosa principal. No constituyendo una propiedad independiente de la propiedad superficial es evidente que tampoco es susceptible de hipoteca.

Por el contrario, en el segundo caso contemplado, es decir, cuando se ha constituido propiedad minera, a pesar de pertenecer la mina al dueño de la propiedad superficial, forma ella una propiedad distinta e independiente que puede ser enajenada i gravada como una propiedad cualquiera. Naturalmente que en este caso, esta clase de minas puede ser hipotecada.,

31.

Debe tenerse presente, sin embargo, una particularidad en las hipotecas sobre minas. Esta particularidad se refiere a la forma en que los acreedores hipotecarios pueden ejercitar sus derechos. El artículo 155 del Código de Minas declara inembargables a las minas, de modo que los acreedores no pueden hacer valer sus derechos sobre ellas en la forma ordinaria. La lei, en cambio, ha establecido un sistema especial que rige las ejecuciones sobre minas. El acreedor; segun ese mecanismo, tiene derecho a patearse con los minerales existentes estraidos de la mina i con los demas bienes del deudor. Si esos bienes no alcanzaren a cubrir la deuda, el acreedor tendrá derecho a tomar la mina bajo su administracion en prenda pretoria hasta hacerse pago de

su crédito con los productos, de ella. Los acreedores hipotecarios gozarán de derecho preferente para tomarla en administracion.

Cuando la mina ha pasado a poder de un tercero, el acreedor hipotecario solo tendrá derecho a pedir la mina en prenda pretoria, puesto que la accion debe intentarse en contra del inmueble mismo. Segun el art. 2424 del C. C. no podria ejercitar sus derechos sobre las sustancias minerales una vez separadas del suelo. No puede invocarse en contra de esta doctrina lo prescrito en el art. 155 del C. de M. que dice que el deudor puede hacer valer sus derechos sobre los minerales existentes estraidos de la mina, porque ese precepto leal se refiere al caso en que el minero sea deudor personal del acreedor, circunstancia que hace que él responda con todos i cada uno de sus bienes.

En la práctica este sistema que fué establecido para favorecer las labores mineras, ha dado mui malos resultados: porque en él no se amparan suficientemente los derechos de los acreedores.

La lei de 27 de Agosto de 1907, que creó la Caja de Crédito Salitrero i que ha sido derogada por la lei de 13 de Setiembre de 1912, dispuso que las salitreras hipotecadas en esa institucion podian embargarse i enajenarse en pública subasta, de acuerdo con los principios jenerales; pero como está lei ha sido derogada por la lei de 1912 a que nos hemos referido, rije tambien en esta materia el Código de Minas.

32. ¿Pueden hipotecarse los ferrocarriles?

Vamos a ocuparnos de esta materia para ver si los ferrocarriles en sí mismos son o no susceptibles de hipoteca, sin tomar en cuenta la persona, a quien ellos pertenecen. En nuestro concepto hai que distinguir dos casos bien diversos: 1.º si se trata de un ferrocarril de propiedad particular de una persona; i 2.º cuando se trata únicamente de una concesion para construir i explotar durante algun tiempo un ferrocarril. En el primer caso nos pronunciamos por la afirmativa i por la negativa en el segundo.

En efecto, cuando se trata de un ferrocarril de propiedad particular tiene aplicacion el art. 2418 del C. C., porque debe ser considerado como bien raiz que se posee en propiedad, en razon de que está adherido permanentemente a un inmueble.

El lejislador ha aplicado estos mismos principios en algunas ocasiones. Así por ejemplo, por la lei de 20 de Febrero de 1909 que ha sido derogada por la, lei de 13 de Setiembre de 1912, se autorizó a la Caja de Crédito Salitrero para emitir bonos que correspondieran a obligaciones de largo plazo con hipoteca de ferrocarriles, en explotacion i la, misma lei en el art. 4.º se encargó de decir que la hipoteca comprendia los terrenos, edificios, estaciones, líneas férreas, maestranzas, maquinaria, material rodante i todas las existencias destinadas al servicio i explotacion del ferrocarril.

Las concesiones para la explotacion de un ferrocarril no son susceptibles de ser hipotecadas, porque el concesionario no es dueño del ferrocarril, no tiene sobre él ningún derecho real. En realidad, las concesiones de esta clase, no pueden ser clasificadas en ninguna de las clases de actos jurídicos reglamentados en nuestra lejislacion positiva i deben rejirse en absoluto por las estipulaciones contenidas en la respectiva concesion.

33. b) Los bienes raices que se poseen en usufructo.

En segundo lugar, el art. 2418 establece que el usufructo de bienes raices es

susceptible de hipotecarse.

En virtud de la hipoteca de un usufructo el acreedor hipotecario no tiene derecho a pagarse con los frutos de la cosa en caso de que no se le cumpla su obligacion, sino que está facultado para hacer vender el derecho mismo de usufructo en pública subasta. La hipoteca de un usufructo no se refiere a los frutos que produce la cosa sino al derecho. Naturalmente que una vez que el acreedor embarga el usufructo para hacer valer su derecho hipotecario, los frutos tambien quedan comprendidos en el embargo, porque acceden a la hipoteca.

34.

Se discute entre los autores si se puede o no hipotecar por la persona que tiene la plena propiedad de un inmueble, el usufructo o la nula propiedad de ella.

En mi concepto, la negativa parece mas lójica i jurídica. El usufructo es un derecho real que consiste en la facultad de gozar de una cosa con cargo de conservar su forma i sustancia i de restituirla a su dueño. Según esta definicion el derecho de usufructo supone dos personas: el que lo constituye que se denomina raudo propietario i el beneficiado que se denomina usufructuario. La lei al disponer que el usufructo puede hipotecarse ha tenido que referirse al usufructo definido por ella. El propietario no es usufructuario de su propia cosa, de modo que no puede hipotecar ese derecho. Laurent (¹³) i Pont (¹⁴) sostienen que el propietario puede hipotecar únicamente su derecho de usufructo i, se fundan para ello, en que sería contradictorio sostener que el propietario pudiese separar de su propiedad el usufructo i enajenarlo i no pudiera gravar con una hipoteca el usufructo o parte útil de la propiedad. Laurent agrega, que en virtud del dominio el propietario puede hacer todo aquello que la lei no prohíbe. Sin embargo, al raciocinar en esta forma, olvidan estos autores que para que una cosa sea susceptible de hipoteca es necesario que exista i que si el propietario constituyera una hipoteca sobre el usufructo de la cosa, la establecería sobre algo que no existe, puesto que el goce de la cosa no es un derecho que tiene existencia propia sino que es una consecuencia del derecho de propiedad.

35.

El usufructo que el padre tiene sobre los bienes del hijo i el que tiene el marido sobre los bienes de la mujer ¿pueden hipotecarse?

La lei concede al padre i al marido el usufructo sobre los bienes de sus hijos i de su mujer respectivamente para que cumplan con las obligaciones que se les imponen. Durante el matrimonio el marido debe soportar las cargas de familia, de modo que como compensacion la lei le concede el usufructo de los bienes de la mujer. Otro tanto puede decirse respecto del usufructo leal del padre sobre los bienes de los hijos. Estas dos instituciones son consecuencia de la potestad marital i de la patria potestad. Si estos usufructos se enajenaran a consecuencia de una hipoteca, ¿los cesionarios cumplirían las obligaciones impuestas al padre i al marido i que son la causa de su existencia?

¹³ Droit Civil, tomo 30, N.º 211, páj. 186.

¹⁴ Droit Civil, tomo 10, N.º 381, páj. 410.

Por otra parte, en nuestra legislación es más aceptable que en ninguna otra, este principio, porque el artículo 810 del C. C. establece que el usufructo legal del padre de familia sobre los bienes del hijo y el del marido, como administrador de la sociedad conyugal en los bienes de la mujer, están sujetos a las reglas especiales del título de la patria potestad y del título de la Sociedad conyugal, con lo cual se manifiesta que no les son aplicables las reglas del usufructo común. Y como en ninguno de los dos títulos a que se hace mención se reglamenta la enajenación de esos usufructos, es evidente que no puede efectuarse.

36.

La hipoteca de un usufructo es muy poco segura, porque, en general, se extingue siempre que se extingue el usufructo. Por este motivo son raros los casos de hipoteca de usufructo.

En nuestro concepto, un usufructo gravado con hipotecas, no puede extinguirse por la renuncia del usufructuario sino con el consentimiento de los acreedores hipotecarios, en virtud de que según el artículo 803, inciso 2.º del C. C., los acreedores pueden oponerse a la renuncia del usufructo hecha un fraude de sus derechos. El usufructuario, que ha constituido una hipoteca sobre su derecho, se ha, desprendido por ese solo hecho de una parte de ese mismo derecho, de modo que no puede renunciar a lo que no le pertenece. Por otra parte, hay que tener presente el art. 12 del C. C. que prescribe que los derechos conferidos por las leyes pueden renunciarse con tal que solo miren el interés individual del renunciante y que no esté prohibida su renuncia. Es evidente que en el caso que analizamos, la renuncia del usufructuario no mira únicamente al interés individual del renunciante, puesto que con ella se va a perjudicar a los acreedores hipotecarios. El legislador no puede permitir que un derecho válidamente constituido pueda, extinguirse por la sola voluntad del constituyente sin el consentimiento de la persona beneficiada por ese derecho.

37.

Las mismas consideraciones anteriores nos hacen llegar a la conclusión de que tampoco se extinguen las hipotecas por la consolidación del usufructo con la propiedad. Por otra parte, el fundamento en que se apoya esta forma especial de extinguirse el derecho de usufructo, cual es la imposibilidad que existe de que una persona ejercite derechos en contra de sí mismo, no tiene lugar respecto de los acreedores hipotecarios.

38. c) Las naves:

La tercera categoría de bienes susceptibles de hipoteca la constituyen las naves.

A pesar de que la definición de la hipoteca dada por el C. Civil solamente se refiere a los inmuebles, el artículo 2418 dispone que ella también puede constituirse sobre las naves, que en rigor no pueden considerarse como inmuebles. El artículo 825 del C. de Comercio establece que las naves son muebles. Sin embargo, en nuestro concepto, las naves forman una clase especial, sui generis de bienes, porque tienen caracteres comunes a los muebles y a los inmuebles: el hecho de que puedan ser transportadas de un lugar a otro las hace parecerse a los muebles y el hecho de que puedan individualizarse las haría entrar en la categoría de los inmuebles.

I si a esto se agrega que a las naves se les designan por nombres especiales, del mismo modo que a las personas, habrá que llegar a la conclusion de que ellas constituyen una categoría especial de bienes.

El artículo 2418 del C. Civil dispuso en su inciso 2.º que: «las reglas particulares relativas a las hipoteca de las naves pertenecen al Código de Comercio». Sin embargo, en este último cuerpo de leyes nada se dice sobre esta materia la única declaración que hai al respecto, es la de que las naves son bienes muebles por cuyo motivo se ha sostenido que las naves no pueden ser hipotecadas. La cuestión ha sido muy discutida i los Tribunales de justicia la han resuelto en diversos sentidos, porque hai razones para sostener las dos opiniones.

Felizmente la lei de 20 de Febrero de 1919 ha venido a poner término a este estado de cosas i ha reglamentado la hipoteca de naves. En el artículo 2.º de dicha lei a la letra se dice: «*Son susceptibles de hipotecar las naves de 50 o mas toneladas de registro. Puede aun hipotecarse la nave que se halle en construccion en mi astillero.*»

Esta lei se refiere únicamente a las naves nacionales, porque las leyes chilenas solo obligan a los habitantes del país. Por otra parte, debe tenerse presente que la hipoteca sobre naves debe ser inscrita en el puerto donde ésta ha sido matriculada, de modo que no puede ponerse en duda de que solamente pueden hipotecarse las naves nacionales, ya que la matrícula de la nave establece su nacionalidad (¹⁵).

39. d) Los regadores de agua.

Por último, la cuarta categoría de bienes hipotecables la forman los regadores de agua.

La lei de 9 de Noviembre de 1908 reglamentó las asociaciones de canalistas que se formen entre los dueños de canales con el objeto de tornar el agua de la corriente matriz, repartirla entre los accionistas i conservar i mejorar los acueductos.

Los regadores de agua, segun el artículo 57º del C. Civil son inmuebles, porque están destinados al uso, cultivo i beneficio de un inmueble. Sin embargo, segun el art. 571 del C. Civil para el efecto de constituir un derecho sobre dichos bienes a otra persona que el dueño, se reputan muebles.

La lei de Asociacion de Canalistas respetó esta clasificación hecha por el C. Civil i dispuso que los regadores de agua no podian hipotecarse separadamente del inmueble a cuyo uso i beneficio estaban destinados.

Un regador de agua puede garantizar una obligación independientemente del inmueble a cuyo riego o fin industrial está destinado i segun el inciso 5 del artículo 6º de la lei ya citada, sobre ese regador se habrá constituido un derecho de prenda. Sin embargo, para su constitucion se requiere escritura pública e inscripción en el Registro del Conservador de Bienes Raíces, de modo que se equipará en todo a la hipoteca.

Los regadores de agua no pueden darse en hipoteca, para garantizar una obligación independientemente del predio a cuyo riego o fin industrial están destinados. El inciso 3 del artículo 6º de la lei de Asociacion de Canalistas establece que hai hipoteca de

¹⁵ Boletín de Sesiones Extraordinarias de la Cámara de Diputados del año 1918-19. Sesión de 12 de Febrero, pág. 2888.

regadores cuando se hipoteca un predio con el agua que le pertenece, de modo que se supone que el agua forma parte integrante del predio. El inc. 4 de esta misma disposición confirma aún más lo que venimos diciendo al disponer que: «Si en la escritura de hipoteca de un predio no se especifica su derecho de agua, se entenderán hipotecados los regadores que aparezcan inscritos como dotación del fundo gravado.»

Para que la hipoteca sobre el predio afecte a los regadores de agua según el artículo 6 de la ley de Asociación de Canalistas, se requiere que la escritura de hipoteca se inscriba en un registro especial que con este objeto debe llevar todo Conservador de Bienes Raíces. La inscripción debe hacerse no sólo en el departamento en que se encuentran situados los inmuebles a cuyo uso están destinados los regadores de agua sino también en el registro conservador del departamento en que se encuentre ubicada la bocatoma del canal matriz. (Art. 5.º, ley citada).

40.

Todos los bienes a que hemos hecho referencia son susceptibles de ser hipotecados. Sin embargo, debe tenerse presente, que esos mismos bienes, en ciertos determinados casos, no pueden hipotecarse. Como ya lo hemos dicho en otra parte, el fin práctico que persigue la institución que estudiamos consiste en que el acreedor se pague con el precio del inmueble hipotecado, si el deudor no cumple oportunamente su obligación. La ley, con ese objeto, concede al acreedor el derecho de hacer vender en pública subasta la finca hipotecada. Resulta, entonces, que las cosas que no pueden realizarse en esta forma no pueden tampoco ser hipotecadas, puesto que se concedería al acreedor un derecho que jamás podría ejercitar.

Por esta causa, las cosas que no están en el comercio, como los ríos, calles, plazas y demás bienes nacionales de uso público no son susceptibles de ser hipotecados. Además, las concesiones que el Gobierno o las Municipalidades hagan sobre esos bienes no pueden tampoco hipotecarse. Los concesionarios no adquieren ningún derecho real sobre los referidos bienes, de modo que no pueden considerarse comprendidos en el art. 2418 del C. C., que prescribe que sólo pueden hipotecarse los bienes raíces que se poseen en propiedad.

41.

Las cosas que según la ley son inembargables tampoco pueden ser hipotecadas, porque el acreedor estaría en la imposibilidad de ejercitar sus derechos sobre ellas. Según esto, los inmuebles hereditarios a que se refiere la ley de Habitaciones para Obreros y respecto de las cuales se ha decretado el estado de indivisión forzosa mientras existen menores entre los descendientes del difunto, no podrán ser hipotecados, porque según el art. 27 de la ley respectiva, el inmueble común no es embargable. Con el objeto de dar a conocer a los terceros la verdadera situación de esos bienes, el legislador ha ordenado que el decreto de indivisión se inscriba en el registro del Conservador. (art. 25).

La Corte de Casación francesa ha resuelto que los bienes inembargables no son susceptibles de hipoteca (¹⁶).

¹⁶ Pont. *Explications du Droit Civil*, tome 10, pág. 380, N.º 355.

Las minas, aun cuando son inembargables, pueden ser hipotecadas, porque como ya lo hemos dicho en el N.º 31, la lei ha determinado la forma en que, en ese caso el acreedor puede ejercitar sus derechos.

CAPITULO V. De la hipoteca convencional

42.

El C. C. trata únicamente de la hipoteca convencional o contractual que es aquella que tiene su origen en un contrato. La convención por la cual el dueño de un inmueble lo hipoteca a favor de un acreedor para seguridad de su crédito, se denomina contrato hipotecario.

Como todo contrato, el contrato hipotecario necesita para su perfeccionamiento del consentimiento de las dos partes que intervienen en su celebración, es decir, del propietario que constituye la hipoteca y del acreedor a cuyo favor aquella se estipula.

El contrato hipotecario es un contrato solemne; porque como luego veremos, necesita ciertas formalidades especiales para su perfeccionamiento: la escritura pública y la inscripción en el Registro del Conservador de Bienes Raíces son requisitos indispensables para su celebración. Aun podría decirse que el contrato hipotecario es un contrato real, porque no se perfecciona sino por la tradición del derecho mismo que se efectúa por la inscripción en el Conservador.

El contrato hipotecario aunque está destinado a asegurar el cumplimiento de una obligación principal, puede ser otorgado en cualquier tiempo antes o después de los contratos a que acceda. Así lo dispone el último inciso del art. 2413 del C. C. Tendría aplicación este precepto, en el caso de una hipoteca constituida para asegurar el pago de

una cuenta corriente bancaria, puesto que en el momento de celebrarse el contrato hipotecario no se sabe si el deudor va o no a hacer uso del crédito que se le proporciona.

El contrato hipotecario puede garantizar cualquier clase de obligaciones. No debe creerse que porque el último inciso del art. 2413 del C. C. i el N.º 2 del art. 2432 del C. C. hablan de los contratos a que accede la hipoteca, no pueda ésta asegurar el cumplimiento de otra clase de obligaciones. El mismo lejislador ha aplicado estos principios al establecer que los tutores i curadores pueden dar hipotecas para responder a las resultas de su administracion.

El estudio de la hipoteca convencional lo dividiremos en dos partes:

- 1.º Las personas que son capaces de hipotecar; i
- 2.º Las solemnidades del contrato hipotecario.

PARTE I. PERSONAS QUE PUEDEN HIPOTECAR

43.

Como la hipoteca sirve de garantía a otra obligacion, jeneralmente es el deudor el que constituye la hipoteca. Sin embargo, un tercero puede constituir, una hipoteca por una deuda ajena. El inciso 2.º del art. 2414 se refiere especialmente a este caso i dispone que el acreedor no tendrá accion personal contra el dueño, si éste no se ha sometido expresamente a ella. No debe confundirse la hipoteca dada por un tercero para asegurar el cumplimiento de una deuda ajena con la simple fianza. El fiador, en caso de que el deudor no cumpla su obligacion, está obligado a satisfacerla; el acreedor puede perseguirlo personalmente. Tratándose del que ha constituido una hipoteca para asegurar una obligacion ajena no sucede lo mismo: el acreedor no puede perseguir personalmente al que otorgó la hipoteca; debe dirigirse en contra de la cosa, de modo que si la persona que constituyó la hipoteca la hubiere enajenado, el acreedor debe dirigirse en contra del poseedor actual.

44.

Ahora bien, ya sea que se trate del propio deudor o de un tercero es necesario; para que puedan hipotecar, que cumplan con las dos condiciones siguientes:

- a) Que el constituyente sea propietario de la cosa que se dé en hipoteca; i
- b) Que tenga facultad de enajenarla.

45. a) Que el constituyente sea propietario de la cosa.

El primer requisito no está contemplado de un modo categórico en la lei; pero se deduce del contesto de sus disposiciones. En primer lugar, en el art. 2414 del C. C. que establece que: «*no podrá constituir hipoteca sobre sus bienes sino la persona que sea capaz de enajenarlos i con los requisitos necesarios para su enajenacion*» se ve claramente que al decir «sus bienes» ha querido referirse a los bienes propios. Por otra parte, solamente el dueño puede enajenar sus bienes, puesto que la enajenacion importa transferencia de dominio. Siendo la hipoteca un desmembramiento del dominio, es evidente que el dueño es el único que puede desmembrarlo.

El mismo principio imperaba en Roma (¹⁷). La lei VII, Título XIII, Partida V, prescribe

que «Los que han poderido de enajenar las cosas, porque son señores dellas, estos mismos las pueden empeñar a otro», de modo que tambien en la antigua lejislacion española se necesitaba ser dueño de las cosas que se daban en hipoteca.

46.

De lo espuesto anteriormente se desprende que no puede hipotecarse la cosa ajena. Nuestra lejislacion permite, sin embargo, la venta de cosa ajena. La diferencia que se hace entre ambos casos es perfectamente lójica i se ha trasmitido desde los tiempos del derecho romano. El contrato de, venta en nuestro Código, como en el derecho romano, es solamente jenerador de obligaciones, pero no concede ninguno derecho real sobre la cosa al comprador, pues para ello se necesita de la tradicion. No sucede lo mismo con la hipoteca, en donde el constituyente concede desde luego un derecho real sobre la cosa dada en garantía, lo cual no se concebirla si aquel no fuera propietario de la cosa.

47.

Las cuestiones a que da oríjen esta materia tienen mas importancia teórica que práctica, porque es mui difícil que se presenten casos en que se dé en hipoteca una cosa ajena.

La hipoteca de cosa ajena produce nulidad absoluta, porque la lei exige que se sea dueño de la cosa para poderla hipotecar. En otros términos, puede decirse, que el lejislador prohíbe el acto por el cual se hipoteca una cosa ajena i segun el art. 10 del C. C. los actos que prohíbe la lei son nulos i de ningun valor.

De aquí resulta que una hipoteca de esta clase continúa siendo nula aun cuando el que la constituyó adquiriera el dominio del bien hipotecado. La misma solucion habria que dar al caso de que el propietario del bien hipotecado ratificara la hipoteca, porque siendo nulo absolutamente el contrato en que aquélla se constituyó, no puede ratificarse por un acto posterior.

48.

Si se concede una hipoteca sobre una cosa ajena para el caso de que se llegue a ser propietario ¿qué efecto produciría esta convencion? Desde luego cabe observar que no valdria como hipoteca, pero este contrato quedaria comprendido en la disposicion del art. 2419 del C. C. que se refiere a la hipoteca de bienes futuros. En virtud de esa disposicion, el acreedor, una vez adquirida por el constituyente la propiedad dada en hipoteca, tendria derecho para hacer inscribir su hipoteca; de modo que si el deudor se negará a ello el acreedor tendria accion en su contra para obligarlo a proceder a la inscripcion. I si ántes de proceder a la inscripcion el constituyente de la hipoteca enajenara el bien raiz hipotecado, es evidente que el acreedor tendria accion de daños i perjuicios.

En el derecho romano, tambien era nula la hipoteca de cosa ajena i solamente era válida la que se hacia bajo la condicion de que la cosa fuese adquirida por el que la daba en garantía (¹⁸).

¹⁷ Cuq., Les Institutions Juridiques des Romains, Tomo 2. páj. 307.

¹⁸ Cuq, tomo 2. páj. 307.

49.

La primera situacion contemplada, es decir, aquella en que una persona hipoteca una cosa ajena sin establecer que la hipoteca se entenderá válida para el caso de que el constituyente adquiera el dominio de la cosa, no puede equipararse al caso en que se hipoteque sujeto a esta condicion. En el primer caso, las dos partes o por lo ménos el acreedor, contratan en la creencia de que el constituyente de la hipoteca es el verdadero dueño de la cosa, de modo que el acreedor cree adquirir desde ese momento un derecho real sobre la cosa.

En la segunda situacion contemplada, es decir, cuando se hipoteca un bien futuro, el acreedor no contrata en esta intelijencia: él sabe que solamente desde que el constituyente adquiere el dominio de la cosa podrá adquirir el derecho de hipoteca. Puede decirse que la hipoteca de un bien futuro es una promesa de hipoteca.

Si se interpretaran estos preceptos en el sentido de que la hipoteca de cosa ajena debe siempre entenderse como la hipoteca de un bien futuro se crearia una situacion mui desfavorable al acreedor, porque éste no podria pedir la nulidad de la hipoteca i el pago inmediato de lo que se le adeudara. La hipoteca de un bien futuro no es nula, pues confiere al acreedor el derecho de hacer inscribirla cuando el constituyente adquiera el dominio de la cosa. En el caso contemplado, el acreedor no podria pedir la nulidad de la hipoteca, porque el art. 2419 le concedia el derecho de hacer inscribir su hipoteca. Por estas razones creemos que las dos situaciones contempladas no pueden asimilarse.

50.

No es necesario que el derecho del constituyente sea puro i simple: puede estar sometido a modalidades.

El art. 2416 del C. C. es bien terminante al respecto al disponer que: *«El que solo tiene sobre la cosa que se hipoteca un derecho eventual, limitado o rescindible, no se entiende hipotecarlo sino con las condiciones i limitaciones a que esté sujeto el derecho aunque así no lo espese.*

Si el derecho está sujeto a una condicion resolutoria, tendrá lugar lo dispuesto en el art. 1491».

Este artículo es la aplicacion del principio de que nadie puede trasferir mas derechos que los que tiene.

El acreedor bajo condicion suspensiva no puede hipotecar, en razon de que no es dueño de la cosa sobre la cual se va a constituir el gravamen. La retroactividad de la condicion cumplida no puede invocarse en contra de nuestra opinion, porque si es cierto que en virtud de esa ficcion hai que considerar que el derecho del acreedor nació perfecto desde el momento de la convencion no es ménos cierto que el acreedor no adquiere el dominio de la cosa sino desde el momento de la tradicion. El acreedor, cumplida la condicion, tendrá una accion personal para pedir la entrega de la cosa; pero en ningun caso puede considerársele dueño de ella. Los contratos entre nosotros solamente son jeneradores de obligaciones i no de derechos reales. Por otra parte, esta hipoteca no podria inscribirse en el Conservador de Bienes Raices, ya que el título de dominio apareceria a nombre del dueño actual del inmueble i no a nombre del acreedor

bajo condicion suspensiva.

Por último, debe tenerse presente, que el art. 2418 del C. C. al disponer que sólo pueden hipotecarse los bienes raíces que se poseen en propiedad, establece claramente que debe tenerse la posesion del inmueble que se trata de hipotecar.

51.

El adquirente bajo condicion resolutoria está facultado para hipotecar su propiedad. Naturalmente que las hipotecas por él constituidas quedan afectadas por la condicion que pesa sobre el inmueble. El precepto que estudiamos se aplica tanto a la condicion resolutoria ordinaria como al llamado pacto comisorio o condicion resolutoria que se subentiende en todo contrato bilateral. Pero, para que la hipoteca se resuelva al cumplimiento de la condicion, es necesario, segun el inciso 2.º del art. 2416 del C. C., que ella conste en el título respectivo inscrito, u otorgado por escritura pública. Si al tiempo de constituirse la hipoteca, la condicion no consta en el título respectivo, el acreedor adquiere sobre la cosa un derecho real que no puede resolverse, aun cuando se resuelva el derecho del constituyente. La exigencia de la lei es una garantía establecida en favor de los terceros. Debe tenerse presente que la jurisprudencia de los Tribunales ha considerado que la condicion resolutoria que se subentiende en los contratos bilaterales, consta en el título respectivo sin necesidad de expresarla.

52.

Como se comprende, la hipoteca constituida sobre una propiedad sujeta a una condicion resolutoria, no da una garantía mui eficaz al acreedor, puesto que éste va corriendo el riesgo de que desaparezca su derecho. Por este motivo, el comprador de un inmueble que no haya pagado totalmente el precio de venta, difícilmente podrá servirse de su propiedad como instrumento de crédito.

Sin embargo, en la práctica se evitan esos inconvenientes, por medio de una estipulacion en virtud de la cual el vendedor renuncia la accion de resolucion en favor del acreedor hipotecario. La Excma. Corte Suprema se ha pronunciado, por la validez de esta convencion en los siguientes considerandos:

«1.º Que la escritura de 25 de julio de 1895 suscrita por doña R. de la C., a favor del « Banco Garantizador de valores, i de cuya nulidad se trata en el presente juicio, debe « estimarse como una obligacion o garantía, en virtud de la cual dicha señora se « comprometió a posponer su hipoteca a la del Banco i a respetar esta última para el caso « de haber lugar a la resolucion del contrato de venta, o sea, en el evento posible de que la, « propiedad hipotecada volviera a poder del vendedor. 4.º « Que tampoco debe considerarse al Banco en ese acto como donatario, puesto que « por el hecho de habersele concedido preferencia i renunciado a, su respecto a la accion « resolutoria solo se le garantizó i aseguró el pago de la suma que había dado en préstamo « sin que sea posible sostener que tal hecho importa haber recibido dinero de parte de la « otorgante». «6.º Que la Corte de Apelaciones ha resuelto la cuestion sometida a juicio, ajustándose a « lo pedido i discutido en autos, i asimismo ha aplicado correctamente la lei al decretar la « demanda apoyándose en la eficacia de la citada escritura de 25 de julio de 1895, que pudo « extenderse válidamente por doña R. de la C., desde que se trata en ella de un acto que no « es ilícito ni prohibido por la lei» (¹⁹).

53.

Por las razones dadas en el N.º 50, estimamos que la persona que enajena un inmueble bajo condicion resolutoria como el vendedor de una cosa cuyo precio no se ha pagado i el vendedor que se ha reservado un pacto de retroventa no pueden hipotecar las propiedades respectivas

54.

El propietario fiduciario que tiene una propiedad limitada puede, segun el art. 757 del C. C., gravarla con hipotecas que, por espresa disposicion legal, no quedan sujetas a la condicion de que depende la restitution del fideicomiso. El fideicomisario debe respetar esos gravámenes si se han observado en su constitucion las formalidades exijidas en el art. 757, que es, en consecuencia, una escepcion al art. 2416.

55.

Si el derecho del constituyente e rescinde, es claro que tambien desaparece la hipoteca. La rescision retrotrae las cosas al estado que tenían ántes, de modo que se considera que el constituyente de la hipoteca no ha tenido nunca el dominio de la cosa. Esta regla que está establecida al tratar de la nulidad la consagra tambien el art. 2416 del C. C. Sin embarro, debe observarse que ese principio tiene la escepcion del art. 1895 del C. C., en virtud del cual las hipotecas contraídas por el comprador de un inmueble no desaparecen por la rescision de la venta por lesion enorme. En ese caso, la lei obliga al comprador a purificar la cosa de todas las hipotecas que haya constituido sobre ella i no establece que la rescision produce el desaparecimiento de esas hipotecas (²⁰).

56.

Todo comunero, ántes de la division de la cosa comun, puede hipotecar su cuota.; pero en todo caso esa hipoteca quedará sometida al resultado de la particion. El art. 2417 del C. C. que reglamenta esa situacion a la letra dice: *«EL comunero puede, ántes de la division de la cosa comun, hipotecar su cuota, pero verificada la division, la hipoteca afectará solamente los bienes que en razon de dicha cuota se le adjudiquen, si fueren hipotecables. Si no lo fueren, caducará la hipoteca. Podrá, con todo, subsistir la hipoteca, sobre los bienes adjudicados a los otros partícipes, si éstos consintieren en ello, i así constare por escritura pública de que se tome razon al márjen de la, inscripcion hipotecaria».*

La particion de la cosa comun puede producir el desaparecimiento de las hipotecas constituidas por los comuneros sobre sus cuotas. Para ver los efectos producidos por la particion deben distinguirse dos casos: 1.º si la cosa hipotecada se ha adjudicado al comunero que hipotecó su cuota; i 2.º si esa cosa se ha adjudicado a otro comunero. En el primero de estos casos la hipoteca subsiste, segun lo dice espresamente el artículo que analizamos; pero no sucede lo mismo en la segunda situacion contemplada. El lejislador ha establecido que para que en este último caso subsista la hipoteca, los comuneros a quienes se haya adjudicado la cosa deben manifestar su consentimiento en

¹⁹ R. D. J. Año. VIII. 1911. Sec. I, páj. 3,59.

²⁰ Alessandri R. Arturo.—De la Compra□Venta. Tomo 2. Páj. 1148, N.º 2024.

escritura pública de que se tome razon al márgen de la inscripcion hipotecaria. Por estas consideraciones, las hipotecas de cuotas no constituyen garantías mui seguras i en la práctica no se emplean sino en raras ocasiones.

57.

El precepto del art. 2417 es una consecuencia de los efectos que la lei atribuye a las adjudicaciones que se hacen entre comuneros. Segun el art. 718 del Código Civil i reproducido en el art. 1344, cada uno de los partícipes de una cosa que se poseía proindiviso, se entenderá haber poseido exclusivamente la parte que por la division le cupiera, durante todo el tiempo que duró la indivision, de modo que la lei considera que en todo momento el comunero a quien se adjudica la cosa ha sido el único dueño de ella. Para el lejislador, el período de la indivision se borra i desaparece por completo. Se comprende, entónces, que la hipoteca constituida por uno de los comuneros sobre su cuota desaparezca en el caso de que la cosa no le sea adjudicada a ese mismo comunero, puesto que ese gravámen habria sido constituido por una persona que jamas ha sido dueño de la cosa.

58.

El precepto del art. 2417 del C. C., se aplica en todos los casos en que exista una comunidad, cualquiera qué sea la causa que haya dado origen a ella. No solamente ese artículo no distingue sobre el particular sino que los arts. 718 i 1344 que son el fundamento del precepto que analizamos, son aplicables a toda comunidad por espresa voluntad del lejislador.

59.

La hipoteca constituida sobre su cuota por uno de los comuneros, durante la indivision de la cosa comun, no caduca únicamente cuando la adjudicacion de la cosa se hace a uno de los copartícipes de comun acuerdo o se procede a la division material del inmueble sino tambien en el caso de que ella se adjudique a uno de los comuneros en pública subasta. El art. 2417 del C. C. no distingue sobre el particular i por otra parte, debe tenerse presente, que la lei considera que en todo caso, cualquiera que sea la forma en que se haga la division de la cosa, el comunero a quien se haya adjudicado se reputa haber poseido exclusivamente la parte que por la division le cupiera durante todo el tiempo que duró la indivision (Art. 718 i 1344).

60.

En nuestro concepto, la hipoteca constituida sobre su cuota por uno de los comuneros i que subsiste despues de la division afectará al inmueble hipotecado en los mismos términos estipulados por el constituyente. Dé ahí resulta que si al comunero le pertenecía la tercera, cuarta o quinta parte de la cosa, la hipoteca solo subsistirá sobre esa tercera, cuarta o quinta parte, aun cuando en la division de la cosa le haya cabido la totalidad de ella. Nos fundamos, al sostener esta doctrina, en la intencion que las partes han tenido al contratar, pues es evidente que el comunero que ha hipotecado su cuota no ha querido gravar sino esa parte; de otro modo, el acreedor se beneficiaria con perjuicio del constituyente, por el solo ministerio de la lei.

61.

Esto no quiere decir, sin embargo, que uno de los comuneros no pueda hipotecar, antes de la division, la totalidad de la cosa comun. Naturalmente que esa hipoteca en ningun caso debe reputarse válida para todos los comuneros; pero debe entenderse hecha para el caso de que la cosa comun se adjudique en su totalidad al comunero que constituyó el gravamen hipotecario. La circunstancia de que el art. 2417 del C. C. permita a los comuneros la hipoteca de sus cuotas no puede considerarse como una prohibicion impuesta a ellos para que no hipotequen la totalidad de la cosa. Cada uno de los comuneros es dueño de la cosa comun, i aunque su derecho está limitado por el derecho de los otros comuneros, nada se opone a que pueda hipotecar la totalidad de la cosa, puesto que si por la division se hace dueño de ella habrá que considerar que durante todo el tiempo de la, indivision tambien tuvo esa calidad. Se trataria, en consecuencia, de la hipoteca de un derecho eventual, que es perfectamente válida, segun el art. 2416 del C. C. Así tambien lo han resuelto los Tribunales de Justicia (²¹).

62.

No es necesario que la cosa hipotecada se adjudique a uno solo de los comuneros; en nuestro concepto, la hipoteca caduca aun cuando la cosa se adjudique a dos o mas comuneros. Puede decirse, entónces, que para que se produzcan los efectos señalados en el art. 2417 del C. C., no se requiere la cesacion completa de la comunidad i que basta, en consecuencia, que la cosa que ántes pertenecia a todos se adjudique a uno o a varios de ellos. El lejislador ha atribuido esos efectos a las adjudicaciones entre comuneros con el objeto de estabilizar en manos del adjudicatario los bienes que le quepan en la division, evitando que puedan hacerse valer en su contra los derechos reales que otro comunero haya constituido sobre ellos. En lugar de que el adjudicatario esté obligado a respetar las hipotecas constituidas sobre la cosa por otro de los comuneros i tenga accion en contra de él una vez que aquél pague la deuda, el lejislador ha preferido hacer caducar todas las hipotecas i deja libre de todo gravamen al adjudicatario. Es evidente que estos principios deben aplicarse aun cuando la cosa comun se adjudique a dos o mas de los copartícipes, para evitar que los adjudicatarios tengan que respetar las hipotecas constituidas por los comuneros que salieron de la indivision. Aun cuando la cuestion que dilucidamos nunca ha sido sometida directamente a la resolucion de nuestros Tribunales, puede decirse que la doctrina sostenida por nosotros ha sido implícitamente acogida. Así, por ejemplo, la Excma. Corte Suprema declaró caducada una hipoteca constituida por el marido, despues del fallecimiento de su mujer, sobre una propiedad perteneciente a la sociedad conyugal i adjudicada a los hijos de la mujer (²² 1).

La jurisprudencia francesa se ha pronunciado en favor de la doctrina contraria (²³).

63.

Del art. 2417 del C. C. se desprende que la caducidad de la hipoteca constituida

²¹ R. D. J. Año 1, 1903, Seccion. I, páj. 395.

²² R. D. J. Año. I, 1903, Seccion. I, páj. 393.

²³ Baudry-Lacantinerie, Successions, tomo 3, páj. 63, N.º 2333.

sobre su cuota por uno de los comuneros, sólo tiene lugar en el caso de que la cosa se adjudique a un comunero diferente de aquel que la hipotecó. Por esta razón, las hipotecas constituidas por cada uno de los comuneros subsisten si la cosa hipotecada se adjudica a un tercero, extraño a la indivisión. En ese caso, no se producen los efectos que la ley atribuye a las adjudicaciones entre comuneros, puesto que del tenor literal de los preceptos legales se desprende que esa ficción sólo se produce entre los comuneros y sus sucesores. El tercero adquiere la cosa en la misma forma en que se encontraba en poder de los vendedores, de modo que el acreedor hipotecario de uno de los comuneros tiene derecho a ejercitar su hipoteca sobre la cosa vendida hasta concurrencia de la cuota que en ella correspondía al constituyente.

Nuestra modesta opinión se encuentra consagrada, por la doctrina y la jurisprudencia francesa (²⁴).

Se ha sostenido, sin embargo, en algunas ocasiones en nuestro país, que el precepto del art. 2417 del Código Civil es absoluto y general en el sentido de que la hipoteca constituida, durante la indivisión, por uno de los comuneros sobre su cuota caduca en todo caso por el solo hecho de que la cosa hipotecada no se adjudique al constituyente, sin necesidad de distinguir si la cosa ha pasado al dominio de otro comunero o de un tercero. Don Leopoldo Urrutia en un voto disidente que consignó en el expediente del concurso de don Agustín Correa con la sucesión de don Domingo Matte, ha sostenido esta opinión en los siguientes términos: 10: «Que es inatendible la alegación de que el acreedor hipotecario conserve su derecho sobre el producto en dinero que corresponda al deudor por la división de la cosa común en el evento de que la propiedad hipotecada se adjudique a terceros y no a otro copartícipe que el deudor, pues las disposiciones antes mencionadas (arts. 718, 1344 y 2417) sólo dan eficacia a esta clase de hipotecas en el único caso de que la propiedad afecta al gravamen se adjudique a aquel que lo constituyó o a otros co-partícipes que consientan en ello por escritura pública inscrita en el respectivo registro, de que se tome razón al margen de la escritura hipotecaria, lo que no ha sucedido en el presente caso» (²⁵).

En nuestro concepto, esta doctrina, como ya lo hemos manifestado, es inaceptable, porque ella está en pugna con el fundamento del art. 2417. Ese precepto legal, a pesar de su defectuosa redacción, reglamenta únicamente la suerte que corren las hipotecas cuando la cosa se adjudica a los mismos comuneros; pero no se refiere a las adjudicaciones que se hagan a terceros. El inciso 2.º confirma nuestra opinión al sostener que la hipoteca subsiste sobre los bienes adjudicados a los otros comuneros si consientan en ello: puesto que el legislador continúa ratiocinando sobre la base de que las adjudicaciones se hagan entre los mismos comuneros. Las adjudicaciones hechas a un tercero deben, en consecuencia, quedar sometidas a las reglas generales. El adquirente sucede a los comuneros en el dominio del inmueble, de modo que debe adquirir la cosa

²⁴ Fuzier-Hermans, *Rep. Gener. du Droit Fran.*, tomo 3, pág. 823, N.º 1691; Colin et Capitant, *Droit Civil*, tomo 2, pág. 926; Aubry et Rau, *Droit Civil*, tomo 3, pág. 439, N.º 266; Baudry-Lacantinerie, *Privileg et Hypot.*, tomo 2, pág. 443, N.º 1322; Planiol, *Droit Civil* tomo 3, pág. 529, N.º 2384.

²⁵ G. 1887, tomo I, S. 1227, pág. 722.

en las mismas condicione que la tenian sus antecesores. Esta doctrina ha sido sustentada por la Corte de Apelaciones de Concepcion (²⁶).

64.

Para que un copartícipe de una nave pueda hipotecar su cuota necesita, segun el último inciso del art. 6.0 de la lei sobre hipoteca de naves, la autorizacion de la mayoría de los copartícipes constituida en la forma establecida por el art. 852 del Código de Comercio. I este último precepto dispone que: «en defecto de convenciones espresas i formales que reglen el modo de la administracion de los copartícipes de la nave, todas las resoluciones de interes comun serán adoptadas a mayoría de sufragios, salvo los casos en que la lei disponga otra cosa. La mayoría se constituye por la reunion de un número de partes de propiedad de la nave que formen mas de la mitad de su valor con tal que esta reunion no se verifique en la persona de un solo partícipe. En caso de empate se someterá la decision al juzgado de comercio; pero si el empate recayere sobre la continuacion del armamento o el desarme de la nave, se llevará a efecto la opinion favorable al primero de estos extremos».

Seguramente que el lejislador al establecer esta modificacion al C. C., ha querido evitar que un tercero pase a formar parte de la comunidad que existe sobre la nave, puesto que el acreedor hipotecario puede pedir que la cuota del constituyente se venda en pública subasta.

La modificacion introducida por esta lei consiste exclusivamente en que el comunero ya no puede hipotecar su cuota por sí solo; como se establece en el C. C., sino que necesita la autorizacion de los otro copartícipes. Naturalmente que esta autorizacion dada por los otros comuneros no significa, en modo alguno, que la totalidad de la nave queda sujeta al gravámen hipotecario. En todo lo demas, esta hipoteca queda sometida a las reglas del C. C.

La disposicion que comentamos tiene otro alcance en la lei que sobre la materia rige en Francia, i que ha servido, de modelo a la nuestra. En aquella lejislacion se exige la autorizacion de los otros copartícipes para que uno de ellos pueda hipotecar la cuota que le corresponde en la nave, porque se establece, como escepcion a la regla jeneral, de que la hipoteca subsiste despues de la división de la cosa comun en todo caso cualquiera que sea el comunero aqui en se adjudique la cosa hipotecada (²⁷). Esos preceptos, como se comprende, tienen por objeto favorecer a los acreedores hipotecarios i hacer que esas hipotecas solo puedan establecerse para satisfacer necesidades de la nave.

¿Podría sostenerse entre nosotros que la autorizacion dada por los comuneros para que uno de ellos pueda hipotecar su cuota produce el efecto de que la hipoteca subsiste despues de la division, cualquiera que sea la persona a quien se adjudique la cosa común? La negativa no nos parece dudosa. El lejislador exige la autorizacion de los otros copartícipes para que se pueda hipotecar la cuota de uno de ellos; pero en ninguna parte ha dicho que esa autorizacion produzca efectos especiales. Por otra parte, no puede

²⁶ G. 1882, tomo II, S. 1768, páj. 986.

²⁷ Baudry-Lacantinerie, Priv1. et Hyh., tome 3, páj. 36s, N° 2120.

considerarse derogado en esta materia un precepto tan claro como el del art. 2417 del C. C., por una disposicion que no está en pugna con él sino que agrega un nuevo requisito para que los comuneros tengan facultad de hipotecar sus cuotas.

En la legislacion francesa, se requiere la autorizacion de los otros comuneros como consecuencia de la escepcion consagrada en aquella lei de que la hipoteca subsistirá en todo caso; no debe, en consecuencia, tomarse el efecto como causa.

65.

Los socios administradores de una sociedad, no pueden hipotecar los bienes sociales, segun el art. 2078 del C. C. i 395 del C. de C. sin estar especialmente autorizados para ello. Los bienes sociales no pertenecen a los socios sino a la persona jurídica llamada sociedad, por cuyo motivo no pueden ser hipotecados, sino por la misma sociedad que es la propietaria de dichos bienes. La hipoteca constituida en contravencion a esas disposiciones es nula absolutamente, porque los actos que prohíbe la lei son nulos i de ningun valor.

66.

Segun el art. 2419 del C. C. «*La hipoteca sobre bienes futuros solo da al acreedor el derecho de hacerla inscribir sobre los inmuebles que el deudor adquiera en lo sucesivo i a medida que los adquiera*». Puede decirse, en consecuencia, que las convenciones en que se hacen estas estipulaciones no confieren ningun derecho real al acreedor sino que constituyen verdaderas promesas de hipoteca. El acreedor no adquiere el derecho de hipoteca por, el solo hecho de que el constituyente adquiera el dominio de alguna finca; necesita para ello de la inscripcion en el Conservador de Bienes Raices.

67. b) Capacidad para enajenar.

El artículo 2414 del C. C. dispone que «*no podrá constituir hipoteca sobre sus bienes, sino la persona que sea capaz de enajenarlos i, con los requisitos necesarios para su enajenacion*». De este precepto legal se desprende que no basta ser dueño de los bienes para poder hipotecarlos sino que ademas es necesario que el dueño de ellos tenga facultad para enajenarlos. El fundamento de esta disposicion está en que la hipoteca es una desmembracion de la propiedad, por cuyo motivo puede considerarse a la hipoteca como una enajenacion parcial.

Para poder hipotecar no se requiere que el constituyente tenga capacidad para obligarse únicamente sino que es necesario que tenga capacidad para enajenar, puesto que hai personas tales como las mujeres separadas de bienes, el menor habilitado de edad, el hijo de familia, etc., que pueden, bajo ciertos respectos, obligarse libremente i no pueden, sin embargo, enajenar sus bienes en las mismas condiciones.

Puede suceder que la obligacion principal sea válida i no lo sea la hipoteca por no tener el constituyente la capacidad de enajenar requerida por la lei. Así sucedería, por ejemplo, en el caso de que un menor habilitado de edad contrajera una obligacion en garantía de la cual constituye una hipoteca sobre sus bienes sin sujetarse a las formalidades que la lei establece para la validez de esta hipoteca.

Naturalmente que los absolutamente incapaces de obligarse, tampoco pueden hipotecar. Por este motivo los dementes, los impúberes i los sordo-mudo que no pueden

darse a entender por escrito, no pueden por sí solos celebrar el contrato hipotecario. La hipoteca constituida por estas personas, adoleceria de nulidad absoluta, segun el art. 1682. Sin embargo, los representantes legales de estas personas pueden constituir hipotecas sobre sus bienes siempre que se sujeten a ciertas condiciones exigidas por la lei.

Aun cuando lo relativo a las incapacidades no forme parte de nuestro estudio nos vamos a ocupar lijeramente de esta materia.

Las personas incapaces de enajenar i de hipotecar son las siguientes: los menores, las mujeres casadas i las personas jurídicas.

68. Menores.

Pueden encontrarse bajo patriapotestad, bajo curatela o ser habilitados de edad.

El hijo de familia, o sea el menor sometido a patria potestad, no puede hipotecar los inmuebles pertenecientes a su peculio adverticio ordinario i extraordinario, sino con autorizacion del padre o del curador respectivamente i con autorizacion del juez con conocimiento de causa. (Arts. 253 i 255). Para hipotecar los inmueble de su peculio profesional solamente necesita autorizacion judicial con conocimiento de causa. (Arts. 246 i 255 del C. C.)

69.

El menor habilitado de edad, segun el art. 303 del C. C. no puede hipotecar sus bienes sin autorizacion judicial decretada con conocimiento de causa.

70.

El menor sometido a curatela no puede hipotecar los inmuebles sino con autorizacion del curador i de la justicia. El juez no podrá autorizar la hipoteca sino por causa de utilidad o necesidad manifiesta (art. 393). Los inmuebles pertenecientes a su peculio profesional pueden hipotecarse, según el artículo 439, siempre que se obtenga autorizacion judicial para ello.

71. Mujeres casadas.

Pueden encontrarse en tres situaciones diversas: bajo el régimen de la comunidad, separadas de bienes i divorciadas.

Durante el régimen normal del matrimonio, o sea durante la vijencia de la sociedad conyugal, la mujer necesita para hipotecar sus bienes, la autorizacion del marido i del juez con conocimiento de causa. Las causas que justifiquen la enajenacion no serán otras que éstas: 1.º Facultad concedida para ello en las capitulaciones matrimoniales; 2.º necesidad o utilidad manifiesta de la mujer (Arts. 137 i 1754).

Cuando la mujer administra la sociedad conyugal en caso de interdiccion o por ausencia del marido, necesita, autorizacion judicial para hipotecar sus bienes segun el art.1759 del C. C. Los bienes pertenecientes a la sociedad conyugal puede hipotecarlos libremente. (Arts. 1759 i 1749). Durante la administracion extraordinaria de la sociedad conyugal la mujer no puede hipotecar los bienes del marido sino con autorizacion judicial. (Inc. 2.º, art. 1759).

72.

La mujer separada de bienes queda sometida a las reglas dadas para la mujer que vive bajo el régimen de sociedad conyugal. En consecuencia, ella necesita cumplir con el art. 1754, para hipotecar sus bienes.

73.

Segun el art. 173, la mujer divorciada puede hipotecar libremente sus bienes raices.

74.

Las reglas relativas a las mujeres casadas, i a los menores sufren algunas modificaciones cuando dichas personas hacen del comercio su profesion habitual.

La mujer casada mayor de edad que fuere comerciante, puede hipotecar libremente sus bienes inmuebles. Si fuere mayor de 21 años i menor de 23 podrá tambien hipotecar, pero necesita autorizacion judicial dada por utilidad o necesidad manifiesta. (Art. 17, C. de Comercio).

La mujer divorciada i separada de bienes que es comerciante, puede hipotecar libremente sus bienes raices. (Art. 16, C. de C.) Para ser comerciante se requiere la inscripcion i la publicacion de la sentencia de divorcio i separacion si fuere mayor de edad; si la mujer divorciada es mayor de 21 años i menor de 25, deberá obtener habilitacion de edad; i si en igual condicion se halla la separada de bienes se sujeta a lo prescrito en el art. 12 del C. de C.

75.

Los menores comerciantes habilitados de edad pueden hipotecar sus bienes inmuebles para asegurar el cumplimiento de las obligaciones mercantiles que contraigan. (Art. 9 del C. de C.) Este artículo es una escepcion al principio de que para poder hipotecar es necesario tener capacidad para enajenar. El menor comerciante, segun el inc. 2.º del art. 9 del C. de Comercio, necesita cumplir ciertas formalidades para enajenar los bienes raíces, i sin embargo, puede hipotecarlos libremente para las necesidades de su comercio.

76.

Las personas jurídicas se asimilan en nuestra lejislacion a las personas sometidas a guarda i para poder hipotecar, segun el art. 557, necesitan autorizacion judicial con conocimiento de causa i dada por razon de necesidad o utilidad manifiesta.

77.

Los muertos civiles no pueden celebrar el contrato de hipoteca, porque son incapaces de ejercer el derecho de propiedad i ya hemos dicho, que la primera condicion para poder hipotecar, es la de ser dueño de los bienes que se sujetan a este gravámen.

Los contratos hipotecarios celebrados por las personas anteriormente nombradas sin observar las formalidades que la lei exige, adolecen de nulidad relativa, porque esos requisitos se exigen en atencion al estado o calidad de las personas (²⁸).

²⁸ R. D. J., tomo VI, sec. II, páj. 100; tomo VII, sec. I, páj. 529, Sent. 1969, páj. 890, Gac. 1875. Rev. D. J., tomo IX, sec. I, páj. 139 Sent. 1006, páj. 595, Gac., 1907; R. D. J., tomo II, sec. I, Páj. 348; tomo IV, sec. II, páj. 43; tomo VI, sec. I, páj. 436.

Segun los arts. 1693 i 1691 del C. C., los actos que estén viciados de nulidad relativa, pueden sanearse por la ratificacion o por la prescripcion. Cuando esto sucede, las hipotecas se entenderán válidamente constituidas desde su otorgamiento, porque el art. 2412 del C. C. dispone que: «si la constitucion de la hipoteca adolece de nulidad relativa i después se valida por el lapso de tiempo o la ratificacion la fecha de la hipoteca será siempre la fecha de la inscripcion». Este precepto legal ha venido a resolver la duda que sobre este particular se presenta en el Código francés i que ha sido resuelta por la gran mayoría de los autores en el sentido de que la ratificacion no valida la hipoteca en perjuicio de los acreedores hipotecarios que han inscrito sus derechos ántes de la ratificacion (²⁹).

79.

Los contratos hipotecarios que adolecen de nulidad relativa solamente pueden ser atacados, en nuestra lejislacion, por las personas en cuyo beneficio la han establecido las leyes o por sus herederos i cesionarios. De aquí resulta que los acreedores hipotecarios que tienen constituida hipotecas sobre los mismos inmuebles, no pueden alegar la nulidad de un contrato hipotecario que adolece de nulidad relativa. No solamente se deduce esta interpretacion del texto mismo del inc. 1.º del art. 1684, sino que el inc. 2.º aclara, este concepto al determinar que la incapacidad de la mujer casada que ha obrado sin autorizacion, del marido o del juez en subsidio, habiendo debido obtenerla, se entiende establecida en beneficio de la misma mujer i del marido.

80.

¿Puede gravarse con hipoteca una cosa embargada? En nuestro concepto, la negativa no parece dudosa. El art. 1464 del C. C. en el inc. 3.º dispone que hai objeto ilícito en la enajenacion de las cosas embargadas por decreto judicial, a ménos que el juez lo autorice o consienta en ello, i segun se sabe, la facultad de enajenar comprende la facultad de hipotecar. Por otra parte, el art. 2414 del C. C. establece que solo puede constituir hipoteca sobre sus bienes la persona que sea capaz de enajenarlos, de modo, que como en este caso el dueño de la cosa estaría privado de la facultad de enajenar, es evidente que no puede tener tampoco la capacidad de que habla el art. 2414.

Por estas consideraciones ha dicho la Excma. Corte Suprema: .

«6.0 Que la prohibicion de enajenar a que se refiere el art. 1464, comprende tambien la « hipotecacion, pues conforme a los arts. 2387, 2407 i 2414, entre otros, solo puede « constituir hipoteca sobre ciertos bienes, el que tiene facultad de enajenarlos i con los « requisitos necesarios para su enajenacion» (³⁰).

Baudry-Lacantinerie (³¹), Pont (³²) i Troplong (³³), sostienen, sin embargo, la doctrina contraria. Estos tratadistas estiman que, en este caso, no existe el fundamento en virtud

²⁹ Baudry-Lacantinerie, tomo 26, N.º 1337 páj 453.

³⁰ R. D. J. Año II., 1904, sec. I, páj. 286.

³¹ Droit Civil, Privileg. et Hyp., tomo II, páj. 458, N.º 1340.

³² Droit Civil Expliqué, tomo 18.

del cual se ha prohibido la enajenación de las cosas embargadas, cual es el de impedir que el deudor burle a su acreedor traspasando la cosa a otra persona. Sin duda alguna que esta consideración no puede invocarse en la hipotecación de una cosa embargada; pero debe tenerse presente que hay otros motivos tan dignos como los primeros de ser tomados en cuenta. Si se admite el principio que combatimos querría decir que se habría encontrado el modo de burlar a los acreedores comunes posteriores. La doctrina establecida en, nuestro C. de P. C. es la de que una misma cosa solamente admite un solo embargo, debiendo los otros acreedores hacer valer sus derechos por medio de la tercería de pago. Ahora bien, nada sería más fácil a un deudor que tuviera varios acreedores que hipotecar fraudulentamente el inmueble embargado a una persona de su confianza con el objeto de burlar a los otros acreedores comunes.

Se ha sostenido, además; que no puede invocarse en apoyo de la doctrina que defendemos la disposición del art. 2414 del C. C., que exige capacidad para enajenar, para poder hipotecar, porque ese precepto, se refiere únicamente a la incapacidad personal del dueño de la cosa i no a la incapacidad excepcional nacida de una causa extraña a la persona. Como se comprende, este argumento no tiene mucha fuerza, puesto que él supone distinciones que el art. 2414 no ha hecho i se sabe que «en donde la ley no distingue no le es lícito al hombre distinguir».

81.

Por las mismas razones, será nula la hipoteca constituida sobre un inmueble cuya propiedad se litiga, sin permiso del juez que conoce del litigio, según el N.º 4 del art. 1464. Para que los bienes litigiosos se encuentren comprendidos en ese precepto legal se requiere, según los arts. 286 i 287 del C. de P. C., que el Tribunal decreta prohibición respecto de ellos i que ella se inscriba en el Registro del Conservador respectivo.

82.

El deudor que ha hecho cesión de bienes o ha sido declarado en concurso, ¿puede hipotecar sus bienes?

La cesión de bienes o la declaratoria de concurso privan al deudor de la administración de sus bienes, pero según el inciso último del art. 1619 del C. C. «la cesión no trasfiere la propiedad, de los bienes del deudor a los acreedores, sino sólo la facultad de disponer de ellos i de sus frutos hasta pagarse de sus créditos». De aquí podría deducirse que conservando el deudor la propiedad de los bienes cedidos, podría hipotecarlos válidamente ya que es dueño de ellos. Sin embargo, el art. 2467 del C. C. prescribe que «son nulos todos los actos ejecutados por el deudor relativamente a los bienes de que ha hecho cesión o de que se ha abierto concurso a los acreedores», por cuyo motivo, serían nulas las hipotecas constituidas sobre dichos bienes por el deudor.

Debe tenerse presente que la disposición del artículo 2467 solamente se refiere a los bienes que forman parte del concurso, de modo que el fallido puede hipotecar válidamente los bienes que adquiera después o que no entren en el concurso.

83.

³³ Explications du *Code Civil*, tomo 10, pág. 378, N.º 353.

¿De qué nulidad adolecerian las hipotecas constituidas por el deudor despues de la cesion de bienes o de la declaratoria de concurso?

En nuestro concepto, la nulidad de estos actos es absoluta, por las razones siguientes.

Hai personas que sostienen que en el caso en estudio hai nulidad relativa, pues ella se establece en atencion al estado o calidad de la persona que los ejecuta i con el objeto de favorecer a los acreedores del fallido, de modo que solamente ellos pueden alegarla. Sin embargo, estimamos que esta manera de pensar no puede aceptarse, porque no hai ningun precepto legal que establezca que debe atenderse a la razon que sirve de fundamento a la nulidad para ver si un acto cualquiera adolece de nulidad absoluta o relativa. El lejislador ha atendido a esta, consideracion única i exclusivamente cuando se omiten ciertas formalidades especiales en el acto mismo i que la lei exige en atencion al estado o calidad de las personas. Se toma en cuenta el estado o calidad de las personas cuando en la celebracion del acto se omiten solemnidades que la lei exige como una medida de proteccion a las personas que lo celebran. Para recurrir al fundamento de la disposicion en que se declara nulo algun acto determinado es necesario que en su celebracion se hayan omitido las solemnidades prescritas por la lei.

Si no hai omision de solemnidades no puede recurrirse al fundamento de la nulidad, de modo que para establecer, en cada caso, si se trata de una u otra, habrá que aplicar las reglas jenerales.

Confirma nuestra opinion el art. 404 del C. C., que dispone que «el pupilo es incapaz de ser obligado como fiador sin previo decreto judicial, que solo autorizará esta fianza a favor de un cónyuje, de un ascendiente o descendiente lejítimo o natural i por causa urjente i grave». El pupilo puede obligare como fiador a favor de esas personas única i exclusivamente en los casos contemplados en este artículo i siempre que para ello esté autorizado por el juez. Si en la constitucion de una fianza a favor de esas personas se omite la formalidad de la autorizacion judicial, es claro que el acto adoleceria de nulidad relativa; pero si en lugar de constituir la fianza a favor de esas personas se constituye a favor de otras, el acto adolecerá de nulidad absoluta; porque la lei solamente permite que el pupilo pueda ser fiador de ciertas personas. El acto ejecutado por el pupilo seria prohibido por la lei, por cuya razon es nulo absolutamente. ¿Cuál es, sin embargo, el fundamento de esta disposicion? ¿Por qué motivo la lei prohíbe que el pupilo se constituya como fiador? La lei declara la nulidad de este acto como una medida de proteccion a favor del pupilo; es decir, atiende al estado de la persona que lo ejecuta.

Para sostener que la hipoteca, constituida por el deudor que ha hecho cesion o ha sido declarado en concurso es nula absolutamente, no invocamos como lo hacen muchos, (³⁴) el art. 1464 del C. C., porque estimamos que los casos contemplados en esos artículos no pueden aplicarse a la cuestion que nos ocupa. El N.º 3 del art. 1464 establece que hai objetó ilícito en la enajenacion de los bienes embargados, pero segun el art. 474 del C. de P. C., para que tenga aplicacion la disposicion citada, se requiere que el embargo se inscriba en el Conservador de Bienes Raices, de modo que la sola

³⁴ Vera, Código Civil. Tomo 7. Pág. 108.

declaratoria del concurso no da a los bienes que forman parte de él el carácter de inalienables. Tampoco podría aplicarse el artículo 1464 en su N.º 4 que se refiere a las cosas cuya propiedad se litiga, porque, como ya lo hemos manifestado, según los arts. 286 i 287 del C. de P. C., para que los inmuebles que son materia del juicio se consideren comprendidos en el N.º 4 del art. 1464, es necesario que el Tribunal decreta prohibición respecto de ellos i que ella se inscriba en el Conservador de Bienes Raíces.

La nulidad absoluta de una hipoteca constituida por una persona que ha hecho cesión de bienes o ha sido declarada en concurso, se deduce de los artículos 2467, 10 i 11 del C. C.

Al disponer el art. 2467 que son nulos todos los actos ejecutados por el deudor relativamente a los bienes de que ha hecho cesión o de que se ha abierto concurso a los acreedores, ha prohibido que se celebren esos actos. La ley ha establecido una prohibición al deudor para que no disponga de sus bienes i según el art. 10 del C. C. los actos que la ley prohíbe son nulos i de ningún valor. Ahora bien, la disposición del art. 2467 ha tenido por objeto evitar el fraude, pues tiende a impedir que el deudor disponga de sus bienes, después que él se ha comprometido a dárselos en pago a sus acreedores. El art. 11 del C. C. establece que en los casos en que la ley prohíbe un acto con el fin expreso o tácito de precaver un fraude o de proveer a algún objeto de conveniencia pública o privada, no se dejará de aplicar la ley, aunque se pruebe que el acto que ella anula no ha sido fraudulento o contrario al fin de la ley. Es evidente que la nulidad que produce este artículo es la absoluta, porque si solamente produjera nulidad relativa, habría casos en que el acto sería válido a pesar de lo dispuesto en este precepto. Así sucederla cuando la parte en cuyo favor se establece la nulidad no la alegara por no haberle perjudicado la celebración del acto. En este caso, no se aplicaría el art. 11, que establece que aun cuando el acto no sea fraudulento debe considerarse como nulo (³⁵).

Sin duda alguna que la disposición del art. 2467 del C. C. deja en una situación muy desfavorable a los terceros, ya que ellos no tienen ningún medio para conocer que el constituyente de la hipoteca se encuentra en concurso o ha hecho cesión de bienes. La ley, en situaciones análogas a ésta, ha tratado siempre de poner en conocimiento de los terceros la imposibilidad legal de enajenar en que se encuentra el constituyente. Sin embargo, en este caso no lo ha hecho, por cuya razón estimamos que éste es un vacío que es necesario llenar para proteger a los terceros que de buena fe contratan con el fallido.

84.

No solamente son nulos los actos ejecutados por el deudor después de que ha hecho cesión de bienes o ha sido declarado en concurso, sino que también bien la ley permite que se anulen los actos ejecutados antes de la cesión de bienes o de la apertura del concurso, siempre que se cumplan las condiciones que para ello exige el legislador. El art. 2468 del C. C. En su N.º 1, dispone que «los acreedores tendrán derecho para que se rescindan los contratos onerosos i las hipotecas, prendas i antecréditos que el deudor haya otorgado en perjuicio de ellos estando de mala fe el otorgante i el adquirente, esto es, conociendo ámbos el mal estado de los negocios del primero. Las acciones concedidas

³⁵ Gac. 1881, páj. 576, S. 943.

en este artículo a los acreedores espiran en un año contado desde la fecha del acto o contrato». Para que los acreedores puedan ejercitar esta accion, conocida con el nombre de accion pauliana, se requiere que se cumplan las siguientes condiciones:

1.º Que el contrato hipotecario cause perjuicio a los acreedores; 2.º Que el otorgante i el adquirente esten de mala fé, la cual existe para la lei, en este caso, desde el momento mismo en que ámbos conocían el mal estado de los negocios del primero; i 3.º Por último se requiere que no haya trascurrido un año desde la celebracion del acto o contrato.

La accion pauliana no procede sino cuando el deudor ha hecho cesion de bienes o ha sido declarado en concurso, de modo que, fuera de estas dos situaciones, los acreedores no pueden intentarla aun cuando se cumplan las otras condiciones, exigidas por la lei.

El artículo 2468 no anula de pleno derecho las hipotecas constituidas por el deudor ántes de la cesion de bienes, sino que concede a los acreedores la facultad de pedir su rescision. Se trata, en consecuencia, de una nulidad relativa, introducida en favor de los acreedores, por cuyo motivo solamente ellos pueden alegarla. El síndico del concurso, que representa a los acreedores, deberá intentar esta accion, pero el art. 612 del C. de P. C. autoriza a cada uno de los acreedores para tomar parte en los procedimientos del concurso con las facultades de coadyuvante, por cuya razon estimamos que, dentro del concurso, cada, uno de los acreedores puede tambien ejercer la accion pauliana.

85.

Estudiaremos ahora la situacion en que se encuentran las hipotecas constituidas por el comerciante declarado en quiebra.

Segun el art. 1362 del C. de C., la declaracion de quiebra produce el desasimiento de los bienes del fallido, o sea desde ese instante queda él privado de la administracion de sus bienes. El fallido no puede celebrar ningun contrato despues de la declaratoria de quiebra aun cuando conserva el dominio de sus bienes. No hai ninguna disposicion del C. de C. que diga esto de un modo espreso, pero se deduce de los arts. 1362 i 1364 (³⁶). La última de estas disposiciones sólo permite al fallido que ejecute los actos conservativos de sus bienes en caso de negligencia de los síndicos, de donde resulta que no puede celebrar otra clase de actos. Es la aplicacion del art. 2467 del C. C. al comerciante declarado en quiebra, por cuya razon nos remitimos a lo dicho al hablar del deudor declarado en concurso.

86.

En el auto declaratorio de quiebra, el juez debe fijar la época de la cesacion de pagos, época que tiene mucha importancia para determinar el valor de los actos ejecutados por el fallido.

El art. 1373 del C. de C., en su □N.º 4, dice: «Son nulos i de ningun valor relativamente a la masa, siendo ejecutados después del día a que el juzgado refiere la cesacion de pagos, o dentro de los 10 dias que le han precedido: toda hipoteca, prenda o

³⁶ Barceló, Prontuariodel Juicio de Quiebra, páj. 59.

anticr sis que se constituya sobre los bienes del fallido por deudas contraídas con anterioridad a los 10 días indicados». En consecuencia, para que sea nula una hipoteca constituida después de la cesacion de pagos o dentro de los diez días anteriores, es necesario que ella asegure el cumplimiento de una obligacion contraída ántes de los diez días a, que se refiere la disposicion legal citada. Es evidente que el artículo en cuestion no se refiere al hecho de que la inscripcion de la hipoteca en el Conservador de Bienes se haga con posterioridad a la época en que se fija la cesacion de pagos o dentro de los diez días anteriores sino al otorgamiento mismo del contrato hipotecario, i decimos evidente; porque, de otro modo, tendremos que llegar a la conclusion de que toda hipoteca cuya inscripcion se hubiera hecho en esa época seria nula aun cuando la hipoteca se hubiera constituido conjuntamente con la obligacion principal. Lo que la lei prohíbe es que después de la cesacion de pagos o en los diez días anteriores se proceda a otorgar un contrato hipotecario para asegurar el cumplimiento de una obligacion contraída con anterioridad a aquella época. Se comprende fácilmente el espíritu i la intencion que ha tenido el lejislador al dictar esta disposicion: con el otorgamiento del contrato hipotecario el deudor trata de favorecer a un acreedor en perjuicio de los otros i la lei teme que el acreedor i el comerciante fallido se hayan puesto de acuerdo fraudulentamente para beneficiarse.

La interpretacion que hemos dado al N.ó 4 del art. 1373 del C. de C., se encuentra confirmada por lo que dispone el art. 1277 del mismo Código, que a la letra dice: «Los derechos de hipoteca válidamente adquiridos podrán ser inscritos hasta el dia de la declaracion de quiebra. Con todo, las inscripciones hechas despues de la cesacion o en los diez días anteriores, podrán ser anuladas si hubieren transcurrido mas de 15 días entre la fecha del instrumento constitutivo de la hipoteca i la fecha de la inscripcion». Los derechos de hipoteca válidamente adquiridos, a que se refiere este artículo, no pueden ser otros que los que tienen su oríjen en contratos hipotecarios ejecutados con anterioridad a la cesacion de pagos o en los diez días anteriores o en contratos hipotecarios ejecutados entre la cesacion de pagos i la declaracion de quiebra, siempre que el acreedor a cuyo favor se constituya la hipoteca no tenga conocimiento de la cesacion de pagos (art. 374) i que la hipoteca se constituya para asegurar el cumplimiento de una obligacion nueva i no de aquellas a que se refiere el N.ó 4 del art. 1374.

La doctrina de que la inscripcion en el Conservador es un requisito del contrato hipotecario no puede destruir, en nuestro concepto, la opinion que venimos sustentando. Admitiendo esa, teoría hai que convenir que el lejislador ha necesitado atender a la realidad de los hechos para reglamentar las quiebras en la parte que dicen relacion con las hipotecas. Para declarar la nulidad de los actos ejecutados despues de la cesacion de pagos, el lejislador se funda en presunciones, de modo que se esplica perfectamente que el lejislador haya tenido que considerar el momento de la celebracion del contrato hipotecario i no de la inscripcion por ser él, el mas propicio para, apreciar la intencion de las partes.

De lo espuesto resulta, que para ver si es nulo un contrato hipotecario otorgado con posterioridad a la cesacion de pagos, es necesario ver la fecha del instrumento constitutivo de la hipoteca i la fecha de la celebracion del contrato principal: si ésta es

anterior a aquélla, la hipoteca es nula; por el contrario, si el instrumento constitutivo de la hipoteca es de la misma fecha o anterior al contrato principal, la hipoteca es válida (³⁷).

87.

La hipoteca constituida en contravencion a lo dispuesto en el N.º 4 del art.1373 del C. de C., adolece de nulidad relativa, porque ese precepto legal establece que los actos que en él se mencionan «son nulos i de ningun valor relativamente a la masa». Con esta frase el lejislador ha querido manifestar que el acto es válido para todos menos para la masa de acreedores en cuyo beneficio se ha, introducido la accion de nulidad. ¿Quiénes pueden intentar esta accion? . La masa de acreedores representada por el síndico, ya que la nulidad de esos actos está establecida en favor de ellos. La nulidad de todos los actos que se mencionan en el art. 1373, aprovecha a todos los acreedores, porque hace aumentar el activo del concurso, por cuya razon la lei concede la accion de nulidad a la masa total de acreedores. De aquí resulta que un solo acreedor no podria ejercitar esta accion cuando obra independientemente i con un interes propio i distinto del de la masa. Se produciria esta situacion en el caso de que despues de estar constituida una hipoteca como la que nos ocupa, se constituyera otra a favor de un tercero que no conociera el estado del comerciante. Esta segunda hipoteca es válida segun el art. 1274 del C. de C. El acreedor hipotecario de grado posterior no podria pedir la nulidad de la primera hipoteca con el único objeto de quedar mejor colocado, porque esa nulidad lo beneficiaria a él únicamente i no a la masa, que es lo que persigue la lei (³⁸).

Con mayor, razon la accion de nulidad no puede ser intentada por los terceros estraños a la masa del concurso.

88.

hora bien, si en el caso ántes espuesto, es el síndico el que ejercita la accion de nulidad ¿qué suerte correrán los acreedores hipotecarios de grado posterior? ¿La nulidad de la primera hipoteca les aprovechará a ellos de modo que pasan a ocupar un lugar preferente? En nuestro concepto la afirmativa nos parece evidente. Una vez declarada la nulidad, se reputa que el acto no ha existido jamas, por cuya razon los acreedores hipotecarios de grado Posterior mejorarán de situacion i pasarán a ocupar el lugar del acreedor hipotecario cuyo derecho desapareció.

No puede invocarse en contra de esta opinion el hecho de que la lei ha establecido que la hipoteca es nula relativamente a la masa, porque con esa frase sólo se ha querido manifestar que la accion de nulidad se ha introducido en beneficio exclusivo del conjunto de acreedores. Ellos solos, representados por el síndico, pueden alegar la nulidad de los actos ejecutados en contravencion a lo dispuesto en el artículo 1373; pero declarada la nulidad se considera que el acto jamas ha existido, porque deben aplicarse los principios jenerales de derecho. Por último, es necesario observar que indudablemente el acreedor hipotecario de tirado posterior forma tambien parte de la masa de acreedores; de donde

³⁷ Barceló, páj. 63. Nota (1).

³⁸ Baudry-Lacant. tomo 26, páj. 467, N.º 1350. Fuzier□Hermans, tomo 22, páj. 351. N.º 1592. Aubry et Rau, tomo III, páj. 456, § 266. Lyon-Caen, Droit□Comercial, tomo VII, páj. 415.

resulta que beneficiando a la masa la nulidad de la hipoteca debe tambien aprovechar a ese acreedor.

89.

Del N.º 4 del art. 1373 del C. de C., que declara nula la hipoteca constituida despues de la cesacion de pagos i dentro de los diez días anteriores cuando asegura el cumplimiento de una obligacion contraída con anterioridad a los diez días indicados, se deduce que no son nulas las hipotecas constituidas despues de la cesacion de pagos i ántes de la declaracion de quiebra cuando garantizan deudas nuevas. Este raciocinio a contrario sensu fluye lógicamente de la disposicion legal citada. Sin embargo, cabe observar, que es necesario aplicar lo dispuesto en el artículo 1274 del C. de C., que establece que «los actos i contratos a título oneroso, verificados en el tiempo medio entre la cesacion de pagos i la declaracion de quiebra, podrán ser rescindidos caso que los terceros que hubieran contratado con el fallido hubieran procedido con conocimiento de la cesacion de pagos» En consecuencia, las hipotecas constituidas despues de la cesacion de pasos por obligaciones nuevas producirán todos sus efectos siempre que no pueda aplicarse el art. 1374, es decir, siempre que los terceros que hayan contratado con el fallido reo hayan conocido la cesacion de pagos.

90.

En cuanto a las hipotecas constituidas con anterioridad a la cesacion de pagos i a los 10 días que la han precedido hai que aplicar el art. 1376 del C. de C., que dispone que dichos actos son tambien rescindibles siempre que se justifique la coexistencia de todas las circunstancias que espresa el art. 2468 del C. C. Nos remitimos a lo dicho al hablar del deudor que ha hecho cesion de bienes.

91.

El artículo 1377 del C. de C., prescribe que: «Los derechos de hipoteca válidamente adquiridos podrán ser inscritos hasta él día de la declaracion de quiebra. Con todo, las inscripciones hechas despues de la cesacion o en los diez días anteriores podrán ser anuladas si hubieren trascurrido mas de 15 días entre la fecha del instrumento constitutivo de la hipoteca i la fecha de la inscripcion. Este plazo se aumentará a razon de un día por cada 50 km. de distancia entre el lugar en que se hubiera constituido la hipoteca i el lugar donde deba hacerse la inscripcion».

Debemos observar, en primer lugar, que este precepto legal hace una distincion bien marcada entre el instrumento constitutivo de la hipoteca i la inscripcion. ¿Cuáles serán para la lei, dentro de este órden de ideas, los derechos de hipoteca válidamente adquiridos? Ellos no pueden ser otros que los contratos hipotecarios celebrados ántes de la cesacion de pagos o de los diez días que le precedieron i los contratos hipotecarios celebrados despues de estas épocas, siempre que las hipotecas no hayan sido constituidas para asegurar el cumplimiento de obligaciones contraidas con anterioridad a la cesacion de pagos i que el acreedor no haya tenido conocimiento del estado del comerciante.

Estos contratos que han sido válidamente celebrados, pueden inscribirse en el Conservador de Bienes Raíces hasta la declaracion de quiebra, de modo que, como dice

el señor Barceló (³⁹), los derechos hipotecarios válidamente adquiridos no se pierden por el hecho de haberse demorado su inscripción.

Sin embargo, si las inscripciones de estos contratos hipotecarios, se hacen despues de la cesacion de pagos o en los diez anteriores, podrán ser anuladas dichas inscripciones en el caso de que hayan trascurrido mas de quince dias entre la fecha del instrumento constitutivo de la hipoteca i la fecha de la inscripción. La lei supone que cuando ocurre esto, se ha abandonado la ejecucion de la inscripción i considera que la persona que inscribe su derecho despues de la cesacion de pagos, en esta situacion, procede de mala fe i teme que el acreedor se haya puesto de acuerdo con el fallido para burlar a los otros acreedores.

Los derechos de hipoteca inscritos despues de la declaracion de quiebra son nulos i no existen respecto de los acreedores del concurso, porque la declaratoria de quiebra fija de una manera precisa los derechos de los acreedores.

Los preceptos legales que se refieren al período anterior a la declaracion de quiebra se fundan en puras presunciones, de modo que el lejislador necesariamente ha tenido que contemplar al referirse a la suerte que corren las hipotecas constituidas durante este período, no solamente el acto constitutivo de la hipoteca sino tambien la inscripción. Especialmente ha necesitado atender al acto constitutivo, porque es mas probable que las partes se hayan concertado para burlar a sus acreedores cuando celebran el contrato hipotecario que cuando el acreedor procede a la inscripción de su derecho.

Comparando los arts. 1374 i 1377, resulta que en el caso de que la hipoteca se haya constituido ántes de la cesacion de pagos i se haya inscrito despues de este período, habiendo trascurrido quince dias entre la fecha del instrumento constitutivo i la fecha de la inscripción, puede rescindirse con solo probar esta circunstancia, mientras que para anular una hipoteca, constituida, despues de la cesacion de pagos, para asegurar el cumplimiento de una deuda nueva, es necesario probar que el deudor estaba en conocimiento de la cesacion de pagos. Como ya hemos dicho, estas situaciones se producen a consecuencia de que el lejislador funda todas estas disposiciones en presunciones mas, o menos fundadas.

92.

La hipoteca puede ser constituida por un mandatario o por un representante legal, siempre que cumpla con las solemnidades prescritas por la lei.

Todo contrato puede celebrarse por medio de un mandatario, de modo que la hipoteca queda tambien sujeta a esta regla jeneral. Entre las facultades ordinarias que van comprendidas en el mandato no se encuentra la facultad de hipotecar, segun lo dispuesto en el art. 2132. del C. C. El mandato jeneral sólo confiere al mandatario el poder de efectuar los actos de administracion que sea necesario, i se sabe, que la facultad de hipotecar no va comprendida en la administracion. De aquí resulta que para que se pueda hipotecar por medio de un mandatario, se requiere que éste se encuentre autorizado para ello por un poder especial. Volveremos a ocuparnos de este asunto al hablar de las solemnidades del contrato hipotecario i ahí veremos que para que sea

³⁹ Barceló, páj. 63, Nota 1^a.

válida una hipoteca realizada por intermedio de un mandatario, se requiere que el poder conste de una escritura pública.

93.

Los representantes legales tales como el padre, el marido, los tutores i curadores, necesitan cumplir con las solemnidades exigidas por la lei para constituir hipotecas válidas sobre los bienes que administran.

El marido, durante el régimen ordinario de la sociedad conyugal es el representante legal de su mujer i necesita cumplir con las exigencias del art. 1734 del C. C., para, hipotecar los bienes raíces de ella. Las solemnidades que debe observar el marido son las siguientes: 1.º consentimiento de la mujer, i 2.º autorizacion judicial dada en virtud de facultad concedida para ello en las capitulaciones matrimoniales o por necesidad o utilidad manifiesta de la mujer. El consentimiento de la mujer puede suplirse por el juez cuando ésta se hallare imposibilitada de manifestar su voluntad. Al tratar de las solemnidades de la hipoteca estudiaremos el punto de si la mujer debe o no concurrir al otorgamiento de la escritura pública.

Segun los arts. 1759 i 1754 del C. C. cuando la mujer hubiere sido nombrada curadora del marido o curadora de sus bienes en el caso de interdiccion del marido o por larga ausencia de éste, ella puede hipotecar los bienes del marido, siempre que obtenga autorizacion judicial.

94.

El padre de familia necesita autorizacion del juez dada con conocimiento de causa para hipotecar los bienes raíces del hijo (art.255).

95.

Los tutores, i los curadores de los menores, de los dementes, de los disipadores i de los sordo□mudos necesitan para gravar con hipoteca los inmuebles de sus pupilos, decreto judicial dado por causa de utilidad o necesidad manifiesta (393) .

96.

El curador de los bienes de una persona ausente, el curador de una herencia yacente i el curador de los derechos eventuales del que esté por nacer, no pueden, por regla jeneral, hipotecar los bienes raíces sometidos a su administración. Sin embargo, segun el art. 489, los curadores de bienes pueden celebrar estos contratos siempre que los autorice el juez para ello despues de probar su utilidad o necesidad.

97.

Los representantes legales de las personas jurídicas son las personas a quienes la lei o las ordenanzas respectivas o a falta de una i otras, un acuerdo de la corporacion ha conferido este carácter. Para que dichos representantes puedan hipotecar los bienes pertenecientes a la persona jurídica es necesario, segun el art. 557 del C. C., que el juez los autorice con conocimiento de causa i por razon de necesidad o utilidad manifiesta.

98.

Los administradores de las corporaciones i fundaciones de derecho público ¿pueden

hipotecar los bienes raices que administran? Segun el art. 547 del C. C. se consideran corporaciones i fundaciones de derecho público al Fisco, a las Municipalidades, a las iglesias, a las comunidades relijiosas i a los establecimientos que se costean con fondos del Erario. Estas corporaciones i fundaciones se rijen por leyes i reglamentos especiales, de modo que puede decirse como principio jeneral, que los administradores de dichas entidades no pueden ejecutar ningun acto para el cual no están autorizados por la lei. La Constitucion Política, en su art. 151, establece que: «Ninguna Majistratura, ninguna persona o reunion de personas pueden atribuirse, ni aun a pretesto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que espresamente se les haya conferido por las leyes. Todo acto en contravencion a este artículo es nulo». Este precepto constitucional consagra el principio mui conocido de que en derecho público solamente puede ejecutarse lo que la lei dice, mientras que en derecho privado puede hacerse todo lo que la lei no prohíbe.

Los administradores de las corporaciones de derecho público deben necesariamente obrar dentro del límite de las atribuciones que les ha fijado la lei. Los actos que ellos ejecuten fuera de la órbita de sus atribuciones son nulos de nulidad absoluta, porque en dichos actos habria objeto ilícito de acuerdo con el art. 1462 del C. C., que dispone que hai objeto ilícito en todo lo que se contraviene al derecho público chileno. En el caso de que nos ocupamos se habria violado el precepto del art. 151 de la Constitucion.

99.

En cuanto a los bienes fiscales cabe observar que ellos no pueden hipotecarse por el Presidente de la República o por sus subalternos sin autorizacion lejislativa, porque no hai ninguna lei que conceda esta facultad a ese funcionario. Un ejemplo de esta clase de leyes encontramos en la lei de 26 de Diciembre de 1872 que autorizó al Presidente de la República para que procediera a contratar la construccion de un ferrocarril de Angol a Curicó. En el artículo 2.º de la citada lei se dispuso: «Autorízase al Presidente de la República para que contrate un empréstito que produzca hasta \$8.500.000 efectivos, pudiendo hipotecar a favor de los prestamistas la línea férrea que debe construirse, en conformidad al artículo precedente» (⁴⁰).

100.

La lei de Municipalidades de 22 de Diciembre de 1891 reformada por la lei de 18 de Diciembre de 1914, establece que los bienes raices pertenecientes a las Municipalidades, no pueden ser gravados sino en caso de necesidad o utilidad reconocida i declarada por los tres cuartos de los municipales en ejercicio, debiendo someterse estos acuerdos a la aprobacion del Senado i de la Asamblea de Contribuyentes. Si no se cumplen estas formalidades, el acto es nulo absolutamente, porque en derecho público solamente puede hacerse aquello que manda la lei i en la forma que ella dispone. Por otra parte, el art. 104 de la lei de Municipalidades hace civil i criminalmente responsable a los funcionarios municipales que no cumplan con las disposiciones legales respectivas.

101.

⁴⁰ Leves Promulgadas en Chile, Anguita, tomo II, páj. 317. Las siguientes son iguales a ésta: lei 1857, tomo II, páj. 48; 1906; tomo IV, páj. 99.

La Beneficencia es una corporacion de derecho público, ya que se costea con fondos del Erario Nacional. Segun el art. 12 del decreto de 27 de Enero de 1886 que organizó los servicios de beneficencia, para hipotecar estos bienes se requiere que concurren al acuerdo los dos tercios de los miembros de la Junta i que se obtenga ademas la aprobacion del Presidente de la República.

102.

¿El Director Jeneral de los Ferrocarriles del Estado podría hipotecar por sí solo los bienes de la Empresa, habida consideracion a que la lei sobre la materia dió personalidad jurídica a la Empresa? En nuestro concepto la negativa es evidente, de modo que para ello necesitaría de la autorizacion lejislativa. Es cierto que segun el art. 4.º de la lei de Reorganizacion de Ferrocarriles de 20 de Enero de 1914, los Ferrocarriles constituyen una rama especial de la Administracion Pública con personalidad jurídica propia; pero no por esto han perdido el carácter de empresa fiscal. No pueden equipararse en absoluto los Ferrocarriles del Estado a una persona jurídica de derecho privado, porque ellos continúan formando parte de la Administracion Pública. Al concederles el lejislador personería jurídica, los habilitó para ejercer derechos i contraer obligaciones; pero una i otra cosa deben hacerla en conformidad a las leyes respectivas, ya que continúan formando parte de la Administracion Pública. El Director de Ferrocarriles, que representa judicial i extrajudicialmente a la Empresa, continúa, siendo empleado público, por cuya razon no puede ejercitar otros actos que aquellos para los cuales está autorizado, sin que pueda salirse de la órbita de sus atribuciones. Como la lei no establece en ninguna de sus disposiciones que el Director de Ferrocarriles pueda hipotecar los bienes de la Empresa, es claro que no puede hacerlo, porque en derecho público sólo puede ejecutarse lo que la lei permite.

Por otra parte, puede sostenerse que la entidad jurídica denominada Empresa de los Ferrocarriles no es dueña de dichos bienes; ella está encargada únicamente de administrarlos i es para esta administracion que ella goza de personalidad jurídica. Ahora bien, como ya se ha dicho varias veces, entre las facultades administrativas no está comprendida la facultad de hipotecar.

103.

¿El poseedor provisorio de los bienes del desaparecido puede gravar con hipotecas los bienes que están a su cargo? Segun el art. 88 del C. C. los bienes raíces del desaparecido, solamente pueden hipotecarse durante el estado de posesion provisoria, en caso de necesidad o utilidad evidente declarada por el juez con conocimiento de causa i con audiencia del defensor.

Si no se cumplen estas solemnidades ¿de qué nulidad adoleceria el contrato hipotecarlo? Las formalidades exigidas por la lei para la hipotecacion de los bienes del desaparecido no dicen relacion con la naturaleza del acto sino que ellas se prescriben tomando en cuenta el estado de la persona dueña de dichas propiedades. Por esta razon, de acuerdo con el artículo 1682 del C. C., la omision de esas solemnidades produce nulidad relativa.

104.

El poseedor definitivo de los bienes del desaparecido es considerado como dueño de ellos, por lo cual puede hipotecarlos libremente, segun lo dispone el inc. 2.º del art. 90 del C. C. Si el ausente reapareciera i se pidiera la rescision del decreto de posesion definitiva, los bienes se recobrarán en el estado en que se encuentren i subsistirán las hipotecas constituidas legalmente en ellos.

105.

El heredero adquiere el dominio de los bienes comprendidos en la sucesion en el momento de la delacion de la herencia. Sin embargo, el heredero no puede hipotecar los bienes que se le adjudiquen en la particion sino despues de efectuar las inscripciones a que se refiere el art. 688 del C. C. No nos ocuparemos de esa materia, porque ella no forma parte de nuestro estudio.

PARTE II. SOLEMNIDADES DEL CONTRATO DE HIPOTECA

106.

En el derecho romano la hipoteca convencional era un contrato consensual, porque no necesitaba de ninguna solemnidad para perfeccionarse. Los terceros tampoco tenían ningun medio para cerciorarse de la existencia de este gravámen.

Estos mismos principios fueron los que inspiraron mas tarde a la lejislacion española, i es así como en Las Partidas se establece que basta el consentimiento de las partes para constituir el derecho de hipoteca (⁴¹). Segun la lei XXXI, el otorgamiento de escritura pública o el hecho de constituirse la hipoteca en presencia de dos o tres testigos no eran requisitos indispensables para la validez de la hipoteca sino que servían para graduar la preferencia entre los diversos acreedores hipotecarios. Imperaba, en consecuencia, el sistema de clandestinidad mas absoluta. Con el objeto de evitar los gravísimos perjuicios que se derivaban de esta situacion, los monarcas españoles tomaron toda clase de medidas, pero necesitaron vencer muchos obstáculos i dificultades para que sus órdenes fueran obedecidas. La Pragmática de 31 de Enero de 1768, que no hizo sino confirmar otras disposiciones análogas que se hablan dictado con anterioridad, estableció el sistema de la publicidad de las hipotecas. En efecto, ella dispuso que toda hipoteca necesitaba para su validez la inscripcion en el Registro de Hipotecas que se creó con este objeto. Sin el requisito de la inscripcion la hipoteca «no debía hacer fé ni perjudicar a tercero» (⁴²). Solamente podían inscribirse en los Registros documentos públicos, por cuya razon el contrato hipotecario necesitaba tambien de este requisito para su perfeccionamiento.

Estas disposiciones legales continuaron rijiendo en Chile despues de proclamada nuestra independenciam. Sin embargo, los Tribunales de justicia, por razones que no es del caso recordar, no aplicaron estos preceptos en la forma en que debían haberlo hecho i siguieron aplicando la lejislacion de las Partidas, que como se comprende, habla sido derogada en esta parte por la Pragmática a que nos hemos referido.

⁴¹ Lei I i VI del Título III. Partida V.

⁴² Goyena. Concordancias, páj. 188.

A evitar esta situación tendió la ley de 31 de Octubre de 1845 que se debe en gran parte a don Andrés Bello (⁴³) i que dispuso en su art. 15 que: «La hipoteca especial no valdrá, si no fuere otorgada por escritura pública i registrada en la correspondiente oficina, dentro del término legal». La ley de prelación de créditos de 25 de Octubre de 1854, dictada con el objeto de subsanar los inconvenientes a que había dado origen la ley de 1845, dispuso en su art. 15 que: «la fecha de la hipoteca especial será la del día en que se hubiere efectuado el registro en la Oficina de hipotecas; i quedar abolidas las leyes que fijan un término perentorio para dicha inscripción o registro, contado desde la fecha de su otorgamiento».

Antes de seguir adelante en esta materia, es necesario observar que tanto en la legislación española posterior a la Pragmática de 1768 como en las leyes patrias de 1845 i 1854 se exigían la escritura pública i la inscripción como requisitos indispensables del contrato de hipoteca.

Vino en seguida el Código Civil que en sus artículos 2409 i 2410, establece las formalidades que deben observarse en el contrato hipotecario.

107.

El art. 2409 del C. C. dice: «*La hipoteca deberá otorgarse Por escritura pública. Podrá ser una misma la escritura pública de la hipoteca i la del contrato a que accede*». El art. 2410 del mismo Código agrega: «*La hipoteca deberá además ser inscrita en el Registro Conservatorio; sin este requisito no tendrá valor alguno; ni se contará su fecha sino desde la inscripción*».

De estos dos preceptos legales se desprende que la hipoteca es un contrato solemne que necesita escritura pública e inscripción para perfeccionarse. Se ha afirmado sin embargo, que en nuestra legislación la inscripción no es una, solemnidad de la hipoteca sino un medio de publicidad, destinado a dar a conocer a los terceros la existencia de aquélla. Entre las partes, se dice, el contrato produce todos sus efectos i da nacimiento al derecho real de hipoteca; pero, sin inscripción, ese derecho no puede hacerse valer respecto de terceros.

Las consecuencias que se derivan de la doctrina que combatimos son muy importantes. En primer lugar, el derecho del constituyente sobre la propiedad estaría sometido a las restricciones consiguientes a la hipoteca. Por otra parte, en caso de fallecimiento del constituyente dejando varios herederos, el acreedor hipotecario no necesitaría dirigirse en contra de todos ellos sino exclusivamente en contra del heredero a quien le hubiera correspondido el inmueble hipotecado, porque produciendo efecto la hipoteca contra las partes sin necesidad de inscripción, es claro que también debe producirlos respecto de los herederos que representan a su antecesor.

Como ya lo hemos manifestado, nosotros no aceptamos esta doctrina por las razones que vamos a dar en seguida i estimamos que la inscripción no es solo un medio de publicidad sino una solemnidad del contrato hipotecario.

En primer lugar, la redacción misma del artículo 2410 da a entender que la inscripción

⁴³ Latorre. Discursos Universitarios. Tomo II, Historia de la hipoteca, por Alejo Palma, pág. 413.

es un requisito de la hipoteca, ya que dispone que *ademas* de la escritura pública necesita que se inscriba i agrega que sin este requisito no tendrá valor alguno.

Está misma idea se consagra, en todos los proyectos del Código Civil (⁴⁴).

La exigencia de la inscripcion como requisito del contrato hipotecario se encuentra perfectamente justificada en nuestra lejislacion, tomando en consideracion los principios que informan la adquisicion del dominio i de todo derecho real. El Código Civil chileno distingue entre el título i el modo de adquirir i establece que los contratos solamente dan oríjen a obligaciones i no a derechos reales: Para adquirir un derecho real de cualquier naturaleza que él sea, con escepcion de las servidumbres, se requiere la tradicion del respectivo derecho. En el mensaje con que fue presentado al Congreso el Proyecto de Código Civil se dice: «La trasferencia i trasmision del dominio, *la constitucion de todo derecho real*, exceptuadas, como he dicho, las servidumbres, exige una tradicion i la única forma de tradicion que para estos actos corresponde es la inscripcion en el Registro Conservatorio. Mientras ésta no se verifica, un contrato puede ser perfecto, puede producir obligaciones i derechos entre las partes pero no trasfiere el dominio, no trasfiere ningun derecho real, ni tiene respecto de terceros existencia alguna». Lo que se persigue al celebrar un contrato hipotecario, es conferir al acreedor un derecho real sobre la cosa para asegurarle, en esa forma, el cumplimiento de su obligacion. ¿Cuál es el medio establecido por la, lei para, adquirir todo derecho real? La inscripcion, segun se dice terminantemente en el mensaje a que hemos hecho referencia, de modo que mientras no se proceda a efectuarla, el acreedor no habrá adquirido el derecho real de hipoteca. La inscripcion no es, pues, un medio de dar a conocer a los terceros la existencia de los gravámenes hipotecarios, sino que es el modo único de adquirir el derecho real de hipoteca. En consecuencia, esta inscripcion que constituye la tradicion, del derecho, pasa a ser un elemento indispensable en el contrato mismo de hipoteca. Como segun las propias palabras del mensaje, la institucion del. Registro Conservatorio de Bienes Raices, se aproxima a lo que de tiempo atras ha existido en varios estados de Alemania es conveniente dar a conocer esa, lejislacion, para poder apreciar mejor el espíritu que informó las disposiciones que analizamos. Segun Salcilles (⁴⁵), «desde tiempos mui antiguos, se admitia en Alemania, bajo la influencia romana, que existe una línea de separacion entre la convencion por la cual una persona se compromete a ejecutar un hecho i la convencion en que se trasfiere un derecho real.» De acuerdo con estas ideas, para constituir un derecho de hipoteca se necesitaba, en la lejislacion de algunos estados de Alemania, la intervencion de un funcionario judicial i la inscripcion del acto en un registro especial: «La intervencion del juez tenia lugar de dos maneras diferentes, segun los países: o el contrato debía efectuarse delante de él inscribiéndose inmediatamente en el registro o las partes presentaban al Majistrado el contrato hecho anteriormente para que el juez lo confirmara i ordenara su inscripcion». Vemos, pues, que en la lejislacion alemana que sirvió de modelo a nuestro Código Civil, se exigia la inscripcion i la intervencion del funcionario judicial como requisitos indispensables para que la hipoteca

⁴⁴ Art. 643 del Proyecto de 1845, tomo XI, Obras de Bello. Artículo 2601 del Proyecto de 1853. tomo XII, Obras de Bello. Artículo 2601 del Proyecto Inédito tomo XIII, Obras de Bello.

⁴⁵ Etude Sur la. Theorie Generale de L'Obligation, páj. 2, N.º 3, páj. 3. nota 1

valiera como tal no sólo respecto de los terceros sino contra las partes mismas.

Nuestro Código Civil que tomó muchas de sus disposiciones del Proyecto de Goyena no reprodujo, sin embargo, el art. 1786 que estableció que la inscripción solamente era necesaria para que la hipoteca produjera efectos respecto de terceros. En cambio, el art. 2410 del Código Civil chileno guarda una estrecha analogía con el art. 1875 del Código español que dispone que «además de los requisitos exigidos en el art. 1857 es indispensable, para que la hipoteca quede válidamente constituida, que el documento en que se constituya sea inscrito en el Registro de Propiedad». Todos los comentaristas (⁴⁶) españoles están de acuerdo en sostener que la inscripción es un requisito necesario, de modo que tomando en cuenta la semejanza notable que existe entre este precepto y la disposición que comentamos, habría bastante fundamento para ver en el Código español el antecedente del art. 2410 del C. C.

Si se estudia, la legislación anterior al Código Civil, tendremos que llegar al mismo resultado, es decir; habrá que admitir que la inscripción es un elemento indispensable del contrato de hipoteca. Basta leer el art. 15 de la ley de 31 de Octubre de 1845 y el art. 15 de la ley de 25 de Octubre de 1854 para convencerse de ello. La Pragmática de 1768 «impuso como obligatoria, según dice Manresa, la inscripción de todo título en que resultara impuesta hipoteca, censo, tributo o prestación real y por ella se prohibió a los Tribunales admitir o dar valor a los títulos no inscritos.»

Por todas estas razones estimamos que en nuestro derecho no puede sostenerse que la inscripción sólo sea un medio de publicidad sino que ella es uno de los requisitos esenciales del contrato hipotecario. Los Tribunales de justicia han aplicado uniformemente en esta forma el precepto del art. 2410 del C. C. (⁴⁷).

108.

La falta de cualquiera de estas solemnidades hace que el contrato hipotecario sea nulo absolutamente, puesto que esos requisitos se establecen en consideración a su naturaleza. Aun más, puede decirse que mientras no se haga la inscripción el acto no existe ante la ley y debe ser considerado en la misma forma que un contrato de compraventa de inmuebles que no ha sido otorgado en escritura pública. El legislador no ha establecido ningún plazo dentro del cual debe procederse a la inscripción, de modo que la hipoteca no tendrá valor jurídico sino desde el momento de la inscripción.

109.

No todas las legislaciones contienen preceptos análogos a la nuestra. El Código Civil francés requiere únicamente para la validez de la hipoteca que ella se constituya en documento público. La inscripción sirve para dar a conocer a los terceros la existencia de este gravámen, por cuya razón, es sólo un medio de publicidad. La hipoteca desde que se otorga en escritura pública produce todos sus efectos entre los contratantes (⁴⁸). Los mismos principios se consagran en el Código Civil italiano (⁴⁹). Algunos juristas

⁴⁶ R. Pozo; *Código Civil*, páj. 871, tomo II. Galindo y Escosura, *Lejisl. Hip.*: tomo III, páj. 373. Manresa, *Código Civil*; tomo 12, páj. 488.

⁴⁷ R. D., J. Año 1914. *Sea*. II, páj. 75; *Gac.* 1888, S. 3063, páj. 1058; *Gac.* 1889, S. 3203, páj. 521.

chilenos han querido interpretar nuestro Código Civil de acuerdo con la lejislacion francesa i han considerado que la hipoteca produce efectos entre las partes desde su otorgamiento en escritura pública. Aun cuando ya hemos dado las razones que existen para rechazar esta doctrina, es conveniente hacerse cargo de esta observacion para explicar el motivo por el cual no pueden equipararse ámbas lejislaciones. En el Código frances, la hipoteca produce efectos entre las partes desde que se otorga en escritura pública, porque en aquella lejislacion los contratos no son únicamente jeneradores de obligaciones sino que dan orijen a derechos reales. No sucede lo mismo en la lejislacion chilena, en donde, como ya lo hemos manifestado, los derechos reales sobre inmuebles sólo pueden adquirirse por medio de la tradicion o inscripcion en el Conservador de Bienes Raices.

110.

En el Código aleman se hace una separacion mui, marcada entre los actos jeneradores de obligaciones i los actos constitutivos o traslaticios de derechos reales. Para constituir o trasferir un derecho real no basta la convencion de las partes; se necesita ademas, que las partes consientan en la constitucion o trasferencia del derecho ante un funcionario especial i que se haga la inscripcion que corresponda en registros especiales llevados con este objeto. (Art. 873 del Código aleman). Bajo este respecto, puede decirse, que nuestra lejislacion presenta mucha semejanza con la lejislacion alemana; pero se diferencia sustancialmente de ella en el valor que se da en una i otra lejislacion a la inscripcion. Para el lejislador aleman la inscripcion en los rejistros hace plena i absoluta fé respecto de terceros, de modo que el acreedor que adquiere un derecho de hipoteca está seguro de que no puede ser privado de él (art. 892). Aun mas, los cesionarios de los créditos hipotecarios en ningun caso pueden perder las hipotecas que se les han trasferido, aun cuando se declare despues la nulidad de la obligacion principal (art. 1138).

111.

El Código Civil español en su art. 1875, exige la inscripcion como una solemnidad indispensable del contrato de hipoteca i la lei hipotecaria de 16 de Diciembre de 1909 (⁵⁰) , en su art. 146 dispone que para que las hipotecas voluntarias queden válidamente establecidas, se requiere que se hayan constituido en escritura pública i que la escritura se haya inscrito en el Registro de Propiedad.

112.

Ahora nos vamos a ocupar separadamente de cada uno de los requisitos necesarios para la validez del contrato hipotecario. Empezaremos por la exigencia de la escritura pública.

⁴⁸ Baudry-Lacantinerie. Droit Civil. Tomo 26, páj. 568, N.º 1438; Planiol. Droit Civil. Tomo 2, páj. 925, N.º 2981; Aubry et Rau. Droit Civil. Tome 3, páj. 482, § 267.

⁴⁹ Ricci. Derecho Civil. Tomo 20, páj. 91, N.º 68.

⁵⁰ *Novísima Lejislacion Hipotecaria*, por José Zaragoza i Gujjarro.

1.º *Requisito*: El legislador chileno ha creído conveniente sujetar a la solemnidad del instrumento público a toda mutación de propiedad i a toda constitución de derechos reales sobre inmuebles (⁵¹), con el objeto de dar más estabilidad a esos actos, evitando, en esta forma, toda discusión sobre la autenticidad de ellos.

113.

Como ya lo hemos manifestado en otra parte, el contrato hipotecario forma un contrato distinto i separado de la obligación a que sirve de garantía. El art. 2409 del C. C. solamente exige la escritura pública para el contrato de hipoteca; pero no para el contrato principal (⁵²). Naturalmente que, como dispone el inc. 2.º de la disposición legal citada, podrá ser una misma la escritura pública de la hipoteca i la del contrato a que accede.

114.

Para el Código Civil chileno la hipoteca es contractual, es decir, ella tiene su origen en una convención o en un contrato. Aun cuando la ley no dice esto en una forma categórica se deduce del contexto de sus disposiciones. La misma colocación de los artículos relativos a la hipoteca lo deja entender así. Por otra parte, el art. 2411 del C. C. se refiere expresamente a los contratos hipotecarios celebrados en país extranjero, de modo que claramente se ve el espíritu de nuestro legislador. En los proyectos primitivos de Código, la hipoteca especial aparece siempre con este carácter (⁵³). El art. 1791 del Proyecto de Goyena dispone que la hipoteca voluntaria se constituye por testamento o en contrato. Disposiciones análogas encontramos en el Código francés i en el Código español que sirvieron de modelos al nuestro. De todo lo espuesto resulta que la colocación de los artículos relativos a la hipoteca i los antecedentes que se tuvieron en vista al dictar esas disposiciones hacen llegar a la conclusión de que, en nuestro derecho, la hipoteca solamente puede constituirse en virtud de un contrato. Jurisconsultos distinguidos, como don Luis Barros (⁵⁴), i don Clemente Fabres (⁵⁵), han considerado la cuestión en la misma forma. I por último la Excm. Corte Suprema ha sentado la misma doctrina en el considerando siguiente:

«7.º Que, como por otra parte, en el pleito no se ha desconocido a la existencia i el valor « legal del convenio no puede sostenerse que falte al contrato de hipoteca el concurso real « de la voluntad del deudor i de los acreedores»»(⁵⁶).

Siendo la hipoteca un contrato, es evidente que debe formarse por el concurso real de dos voluntades. Ahora bien, como según el art. 2409 del C. C. la hipoteca debe otorgarse

⁵¹ Mensaje con que fue presentado al Congreso el Proyecto de Código Civil.

⁵² Gac. 1875. S. 2034, páj. 919.

⁵³ Art. 635 del Proy. Del año 41. Bello. Tomo XII, P. 585. Art. 2573 del Proy. del año 53. Bello. Tomo XII, P. 608.

⁵⁴ La Caía de Crédito Hipotecario; tomo I, páj. 95.

⁵⁵ *Derecho Civil Chileno*; tomo I, páj. 234, N.º 378.

⁵⁶ *R. D. J. 1910. Sec. I, páj. 481.*

en escritura pública, es necesario llegar a la conclusion de que para constituir una hipoteca se requiere que el acreedor i el deudor concurren al otorgamiento de la escritura. Cuando el lejislador establece formalidades especiales para un acto cualquiera en atencion a su naturaleza, se considera que no hai consentimiento de las partes si no se manifiesta en la forma legal. La hipoteca, como todo contrato se forma por el consentimiento de ambas partes: el deudor constituye el gravámen i el acreedor, acepta. Ese mutuo consentimiento no revestirá la forma de una convencion sino desde el momento en que se reduzca a escritura pública, porque que así sucedeen todos los contratos solemnes. Por este motivo, estimamos que la aceptacion del acreedor debe tambien constar en escritura pública. Como consecuencia de esta se desprende que los contratos en que una persona se reconoce deudora de cierta suma para cuya seguridad se constituye una hipoteca, sin que el acreedor manifieste su aceptacion en la misma escritura pública, carece de todo valor i eficacia en nuestro derecho. La Corte Suprema en la sentencia a que hemos hecho referencia, aceptó esta doctrina en los siguientes considerandos:

7.º « Que, como por otra parte, en el pleito no se ha desconocido la existencia i valor « legal del convenio, no puede sostenerse que falte al contrato de hipotecas el concurso real « de las voluntades del deudor i de los acreedores. 8.º « Que el convenio se redujo a escritura pública, por acto separado i con posterioridad « a los contratos que garantiza con tercera hipoteca, i en el otorgamiento de esa escritura se « ha cumplido con lo ordenado en los arts. 2409, 2410 i 2413 del C. C.; 9.º « Que por consiguiente la sentencia reclamada da valor a esa escritura pública que « relaciona por referencia del convenio de 1.º de Diciembre de 1899, un acto en el cual « consintieron personas capaces para causa lícita en un objeto tambien lícito; i lo ha « interpretado con arreglo a lo establecido en el Título 13 del Libro 4.º del C. C. (⁵⁷).

Las opiniones de los autores están mui divididas en esta materia. Delvincourt (⁵⁸), Laurent (⁵⁹), i Ricci (⁶⁰), e pronuncian en el mismo sentido que nosotros: Baudry-Lacantinerie (⁶¹), Aubry et Rau (⁶²) i Pont (⁶³), sostienen la doctrina contraria.

En nuestra lejislacion, la cuestion no puede discutirse, porque el artículo 1701 del C. C., que no existe en las lejislaciones a que hemos hecho referencia dispone que «la falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos i contratos en que

⁵⁷ R. D. J. Año. 1910, tomo 1, páj. 480.

⁵⁸ Tomo III, páj. 300, nota 4.

⁵⁹ Tomo 30, páj. 383, N.º 432 i sigs.

⁶⁰ Tomo 20, páj. 81, N.º 58.

⁶¹ Tomo 26, páj. 541, N.º 1416.

⁶² Toma 3, páj. 464, § 266.

⁶³ Tomo II, páj. 54, N.º 659.

la lei requiere esa solemnidad i se mirarán como no ejecutados o celebrados aun cuando en ellos se prometa reducirlos a instrumento público dentro de cierto plazo bajo una cláusula, penal: esta cláusula no tendrá efecto alguno».

115.

Ya en otra parte hemos manifestado que la hipoteca puede constituirse por mandatario i que para poder hipotecar es necesario un poder especial. Nos ocuparemos ahora de la forma en que debe darse este mandato. ¿Debe otorgarse en escritura pública o basta la escritura privada? En nuestra opinion, la primera doctrina debe aceptarse por las razones siguientes. La lei ha establecido que el consentimiento de los contratantes se preste en instrumento público, de modo que el mandato debe tambien otorgarse en esa forma, porque en él consta el consentimiento de una de las partes. Si el mandato no consta en escritura pública el consentimiento de uno de los contratantes no se ha manifestado en la forma prescrita por la lei, por cuya razon el contrato de hipoteca, que es solemne, adoleceria de nulidad absoluta. No puede objetarse en contra de esta opinion el hecho de que segun el art. 2123 del C . C., pueda otorgarse el mandato en cualquiera forma porque ese mismo precepto establece que hai casos de escepcion, i éste seria uno de ellos, en que no se admite la escritura privada cuando las leyes requieren un instrumento público. Esta doctrina ha sido consagrada por la Excma. Corte Suprema en fallos recientes (⁶⁴) i se encuentra. prestigiada por la opinion de la gran mayoría de los jurisconsultos (⁶⁵).

116.

¿La mujer casada, debe firmar la escritura pública, en que se hipoteque un bien raiz que le pertenece? Los bienes raíces de la mujer casada pueden hipotecarse de dos maneras: 1.º por ella misma, cumpliendo con las formalidades prescritas por la lei, i 2.º por el marido, siempre que lo haga en forma legal. Examinemos cada uno de estos casos.

Si es la mujer la que celebra el contrato hipotecario, es evidente que ella debe concurrir al otorgamiento de la escritura pública, porque es ella la que consiente en el acto o contrato. La autorizacion del marido es solamente un requisito indispensable para hacerla completamente capaz. ¿Es necesario que la autorizacion del marido se dé en escritura pública? No vacilamos en pronunciarnos por la negativa, fundándonos en lo dispuesto en los arts. 137 i 138 del C. C. El art. 137 dispone que la mujer no puede hipotecar sin autorizacion del marido i el art. 138 agrega que la autorizacion del marido deberá ser otorgada por, escrito o interviniendo él mismo espresa i directamente en el acto. Como se ve, el art. 138 no hace ninguna distincion i establece que basta la autorizacion escrita del marido para que la mujer pueda celebrar cualquiera de los actos a que se refiere el art. 137 (⁶⁶). Naturalmente que en la práctica es mas conveniente hacer

⁶⁴ Gac. 1908, S. 488, páj. 820; Gac. 1889, S. 2680, páj. 181; Gac. 1892, S. 3316, páj. 101; 1874, S. 3207, páj. 1539. Sentencia de 13 de Abril de 1917 suscrita por los señores Varas, Gaete, Fóster, Castillo, Benavente, Silva, Zenteno i Rojas recaída en el juicio de Pascuala Pinto Aguilera con Compañía Salitrera Alemana i publicada en extracto en La Nacion del 2 de mayo del mismo año.

⁶⁵ Planiol; tomo 2, páj. 863, N.º 2776 Baudry-Lacantinerie; tomo 26, páj. 537, N.º 1413. Laurent: Tomo 30, páj. 417, N.º 446. Pont; tomo II. páj. 53, N.º 657. Aubry et Rau; tomo 3, páj. 462, § 266.

que el marido intervenga en el contrato para evitar que mas tarde pueda desconocerse la autenticidad del documento en que consta la autorizacion del marido.

En el segundo caso contemplado, es decir, cuando los bienes de la mujer se hipotecan por el marido en su calidad de representante legal de aquélla, la situacion es diversa i creemos que tanto el marido como la mujer, deben concurrir al otorgamiento de la escritura pública.

El marido es el representante legal de la mujer i en ese carácter es el administrador de sus bienes; pero entre las facultades administrativas no va comprendida la de enajenar ni la de hipotecar. El art. 1754 le ha concedido esa facultad al marido, siempre que cumpla con las formalidades que ahí se prescriben i entre ellas se necesita que la mujer consienta en la enajenacion o gravámen. El marido no puede por sí solo hipotecar los bienes de la mujer; la lei exige que la mujer dé su consentimiento, porque es ella la dueña de esos bienes. Ahora bien, como la hipoteca es un contrato solemne, el consentimiento de las partes debe presentarse en la forma prescrita por la lei; de manera que el consentimiento de la mujer que se necesita en la hipotecacion de sus inmuebles debe tambien darse en forma solemne. El consentimiento del constituyente no existe sino desde el instante mismo en que la mujer autoriza la hipotecacion de sus bienes. Los Tribunales han resuelto esta cuestion en diversas formas (⁶⁷).

117.

¿Qué indicaciones debe contener la escritura pública en que se constituye la hipoteca? Nada dicen sobre el particular los arts. 2409 i 2410 del C. C.. El precepto del art. 2432 del C. C., determina las indicaciones que debe contener la inscripcion hipotecaria, pero nada dispone con respecto al título en que se constituye la hipoteca. Como la inscripcion hipotecaria no puede efectuare sino exhibiendo al Conservador copia auténtica del título respectivo i segun el art. 2433 del C. C., la inscripcion en que no se han hecho las designaciones previstas en la, lei, es nula cuando por medio de ella o del contrato citado en ella no pueda venirse en conocimiento de lo que en la inscripcion se eche de menos, es claro que en la, escritura pública de hipoteca deben espresarse esas indicaciones. Por otra parte, el art. 82 del Reglamento del Conservador, que tiene fuerza de lei, confirma nuestra opinion, porque en él se prescribe que la falta absoluta en los títulos de algunas de las designaciones legales sólo podría llenarse por medio de escritura pública.

El título i la inscripcion se completan mutuamente, ya que las indicaciones que no aparecen en aquél, se suplen con las indicaciones de la inscripcion, siempre que estas últimas se hagan de acuerdo con el citado art. 82 del Reglamento i las indicaciones de la inscripcion se suplen con las del contrato o contratos que se citan en ella, siempre que

⁶⁶ Luis Claro, *Derecho Civil Chileno*: páj. 103, N.º 913.

⁶⁷ Las sent. que aparecen en las Gacetas: A. 1876, S. 1762, páj. 903; A. 1877, S. 1580, páj. 805; A. 1879, S. 629, páj. 423, se pronuncian en el mismo sentido que nosotros. Sostienen la doctrina contraria: Gac. A. 1883, S. 1047, páj. 557; A. 1882, S. 1283, páj. 745. R. D. J. A. 1904, tomo. I, Sec. I, páj. 286. La Excm. Corte Suprema no se ha pronunciado sobre el particular aun cuando de las sentencias de R. D. J. Año 1904, T. I., Páj. 286 i R. D. J. A. XVI, N.º 5 i 6 de 1917, P. 250 podria deducirse que en su concepto, el art. 1754 solo exige el consentimiento verbal de la mujer.

por ellos pueda conocerse lo que en la inscripcion se eche de ménos.

En consecuencia, en la escritura pública de hipoteca, deben hacerse las siguientes indicaciones:

1.º El nombre, apellido i domicilio del acreedor i su profesion, si tuviere alguna, i las mismas designaciones relativamente al deudor i a sus representantes;

2.º La obligacion u obligaciones a que accede la hipoteca;

3.º La situacion de la finca hipotecada i sus linderos. Si la finca hipotecada fuera rural, se espresará el departamento, subdelegacion i distrito a que pertenezca i si perteneciere a varios, todos ellos. Si fuere urbana, la ciudad, villa o aldea, i la calle en que estuviere situada; i

4.º La suma determinada a que se estienda la hipoteca cuando las partes inequívocamente han limitada la hipoteca a una cantidad determinada.

Como ya lo hemos dicho, la omision de alguna de estas indicaciones en el título constitutivo de la hipoteca, no produce la nulidad del gravámen hipotecario si ellas aparecen en la inscripcion respectiva.

Para suplir en la inscripcion las deficiencias del título, es necesario proceder de acuerdo con el art. 82 del Reglamento.

118.

El art. 3.º de la lei sobre hipoteca naval, establece que «en la escritura pública de la hipoteca de la nave, se expresará el nombre de ésta, la matrícula a que pertenezca i el número que en ella le haya correspondido i su tonelaje de registro. Si se hipoteca una nave en construccion, se expresará en la escritura el largo de la quilla i aproximadamente sus otras dimensiones i su tonelaje presumido, se indicará tambien el astillero en que se construye la nave, la fecha en que se inició la construccion i aquella en que se espera terminarla, i el nombre de la nave si ya lo tuviere».

119.

En cuanto a *los contratos hipotecarios celebrados en pais extranjero*, segun el art. 2411 de C. C., *darán hipoteca sobre bienes situados en Chile, con tal que se inscriban en el competente Registro.*

Este precepto legal es la aplicacion a la hipoteca de los arts. 15 i 17 del C. C. La forma del título en que se constituye el gravámen hipotecario se rige por la lei del pais en que ha sido otorgada, pero como los bienes situados en Chile están sujetos a las leyes chilenas, es necesario para constituir una hipoteca, que el contrato respectivo se inscriba en el Conservador, porque en nuestro derecho los inmuebles no quedan

Afectados hipotecariamente al pago de una obligación sin la exigencia de la inscripcion.

Para que el Conservador de Bienes Raices proceda a inscribir un contrato hipotecario celebrado en país extranjero se requiere, segun el art. 63 del Reglamento del Registro Conservatorio, que el juez del departamento en que está situado el inmueble, ordene su inscripcion despues de haber calificado la legalidad de su forma i su

autenticidad, conforme a lo dispuesto en los arts. 16, 17 i 18 del C. C.

I el art. 64 agrega que: «no obstante lo prevenido en el artículo anterior, para los efectos de la inscripcion el Conservador reputará legales e inscribirá los instrumentos otorgados en pais extranjero i auténticas las copias, si hubiesen pasado aquellos i se hubieran éstas dado con el sello de la Legacion o Consulado, por un Ministro Plenipotenciario, un Encargado de negocios, un Secretario de Legacion o un Cónsul de Chile, con tal que estos dos últimos tengan título espedido por el Presidente de la República i que el Ministro de Relaciones Exteriores haya abonado la firma del autorizante».

Debe tenerse presente que el contrato hipotecario celebrado en pais extranjero que no conste en documento público, carece de todo valor probatorio en Chile, aunque segun la lejislacion del pais en que aquel haya sido otorgado no exija este requisito. Así lo dispone el art. 18 del C. C., que establece que: «En los casos en que las leyes chilenas exijieran instrumentos públicos para pruebas que han de rendirse i producir efectos en Chile, no valdrán las escrituras privadas cualquiera que sea la fuerza de éstas en el pais en que hubieren sido otorgadas». Como la lei chilena exige escritura pública para la validez de la hipoteca, es claro que el contrato hipotecario celebrado en pais extranjero i que ha sido otorgado en escritura privada no tiene ningun valor en Chile, cualquiera que sea la fuerza que le atribuyan las leyes del pais en que ha sido otorgado. Por este motivo, cuando este contrato sea presentado al juez para que ordene su inscripcion en el Conservador de Bienes Raíces, segun el art. 63 del Reglamento ya citado, ese funcionario no la autorizará por constar en un documento al cual la lei chilena no le atribuye ningun valor.

120.

2.º *Requisito*: Elsegundo requisito necesario para que exista la hipoteca, es la inscripcion de la escritura pública en que ella se constituye en el Conservador de Bienes Raíces respectivo.

En los primeros tiempos del derecho no se conocia ningun medio para poner a la vista del público la existencia de los gravámenes hipotecarios. En Grecia, sin embargo, se colocaban con ese objeto en los mismos inmuebles señales especiales que recibian el nombre de «opot». De este vocablo proviene la palabra hipoteca.

En Roma imperó siempre el sistema de las hipotecas ocultas, pero no pudieron apreciarse los inconvenientes de ese sistema, porque en aquellas sociedades no se sentia la necesidad del crédito en la misma forma en que se siente hoi día.

El desarrollo del comercio i de las industrias hicieron ver la necesidad de poner a la vista de todos, la existencia de los gravámenes hipotecarios, con el objeto de que los terceros pudieran conocer el verdadero estado de la propiedad territorial. Apareció, entonces, el principio de hacer públicas las hipotecas por medio, de inscripciones en registros especiales.

Felipe II, en el año de 1558, mandó abrir en cada ciudad, villa o aldea, un registro especial con el objeto de que, dentro de los seis dias siguiente a su otorgamiento, se inscribiesen en él todos los contratos de censo, tributos e hipotecas.

Los monarcas españoles tuvieron que dictar reiteradas disposiciones para hacer observar esos preceptos. La última Pragmática que se dictó en esta materia, fué la de 5 de Febrero de 1768, dictada por Cárlos III, i que remedió los inconvenientes que se habian presentado en la práctica durante la vijencia de las disposiciones anteriores.

Esos preceptos tambien rijieron en Chile i en su implantacion se tropezó con las mismas dificultades que se presentaron en España. Los Tribunales de justicia consideraron que las Partidas no hablan sido derogadas, de modo que continuaran dando valor a las hipotecas no inscritas. Para evitar esos inconvenientes se dictaron las leyes de 1845 i 1854, que consagraron definitivamente entre nosotros el réjimen de la publicidad de las hipotecas i a las cuales nos hemos referido en otros capítulos.

La publicidad de los gravámenes hipotecarios, que constituye una de las bases fundamentales sobre las cuales descansa la institucion de que nos ocupamos, ha contribuido poderosamente al desarrollo del crédito i de la libre circulacion de los bienes. Sin embargo, el sistema adoptado por nuestra lejislacion está mui léjos de dar al acreedor las garantías que se le conceden en la lejislacion alemana. El Código Civil aleman ha atribuido tales efectos a la inscripcion que el acreedor que adquiere un derecho de hipoteca no puede ser privado de él por ningun motivo. Esto no sucede entre nosotros, porque el Código Civil chileno no ha establecido que la inscripcion haga plena i absoluta fe respecto de terceros. Para el lejislador chileno, la inscripcion conservatoria solo tiene el carácter de una simple tradicion, por cuya razon la posesion conferida por ella deja subsistentes, como dice el mensaje, los derechos del verdadero propietario que solamente podrán estinguirse por, la prescripcion competente.

121.

En nuestra, lejislacion, el acreedor no adquiere el derecho de hipoteca, sino desde el momento de la inscripcion en el Conservador de Bienes Raíces. El contrato hipotecario se perfecciona por medio de la tradicion del derecho de hipoteca, es decir, por la inscripcion en el Registro Conservatorio i es por esa circunstancia que hemos dicho que la inscripcion es uno de los requisitos esenciales del contrato hipotecario. En el N.º 107 nos hemos ocupado de esta materia.

El art. 2432 del C. C., establece las indicaciones que debe contener la inscripcion hipotecaria, i ellas son las siguientes:

1.º EL nombre, apellido i domicilio del acreedor i su profesion, si tuviere alguna y las mismas designaciones relativamente al deudor i a los que como apoderados o representantes legales del uno o del otro, requieran la inscripcion. Las personas jurídicas serán designadas por su denominacion legal o popular, i por el lugar de su establecimiento i se estenderá a sus personeros lo que se dice de los apoderados o representantes legales en el inciso anterior; 2.º La fecha i la naturaleza del contrato a que accede la hipoteca o el archivo en que se encuentra. Si la hipoteca se ha constituido por acto separado, se espresará tambien la fecha de este acto i el archivo en que exista. 3.º La situacion de la finca hipotecada i sus linderos. Si la finca hipotecada fuere rural, se espresará el departamento, subdelegacion i distrito a que pertenezca i si pertenece a varios todos ellos. Si fuere urbana, la ciudad, villa o aldea i la calle en que estuviere situada, , 4.º La suma determinada a que se estienda la hipoteca en el caso del

artículo precedente; 5.º La fecha de la inscripcion i la firma del Conservador.

El art. 2433 agrega: *La inscripcion no se anulará por la falta de algunas de las designaciones prevenidas bajo los núms. 1, 2, 3 i 4 del precedente artículo, siempre que por medio de ella o del contrato o contratos citados en ella, pueda venirse en conocimiento de lo que en la inscripcion se eche de ménos».*

122.

De las disposiciones transcritas resulta que la única indicacion que no puede faltar en la inscripcion es la relativa a la fecha i a la firma del Conservador. La omision de esa indicacion produce, a nuestro juicio, la nulidad del gravámen hipotecario, porque es un requisito que la lei exige en atencion a la naturaleza del acto. Asílo han resuelto los Tribunales de justicia (⁶⁸).

123. Las otras indicaciones que se enumeran en el art. 2432 del C. C., pueden omitirse en la inscripcion hipotecaria; pero para que valga la hipoteca, en ese caso, se requiere que por medio de la inscripcion o del contrato o contratos citados en ella, pueda venirse en conocimiento de lo que en la inscripcion se eche de ménos. Los Tribunales podrán apreciar con entera libertad si se han cumplido o no con las exigencias de estos artículos. Sin duda alguna que ésto constituye un grave defecto de nuestra lejislacion hipotecaria, porque deja entregada al criterio del Tribunal que conoce del asunto la existencia misma del contrato de hipoteca. Los Tribunales de justicia han desconocido, algunas veces, la eficacia legal de contratos hipotecarios celebrados en contravencion a los arts. 2432 i 2433 del C. C. (⁶⁹). Por otra parte, al amparo de estos preceptos pueden cometerse toda clase de, abusos i reconocerse eficacia a hipotecas que contrarian los principios sobre los cuales descansa la institucion de que nos ocupamos.

124.

Para que las indicaciones que se exigen en el art. 2432 del C. C., se hagan constar en la inscripcion hipotecaria, se requiere que aparezcan en el título en que se constituye la hipoteca o que subsane su omision por medio de otra escritura pública, segun lo prescrito en el art. 82 del Reglamento del Conservador.

LA ESPECIALIDAD DE LA HIPOTECA

125.

En. el precepto que analizamos se consagra el principio de la especialidad de la hipoteca que constituye una de las bases fundamentales sobre las cuales descansa el réjimen hipotecario moderno.

La especialidad de la, hipoteca puede estudiarse desde dos aspectos diversos: 1.º con relacion ala finca hipotecada; i 2.º con relacion a la obligacion que se garantiza.

126.

a) *La especialidad de la hipoteca con relacion a la finca hipotecada.*—Laespecialidad

⁶⁸ Gac. 1880. h. 521, S. 3203.

⁶⁹ Gac. 1885. P. 1538. S. 2551.

de la hipoteca con relacion al inmueble hipotecado consiste en la determinacion precisa de la cosa o cosas sujetas dicho gravámen.

En las lejislaciones antiguas existian hipotecas que por el solo hecho de constituirse, afectaban a todos i cada uno de los bienes del deudor. Esos gravámenes, conocidos con el nombre de hipotecas jenerales, dificultaban enormemente el desarrollo del crédito, porque los terceros se resistian a aceptar, en garantía de sus créditos, bienes que anteriormente se encontraban gravados.

Por otra parte, la circulacion de los bienes se encontraba mui entrabada a consecuencia de las hipotecas jenerales.

La especialidad de la hipoteca se impuso como una necesidad tendiente a alcanzar dos objetos bien precisos 1.º resguardar el crédito del deudor; i 2.º facilitar la circulacion de los inmuebles.

El N.º 4. del art. 2432 del C. C., consagra el principio de la especialidad al exigir que en la inscripcion hipotecaria se deje constancia de la situacion i de los límites de la finca hipotecada. Nada se opone dentro de este sistema, a que se hipotequen todos i cada uno de los bienes del deudor con tal que se individualicen en la forma, exigida por la lei. Sin embargo, el art. 2433 del C. C., prescribe que esta indicacion puede omitirse en la inscripcion, siempre que por medio de ella o del contrato o contratos citados en ella pueda venirse en conocimiento de lo que se eche de ménos en la inscripcion. El Tribunal apreciará con entera libertad esta circunstancia. Como decíamos en el N.º 123, al amparo de este precepto pueden cometerse toda clase de abusos i reconocerse eficacia a hipotecas que contrarien los principios sobre lo cuales descansa la institucion de que nos ocupamos.

Así, por ejemplo, se podria dar valor a una hipoteca constituida sobre todos los bienes que una persona posea en un departamento determinado, sin especificar los límites ni la ubicacion de las fincas gravadas. Es evidente que esa hipoteca adoleceria de nulidad, porque no se individualizaria la cosa hipotecada. Sin embargo, se podria sostener que por medio de la inscripcion se puede llegar a conocer la situacion de las fincas gravadas, puesto que ellas no son otras que las ubicadas en el departamento a que se refiere la inscripcion.

En las lejislaciones extranjeras se exige en forma terminante la individualizacion del inmueble hipotecado i la omision de esa formalidad se sanciona con la nulidad del contrato hipotecario.

127. La lei sobre hipoteca naval es más precisa que el Código Civil, porque ella exige que se individualice la nave en la escritura pública de hipoteca (art. 3.º)

128.

b) *La especialidad de la hipoteca con relacion a la obligacion asegurada.*—El principio de la especialidad de la hipoteca con relacion al crédito que se garantiza tiene por objeto que se especifique en el contrato hipotecario, la naturaleza i el monto de la obligacion principal.

Las mismas consideraciones que justifican la especialidad de la hipoteca en cuanto a los bienes, justifican tambien la especialidad de la hipoteca en cuanto al crédito. Con esta

medida se trata particularmente de proteger al deudor evitando que quede sin crédito como sucederla en el caso de que hipotecara sus bienes en garantía de todos los créditos que el acreedor pudiera tener en su contra. Los terceros no aceptarían esos bienes, porque no pueden saber si alcanzarán o no a cubrirse de sus créditos, ya que la totalidad del valor del inmueble puede ser absorbida por la hipoteca anterior.

La institucion de la hipoteca persigue el fomento i el desarrollo del crédito, de modo que deben tomarse todas las medidas necesarias para que se cumpla debidamente el fin que persigue el lejislador. Todo buen sistema hipotecario debe contener disposiciones que den garantías efectivas i seguras al acreedor a la vez que permitan al deudor aprovechar sus bienes como instrumento de crédito en la mejor forma que sea posible. La especialidad de la hipoteca en cuanto al crédito satisface mejor que ninguna otra medida esta necesidad. Exigiendo que se determine el monto exacto a que se extiende la obligacion principal se da a los terceros el medio de conocer la parte libre que queda en los bienes anteriormente gravados, i de ese modo, sabrán a qué atenerse para aceptar una segunda o tercera hipoteca sobre esos mismos bienes. Por□ el contrario, si no se especifica la obligacion principal es claro que los terceros no aceptarían hipotecas sobre bienes gravados con anterioridad; por temor de no alcanzar a ser cubiertos de sus créditos con el valor de la finca hipotecada.

129.

Desgraciadamente, nuestro Código Civil no ha sido en esto materia bastante explícito i categórico.

El N.º 2 del art. 2432 del C. C., prescribe que en la inscripcion hipotecaria debe consignarse la fecha i la naturaleza del contrato a que accede la hipoteca, i el N.º 4 del mismo artículo agrega, que tambien deberá espresarse la suma determinada a que se extiende la hipoteca cuando las partes inequívocamente hayan querido limitarla a una cantidad determinada.

Por lo que respecta al N.º 2 del art. 2432 del C. C., cabe observar, que la hipoteca, no sólo sirve para asegurar el cumplimiento de las obligaciones que resultan de los contratos, como parece desprenderse de ese precepto, sino tambien de cualquiera otra clase de obligaciones. El mismo lejislador ha aplicado ese principiό en diversas ocasiones. Por otra parte, segun el último inciso del art. 2413, el contrato hipotecario puede otorgarse ántes del contrato a que accede, de modo que tampoco, en ese caso, se podria cumplir con el N.º 2 del art. 2432.

Sin embargo, de diversas disposiciones del Código Civil, se deduce que la hipoteca solo puede otorgarse para asegurar el cumplimiento de obligaciones determinadas en cuanto a su naturaleza. La obligacion a que la hipoteca sirve de garantía, sea que ella provenga de un contrato o de un hecho cualquiera, debe espresarse en el contrato hipotecario o en los contratos a que se refiera la inscripcion.

En nuestro concepto, la hipoteca constituida para asegurar el cumplimiento de todos los contratos que se pueden celebrar con una persona, carece de valor legal en la lejislacion chilena.

130.

La circunstancia de que la hipoteca solo pueda constituirse entre nosotros, para asegurar el cumplimiento de obligaciones determinadas en cuanto a su naturaleza, no quiere decir, en manera alguna, que en todo caso deba indicarse la cantidad precisa i fija a que se extiende la hipoteca. En efecto, el artículo 2131 a la letra dice: «*La hipoteca podrá limitarse a una determinada suma, con tal, que así se espresese inequívocamente; pero no se extenderá en ningun caso a mas del duplo del importe conocido o presunto de la obligacion. Principal, aunque así se haya estipulado. El deudor, tendrá derecho para, que se reduzca la hipoteca a dicho importe i reducido se hará a su costa una nueva inscripcion en virtud de la cual no valdrá la primera sino hasta la cuantía que se fijare en la segunda*».

131.

Para que la hipoteca se estienda única i exclusivamente a la cantidad que se determine en el contrato i no a una cantidad mayor, se requiere que las partes manifiesten ese propósito de un modo inequívoco i categórico. La regla jeneral es la de que la hipoteca no solo responde por la obligacion misma sino tambien por sus intereses, sin necesidad de que se espresese esta circunstancia. Por escepcion, puede estipularse que la hipoteca queda afecta al pago de una cantidad fija i determinada. Las disposiciones relativas a la prenda, como lo hemos dicho en repetidas ocasiones, deben tambien aplicarse a la hipoteca. Segun el art. 2396 del C. C., el deudor no podrá reclamar la restitution de la prenda en todo o parte, mientras no haya pagado la totalidad de la deuda en capital e intereses, de modo que aplicando este precepto a la hipoteca hai que llegar a la conclusion de que la hipoteca tambien responde de los intereses de la deuda.

El art. 2347 establece el mismo principio respecto de la fianza: Por otra parte, en el art. 2491 del C. C., el legislador ha considerado a los intereses como parte integrante de la deuda, pues ha prescrito que ellos correrán hasta la estincion de la deuda i se cubrirán con la preferencia que corresponda a sus respectivos capitales. Los Tribunales de justicia han consagrado esta doctrina en sus fallos (⁷⁰).

No sucede lo mismo en la legislacion francesa, ni en la legislacion italiana, porque para que la hipoteca se estienda a los intereses, es necesario que se espresese esa circunstancia en el contrato hipotecario. La hipoteca de pleno derecho se estiende a los intereses correspondientes a tres años (⁷¹).

132.

En nuestro derecho pueden constituirse hipotecas para asegurar el cumplimiento de obligaciones indeterminadas en cuanto a su monto. El artículo 2427 del C. C., concede al acreedor que ve deteriorarse la finca hipotecada en términos de no ser suficientes para la seguridad de la deuda el derecho de pedir las medidas conservativas que el caso admita cuando la deuda fuere ilíquida, condicional o indeterminada. Los guardadores, segun el art. 376 del Código Civil, pueden dar hipotecas para responder a las resultas de su administracion. Los arts. 2337 i 2339 del C. C., consagran el mismo principio i por su

⁷⁰ Gac. 1909. S. 1195. P. 861.

⁷¹ Baudry-Lacantinerie; tomo 26, páj. 830, N.º 1660. Ricci; tomo 20, P. 104, N.º 77.

parte él art. 417 del C. de P. P. dispone que el procesado puede caucionar con hipoteca suficiente las responsabilidades pecuniarias que pudieran imponérsele en definitiva. Todos los preceptos mencionados demuestran claramente que en nuestra lejislacion pueden constituirse hipotecas para asegurar el cumplimiento de obligaciones indeterminadas en cuanto a su monto. Por otra parte el art. 2431 del C. C. a que acabamos de referirnos, hace llegar a la misma conclusion.

Por estas consideraciones, los Tribunales de justicia han reconocido la validez de esas hipotecas (⁷²).

133.

El art. 2132 del Código frances, establece que en todo caso se debe determinar el monto a que asciende la obligacion principal. Si la referida obligacion es condicional o indeterminada, debe hacerse una avaluacion aproximada de ella en el contrato hipotecario.

Los mismos principios se consagran en los arts. 1115 i 1190 del Código Civil Aleman.

134.

El lejislador chileno ha consagrado en el C. C. el principio de la especialidad de la hipoteca en cuanto al crédito, aun cuando se establece que la hipoteca se entiende a los accesorios de la deuda i se reconoce eficacia leal a las hipotecas constituidas para asegurar el cumplimiento de obligaciones indeterminada; .

El art. 2431 del C. C., satisface esa necesidad prescribiendo que *«la hipoteca no se estenderá en ningun caso a mas del duplo del importe conocido o presunto de la obligacion principal aunque así se haya estipulado»*.

Los terceros que acepten hipotecas sobre bienes anteriormente gravados, deberán tener presente esta disposicion al contratar. El lejislador chileno no ha exijido que se determine la cantidad máxima por la cual responde la hipoteca; pero les ha dicho a los terceros: «Yo no exijo el monto de la obligacion principal; pero Uds. deben saber que en ningun caso yo permito que la hipoteca se estiende a mas del duplo del valor conocido o presunto de la obligacion principal». Con el precepto del art. 2431 del C. C., se ha querido establecer una relacion fija entre la obligacion principal i la cantidad a que se estiende la hipoteca. El precepto que comentamos, segun se dice en la nota correspondiente al art. 2606 del Proyecto del año 53, fué tomado del art. 1785 del Proyecto de Goyena que a la letra prescribe: «No pueden hipotecarse para la seguridad de una obligacion bienes por mas valor que el del duplo del importe conocido o presunto de la obligacion principal». I en los comentarios correspondientes se justifica este precepto, diciendo «que como es de interes público facilitar la libertad i circulacion del suelo, ha parecido justo i conveniente conciliar esta consideracion con las Suficientes garantías de los acreedores» (⁷³).

⁷² Gac. 1888. S. 3063, P. 1058; 1906, Tomo I, páj. 369, S. 224; 1875, Páj. 919 S. 2034; 1867, Páj. 24, S. 43; 1859: S. 1439, Páj. 846. En sentido contrario. Gac. 1900, T. 2; P. 139, S. 2048.

⁷³ Goyena. T. .4, P. 190.

Don Clemente Fábres refiriéndose al precepto que comentamos, dice: «¿Por qué e prohíbe que la hipoteca se estienda en ningun caso a mas del duplo del importe conocido o presunto de la obligacion principal? Porque el duplo es suficiente garantía i aleja todo peligro: i si puede ocurrir un caso extraordinario, la lei no lo toma en cuenta, en conformidad a la regla de derecho; las leyes se hacen para los caso ordinarios. Porque la hipoteca es un gravamen perjudicial para el deudor; i así, por ejemplo, el inmueble gravado no se toma en cuenta para otras responsabilidades del deudor sino con descuento del gravamen» (⁷⁴).

La voluntad de los contratantes en ningun caso puede derogar el precepto del art. 2431 del C. C., puesto que la lei es bien explícita sobre el particular al disponer que la hipoteca. no puede estenderse a mas del duplo del valor conocido o presunto de la obligacion principal, aunque así se haya estipulado. Los Tribunales de justicia en todo caso deben aplicar el art. 2431 i no admitir que las hipotecas puedan estenderse a mas del duplo de ese valor. Ese precepto ha sido establecido con fines de interes público, de modo que debe aplicarse siempre.

En las legislaciones extranjeras se requiere que en las inscripciones hipotecarias se espresé la suma determinada a que se estiende la hipoteca i se limitan los intereses que quedan afectos a la hipoteca, con el objeto de que el deudor pueda servirse del inmueble gravado como instrumento de crédito las veces que le sea posible. El Código Civil chileno no exige esa indicacion en el contrato hipotecario; pero él mismo se encarga de limitar la cantidad máxima por la cual responde la finca hipotecada.

135.

La cuestion de determinar a cuánto asciende el duplo de la obligacion principal no ofrece ninguna dificultad cuando su valor es conocido, porque se estipula en el contrato. En ese caso, los intereses i accesorios del crédito tambien están asegurados por la hipoteca; pero, en ningun caso ésta responde por mas del duplo del valor del crédito.

No sucede lo mismo cuando la obligacion principal es indeterminada, porque entónces no se conoce su valor. La totalidad de la finca responde del pago del crédito, en esa situacion. Pero como la lei exige una relacion fija entre la obligacion principal i la cantidad por la cual responde la hipoteca, el lejislador concede en el inc. 2.º del art. 2431 del C. C., el derecho de pedir que la hipoteca se reduzca al duplo del valor presunto de la obligacion principal. El deudor que desee constituir nuevos gravámenes sobre su propiedad, hará uso de la facultad concedida en el inciso 2.º del art. 2411 del C. C., cuando la hipoteca anterior asegure el cumplimiento de una obligacion indeterminada. El valor que corresponda se determinará de comun acuerdo entre el acreedor i el deudor; pero si aquél se resiste a ello el deudor podrá solicitar la determinacion de ese valor a la justicia ordinaria para hacer la inscripcion hipotecaria correspondiente.

El deudor puede tambien hacer uso de ese derecho cuando, habiendo las partes limitado espresa e inequívocamente la cantidad a que se estiende la hipoteca, fuera esa cantidad mayor del duplo del valor conocido o presunto de la obligacion principal.

Los Tribunales de justicia no han dado al art. 2431 la importancia que tiene ni lo han

⁷⁴ Fabres, *Derecho Civil*; T. 2, P. 448, nota al art. 2431.

interpretado en forma correcta. La Excma. Corte Suprema ha declarado que la accion para pedir reduccion de hipoteca se concede por el art. 2431 al deudor únicamente, de modo que si el deudor no hace uso de ese derecho, la hipoteca puede estenderse a mas del duplo del valor de la obligacion principal (⁷⁵). En nuestro concepto, esta doctrina es contraria al texto mismo del artículo 2431 del C. C., que, como ya lo hemos manifestado, establece de un modo categórico que en ningun caso la hipoteca puede estenderse a mas del duplo del valor conocido o presunto de la obligacion principal.

136.

¿En qué parte debe hacerse la inscripcion hipotecaria? Segun el art. 54 del Reglamento del Registro del Conservador de Bienes Raíces la inscripcion de todo derecho real debe efectuarse en el departamento en que está situado el inmueble i si éste por su situacion pertenece a varios departamentos, deberá hacerse la inscripcion en la oficina de cada uno de ellos. Si el título es relativo a dos o más inmuebles, deberá inscribirse en los Registros de todos los departamentos a que por su situacion pertenecen los inmuebles».

En esta forma la lei hace efectivo el réjimen de publicidad, porque centraliza todas las inscripciones relativas a un mismo inmueble en el departamento en que él se encuentra ubicado.

137.

La hipoteca constituida sobre una nave, deberá ser inscrita, segun el art. 4.º de la lei respectiva, en el Conservador de Comercio del puerto de matrícula, de la nave.

138.

Para llevar a efecto la inscripcion, segun el art. 57 del Reglamento del Registro Conservatorio, se exhibirá al Conservador copia auténtica de la escritura pública en que se ha constituido la hipoteca.

139.

Para inscribir un derecho de hipoteca constituido sobre una finca no inscrita, es necesario cumplir con el art. 58 del Reglamento. En virtud de esa disposicion el Conservador exigirá constancia de haberse dado aviso al público de la constitucion de esa hipoteca por un periódico del departamento si lo hubiera i por carteles que se hayan publicado en tres de los parajes mas frecuentados del departamento; con las designaciones relativas a las personas que trasfieren i a los límites i nombre de la propiedad, materia del contrato. La fijacion de carteles se hará constar al Conservador por certificados del escribano o juez del lugar, puestos al pié de dichos carteles, para que de este modo conste tambien que ha habido en el contenido de ellos la exactitud necesaria. La inscripcion no podrá hacerse hasta treinta días despues de dado el aviso.

140.

La hipoteca otorgada por el heredero o herederos de una persona no puede inscribirse, segun el art. 688 del C. C. i 55 del Reglamento, sin que se hagan ántes las

⁷⁵ R. D. J. Año. 1905, T. II, Sec. I, páj. 217.

inscripciones siguientes:

1.º El decreto judicial que da la posesion efectiva: este decreto se inscribirá en la Oficina del Conservador del departamento en que haya sido pronunciado, entendiéndose por tal aquel en que se hubiese sustanciado el espediente; i si la sucesion es testamentaria se inscribirá al mismo tiempo el testamento;

2.º Las inscripciones especiales prevenidas en los inc. 1.º i 2.º del art. 54, es decir, las inscripciones de los inmuebles a nombre de los herederos en el departamento o departamentos en que los inmuebles están situados en virtud de ellas podrán los herederos disponer de consuno de los inmuebles hereditarios;

3.º La inscripcion especial prevenida en el inc. 3.º del art. 54, o sea la adjudicacion que por el acto de particion se haga a cada uno de los herederos de los inmuebles o parte de los inmuebles que antes se poseían pro□indiviso. Esta inscripcion deberá efectuarse en el departamento en que se encuentren los inmuebles. En virtud de ella el heredero podrá disponer por sí solo de los inmuebles hereditarios que en la particion le hayan cabido.

Los herederos adquieren el dominio de los bienes hereditarios por el solo ministerio de la ley, en el momento de fallecer la persona de cuyo fallecimiento se trata (art. 956). Ellos se hacen dueños de esos bienes por medio del modo de adquirir llamado sucesion por causa de muerte, pero, segun el art. 688 del C. C., mientras no se haya obtenido la posesion efectiva de la herencia i no se hayan hecho las inscripciones que en ese artículo se ordenan, el heredero no puede disponer en manera alguna de los inmuebles hereditarios.

La posesion efectiva de la herencia se pica por el heredero testamentario o ab□intestato ante, el juez del lugar en donde se abra la sucesion, que segun el art. 955 del C. C., lo es el del último domicilio.

La posesion efectiva se entiende dada a toda la sucesion aun cuando uno solo de los herederos la pida; en el decreto se espresan nominativamente las personas que forman la sucesion.

Una copia autorizada de la resolucion que concede la posesion efectiva debe inscribirse en la oficina del Conservador del departamento en que hubiese sido concedida i en la oficina del Conservador en donde los inmuebles estuvieren situados. (Arts. 688 del C. C. i 1058 del C. de P. C.)

Para proceder a la inscripcion de la posesion efectiva se requiere, segun el art. 1059 del C. de P. C., que se hagan las publicaciones que indican en ese precepto. El decreto que la concede debe publicarse por cinco dias a lo ménos en un periódico del departamento i se anunciará ademas por carteles fijados durante quince dias en las oficinas de los Conservadores respectivos. ¿Quiénes son los Conservadores respectivos? Creemos, como don Luis Barros Borgoño (⁷⁶), que los Conservadores respectivos son los del lugar en donde se ha espedido el decreto de posesion efectiva i el del departamento en donde estén situados los inmuebles, de modo que las publicaciones

⁷⁶ La Caja (le Crédito Hipotecario, T. I, P. 78.

deben hacerse en ámbas partes.

Una vez inscrita la posesion efectiva en el lugar en que fué concedida, se presenta la misma copia al Conservador del departamento en que se hallen los inmuebles para que proceda a inscribirla previas las publicaciones del caso.

A continuacion de la inscripcion de la posesion efectiva debe hacerse, en el departamento en que los bienes estén situados, la inscripcion especial de los inmuebles a nombre de los herederos. No basta inscribir la posesion efectiva en ese departamento sino que se necesita que los inmuebles hereditarios se pongan a nombre de los herederos, porque en la posesion efectiva no se enumeran los bienes raíces hereditarios, de modo que ellos quedarían inscritos a nombre del difunto:

I por último, una vez hecha la particion, debe inscribirse el acta de adjudicacion a nombre del heredero adjudicatario en el departamento en que está situada la finca adjudicada.

El Conservador de Bienes Raíces del departamento en que estén situados los inmuebles no debe proceder a efectuar la inscripcion hipotecaria, mientras no se hagan las inscripciones de la posesion efectiva i la inscripcion especial a nombre de los herederos. ¿Todos los herederos deben concurrir al otorgamiento de la escritura hipotecaria? Todos ellos deben hacerlo si la hipoteca es constituida por todos los herederos; pero, como cada uno de ellos puede hipotecar su cuota o cada inmueble para el caso de llegar a ser propietario exclusivo de él, es claro que ese solo heredero deberá otorgar la escritura hipotecaria. Debe tenerse presente que este es un caso de excepcion al 2.º inciso del art. 688 que dispone que una vez hecha las inscripciones de la posesion efectiva i la inscripcion especial a nombre de los herederos solamente, puede disponerse de los bienes hereditarios de consuno por todos los herederos. Según el art. 2417 del C. C., cada uno de los comuneros puede ántes de la division de la cosa comun hipotecar su cuota, de modo que este precepto leal modifica como especial al N.º 2 del art. 688, que es jeneral. Para que el comunero hipoteque válidamente su cuota, se requiere que inscriba la hipoteca en el Registro respectivo, por cuyo motivo, aun cuando el N.º 2 del art. 688 del C. C. establece que una vez hecha la inscripcion especial solo pueden disponer de los inmuebles hereditarios todo los herederos de consuno, hai que reconocer que en este caso especial el heredero que hipoteca su cuota puede requerir la inscripcion por sí solo. Una disposicion especial lo autoriza para proceder en esa forma.

141.

¿Qué personas pueden pedir la inscripcion? La inscripcion es la forma en que se hace la tradicion del derecho de hipoteca, de modo que debe ser hecha, segun los arts. 672 i 673 del C. C. por el tradente i el adquirente o por sus representantes legales. El artículo 60 del Reglamento del Registro Conservatorio reproduce estos mismos conceptos al disponer que «los interesados pueden pedir la inscripcion por sí, por medio de personeros o de sus representantes legales.

142.

El lejislador no ha señalado ningun plazo para hacer la inscripcion, porque para la lei no existe la hipoteca sino desde la fecha en que se inscribe. El contrato hipotecario solo

se forma en el momento en que se hace la inscripción. Por este motivo todas las condiciones, que requiere la lei para que se pueda hipotecar, es necesario que concurren en el momento de la inscripción. Como consecuencia de lo dicho resulta que si despues de otorgar el título constitutivo de la hipoteca se trasfiere el inmueble a otra persona i se hace la inscripción a su nombre, ya no puede inscribirse el derecho de hipoteca, porque, para constituir una hipoteca, es necesario que se sea dueño de los bienes que se den en garantía i, en el momento de hacerse la inscripción, el constituyente ya habia dejado de serlo.

143.

La inscripción hipotecaria subsiste hasta la extincion de la hipoteca. El mismo principio se encuentra establecido en la lejislacion alemana; pero no en la francesa, en donde la inscripción debe ser renovada periódicamente.

144.

La circunstancia de que la hipoteca se encuentre inscrita en el Conservador de Bienes Raices, no quiere decir en manera alguna que el acreedor haya adquirido un derecho que no pueda desaparecer por causas ajenas a su voluntad. Siempre que por cualquier motivo desaparezca el derecho del constituyente, desaparece tambien el derecho del acreedor hipotecario. La inscripción, entre nosotros, no hace plena i absoluta fe, respecto de terceros; es únicamente la tradicion de los derechos reales sobre inmuebles, i por eso, ella deja subsistentes todos los derechos de los terceros. Por está causa, para constituir una hipoteca sobre un inmueble, es necesario estudiar detenidamente, durante treinta años, los títulos de la propiedad respectiva.

CAPITULO VI. La hipoteca legal

145.

La hipoteca legal es aquella que nace por el solo ministerio de la lei sin necesidad de ninguna convencion.

Las hipotecas leales fueron conocidas en el antiguo derecho romano i de ahí han pasado a las leislaciones modernas. Estos gravámenes se entendian constituidos en favor de las personas que como las mujeres casadas i los menores no tienen la administracion de sus bienes i tenían por objeto asegurar su restitucion. Puede decirse que sus características esenciales eran la de ser ocultas i jenerales, es decir, afectaban todos los bienes del deudor i no existia ningun medio para, que los terceros conocieran su existencia.

En la actualidad existen en casi todas las leislaciones extranjeras pero se ha modificado sustancialmente su naturaleza. La regla jeneral es la de que las hipotecas leales tan bien sean públicas, por cuya razon no puede verse en el hecho de ser ocultas uno de los caractéres de las hipotecas legales (⁷⁷).

La antigua leislacion española que rijió entre nosotros, reglamentaba las hipotecas legales i lo mismo se hacia en la lei de Prelacion de Créditos de 1845. En la lei de 1854 se conservaron las hipotecas legales, pero no daban accion contra terceros poseedores, por cuyo motivo, en realidad, habian dejado de ser hipotecas. En el Código Civil, se creyó conveniente «dar su verdadero nombre al órden de cosas creado por la lei del 54» i se

⁷⁷ Baudry-Lacantinerie; tomo 26, P. 568.

suprimieron las hipotecas legales. Las personas que gozaban del beneficio de la hipoteca legal se hallan en la misma situacion en que las colocó la citada lei del 54, o sea, sus créditos tienen preferencia para pagarse con los bienes del deudor. En otras palabras, puede decirse que la hipoteca legal se convirtió en un privilegio que no da accion contra terceros poseedores.

Sin embargo, en el Código de Procedimiento Civil, en el art. 819, se ha consagrado una hipoteca legal, pero ella tambien se rige por las disposiciones jenerales de la hipoteca voluntaria. El gravámen hipotecario que reglamenta el art. 819 del C. de P. C., se establece por el solo ministerio de la lei a favor de ciertas personas, pero debe tenerse presente que es especial, porque afecta determinados bienes i es público porque requiere inscripcion en el Registro del Conservador.

146.

El citado art. 819 del C. de P. C. dispone *«En las adjudicaciones de propiedades rices que se hagan a los comuneros durante el juicio divisorio o en la sentencia fanal, se entenderá constituida hipoteca sobre las propiedades adjudicadas, para asegurar el pago de los alcances que resultaren en contra de los adjudicatarios, siempre que no se pague de contado el exceso a que se refiere el art. 817. Al inscribir el Conservador el título de adjudicacion inscribirá a la vez la hipoteca por el valor de los alcances»*.el art. 817 del mismo C. de P. C. establece que: *«Salvo acuerdo unánime de las partes, los comuneros que durante el juicio divisorio reciban bienes en adjudicacion, por un valor que exceda del ochenta por ciento de lo que corresponde percibir, pagarán de contado dicho exceso. La fijacion provisional de éste se hará prudencialmente por el partidador»*.

De lo dispuesto en estos preceptos legales resulta que la hipoteca reglamentada por el C. de P. C. se encuentra establecida sobre los bienes adjudicados a uno de los copartícipes de una cosa comun en favor de los otros comuneros para asegurar el pago del alcance que resultare en contra de aquel comunero cuando el valor del inmueble adjudicado sea superior al 80% de lo que en la particion le corresponde percibir.

Para que exista la hipoteca a que nos venimos refiriendo, se requiere:

1.º Que en una particion se haya adjudicado una propiedad a uno de los comuneros;
i

2.º Que el valor del inmueble adjudicado sea superior al 80% de lo que le corresponde percibir en la particion al adjudicatario i que dicho exceso no se haya pagado al contado.

Del testo de la lei se desprende que si el valor de la propiedad adjudicada no excede de este 80% no existe la hipoteca leal.

La fijacion provisional del alcance, segun lo prescribe el art. 817 del C. de P. C., debe ser hecha prudencialmente por el partidador.

La hipoteca legal tiene lugar cuando concurren estas circunstancias, tanto en el caso de que la adjudicacion se hada durante el juicio divisorio como cuando se haga en la sentencia final.

La adjudicacion de una propiedad raiz se hace en escritura pública i debe inscribirse

en el Conservador del departamento en que está situado el inmueble.

La hipoteca legal recae sobre la propiedad adjudicada i se establece a favor de los otros comuneros.

147.

Segun el art. 819 del C. de P. C. la hipoteca se entiende constituida por el solo ministerio de la lei, de modo que no se necesita el consentimiento de las partes para constituir dicho gravámen. Esto no quiere decir, sin embargo, que la hipoteca legal no necesita inscripcion para su validez, porque es evidente que la lei, no ha querido modificar en este punto tan importante las disposiciones del Código Civil. Por otra parte, al exigir el art. 819 del C. de P. C. que el Conservador inscriba el gravamen hipotecario que en él se establece, es claro que algun valor atribuyó a esa exigencia. En lugar de imponer a las partes la obligacion de inscribir la hipoteca, el legislador ha impuesto esa obligacion al Conservador, pero en manera alguna se ha querido establecer que la hipoteca valga sin inscripcion, ya que si ese hubiera sido el pensamiento del legislador, no se habria impuesto esa obligacion al Conservador.

Si no se inscribe, la hipoteca no existe i como el Conservador habrá omitido una obligacion que la lei le impone, la parte perjudicada tendrá accion de perjuicios en su contra, pero no se podrá perseguir la propiedad adjudicada. Los Tribunales de justicia así lo han resuelto (⁷⁸).

148.

En la inscripcion hipotecaria deben cumplirse con las mismas indicaciones que se exigen en el artículo 2332 del C. C. para la hipoteca voluntaria.

149.

¿La hipoteca leal se estiende únicamente al valor del alcance o tambien comprende sus intereses i accesorios? La lei nada ha resuelto sobre el particular i solo dispone que la hipoteca legal se establece «para asegurar el pago de los alcances que resultaren en contra de los adjudicatarios». La fijacion provisional del alcance se hace prudencialmente por el partidor. En nuestra opinion, en este caso no puede aplicarse el art. 2431 del C. C. que establece que la hipoteca se estiende a una determinada, suma cuando las partes así lo establecen inequívocamente, puesto qué tratándose de la hipoteca legal nada dicen a este respecto las partes. Habrá, por este motivo, que aplicar la regla jeneral de que toda hipoteca se estiende tambien a los intereses i accesorios del crédito, salvo que las partes establezcan que se estiende a una cantidad fija i determinada.

Vemos, pues, que en realidad la hipoteca legal establecida en el C. de P. C. sólo se diferencia de la hipoteca voluntaria en la causa de que ellas provienen: la primera nace por el solo ministerio de la lei i la segunda nace de la convencion de las partes.

Como ya lo hemos manifestado, ámbas requieren inscripcion para, su validez i los efectos que ellas producen son idénticos.

⁷⁸ Gac. 1911.Tomo 2. P. 473, S. 1009. Gac. 1913. T. I. P. 1523,S. 459.

CAPITULO VII. Efectos de la hipoteca

150.

La hipoteca, como ya se ha dicho, es una garantía que se da a un acreedor para asegurar el cumplimiento de una, obligación principal. Por medio de ella, el acreedor adquiere un derecho real sobre la finca, hipotecada, en virtud del cual puede perseguir la cosa en cualesquiera manos en que se encuentre para pagarse con su valor, en caso de que el deudor no satisfaga, oportunamente su crédito.

El acreedor hipotecario debe cancelar la hipoteca tan pronto como el deudor cumpla, la obligación principal. Ahora, bien, del carácter de garantía que tiene la, hipoteca i de la naturaleza real de ese derecho se desprende que el derecho de dominio del propietario de la, finca está limitado, de modo que no puede ejecutar ningun acto que vaya en perjuicio o lesione el derecho del acreedor. De las consideraciones anteriores resulta que los efectos que produce el derecho de hipoteca deben estudiarse desde dos aspectos diversos: 1.º con relacion al dueño de la finca hipotecada; i 2.º con relacion al acreedor hipotecario.

PARTE I

I.—EFECTOS DE LA HIPOTECA CON RELACION AL DUEÑO DE LA FINCA HIPOTECADA

151.

En este capítulo no nos vamos a referir únicamente al dueño de la finca que es a la vez deudor principal, sino que tambien nos ocuparemos de los terceros poseedores i de

los terceros que han asegurado una obligacion, ajena. El Código Civil chileno no hace ninguna distincion al respecto, de modo que necesariamente hai que aplicarles a todos las mismas disposiciones.

Siendo la hipoteca un derecho real i una desmembracion del dominio, es evidente que ella tiene que limitar el derecho del propietario del predio hipotecado. Toda persona que adquiera, la finca dada en garantía estará sujeta a las restricciones que impone el derecho de hipoteca. El acreedor ha contratado i ha celebrado la obligacion principal en vista de la seguridad que se le ofrecia, de modo que el lejislador ha tenido que tomar toda clase de precauciones para que la garantía se mantenga invariable hasta el vencimiento del crédito.

El derecho de dominio lleva envueltas en sí las facultades de disponer, gozar i abusar de la cosa, siempre que no sea contra la lei o el derecho ajeno. Vamos a ver cuáles de estas facultades i en qué forma se restrinjen por el derecho de hipoteca.

152.

La facultad de disponer de la propiedad hipotecada la conserva el dueño de ella, porque el artículo 2415 del C. C. prescribe que: *«El dueño de los bienes gravados con hipoteca podrá siempre enajenarlos o hipotecarlos, no obstante cualquiera estipulacion en contrario».*

153.

¿Podrá, asimismo, el dueño de la finca hipotecada constituir otros derechos reales sobre ella? ¿Los derechos de censo, usufructo, uso i habitacion constituidos sobre el inmueble dado en garantía, afectarán al acreedor hipotecario? Esta cuestion no está resuelta en la lei de un modo espreso. Sin embargo, nosotros estimamos que los derechos reales constituidos sobre la finca hipotecada con posterioridad. al gravámen hipotecario no pueden perjudicar al acreedor, de modo que éste no está obligado a respetarlos i tiene derecho para pedir que la finca hipotecada se subaste libre de todo gravámen.

Segun el art. 682 del C. C. nadie puede trasferir mas derechos que los que tiene. El dueño de una finca hipotecada tiene un derecho limitado, por cuya razon todos los derechos que se constituyan sobre ella se entenderán sujetos a la misma limitacion.

Ahora bien, la limitacion impuesta al dominio por el derecho de hipoteca consiste en que el acreedor tiene derecho para pedir que la finca se venda en pública subasta i se le pague con su producido si el deudor no cumple oportunamente su obligacion. La publicidad de la hipoteca permite que los terceros conozcan la verdadera situacion de la finca, de manera que los terceros que adquieran derechos sobre ella no pueden allear que no conocian la limitacion a que estaba sujeto el derecho del propietario.

La misma lei ha hecho una aplicacion de este principio en el art. 1368 del C. C. que dispone: *«Si el testador deja el usufructo de una parte de sus bienes o de todos ellos a una persona i la desnuda propiedad a otra, el propietario i el usufructuario se considerarán como una sola persona para la distribucion de las obligaciones hereditarias i testamentarias que cupieren a la cosa fructuaria; i las obligaciones que unidamente les quepan se dividirán entre ellos conforme a las reglas que siguen:*

1.^a Será del cargo del propietario el pago de las deudas que recaigan sobre la cosa fructuaria, quedando obligado el usufructuario a satisfacerle los intereses corrientes de la cantidad pagada, durante todo el tiempo que continuare el usufructo;

2.^a Si el propietario no se allanare a este pago, podrá el usufructuario hacerlo, i a la espiracion del usufructo tendrá derecho a que el propietario le reintegre el capital sin interes alguno; i

3.^a Si se vende la cosa fructuaria para cubrir una hipoteca o prenda constituida en ella por el difunto, se aplicará al usufructuario la disposicion del art. 1366». I este precepto establece que el usufructuario se subroga en los derechos del acreedor contra los herederos.

El N.º 3 del art. 1368 del C. C. es la confirmacion de la doctrina que estamos sosteniendo, es decir, de que la constitucion de un usufructo posterior a la hipoteca no afecta a los derechos del acreedor hipotecario. En efecto, si el usufructo afectara a los derechos del acreedor i se mantuviera a pesar de la venta de la finca hipotecada no habria habido necesidad de conceder al usufructuario una accion en contra de los herederos. ¿Por qué motivo se concede al usufructuario una accion en contra de los herederos? Precisamente, porque a consecuencia de la hipoteca él ha sido privado del usufructo que le dejó el testador. Si el acreedor hipotecario tuviera que respetar el derecho de usufructo constituido por el difunto, el usufructuario no habria experimentado ningun perjuicio ni tendria ninguna accion en contra de los herederos.

Por otra parte, la forma en que resolvemos la cuestion que nos ocupa está de acuerdo con el espíritu jeneral de nuestra lejislacion. Así vemos, que la anticresis, que no da ningun derecho real al acreedor, no vale, segun el art. 2438, en perjuicio de los derechos reales anteriormente constituidos sobre la finca. Además el art. 1962 del C. C. prescribe que los acreedores hipotecarios no están obligados a respetar el arriendo sino cuando ha sido otorgado por escritura pública inscrita en el Registro del Conservador ántes de la incripcion hipotecaria.

Es evidente que si se establece que en los casos de la anticresis i del arrendamiento, que no dan oríjen a derechos reales, esos contratos no afectan a los acreedores hipotecarios anteriores a su celebracion con mayor razon no podrán afectarles los derechos reales que se constituyen sobre la finca hipotecada, porque si no se puede hacer lo ménos tampoco podrá hacerse lo mas.

Con estos principios se evita que la garantía dada se disminuya en perjuicio del derecho del acreedor. Los tratadistas franceses aprecian la cuestion en la misma forma (79).

154.

Las mismas reglas dadas para los derechos de usufructo, uso, habitacion i censo, se deben aplicar por idénticas razones, en los casos de fideicomisos i anticresis constituidos con posterioridad al derecho de hipoteca. Tratándose de la anticresis el lejislador ha

⁷⁹ Aubry et Rau; T. 3, P. 698, N.º 286. Baudry-Lacantinerie; T. 26, P. 262, N.º 1995. Fuzier-Hermans; T. 23, P. 910. N.º 3109 i sigs.

resuelto espresamente la cuestion en el art. 2438 que dispone que «no valdrá la anticresis en perjuicio de los derechos reales anteriormente constituidos sobre la finca».

155.

El propietario de la finca hipotecada debe abstenerse de ejecutar cualquier acto que perjudique al derecho del acreedor. Por este motivo el art. 2427 del C. C. prescribe: «*Si la finca se perdiere o deteriorare en términos de no ser suficiente para la seguridad de la deuda, tendrá derecho el acreedor a que mejore la hipoteca a no ser que consienta en que se le dé otra seguridad equivalente; i en defecto de ámbas cosas, podrá demandar el pago inmediato de la deuda líquida, aunque esté pendiente el plazo o implorar las providencias conservativas que el caso admita, si la deuda fuera ilíquida, condicional o indeterminada*»

Cualquier menoscabo o deterioro que haga desmerecer a la finca hipotecada, da derecho al acreedor para pedir que se le mejore su garantía. La amplitud de esta disposicion es bastante grande, pues deja entregado al criterio del Tribunal la determinacion de si la garantía ha dejado o no de ser suficiente para la seguridad de la deuda. El art. 2427 del C. C. no establece la persona a quien el acreedor tiene derecho de pedirle que mejore la hipoteca, no dispone si es al deudor personal o al dueño del inmueble hipotecado. Tampoco nada dice este precepto legal sobre si hai lugar al aumento de hipoteca cuando el deterioro ocurre estando la finca en poder del deudor personal o si tiene lugar en todo caso, aun cuando el deterioro se produzca en manos de un tercer poseedor. En nuestro concepto, como la lei no distingue, i habla en términos jenerales, creemos que la disposicion del art. 2427 del C. C. debe aplicarse siempre que la finca se deteriore en términos de no ser suficiente para la seguridad de la deuda, cualquiera que sea el dueño de ella.

El fundamento de este precepto se encuentra en el hecho de que la hipoteca es un instrumento de crédito, de modo que se trata de dar al acreedor toda clase de garantías i seguridades. El acreedor celebró el contrato principal en vista de la garantía que se le ofrecia, por cuyo motivo debe ella mantenerse intacta durante todo el tiempo en que esté pendiente la deuda. De ahí que nosotros estimemos que el art. 2427 debe aplicarse tanto en el caso de que el deterioro ocurra miéntras la finca pertenece al deudor personal como cuando pertenece a un tercero.

156.

Debe tenerse por deterioro, cualquier hecho que menoscabe o ponga en peores condiciones la finca hipotecada i para que tenga lugar lo dispuesto en el art. 2427 se requiere que el deterioro sea tal que la finca deje de ser suficiente para la seguridad de la deuda. Es necesario tener presente que al hablar de deterioro de la finca hipotecada no solo se hace referencia a la destruccion material de ella, sino tambien a la que experimentan sus accesorios, ya que ellos se reputan partes integrantes del inmueble.

Por esta circunstancia, habrá casos en que deba aplicarse el art. 2427 del C. C. por destruccion de los inmuebles por destinacion que se dedican a la explotacion regular de la finca. Así sucederá, por ejemplo, en el caso de que se haya hipotecado una fábrica i despues se saquen todas las maquinarias instaladas. Es claro que si el valor del terreno no es suficiente para la seguridad de la deuda; el acreedor tiene derecho para pedir

suplemento de hipoteca, porque la garantía del acreedor no se refiere únicamente al terreno sino que también se extiende a sus accesorios.

157.

La ley aplica los mismos principios al caso en que la finca hipotecada se pierda totalmente, de manera que si esto ocurre, ya sea porque un río cubre de un modo permanente su superficie o por otra causa, el acreedor tiene derecho a pedir que se le mejore la hipoteca. El legislador no ha contemplado entre los casos de extinción de hipoteca el desaparecimiento de la finca hipotecada, como lo hace en la prenda. El derecho de prenda se extingue por la destrucción completa de la cosa empeñada, de modo que puede suceder que, extinguida la prenda subsista la obligación principal sin que el acreedor tenga derecho a pedir una nueva prenda ni pueda exigir el pago de la deuda. Se produciría esta situación en el caso de tratarse de una obligación a plazo i que la prenda se destruyera por caso fortuito, porque si la caución se destruye por hecho o culpa del deudor, tendría aplicación el art. 1496 que da derecho al acreedor para pedir una nueva prenda i en su defecto el pago del crédito.

Tratándose de la hipoteca no sucede lo mismo, pues el acreedor que ve perderse su garantía, tiene derecho para que se le dé otra equivalente i para que se aplique el art. 2427.

158.

La disposición que analizamos no, exige que la pérdida o deterioro de la finca hipotecada provenga de hecho o culpa del propietario de ella: es un precepto general que comprende todos los casos que puedan presentarse. Esta interpretación se confirma con el estudio de la historia del establecimiento del art. 2427 del C. C. En el Proyecto del año 53 se disponía en el art. 2614: «Si la finca se perdiera o deteriorare en términos de no ser suficiente para la seguridad de la deuda i si en el contrato a que accede la hipoteca hubiere contraído el deudor la obligación de constituirla, tendrá derecho el acreedor a que se le reemplace o mejore la hipoteca, o se le dé una seguridad equivalente; i en defecto de lo uno i de lo otro, podrá, demandar el pago inmediato de la deuda, aunque esté pendiente el plazo Si en el contrato a que accede la hipoteca, no contrajo el deudor la obligación de constituirla, no tendrá lugar la regla anterior sino cuando la finca se perdiera o deteriorara por culpa del deudor». La última parte de este artículo manifiesta claramente que en la primera situación contemplada por el citado artículo no se toma en cuenta el hecho de que el deterioro provenga o no de culpa del deudor.

El art. 2427 del C. C. tiene una redacción muy parecida a la primera parte del artículo transcrito del año 53 i, en nuestro concepto, la circunstancia de que el legislador haya suprimido el inciso 2.º de esa disposición i no se haya referido para nada a la culpa del deudor dan a entender que no se han querido tomar en consideración esos hechos.

Los tratadistas franceses al comentar el art. 2131 del Código francés, que se tuvo en vista al redactar el art. 2427 de nuestro C. C., estiman que también se aplica aquella disposición en el caso de que los deterioros de la finca hipotecada provengan de caso fortuito o fuerza mayor (⁸⁰).

⁸⁰ Fuzier-Hermans; T. 23, P. 911, N.º3130 Rogron; T. 2, P. 2325, art. 2131.

Por último, el objeto mismo que se persigue con la institucion hipotecaria confirma la interpretacion que hemos dado al art. 2427 del C. C. La hipoteca es un instrumento de crédito, de modo que el lejislador ha tratado de dar al acreedor toda clase de seguridades para la satisfaccion de su crédito. El acreedor ha celebrado el contrato principal en la intelijenciade que su garantía permanecerá intacta hasta el vencimiento de la deuda i de que, si por cualquier casa se le disminuye, se le dará un suplemento o se le pagará lo que se le debe. Se funda, pues, el art. 2427 del C. C., en la intencion que han tenido las partes al contratar.

El mismo principio está consagrado en todas las lejislaciones en el Código aleman, que es la última palabra sobre la materia, se encuentra establecido en los arts. 1133, 1134 i 1135.

159.

Hemos visto ya que el art. 2427 se aplica cualquiera que sea, la causa por la cual se pierde o deteriore la finca hipotecada en términos de no ser suficiente a la seguridad de la deuda i cualquiera que sea el dueño de ella. Nos corresponde, ahora determinar la persona de quien puede reclamar el acreedor el cumplimiento del art. 2427 del C. C. Aun cuando esto no se establece de un modo categórico en el precepto legal citado, estimamos que el acreedor tiene derecho a exigir al deudor personal el aumento de la garantía. Como ya lo hemos repetido tantas veces, el acreedor aceptó la celebracion del contrato principal en vista de la seguridad que se le ofrecía, de modo que el deudor personal se obligó a mantener intacta la garantía durante todo el tiempo que estuviera pendiente la obligacion principal. Si la garantía disminuye el deudor debe completarla, porque esa es su obligacion, ya que el acreedor tuvo presente ésa circunstancia al contratar. El acreedor tiene derecho a exigir del deudor personal el cumplimiento, del art. 2427 en todos los casos que se presenten, aun cuando los deterioros ocurran mientras la cosa se encuentre en poder de un tercero; porque, como lo dijimos en el núm. 155, el art. 2427 es mui amplio i no hace ninguna distincion.

En otras lejislaciones no se ha adoptado el mismo principio que acepta el Código Civil chileno. En el Código aleman, el aumento de hipoteca o el pago de la deuda se exige directamente al dueño de la finca hipotecada cualquiera que él sea. I en el Código frances; cuando la finca se destruye en poder de un tercer poseedor, el acreedor sólo tiene accion de perjuicios en su contra.

160.

¿Producidos los deterioros o la pérdida de la cosa qué derechos puede ejercitar el acreedor en contra del deudor personal? El acreedor tiene derecho, segun el art. 2427 del C. C., a que se le mejore la hipoteca, a no ser que consienta en que se le dé otra seguridad equivalente. Resulta, pues, que la facultad de elejir entre una nueva, hipoteca i otra caucion, pertenece única i exclusivamente al acreedor.

Ahora bien, si ninguna de estas cosas puede obtenerse, la lei distingue dos casos para determinar los derechos del acreedor:

1.º Cuando la deuda es líquida; i 2.º cuando la deuda es ilíquida, condicional o indeterminada.

Segun el art. 460 del C. de P. C., se entiende por deuda líquida no sólo la que actualmente tenga esa calidad sino tambien la que puede liquidarse mediante simples operaciones aritméticas. Tratándose de una deuda de esta clase, el acreedor que no ha podido obtener que se le mejore la hipoteca o que se le dé otra caucion, tendrá derecho para exigir el pago inmediato de la deuda, aunque esté pendiente el plazo. Segun el art. 1496 del C. C. «el pago de la obligacion no puede exigirse antes de espirar el plazo sino es: 2.º Al deudor cuyas cauciones, por hecho o culpa suya, se han extinguido o lean disminuido considerablemente de valor». Como ya lo hemos manifestado, el art. 2427 no atiende para nada a la culpa del deudor, de modo que, en este caso, no tiene aplicacion el art. 1496.

Cuando la deuda fuere ilíquida, condicional o indeterminada i el acreedor no pudiera obtener que se le mejore la hipoteca o que se le dé otra seguridad equivalente, sólo tiene derecho a solicitar las medidas conservativas que el caso admita.

161. El dueño de la finca hipotecada conserva el goce de ella, de modo que tiene derecho a percibir sus frutos i a administrarla en la forma que estime conveniente, pero en ningun caso puede lesionarse el derecho del acreedor hipotecario.

Vamos a ver en qué forma el derecho de hipoteca limita el derecho de goce i administracion que tiene el dueño de la finca hipotecada..

Segun los arts. 2420 i 2421 del C. C. la hipoteca no sólo afecta al inmueble gravado sino tambien a todos sus accesorios i a sus aumentos i mejoras, pero deja de afectarlos desde que pertenecen a terceros.

Una vez intentada la accion hipotecaria, es claro que el dueño de la finca no puede disponer de los frutos ni de sus accesorios, porque el acreedor tambien tiene derecho sobre ellos.

Es necesario, por esto, determinar el momento en que se restringe el derecho de goce del dueño de la finca hipotecada

La cuestion no presenta ninguna dificultad cuando el deudor personal es al mismo tiempo dueño del inmueble hipotecado, ya que el deudor no podrá disponer de los frutos desde la inscripcion del embargo; desde ese instante; el depositario se hace cargo de todo.

162. No es tan clara la cosa en el caso de que la propiedad se encuentre en poder de un tercero. En esa situacion; segun el C. de P. C., es necesario notificar al poseedor para que abandone la finca o pague la deuda i solamente despues de los diez dias siguientes a la notificacion puede procederse en su contra. ¿Puede el poseedor de la finca disponer de los frutos i accesorios despues de la notificacion? En nuestro concepto, la negativa no parece dudosa. La hipoteca se estiende a los frutos i accesorios de la finca gravada, de modo que el dueño no debe disminuir la garantía que la lei acuerda al acreedor. Pero como el mismo lejislador ha dicho que los accesorios de la finca dejan de estar afectos a la hipoteca desde que pertenecen a terceros, es claro que tan pronto como sé intente la accion en contra del tercer poseedor, deben tomarse todas las medidas precautorias tendientes a evitar que el dueño disponga de los accesorios de la finca, en perjuicio de los derechos del acreedor., ¿Qué medidas podria solicitar el

acreedor Desgraciadamente nuestro lejislador no ha establecido en forma clara i precisa la manera de hacer efectivo el derecho que conceden los arts. 2420 i 2421 del C. C. Sin embargo, nosotros estimamos que pueden solicitarse algunas de las medidas precautorias señaladas en el art. 280 del C. de P. C. La opinion de que las medidas precautorias solo proceden en el juicio ordinario; i que no pueden decretare en el juicio especial de desposeimiento no tiene ningun valor, porque el art. 3.º del C. de P. C. dispone que «se aplicará el procedimiento ordinario en todas las jestion, trámites i actuaciones que no estén sometidos a una regla especial diversa, cualquiera que sea su naturaleza». Por este motivo, con mucha razon han dicho los señores Toro i Echeverría. (81), comentando esta disposicion, que «se aplica el procedimiento ordinario i sus reglas por consiguiente, a toda contienda, a toda jestion, trámite i actuacion, que no tenga una disposicion espresa a la cual someterse, de modo que en los Juicios extraordinarios i sumarios si no existe un caso previsto por la lei, se aplica la regla comun del ordinario».

En la práctica, no se discute la procedencia de la medida precautoria que tiene por objeto la prohibicion de gravar i enajenar la finca hipotecada. Las mismas razones que existen para aceptar esa medida precautoria deben servir para decretar las que tengan por objeto asegurar el derecho del acreedor sobre los frutos i accesorios de la finca hipotecada, porque, como ya lo hemos dicho, esas cosas tambien están afectas a la hipoteca.

En nuestra modesta opinion, podrian decretarse a favor del acreedor hipotecario que persigue la finca hipotecada en manos de un tercer poseedor las medidas precautorias mencionadas en los N.os 2, 3 i 4 del art. 280 del C. de P. C., es decir, el nombramiento de uno o mas interventores, la retencion de bienes determinados i la prohibicion de celebrar actos o contratos sobre bienes determinados.

A pesar de lo dicho, creemos que seria mui conveniente que se consignaran de un modo espreso estos principios en el C. de P. C. al tratar del juicio de desposeimiento, como lo hacen todas las lejislaciones estranjeras para asegurar de una manera eficaz el derecho que la lei civil concede al acreedor hipotecario sobre los frutos i los accesorios de la finca gravada.

163.

Otra cuestion que debe estudiarse al tratar de las restricciones que impone la hipoteca al derecho del dueño de la finca hipotecada es el relativo al arrendamiento de los bienes gravados. El propietario de una finca hipotecada no puede arrendarla en la forma amplia i absoluta como podria hacerlo en el caso de que no existiera el gravámen hipotecario. Segun el art. 1962 del C. C., los acreedores hipotecarios no están obligados a respetar el arriendo sino cuando fuere otorgado por escritura pública inscrita en el Conservador de Bienes Raíces ántes de la inscripcion hipotecaria. Resulta de este precepto; que el acreedor hipotecario no está obligado a respetar los arriendos que el dueño del inmueble gravado haya hecho con posterioridad al otorgamiento de la hipoteca.

Se comprende fácilmente la razon de esta disposicion ya que si ella no existiera,

⁸¹ Código de Procedimiento Civil. Pág. 76.

nada sería más fácil que burlar al acreedor: bastaría arrendar la propiedad por un número crecidísimo de años por un cánón insignificante.

164.

¿El precepto del N.º 3 del art. 1962 sólo tiene lugar cuando la propiedad hipotecada se adjudica personalmente al acreedor hipotecario o se aplica también en el caso de que la propiedad se adjudique a un tercero a consecuencia del juicio seguido por el acreedor hipotecario para obtener el pago de su crédito?

En nuestra modesta opinión, la segunda doctrina no parece dudosa. El tercero, que adquiere la finca hipotecada en la ejecución seguida por el acreedor; se subroga en los derechos de éste, en virtud de lo dispuesto en el N.º 2 del art. 1610 del C. C. que a la letra prescribe: «Se efectúa la subrogación por el ministerio de la ley, i aun contra la voluntad del acreedor, en todos los casos señalados por las leyes, i especialmente en beneficio: del que habiendo comprado un inmueble, es obligado a pagar a los acreedores a quienes el inmueble está hipotecado». Por el hecho de la subrogación, la persona que ha pagado al acreedor ocupa el lugar de éste i las cosas se mantienen en el mismo estado que tenían antes que se efectuara el pago. Según el art. 1612 la subrogación traspasa al nuevo acreedor todos los derechos, acciones, privilegios, prendas e hipotecas del antiguo, de modo que al tercero a quien se ha adjudicado la propiedad hipotecada se traspasan todos los derechos i privilegios que tenía el primitivo acreedor. Ahora bien, como entre los derechos que la ley concede al acreedor hipotecario está, según el N.º 3 del art. 1692, el de no respetar el arriendo sino cuando se cumplen con las exigencias que en él se establecen, es claro que también goza de ese derecho el tercero a quien se adjudica la propiedad hipotecada por ser un subrogado del acreedor hipotecario.

Las razones que tenemos para sostener que el adjudicatario de la finca se subroga en los derechos del acreedor en virtud de lo dispuesto en el art. 1610, N.º 2 del C. C., las espondremos al tratar del art. 2428 del C. C. en el N.º 275.

Por otra parte, estimamos que el precepto del artículo 1692 del C. C. debe ser interpretado en la forma, que lo hacemos, porque no es lógico suponer que el legislador haya querido que en todo caso el acreedor recurra al expediente de, adjudicarse la finca hipotecada para gozar del privilegio del art. 1692 i poderla traspasar después a un tercero libre de toda carga.

Desgraciadamente nuestros Tribunales de justicia en el único caso que conocemos se pronunciaron por la doctrina contraria (⁸²).

165.

Por último, debemos estudiar los efectos que produce la cesión de los cánones del arriendo de la finca hipotecada o el pago anticipado de ellos. ¿El acreedor hipotecario puede hacer valer algún derecho en contra del dueño de la propiedad hipotecada para evitar que ceda su derecho de percibir los cánones de arrendamiento? Nuestro Código nada ha dicho sobre el particular a pesar de que es evidente que la cesión de ese derecho puede causar perjuicio al derecho del acreedor hipotecario. En vista del silencio

⁸² Gac. 1893, P. 382. S. 2579.

de la lei habrá que resolver esta cuestion de acuerdo con los principios jenerales de derecho.

Como el dueño de la finca hipotecada conserva la facultad de disponer de sus frutos, habrá que convenir que tambien puede ceder el derecho de percibir los cánones del arrendamiento de su propiedad, ya que dichos cánones son los frutos civiles de la cosa. Debe tenerse presente, sin embargo, que una vez intentada la accion hipotecaria el deudor de la finca gravada pierde el derecho de disponer de los frutos civiles, porque la hipoteca no solo afecta al inmueble mismo sino que por espresa disposicion del arte 2422 del C. C., se estiende también a las pensiones devengadas por, el arrendamiento de los bienes hipotecados.

La cuestion no presenta dificultad cuando la accion hipotecaria se intenta directamente en contra del deudor personal que a la vez es dueño de la finca hipotecada, porque, en ese caso, segun el art. 1965 del C. C. por el hecho del embargo, el acreedor o acreedores se substituye en los derechos i obligaciones del arrendador.

166.

¿Qué sucede si la finca hipotecada se encuentra en poder de un tercero? ¿El dueño de ella no puede disponer de los frutos civiles desde la notificacion para que abandone la finca o pague la deuda o desde que se proceda en su contra? En nuestro concepto, la primera de estas doctrinas debe prevalecer, pero como los frutos dejan de estar afectos a la hipoteca desde que pertenecen a terceros, es claro que el acreedor, al intentar la accion de desposeimiento debe pedir la medida precautoria del N.º 3 del art. 280 del C. de P. C.; es decir la retencion de las pensiones devengadas. Para justificar la procedencia de esta medida nos remitimos a lo dicho en el N.º 162 al hablar de las restricciones que impone la hipoteca al derecho de percibir los frutos de la finca.

167.

Si se ha cedido el derecho de percibir los cánones ántes de que se intente la accion hipotecaria, pero después de constituida la hipoteca ¿qué suerte correrá esa cesion? ¿Se percibirán por el cesionario o el acreedor hipotecario tendrá derecho a pagarse preferentemente con ellos? En nuestro concepto, esa cesion no puede perjudicar a los acreedores hipotecarios. Los productos i las rentas del inmueble hipotecado están afectos al pago del crédito, de modo que no es posible que derechos válida ente adquiridos se destruyan por derechos adquiridos con posterioridad. Por otra parte, debe tenerse presente que el dueño de la finca adquiere los frutos civiles dia por dia, segun se deduce de diversas disposiciones del Código Civil. El usufructuario, de acuerdo con los arts. 790, 792 i 794 del C. C., tiene derecho a percibir los frutos civiles desde que principia hasta que termina el usufructo. Igual doctrina fluye de los artículos 1915, 1945, 1950 i 1955 del C. C. que prescriben que en el arrendamiento, la renta sólo se debe hasta su espiracion aun en el caso de que el arrendamiento espire, sin culpa del arrendatario, ántes del plazo estipulado. Cuando el lejislador ha querido derogar este principio jeneral lo ha dicho en forma espresa, como sucede en el censo i en la renta vitalicia.

Por estas consideraciones, estimamos que la cesion del derecho de percibir los cánones de arrendamiento importa la cesion de un derecho que no existe, pero que se

espera que exista, puesto que el cedente no adquiere el derecho a los frutos sino a medida que se van devengando. El cesionario, por su parte, no adquiere el dominio de los frutos sino desde que se le hace la entrega de ellos; hasta ese momento no tendrá sino una acción personal; pero no puede alegar dominio sobre los frutos. La acción hipotecaria los inmoviliza y los afecta al pago del crédito, de modo que el cesionario no podrá pedir que se le entreguen.

168.

Iguales observaciones pueden formularse respecto del pago anticipado de los cánones de arrendamiento, por cuyo motivo esos pagos no pueden hacerse valer en contra de los acreedores hipotecarios inscritos con anterioridad al arriendo en la parte que se refieren a los períodos vencidos después de haber intentado la acción hipotecaria.

PARTE II. EFECTOS DE LA HIPOTECA EN CUANTO AL ACREEDOR

169.

La hipoteca es un derecho accesorio destinado a asegurar el cumplimiento de una obligación principal. Tan pronto como se satisface esta obligación, desaparece la necesidad de la hipoteca, que queda extinguida por ese solo hecho. Por el contrario, si el deudor no cumple oportunamente la obligación principal la ley faculta al acreedor para perseguir en la finca gravada el cumplimiento de aquella obligación. Con ese objeto; se concede al acreedor el derecho de hacer vender en pública subasta la finca hipotecada para que se pague con su producido. Ese derecho puede ejercitarlo aun cuando la finca gravada haya pasado al dominio de un tercero. Para hacer más eficaz el derecho que se concede al acreedor hipotecario se ha establecido que la hipoteca es una causal de preferencia para ser pagado, cuando concurren varios acreedores y los bienes del deudor no alcanzan a cubrirlos a todos.

170. El acreedor hipotecario tiene derecho a que con el producido de la finca gravada no solo se le pague la obligación principal sino también todos sus intereses y accesorios. Aun cuando la ley no establece este principio de un modo expreso, como lo hemos manifestado al hablar de la especialidad de la hipoteca en cuanto al crédito, se deduce él de diversas disposiciones del Código Civil. Nuestro Código no ha seguido en esta materia a las legislaciones extranjeras que consagran uniformemente la regla de que la hipoteca solo garantiza la obligación principal y los intereses correspondientes a tres años. Sin embargo, el legislador chileno ha limitado la cantidad máxima a que puede extenderse, en razón de intereses y accesorios, la obligación principal. El art. 2431 del Código Civil, dispone categóricamente que en ningún caso la hipoteca puede extenderse a más del duplo del valor conocido o presunto de la obligación principal, de modo que el acreedor, en el mejor de los casos, solo tiene derecho a cobrar una suma equivalente al duplo del valor de su crédito. Con este precepto, como dice Goyena, de donde fue tomada la disposición a que hacemos referencia, se ha creído cautelar debidamente los intereses de los acreedores. Nos remitimos a lo dicho en el N.º 134.

171.

Las costas que se causen en la subasta de la finca hipotecada forman parte de los

accesorios de la deuda ideben ser pagadas, en consecuencia, con el producido de la subasta. Volveremos sobre esta materia al tratar de la accion contra los terceros poseedores.

COSAS A QUE SE ESTIENDE LA HIPOTECA

172.

El acreedor hipotecario no sólo está facultado por la lei para ejercitar sus derechos en contra de la finca hipotecada sino tambien en contra de todas las cosas que, segun la misma lei, quedan afectadas a la hipoteca.

En jeneral, se puede decir, que la hipoteca se estiende:

- a) A todos los accesorios de la finca hipotecada; i
- b) A todos los aumentos i mejoras que sobrevengan a la finca hipotecada.

173.

a) *La hipoteca se estiende a los accesorios de la cosa gravada.*—El art. 2420 del C. C., dispone que: «*la hipoteca constituida sobre bienes raíces, afecta los muebles que por accesion a ellos se reputan inmuebles segun el art. 570; pero deja de afectarlos desde que pertenecen a terceros*».

Las cosas que adhieren permanentemente al suelo i las que están destinadas al uso, cultivo i beneficio de un inmueble quedan sujetas, al gravámen hipotecario. Naturalmente que para que la hipoteca afecte a esos bienes, se requiere que ellos sean de propiedad del dueño de la finca hipotecada. No debe creerse que por el hecho de quedar esos bienes afectos a la hipoteca se priva al dueño del goce de ellos; el propietario de la finca hipotecada conserva la plenitud de sus derechos, puesto que puede darlos, venderlos, arrendarlos, etc.; pero desde el instante mismo en que el acreedor intenta la accion hipotecaria esos bienes quedan inmovilizados i el propietario pierde la facultad de disponer de ellos.

La hipoteca afecta a esos bienes miéntras se encuentran en la finca gravada i es por esto que el artículo 2420 dispone que la hipoteca deja de afectarlos desde que pertenecen a terceros.

El gravámen hipotecario no solo se estiende a los bienes que se encontraban en la finca al tiempo de gravase sino a todos los muebles que con posterioridad se dediquen a su beneficio i cultivo.

174.

Debe tenerse presente,, sin embargo, que la venta que hace el dueño de esos bienes no estingue por sí sola los derechos de los acreedores hipotecarios; pues para que dejen de estar afectos a la hipoteca se necesita que los terceros hayan adquirido el dominio de esos bienes por medio de la tradicion.

175.

Los mismos principios se aplican a la hipoteca constituida sobre naves. El art. 8 de la lei respectiva prescribe, sobre el particular, que la hipoteca de una nave comprende, salvo convencion en contrario, el casco i quilla, los aparejos, maquinarias i accesorios.

176.

Las plantaciones, los árboles i las siembras quedan tambien afectas a la hipoteca, porque forman parte integrante del predio i son inmuebles, segun el art. 569 del C. C. 177. Por las mismas consideraciones los frutos naturales pendientes forman parte de la garantía del acreedor hipotecario. El acreedor no puede hacer valer sus derechos sobre los frutos percibidos, porque por la separacion dejan de estar afectos a la Hipoteca, aun cuando sean de propiedad del dueño del predio gravado. Esta interpretacion, por otra parte, se desprende del art. 570 del C. C. que hace referencia solamente al art. 570 que se refiere a los inmuebles por destinacion i no al art. 569 que se refiere a los árboles i frutos.

Sin embargo, desde que se intenta la accion hipotecaria, los frutos naturales quedan inmovilizados i sirven para pagar a los acreedores hipotecarios.

Si los frutos se venden ántes de que se perciban i la accion hipotecaria se intenta ántes de que se haga la tradicion de ellos, los acreedores hipotecarios pueden ejercitar sus derechos sobre dichos frutos, porque aun son de propiedad del dueño de la finca gravada.

178.

Por lo que respecta a los frutos civiles que produce la cosa hipotecada, cabe observar que, segun el art. 2422 del C. C. la hipoteca tambien se estiende a las pensiones devengadas por el arrendamiento de los bienes hipotecados. Segun esto, el acreedor hipotecario; al vencimiento de la obligacion, está facultado no solo para ejercitar sus derechos sobre la finca hipotecada sino tambien sobre los cánones de arrendamiento que se devenguen con posterioridad a la época en que se haya intentado la accion hipotecaria.

En cuanto a los efectos que producen respecto del acreedor hipotecario, las cesiones del derecho de percibir los cánones del arrendamiento de los bienes gravados i los pagos anticipados de esos mismos cánones nos remitimos a lo dicho en el 'Ni .0 167.

179.

El art. 2423 del C. C. a, la letra dice: «*La hipoteca sobre un usufructo o sobre minas i canteras no se estiende a los frutos percibidos ni a las sustancias minerales una vez separados del suelo*».

El lejislador ha necesitado disponer categóricamente que la hipoteca de un usufructo no se estiende a los frutos percibidos para poner de manifiesto, una vez mas, que el acreedor hipotecario no debe ejercitar sus derechos sobre los frutos de la cosa sino sobre el derecho mismo de usufructo, como lo dijimos en el N.º 33.

180.

La lei ha previsto también el caso de que la finca hipotecada se destruya estando asegurada i ha reglamentado los derechos que corresponden al acreedor hipotecario sobre las indemnizaciones debida por los aseguradores. A este respecto dispone el artículo 2422 del C. C. que «*la hipoteca se estiende a la indemnizacion debida por los aseguradores de los bienes hipotecados*». El art. 555 del C. de Comercio, consagra este

mismo principio en los términos siguientes: «la cosa que es materia del seguro es subrogada para el efecto de ejercitar sobre ésta los privilegios e hipoteca constituidas sobre aquélla».

Segun estos preceptos legales, los acreedores hipotecarios pueden cubrirse de los que se les adeuda con el valor del seguro. La indemnizacion que pagan los aseguradores reemplaza a la cosa hipotecada, i así se evita que el asegurado se beneficie, en perjuicio del acreedor, con la destruccion de la cosa.

181.

¿Los aseguradores de los bienes gravados están en la obligacion de pagar a los acreedores hipotecarios por el solo hecho de que hayan existido hipotecas sobre la cosa destruida o se necesita poner en conocimiento de los aseguradores esta circunstancia? La cuestion tiene bastante importancia práctica, porque si se admite la primera doctrina hai que llegar a la conclusion de que el pago hecho por el asegurador al dueño de la cosa destruida carece de valor legal i que el acreedor tendria derecho para exigir del asegurador la cantidad que le corresponde en razon de su hipoteca.

En nuestro concepto, esta doctrina debe prevalecer, porque de otro modo los preceptos del Código no tendrían aplicacion.

Los aseguradores deben saber que; por espresa disposicion de la lei, la cantidad asegurada reemplaza a la cosa hipotecada i que los acreedores hipotecarios pueden ejercitar sus derechos sobre las indemnizaciones debidas. La lei se presume conocida por todos, por cuya razon los aseguradores no podrian alegar ignorancia de esta situacion. Por otra parte, las inscripciones de las hipotecas en el Conservador de Bienes Raíces les permiten conocer perfectamente el estado de la propiedad hipotecada. Antes de hacer el pago, los aseguradores deben cerciorarse de si existen o no gravámenes hipotecarios constituidos sobre la cosa asegurada.

No puede sostenerse que debe notificarse al asegurador de la existencia del gravámen hipotecario, porque que en ninguna parte se exige esa formalidad. La cosa hipotecada por el solo ministerio de la lei es subrogada por la cantidad asegurada, de modo que la garantía continúa subsistiendo para los acreedores aun cuando ha cambiado de objeto.

Los acreedores hipotecarios ejercerán sus derechos sobre la indemnizacion debida por los aseguradores de los bienes gravados en la misma forma i en el mismo orden en que habrian podido hacerlo respecto de la finca.

En la práctica, para evitar toda cuestion sobre la materia de que nos ocupamos. se acostumbra ceder la póliza de seguro al acreedor hipotecario. Sin embargo, esta manera de proceder puede dar orijen a dificultades, sobre todo cuando existen varios acreedores hipotecarios.

182.

Las otras indemnizaciones a que pueda tener derecho el dueño de una cosa hipotecada, como ser en el caso de incendio de la cosa por culpa de un tercero, no están afectas al pago de la hipoteca. Aun cuando existen los mismos motivos para aplicar aquel principio, debe tenerse presente que el lejislador se ha referido únicamente a las

indemnizaciones debidas por los aseguradores de los bienes hipotecados, de modo que no ha querido establecer una regla jeneral sobre el particular.

183.

La hipoteca de una nave tambien se estiende, segun el art. 9 de la lei respectiva, a las indemnizaciones debidas a la nave por los aseguradores en caso de siniestro.

Por otra, parte, tratándose de la hipoteca de naves, el lejislador ha estendido éste principio a otros casos i ha prescrito que la hipoteca de la nave se estiende a las indemnizaciones debidas en razon de abordaje o averías.

184.

¿Los acreedores hipotecarios tendrán derecho a ser pagados con las indemnizaciones debidas por los aseguradores de los bienes, aun cuando sus créditos no sean exigibles? En nuestro concepto, la afirmativa nos parece mas fundada. Es cierto que el artículo 555 del C. de C. establece que la cosa hipotecada es subrogada por la cantidad asegurada, de modo que podria interpretarse ese precepto en el sentido de que las cosas permanecen en el mismo estado que tenían ántes de la destruccion de la cosa con la sola diferencia de que los acreedores ejercitarian sus derechos sobre una cosa diferente; pero no puede dársele esa interpretacion, porque a ello se opone, a nuestro juicio, el espíritu jeneral en que se inspira la institucion de la hipoteca. Los gravámenes hipotecarios solo pueden constituirse sobre bienes raices i sobre naves i si aceptamos el principio de que los acreedores hipotecarios no tienen derecho a ser cubiertos con las indemnizaciones debidas por los aseguradores de los bienes hipotecados miéntras sus créditos no se hagan exigibles, habrá que llegar a la conclusion de que la hipoteca puede existir sobre determinadas sumas de dinero. Sin duda alguna que ése no ha podido ser el espíritu que tuvo el lejislador al dictar los preceptos que estudiamos. En nuestro concepto, el lejislador ha querido que por el solo hecho de la destruccion de la cosa se hagan exigibles todos los créditos para que los acreedores puedan hacer valer sus derechos sobre las indemnizaciones debidas. Habrá que aplicar los mismos principios que rijen en el caso de las espropiaciones por causa de utilidad pública, puesto que se trata de situaciones mui semejantes.

Sin embargo, debe tenerse presente, que el deudor puede hacer uso del derecho que le concede el artículo 2427 del C. C., segun el cual está facultado para dar al acreedor un suplemento de hipoteca i es claro que, en ese caso, los acreedores no podrían ser pagados con las indemnizaciones debidas.

Los arts. 2422 del C. C. i 555 del C. de C., deben interpretarse en armonía con el art. 2427 del C. C. Este último precepto es una disposicion de carácter jeneral que no puede dejarse de aplicar aun cuando se trate de bienes asegurados, porque la lei no hace ninguna distincion sobre el particular.

185.

Naturalmente que la cesion de la póliza del seguro al tiempo de constituirse la hipoteca o el hecho de obligarse el deudor a asegurar los bienes hipotecados podrían considerarse como una renuncia del derecho que el art. 2427 del C. C. concede al deudor, es decir, podrian interpretarse en el sentido de que el deudor renuncia al derecho

de mejorar la hipoteca en caso de destruccion de la cosa. Segun ésto, los acreedores tendrian derecho a pagarse inmediatamente con las indemnizaciones debidas.

La lei sobre hipoteca de naves ha hecho una aplicacion de estos principios. Segun el art. 19, toda nave que se hipoteque en la Caja de Crédito Naval, deberá ser asegurada contra riesgos de mar por una suma no inferior al valor del préstamo acordado por la Caja. Ese seguro deberá ser mantenido durante toda la duracion del préstamo i las pólizas deberán ser cedidas en garantía a la Caja. En caso de pérdida parcial o total de la nave el seguro será exigible por la Caja por el solo hecho del siniestro. Como se ve, el deudor no puede impedir que la Caja de Crédito Naval ejercite sus derechos sobre el seguro, dando, con ese objeto un suplemento de hipoteca.

186.

La hipoteca se estiende tambien a la cantidad que se paga por la cosa hipotecada a consecuencia de haber sido espropiada por causa de utilidad pública. El C. de P. C. en los arts. 1096 i 1101 ha reglamentado la forma en que los acreedores hipotecarios pueden hacer valer sus derechos.

187.

b) *La hipoteca se estiende a todos los aumentos i mejoras de la cosa.*—La hipoteca se estiende, ademas segun el art. 2421 del C. C., a todos los aumentos i mejoras que recibe la cosa hipotecada.

Todos los aumentos que sobrevengan a la finca hipotecada i las mejoras que se introduzcan en ella, pasan a formar parte integrante de la propiedad gravada, de modo que es mui justo que tambien queden afectados por la hipoteca.

En primer lugar, la hipoteca se estiende a los aumentos que por accesion sobrevengan al predio hipotecado. La historia del establecimiento del precepto que estudiamos, confirma nuestra opinion. En los proyectos del Código Civil de los años 1841 i 1853 no se habla de aumentos i mejoras sino de accesiones i mejoras, de manera que se ve claramente que el lejislador ha tomado la palabra aumentos en el sentido de accesiones.

188.

La hipoteca constituida sobre una propiedad no se estiende, naturalmente, a los terrenos contiguos a ella i de los cuales se hace propietario el dueño de la finca, gravada, por compra u otro título. En este, caso se trata de predios diferentes aun cuando pertenezcan al mismo dueño. Por otra parte, esa doctrina iria en contra del principio de la especialidad que es el que domina toda esta materia. La convencion de las partes ha limitado la estension del gravamen hipotecario i la lei sólo permite que, por escepcion, la hipoteca se entienda a los aumentos que sobrevengan a la finca hipotecada independientemente de la voluntad del dueño.

189.

La estincion de los derechos reales constituidos sobre la cosa hipotecada aprovechan al acreedor hipotecario i deben ser considerados entre los aumentos de ella.

Sin embargo, como ya lo hemos dicho en el N.º 36, la renuncia del usufructo no

puede perjudicar a los acreedores hipotecarios que tienen constituidos gravámenes sobre el derecho de usufructo.

190.

Todas las mejoras que se hacen en la finca hipotecada quedan afectadas a la hipoteca. Así lo dispone expresamente el art. 2421 del C. C. Bajo la designación de mejoras se comprenden a todas las obras realizadas en la cosa hipotecada, ya sea por su dueño o por un tercero.

Las construcciones hechas por el deudor personal en la finca gravada, pasan a formar parte integrante del predio i quedan, por ese solo hecho, afectadas por la hipoteca.

El mismo principio rige cuando las mejoras se hacen por un tercer poseedor de la finca hipotecada: pero en ese caso, según el art. 2429 del C. C., el tercer poseedor que fuere privado de la finca hipotecada debe ser indemnizado por el deudor personal del valor de las mejoras.

DERECHOS QUE LA HIPOTECA CONFIERE AL ACREEDOR HIPOTECARIO

191.

El art. 2424 del C. C. dispone que: «*el acreedor hipotecario tiene para hacerse pagar sobre las cosas hipotecadas los mismos derechos que el acreedor prendario sobre la prenda*». I el artículo 2397. que establece los derechos del acreedor prendario prescribe que, «*el acreedor prendario tendrá derecho para pedir que la prenda del deudor moroso se venda en pública subasta para que con el producido se le pague, o que, a falta de postura admisible sea apreciada por peritos i se adjudique en pago hasta concurrencia de su crédito; sin que valga estipulación alguna en contrario i sin perjuicio de su derecho para perseguir la obligación principal por otros medios.*

Tampoco podrá estipularse que el acreedor tenga la facultad de disponer de la prenda o de apropiársela por otros medios que los aquí señalados».

El art. 2428 del . C. C. consagra el derecho de persecución, confiriendo al acreedor el derecho de perseguir la finca hipotecada, sea quien fuere el que la posea i a cualquier título que la haya adquirido.

Por último, los arts. 2470 i 2477, establecen que los acreedores hipotecarios tienen derecho a ser pagados preferentemente a cualquier otro acreedor que concurra con ellos.

De las disposiciones legales transcritas resulta que la hipoteca confiere al acreedor los siguientes derechos

1.º Derecho de pedir que la finca hipotecada se venda en pública subasta para que con su producido se le pague o que a falta de postura admisible se le adjudique en pago, previa tasación, hasta concurrencia de su crédito;

2.º Derecho de persecución, o sea, de perseguir la finca gravada, sea quien fuere el que la posea i a cualquier título que la haya adquirido, con el objeto de hacer efectivo el derecho a que nos hemos referido en el N.º 1; i

3.º Derecho de preferencia para ser cubierto de su crédito con el precio del remate.

Nos vamos a ocupar separadamente de cada uno de estos derechos para ver la

forma, en que deben ejercitarse i la manera cómo el lejislador los ha reglamentado.

EL ACREEDOR TIENE DERECHO PARA PEDIR QUE LA FINCA GRAVADA SE VENDA EN PÚBLICA SUBASTA I SE LE PAGUE CON SU PRODUCIDO

192.

Sin duda que este derecho i el de preferencia, constituyen la esencia de la institucion hipotecaria. El derecho de persecucion no es sino la forma de hacer efectivos aquellos dos derechos respecto de los terceros adquirentes de la finca hipotecada.

En el antiguo derecho romano; la hipoteca no conferia por sí sola al acreedor el derecho de pedir que la finca se vendiera en pública subasta para que con su producido se le pegara su crédito.

La única facultad concedida al acreedor era la de reclamar la posesion de la cosa en caso de que no se le satisficiera oportunamente su crédito (⁸³). La posesion de la finca no conferia ningun derecho real al acreedor i tenia por único objeto el hacer presion sobre, el dueño de ella para obligarlo a pagar la deuda.

Sin embargo, el dueño de la finca gravada podía conceder al acreedor, por medio del pacto de distrahendo, la facultad de hacerla vender i de pagarse con su producido. Se jeneralizó tanto el empleo de ese pacto, que se terminó por aceptar el principio de que en todo contrato hipotecario se entendia concedida al acreedor la facultad de vender la finca hipotecada.

Este derecho ha sido consagrado en forma mas o ménos ámplia en todas las lejislaciones modernas i puede decirse que él constituye la esencia, del derecho de hipoteca.

193.

Segun el art. 2397 a que se refiere el art. 2424 del C. C., el acreedor hipotecario tiene derecho para pedir que la finca del deudor moroso se venda en pública subasta para que con su producido se le pague; o que a falta de postura admisible, sea apreciada por peritos i se le adjudique en pago hasta concurrencia de su crédito, sin que valga estipulacion alguna en contrario.

El acreedor hipotecario no solo tiene esta facultad cuando la finca hipotecada se encuentra en poder del constituyente de la hipoteca sino tambien cuando ella ha pasado a poder de un tercero.

En esta parte, vamos a ocuparnos únicamente de los derechos que el art. 2397 del C. C. concede al acreedor hipotecario, sin estudiar el procedimiento que se debe seguir para hacer efectivo ese derecho, segun se trate del constituyente mismo o de un tercero. Trataremos de precisar el alcance que debe darse a ese precepto.

En nuestro concepto, la única forma en que él acreedor hipotecario puede hacer valer los derechos que resultan del contrato hipotecario, es la establecida en el art. 2397 del C. C., es decir, pidiendo que la cosa gravada se venda en pública subasta o que a falta de postura admisible se le adjudique en pagó, previa tasacion.

⁸³ Cuq. TOMO 2. P. 310.

El art. 2397 del C. C., concede al acreedor hipotecario los derechos siguientes:

1.º El derecho de pedir que la finca hipotecada se venda en pública subasta para que con el producido, se le pague; i

2.º El derecho de pedir que, a falta de postura admisible, sea apreciada por peritos i se le adjudique en pago, hasta concurrencia de su crédito.

El acreedor hipotecario necesariamente debe sujetarse a las prescripciones del art. 2397 del C. C., en el ejercicio de sus derechos, porque ese mismo precepto establece que no vale estipulación alguna en contrario i que tampoco puede estipularse que el acreedor tenga la facultad de disponer de la cosa hipotecada o de apropiársela por otros medios que los aquí señalados. La lei ha establecido la forma especial en que el acreedor hipotecario debe ser pagado con la finca gravada i no permite que ese pago se haga en una forma diferente, aun cuando el acreedor i el deudor quieran alterar lo dispuesto en el artículo 2397 del C. C.

Toda estipulación destinada a dejar sin aplicación el precepto del art. 2397 carece de valor.

Así, por ejemplo, sería nula la cláusula en que se estipulara que el acreedor, al vencimiento de la obligación, podía hacer vender la finca en venta privada o en virtud de la cual se le facultara para adjudicarse la cosa sin necesidad de tasación.

194. La prohibición impuesta por el legislador de que no valga ninguna estipulación contraria al artículo 2397 del C. C., no sólo se refiere a las estipulaciones que las partes puedan hacer en el mismo contrato hipotecario sino también a las que se hagan con posterioridad.

La cuestión no ofrece ninguna duda cuando las estipulaciones contrarias al art. 2397 del C. C. se hacen en el mismo contrato hipotecario. Las partes, por expresa voluntad del legislador, no pueden derogar el precepto del art. 2397 del C. C. Cualquiera. estipulación que se haga en el contrato hipotecario que tienda a dejar sin aplicación el art. 2397, no tiene ningún valor ni eficacia legal. Las partes no pueden privar al acreedor de la facultad de ejercitar los derechos que la lei le concede ni pueden tampoco alterar la forma en que esos derechos deben ser ejercitados. El art. 2397 del C. C. es bien explícito sobre el particular, pues dice categóricamente que no vale estipulación alguna en contrario i que tampoco puede estipularse que el acreedor tenga la facultad de disponer de la prenda o de apropiársela por otros medios que los aquí señalados.

La jurisprudencia de los Tribunales es uniforme en este sentido (⁸⁴).

195. El legislador ha dictado el precepto prohibitivo del art. 2397 del C. C., con el objeto de evitar que el deudor urjido por la necesidad, se vea obligado a aceptar todas las imposiciones del acreedor. Si se dejara en completa libertad a las partes contratantes, es claro que el acreedor exigiría siempre una estipulación en virtud de la cual la finca hipotecada pasara a su dominio por el solo hecho de no cumplirse la obligación al vencimiento del plazo. Esta situación iría en perjuicio evidente del deudor, porque el acreedor adquiriría la propiedad de la cosa gravada por un valor que no correspondería a

⁸⁴ *Gaceta*, 1914, Julio i Agosto, Pág. 785, S. 284.

su verdadero precio, puesto que jeneralmente el valor real de la garantía es mui superior a la cantidad a que asciende el crédito. Estas consideraciones han hecho que el lejislador tome medidas para proteger al deudor.

En el derecho romano esas estipulaciones, conocidas con el nombre de *lex commissoria*, solo fueron prohibidas por el Emperador Constantino; i los autores no están de acuerdo en el hecho de si únicamente se prohibieron las estipulaciones contenidas en el mismo contrato hipotecario o si tambien se prohibieron esas estipulaciones cuando se hacian con posterioridad al contrato (⁸⁵).

196.

Por lo que respecta a nuestra lejislacion, como ya lo hemos manifestado, el precepto del art. 2397 del C. C. se aplica tambien a las estipulaciones que se hacen entre el acreedor i el dueño de la cosa gravada con posterioridad a la constitucion de la hipoteca, aun cuando se hagan despues del vencimiento de la obligacion.

Los fundamentos que tenemos para pensar en esta forma son los siguientes:

En primer lugar, los propios términos del art. 2397 del C. C. dan ese precepto el carácter de una disposicion prohibitiva mui jeneral. En efecto, la lei establece que no vale «estipulacion alguna en contrario» i en el inciso 2.º se agrega que «tampoco podrá estipularse que el acreedor tenga la facultad de disponer de la prenda o de apropiársela por otros medios que los aquí señalados». Como el lejislador no ha hecho ninguna distincion, tampoco nos es lícito hacerlas a nosotros, de modo que el art. 2397 debe aplicarse en la forma amplia i jeneral en que se encuentra redactado. Por otra parte, debe tenerse presente, que las disposiciones legales trascritas se encuentran incorporadas al contrato hipotecario i subsisten durante toda su vijencia. La prohibicion establecida en el art. 2397 del C. C. forma parte de las cosas que pertenecen a la naturaleza del contrato de hipoteca, de manera que miéntras subsista dicho contrato no pueden alterarse en forma alguna los derechos i obligaciones que por él se crean, salvo que la lei disponga otra cosa. I es evidente que todo contrato subsiste hasta la estincion completa de las obligaciones a que ha dado oríjen, ya. que el contrato es la causa jeneradora de los derechos que se hacen valer. La aceptacion de la doctrina contraria permitiria que se burlaran las prescripciones prohibitivas impuestas por el lejislador, puesto que nada seria mas fácil a las partes que convenir, con posterioridad al contrato, en las estipulaciones prohibidas por la lei. En nuestro concepto, las partes no pueden destruir por su sola voluntad durante la subsistencia del contrato, lo que la lei prohíbe. El art. 2030 del C. C. a la letra dice: «No podrá obligarse al censuario a redimir el censo dentro de cierto tiempo. Toda estipulacion de esta especie se tendrá por no escrita». ¿Se podría sostener que con posterioridad a la constitución del censo, puede el censuario obligarse a redimir el censo dentro de cierto plazo? Segun el art. 2415 del C. C. el dueño de los bienes gravados con hipoteca podrá siempre enajenarlos o hipotecarlos, no obstante cualquiera estipulacion en contrario. ¿Habrà que interpretar ese precepto en el sentido de que él solo se refiere a las estipulaciones contenidas en el contrato hipotecario i no a las que se hagan con posterioridad?

⁸⁵ Troplong, *Du Nantissement*, T. 16. P. 368. N.º 386 i sig.

El art. 2031 del C. C. prescribe: «No vale en la constitucion del censo el pacto de no enajenar la finca acensuada, ni otro alguno que imponga al censuario mas cargas que las espresadas en este título. Toda estipulacion en contrario se tendrá por no escrita: «A pesar de que esta disposicion se refiere claramente a las estipulaciones hechas en el acto constitutivo del censo, cabe preguntarse ¿podría el censuario, con posterioridad a la constitucion del censo, imponerse mas caras que las espresadas en el título correspondiente i podría obligarse a no enajenar la propiedad acensuada? Como ya lo hemos dicho, nosotros estimamos que las estipulaciones que la lei prohíbe que se hagan en el contrato que da oríjen a los derechos i obligaciones de que se trata, no pueden hacerse durante toda la subsistencia del contrato, a no ser que la misma lei prescriba que la prohibicion solo se refiere a aquellas estipulaciones.

El fundamento en virtud del cual se prohíben las estipulaciones hechas en el contrato hipotecario existe durante toda, la vijencia del referido contrato, porque, en realidad, el deudor hasta el momento del pago de la deuda queda en una situacion de dependencia con respecto a su acreedor. Es cierto que hai motivos mas poderosos para proteger al deudor al tiempo de celebrar el contrato hipotecario; pero eso no quiere decir, en manera alguna, que después de esa época se deba dejar al deudor entregado a su propia suerte. Como el deudor queda sometido al acreedor, es mui posible que aquél acepte todo lo que el acreedor le proponga para verse libre de las acciones que se puedan entablar en su contra.

El Código Civil alemán, que es la última palabra sobre esta materia, no ha llevado tan léjos, como lo hace nuestro Código, el principio contenido en el art. 2397 del Código Civil chileno; pero tampoco ha considerado que las únicas estipulaciones que deben prohibirse son las que se hacen en el acto constitutivo de la hipoteca. El art. 1149 del Código alemán dispone que: «Mientras el crédito no esté vencido, no podrá el propietario conceder al acreedor el derecho de exigirle la trasferencia de la propiedad del predio para pagar la deuda o de efectuar en cualquiera otra forma que la ejecucion forzosa, la enajenacion de la finca hipotecada». I al hablar de la, prenda se prescribe en el art. 1229 que: «Es nula toda convencion que tenga por objeto autorizar al acreedor prendario para que al vencimiento de la obligacion se apropie de la cosa empeñada o se la haga ceder siempre que esa convencion se haya pactado ántes de la existencia de las condiciones que autorizan al acreedor para proceder a la venta de la prenda». I por último el art. 1245 agrega que: «el propietario i el acreedor prendario pueden convenir en vender la prenda en una forma diversa de la indicada en los arts. 1234 i 1240; pero no puede renunciar a la observancia de los arts. 1235 (que establece que la prenda debe venderse en pública subasta) ántes de la realizacion de las condiciones necesarias para que el acreedor tenga derecho de exigir la venta de la prenda».

El lejislador alemán ha considerado que los fundamentos que justifican la prohibicion de esas estipulaciones en el contrato hipotecario subsisten durante la vijencia de ese contrato. Por otra parte, ha tratado de evitar que las estipulaciones prohibidas en el acto constitutivo de la hipoteca puedan burlarse por medio de convenios posteriores a ese contrato i por éso ha desconocido el valor legal de esas convenciones.

Si se admite la doctrina de que en nuestro Código Civil solo se prohíben las estipulaciones contenidas en el contrato hipotecario habrá que llegar a la conclusion de

que será válida cualquiera estipulacion que se haga con ese objeto con posterioridad al contrato de hipoteca. Como se comprende, esa circunstancia importaría en el hecho la derogacion del precepto prohibitivo del art. 2397 del C. C., porque las partes, con posterioridad a aquel contrato, harían las estipulaciones que fuere necesario para dejar sin aplicacion el citado precepto. En la práctica el contrato hipotecario se subordinaría a la celebracion de las convenciones posteriores con lo cual se habrían burlado los propósitos del lejislador. I no se diga, como lo ha dicho la Corte de Apelaciones de Santiago (⁸⁶), «que estas convenciones no podrían hacerse en los casos de hipoteca ya que ésta debe hacerse por escritura pública», porque eso es desconocer la forma en que proceden los prestamistas i los usureros, personas para las cuales son hechas precisamente las disposiciones que analizamos. Los usureros exigen que los contratos hipotecarios se hagan en la forma que ellos indican i no entregan las cantidades prestadas sino despues de estar inscrita la hipoteca en el Registro del Conservador, de modo que si se considerarán válidas las estipulaciones hechas con posterioridad al contrato hipotecario, es claro que no entregarían las sumas que iban a prestar sino despues de celebrar las convenciones necesarias para dejar sin efecto lo dispuesto en el art. 2397 del C. C. Los recursos de que se sirve la mala fe son innumerables i seguramente que se encontrarían numerosos procedimientos para burlar los preceptos leales. Estas consideraciones deben haber influido en el lejislacion al dictar la regla absoluta i jeneral contenida en la disposicion legal que estudiamos.

En apoyo de la tésis que defendemos pueden citarse todavía los arts. 2426 del C. C. i 934 del C. de P. C. La primera de las disposiciones citadas a la letra dice: «El dueño de la finca perseguida por el acreedor hipotecario podrá abandonársela, i miéntras no se haya consumado la adjudicacion podrá tambien recobrarla, pagando la cantidad a que fuere obligada la finca i ademas las costas i gastos que este abandono hubiere causado al acreedor». I el art. 934 del C. de P. C. agrega que: «Efectuado el abandono o el desposeimiento de la finca perseguida se procederá conforme a lo dispuesto en los arts. 2397 i 2424 del C. C., sin necesidad de citar al deudor personal». Este precepto del C. de P. C., como se desprende de su simple lectura, exige que la finca hipotecada abandonada por el dueño, debe subastarse en remate público de acuerdo con el art. 2397 del C. C. Resulta, entónces, que aun en el caso de abandono voluntario de la finca hipotecada, ella no puede adjudicarse en pago al acreedor por el solo hecho del abandono sino que se debe proceder a venderla en pública subasta, conforme al art. 2397 del C. C. En nuestro concepto, este solo argumento es suficiente para justificar la doctrina que hemos sostenido.

Algunos han impugnado la tésis que defendemos, diciendo que ella conduciría al absurdo de que el dueño de la finca hipotecada no podría trasferirla al acreedor sino por medio del remate o de la adjudicacion en pago, previa tasacion. Segun esa opinion, el dueño de la finca gravada habria sido privado de su derecho para donarla o venderla a su acreedor.

La doctrina sustentada por nosotros, en ningun caso puede llegar a esa conclusion, porque lo único que nosotros hemos sostenido, es que el acreedor hipotecario no puede

⁸⁶ Sent. 27 Dbre. 1917. Marfil con Vogouroux, sobre nulidad de remate.

ser pagado de su crédito con la cosa gravada sino cumpliendo con el art. 2397 del Código Civil. El dueño de la finca hipotecada puede disponer de ella en la forma que crea conveniente, ya que ninguna lei lo ha privado de ese derecho; pero el pago al acreedor solo puede hacerse en la forma determinada por el art. 2397 del C. C. El dueño de la cosa hipotecada podrá venderla al acreedor i con ese hecho quedará estinguido el gravámen hipotecario, pero si la venta no constituye sino una dacion en pago, es claro que el contrato adoleceria de nulidad absoluta por infraccion del art. 2397 del C. C. Los actos jurídicos, no se individualizan por el nombre que les dan las partes, sino que el conjunto de sus disposiciones determina su clasificacion. Las partes podrán denominar venta a la dacion en pago; pero el Tribunal llamado a conocer del asunto hará su verdadera clasificacion i cuando de los antecedentes resulte que se ha violado el precepto del art. 2397 del C. C. deberá declarar la nulidad de la convencion.

197.

Las Partidas manifiestan claramente que se ha querido prohibir toda estipulacion que tenga por objeto que el acreedor se quede con la cosa empeñada por un valor inferior al que realmente le corresponde. Por este motivo la Lei XII del Título XIII de la Partida V, despues de establecer las convenciones que no pueden verificarse tratándose del contrato de «peños» agrega: «Pero si el pleyto fuesse puesto de guissa, que si el peño non le quitase fasta dia cierto el que lo empeño, que fuesse suyo vendido, e del otro comprado, por tanto precio, quanto le apreciassen omes buenos; tal pleyto dezimos que valdria, assi como diximos en el Título de las promisiones, de los pleytos, e de las posturas, en la ley que fabla en esta razon».

Las leyes XLI i XLII establecen que «la vendida se debe fazer en el almoneda a buena fe e sin engaño» i por último la lei XLIV dispone: «El que tiene a peños alguna cosa de otri, non la puede el comprar, si la quissiere él vende. Fueras ende, si la comprasse el con otorgamiento, e con plazer de su señor della. E si de otra guisa la comprasse no valdria la vendida. Ca quando quien quier el Señor de la cosa le diesse su debda, tenuto seria de gela desamparar. Alas si por aventura, metiendo la cosa en el almoneda, el que la tomasse a peños no fallasse comprador, porque non gela quisiesse ninguno comprar o non osasse por miedo del señor della, o porque les ouiese el rogado que la non comprasse; entonces puede demandar al juez del logar, que le otorgue aquella cosa por suya, e el juez deulo fazer; catando toda via, quanto es el debdo, e quanto podría valer la cosa».

En nuestro concepto, esta lei resuelve la cuestion de que nos hemos estado ocupando, porque ella prohíbe al acreedor comprar la cosa empeñada que se ha puesto en remate. Debe observarse que, las Partidas exigen que «el peño» se venda en subasta pública, en «el almoneda», para pagar al acreedor i que a pesar de éso, se prohíbe que haga posturas en el remate. El acreedor no podía ser admitido como licitador en la subasta sino en el caso de que el dueño de la cosa consintiera en ello, por cuyo motivo estimamos que, segun la lejislacion de Partidas, el dueño de la cosa empeñada no podia dársela al acreedor en pago de su crédito por el valor que aquél creyera conveniente.

García Goyena refiriéndose a la lejislacion de Partidas a la letra dice: «El Derecho Romano, copiado en el Título 13, Partida 5, fué mui minucioso i hasta sutil en este punto.

Distingúanse los casos de haberse pactado la facultad de vender, la de no vende, i el de haberse callado sobre esto; en los dos últimos eran diversos los plazos para la venta; en el primero se guardaba lo convenido: en todos tres la *venta debia hacerse en almoneda pública*, leyes 41 i 42, Título 13, Partida 5, que no dicen judicial».

«El acreedor no podia comprar la prenda sin consentirlo el deudor; pero no habiendo comprador, podia pedir al juez que se le adjudicase en pago i el juez debía hacerlo, segun el importe de la deuda i el valor de la prenda » (⁸⁷).

El art. 2424 del C. C., segun las Notas de don Andres Bello, fué tomado del art. 1806 del Proyecto de Goyena, que a su vez se refiere al art. 1775 que a la letra dice: «El acreedor no puede apropiarse la cosa recibida en prenda, ni disponer de ella aunque así se hubiere estipulado...» I comentando esta disposicion se establece lo siguiente: «Nuestro artículo conforme con los extranjeros citados, prescinde de casos, *i la prohibicion absoluta de vender no variará su disposicion* aunque yo entiendo que la limitada a cierto tiempo debe guardarse. Pero nada concede en ninguno de ellos a la autoridad privada del acreedor: la venta o la adjudicacion deben ser judiciales. Ciertamente es que se ha opuesto el inconveniente de dirigirse *siempre* a la justicia para la venta de una prenda que sea algunas veces de mui corto valor i hasta se han indicado que se hicieran excepciones. Pero ¿cómo se podria establecerlas i qué límites se les fijarla? El importe de la deuda no da idea alguna del valor de la prenda; i por otra parte, ¿cuánto no se abusarla de la escepcion?

Si el principio es bueno, debe ser admitido sin restriccion, i solamente se ha de proveer a que el recurso a la justicia sea sencillo i poco dispendioso».

I mas adelante el mismo autor agrega «que la subasta judicial (porque judicial ha de ser siempre) es el *único medio posible para evitar fraudes i confabulaciones* i alzarel precio de la cosa» (⁸⁸).

Basta lo espuesto para convencerse de que en el Proyecto de Goyena que se tuvo presente al redactar el precepto que analizamos, se establecia que la única forma en que el acreedor podia ser pagado de su crédito con la cosa dada en prenda era la subasta judicial de ella.

198.

Aun cuando el art. 2397 del C. C. fué tomado de Pothier no puede invocare la lejislacion francesa para sostener que la prohibicion que en él se establece solo se refiere a las estipulaciones que se hagan en el mismo contrato hipotecario, porque, como vamos a demostrarlo, nuestro Código modificó en esa parte a aquella lejislacion.

El art. 2078 del Código frances, dispone que: «El acreedor no puede, a falta de pago, disponer de la prenda; pero puede solicitar judicialmente que le sea adjudicada en pago i hasta concurrencia de su crédito, previa su tasacion por peritos, o que sea vendida en pública subasta.

⁸⁷ Tomo 4. P. 177.

⁸⁸ Tomo 4. P. 178.

Toda cláusula que autorice al acreedor para apropiarse de la prenda o para disponer de ella sin las formalidades ántes prescritas, es nula ».

Nuestro Código no habla de cláusula sino de estipulación, de modo que es más genérico que el Código francés. Los autores franceses se fundan en el empleo de la palabra «cláusula» para sostener que las estipulaciones prohibidas por la ley son las que se hacen en el contrato mismo i no las que se hacen con posterioridad a él, puesto que se trata de una disposición prohibitiva que debe ser interpretada en forma restrictiva. La redacción de este artículo dió origen en Francia a vivas controversias i, puede decirse, que los autores no están de acuerdo en la manera de interpretar ese precepto, sobre todo en la determinación, de las cláusulas que quedan comprendidas en la prohibición de la ley.

El Código Civil chileno quiso concluir con esas diversas interpretaciones i, por esa razón, consagró, una disposición absoluta i jeneral, en virtud de la cual estableció que la única forma en que el acreedor podía pagarse de su crédito con la finca gravada era cumpliendo con las formalidades que se prescriben en el art. 2397 del C. C. Con ese objeto, dispuso que cualquiera estipulación que tendiera a dejar sin aplicación el precepto citado sería nula. La frase «sin que valga estipulación alguna en contrario» así lo demuestra. Aun más, en el inciso 2 se refuerza la doctrina sustentada en el inciso 1.º i se agrega que «tampoco podrá estipularse que el acreedor tenga la facultad de disponer de la prenda o de apropiársela por otros medios que los aquí señalados».

Se ha pretendido desvirtuar el argumento de la diversa redacción del art. 2397 del Código Civil chileno i del artículo correspondiente del Código francés, sosteniendo que los términos, estipulación i cláusula son sinónimos; pero no necesitaremos de mucho trabajo para demostrar la inexactitud de esa afirmación.

El Diccionario de la Real Academia Española define la palabra cláusula diciendo: «Cada una de las disposiciones de un contrato, tratado, testamento o cualquiera otro documento análogo, público o privado». El mismo Diccionario define la estipulación del modo siguiente: «Convenio verbal. Promesa que se hacía i aceptaba verbalmente, según las solemnidades o fórmulas prevenidas por derecho. Nuestras leyes patrias han abolido esas fórmulas, declarando eficaces todas las promesas serias i honestas».

Basta leer las dos definiciones para convencerse que los términos, cláusula i estipulación no son sinónimos. El Diccionario Jurídico de Escriche es más claro todavía i da a conocer perfectamente bien las diferencias que existen entre estos dos términos. «Cláusula, dice Escriche, es una disposición que hace parte de un tratado, edicto, convención, testamento i cualquiera otro acto o instrumento público o privado». I la estipulación «es la promesa que se hace jurídicamente según las solemnidades i fórmulas prevenidas por derecho; o bien, un contrato unilateral por el que respondiendo uno congruentemente a la, pregunta de otro le concede o le otorga la cosa o hecho que le pide, quedando por ello obligado a cumplirlo». En la página 652 se lee: «Estipular: contratar o pactar mutuamente sobre alguna materia; i aceptar uno lo que otro le promete en cierta forma jurídica i solemne, es decir, por pregunta i respuesta, o bien sin esta formalidad. Estipular se opone a prometer: el que pregunta a otro si quiere darle o hacerle tal cosa, se dice que estipula; i el que responde accediendo a dar o hacer lo que se le

pide, se dice promete. De aquí es *que la convencion* que resulta de la pregunta i respuesta puede llamarse indiferentemente estipulacion o promesa».

De lo espuesto se desprende con toda claridad que no es lo mismo cláusula que estipulacion i que este último vocablo es mucho mas estenso que aquél. Se estipula cuando se conviene en algo, de modo que bien puede decirse que estipular es lo mismo que contratar. El art. 1449 del C. C. es la prueba mas elocuente de lo que estamos sosteniendo, pues dispone que «cualquiera puede estipular a favor de una tercera persona, aunque no tenga derecho para representarla; pero solo esta tercera persona podrá demandar lo estipulado i miéntras no intervenga su aceptacion espresa o tácita, es revocable *el contrato* por la sola voluntad de las partes que concurrieron a él».

Por otra parte, es necesario reconocer que en los casos en que la lei prohíbe que se estipule alguna cosa en un contrato, tampoco permite que miéntras subsista la convencion pueda ella alterarse en esa parte, a ménos que claramente el lejislador haya querido limitar su prohibicion al momento de celebrar el contrato mismo. La aceptacion de la doctrina contraria importaria la violacion de todos los preceptos prohibitivos.

Por todas las consideraciones anteriores estimamos que el art. 2397 del C. C., es un precepto de carácter prohibitivo que establece de un modo jeneral que el acreedor no puede pagarse de su crédito con la cosa hipotecada o empeñada sino cumpliendo con los trámites exigidos por la lei, aun cuando el deudor con posterioridad al contrato hipotecario, lo haya autorizado para proceder en otra forma (⁸⁹).

199.

De la interpretacion que hemos dado al artículo 2397 del C. C. se deduce que para que la cosa gravada pueda ser adjudicada válidamente al acreedor a falta de postura admisible, se requiere que previamente sea apreciada por peritos. La tasacion pericial es, en consecuencia, un requisito esencial para la validez de la adjudicacion.

200.

Desde la última reforma del C. de P. C. esta cuestion no puede presentarse en el caso de que la finca hipotecada se encuentre en poder del deudor personal, porque segun el art. 508 de dicho Código, la subasta debe verificarse tomando por base la tasacion que figura en el rol de avalúos que esté vijente para los efectos de la contribucion de haberes.

201.

No sucede lo mismo cuando se trata de fincas que han pasado a poder de terceros poseedores o de naves hipotecadas. En esos casos, el art. 2397 rije en toda su amplitud i la adjudicacion al acreedor debe ser hecha previa tasacion, cuando no ha habido postores en el remate.

Por lo que respecta a las naves, cabe observar que el art. 508 del C. de P. C. no les es aplicable por cuanto la tasacion de las naves no figura en el rol de avalúos para los

⁸⁹ R. D. J. Año XIV. N.º 7 i 8. Pág. 361; Año VIII. Sec. II. Pág. 52; Año VII. Sec. I. Pág. 304; Año VI. Sec. II. Pág. 73. En sentido contrario véase la sent. de 27 de Diciembre de 1917 de la Corte de Apelaciones de Santiago recaida en el juicio de Marfil con Vogouroux.

efectos de la contribucion de haberes ni se refiere a ellas el citado art. 508 del C. de P. C.

Tampoco se aplica el art. 508 del C. de P. C. en el caso de que la finca se encuentre en poder de un tercer poseedor, porque el legislador ha dictado disposiciones especiales para esa situacion. Nos ocuparemos de ellas al tratar de la accion de desposeimiento.

202.

La omision de la tasacion pericial, en los casos a que hemos hecho referencia, produce la nulidad de la adjudicacion hecha al acreedor hipotecario a falta de postura admisible.

La nulidad de ese acto puede alegarse en forma de juicio ordinario i la accion para demandar esa nulidad prescribe en el plazo de treinta años. Se ha sostenido, sin embargo, que la nulidad de la adjudicacion por falta de la tasacion pericial solo puede alegarse dentro del mismo juicio en que ha tenido lugar la subasta de la cosa hipotecada. Esta doctrina no nos parece aceptable.

La cuestion tiene bastante importancia práctica debido al aumento considerable de valor que puede haber experimentado la finca hipotecada durante el tiempo trascurrido despues de la adjudicacion.

La subasta pública es; sin duda alguna, un acto jurídico en el cual deben observarse todas las formalidades prescritas por la lei. No solamente deben aplicarse a ella las reglas establecidas en el Código Civil para las ventas comunes, sino tambien los preceptos especiales del procedimiento de apremio del juicio ejecutivo que figuran en el C. de P. C. La tasacion es uno de los requisitos exigidos por este Código para que se verifique el acto de la subasta. En nuestro concepto, la tasacion pericial participa de los caracteres de requisito de un acto jurídico i de trámite i actuacion de un juicio, de manera que debe ser contemplada desde esos dos aspectos. El juicio ejecutivo, que tiene por objeto el cumplimiento de las obligaciones, se compone de dos partes: del procedimiento propiamente ejecutivo i del procedimiento de apremio. Esta última parte, aun cuando no es un juicio en el sentido propio de la palabra, forma parte del juicio ejecutivo i todos los trámites necesarios para la realizacion de los bienes se hacen con intervencion de las dos partes: del ejecutante i del ejecutado. El art. 508 del C. de P. C. es una prueba elocuente de lo que estamos diciendo, porque el inciso 1.º concede al ejecutado el derecho de pedir una nueva tasacion i el inciso penúltimo habla de que la tasacion se ponga en conocimiento de las partes.

Por estas consideraciones estimamos que el trámite de la tasacion puede renunciarse, i de hecho se entiende renunciado, cuando no se intentan los recursos que proceden en contra, de las resoluciones que ordenan proceder a la subasta o a la adjudicacion, sin observar los trámites exigidos por la lei. Sin embargo, estos principios no pueden aplicarse a las adjudicaciones hechas a los acreedores hipotecarios a falta de postura admisible, porque la lei prohíbe en el artículo 2397 del C. C. la renuncia de la tasacion pericial i dispone que es nula la adjudicacion que se hace sin esa formalidad. No puede invocarse en contra, de la doctrina, que sostenemos la escepcion de cosa juzgada, porque en ámbos casos se trata de acciones diversas. Por otra parte, la cosa juzgada tiende a evitar que existan dos fallos diferentes sobre la misma cuestion i en el caso que estudiamos no podria invocarse esa circunstancia, puesto que en el juicio ejecutivo se ha

discutido la procedencia o improcedencia de la accion del acreedor i en el juicio de nulidad de una adjudicacion se persigue la nulidad de un acto contractual realizado a consecuencia de un juicio ejecutivo.

La jurisprudencia casi uniforme de los Tribunales ha consagrado la doctrina de que la omision de la tasación pericial debe alegarse dentro del mismo juicio, cuándo se trata de un juicio ejecutivo ordinario (⁹⁰) i por el contrario, cuando se trata de una, adjudicacion hecha, a un acreedor hipotecario, a falta de postura admisible, la omision de la tasacion pericial produce la nulidad de la adjudicacion i puede ser alegada en forma de juicio ordinario (⁹¹).

203.

El acreedor hipotecario puede adquirir la finca hipotecada en la subasta pública que se haga de ella, puesto que el art. 2398 del C. C. que tambien debe aplicarse a la hipoteca, dispone que a la licitacion de la prenda pueden concurrir el acreedor i el deudor. En nuestro concepto, la, aplicacion de ese precepto al caso en cuestion no nos parece dudosa. Segun el artículo 2407 del C. C., la, hipoteca es un derecho de prenda, constituido sobre inmuebles, de modo que todas las disposiciones relativas al contrato de prenda que no sean incompatibles con la hipoteca se le deben aplicar a esta última. El art. 2424 del C. C. confirma aun mas esta interpretacion, puesto que prescribe que el acreedorhipotecario tiene para hacerse pagar sobre las cosas hipotecadas los mismos derechos que el acreedor prendario sobre la prenda. Los fundamentos que ha tenido en vista el lejislador al dictar el precepto del art. 2397, no se vulneran con el hecho de que el acreedor haga posturas en la subasta: el lejislador exige que la cosa hipotecada se venda en pública subasta para que se obtenga por ella su verdadero valor i ese objeto se llena cumplidamente con la subasta a pesar de que a ella concurra el acreedor. El art. 2424 del C. C. fue tomado del Proyecto de Goyena que, a su vez, se refiere al art. 1775 que trata de la prenda. En el comentario correspondiente a, ese precepto dice el citado autor: «Segun la lei 44, título 13, Part. 5, el acreedor no podia ser admitido como licitador en la subasta: lo mismo dispone la lei 10, título 29, libro 8 del Código, fundada en la sutileza sibi negotium gerat alienasse non videtur; nuestro artículo no lo prohíbe, i en ésto se consulta igualmente el interes del acreedor i del mismo deudor: la subasta pública i judicial (porque judicial ha de ser siempre) es el único medió posible para evitar fraudes i confabulaciones i alzar el precio de la, cosa» (⁹²).

Una de las Salas de la Corte de Apelaciones, de Santiago ha consagrado esta doctrina en uno de sus últimos fallos (⁹³).

⁹⁰ R. D. J. Tomo XI, 1904, P. 206; Gac. 1913, Pág. 903, S. 287; Gac. 1912, T. I, P. 608; S. 1907; 1907, T. II P. 1021. La Excm. Corte Suprema en sent. de 9 de julio de 1919 en juicio Navarro con Finat i que lleva la firma de los señores Salas, Moreno, Silva, de la Cruz, Figueroa i Castillo se pronunció en el mismo sentido.

⁹¹ R. D. J. Año XIV, N.º 7 i 8, Pág. 361. R. D. J. Año VIII 1911, Sec. II, Pág. 52. R. D. J. Año VII 1910, Sec. I, Pág. 304. R. D. J. Año VI 1908, Sec. II, Pág. 73. R. D. J. Año IV 1906, Sec. I, Pág. 373 (Votos disentes). En sentido contrario Sent. de 27 de Dbre. 1917 de la Corte de Apelaciones de Santiago, en juicio Marfil con Vigouroux Y, publicada en «Las Últimas Noticias».

⁹² Tomo 4. P, 178.

204.

El art. 2397 del C. C. no exige el trámite de la tasación cuando la adjudicación de la finca hipotecada se hace al acreedor a consecuencia de las posturas que ha hecho en el remate, de manera que para determinar la validez de esas adjudicaciones, debe recurrirse al C. de P. C.

205.

Además de la acción que tiene el acreedor hipotecario para hacer vender la finca hipotecada y pagarse con su producido, la ley le concede también una acción personal en contra de los otros bienes del deudor. El art. 2425 del C. C. dispone que *«el ejercicio de la acción hipotecaria no perjudica a la acción personal del acreedor para hacerse pagar sobre los bienes del deudor que no le han sido hipotecados; pero aquélla no comunica a ésta el derecho de preferencia que corresponde a la primera»*.

De lo dicho resulta que el acreedor hipotecario puede intentar indistintamente cualquiera de las acciones que la ley coloca en sus manos y que no es necesario que se persigan primero los bienes hipotecados. La acción personal que se concede al acreedor, no nace del derecho de hipoteca, sino que ella se deriva de la obligación misma, ya que según el art. 2465, toda obligación personal da al acreedor el derecho de pedir su ejecución sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor. Por este motivo, la ley dispone que la acción hipotecaria no comunica a la acción personal el derecho de preferencia que corresponde a la primera, de modo que cuando el acreedor persigue para el pago de sus créditos bienes distintos de los que le han sido hipotecados, no tiene más derechos que los de un simple acreedor común. Nuestro Código no ha seguido en esto al Código francés que en el art. 2209 dispone que el acreedor no puede perseguir la venta de los bienes que no le han sido hipotecados sino en el caso de que los bienes hipotecados sean insuficientes:

El acreedor hipotecario que persigue el pago de su crédito del deudor personal, que es todavía dueño de la finca gravada, no está obligado a pagarse única y exclusivamente con ella: puede embargar otros bienes distintos de los hipotecados y cuando los bienes gravados sean insuficientes para responder de la deuda, nada se opone a que además de esos bienes se embarguen otros. Todo esto es consecuencia del art. 2425 del C. C.

La cuestión no ofrece ninguna dificultad cuando la propiedad gravada permanece en poder del deudor personal, porque en ese caso, la acción hipotecaria se confunde con la acción personal. No sucede lo mismo cuando la finca hipotecada ha pasado por cualquier causa a poder de un tercero. Es evidente que según el art. 2425, el acreedor puede perseguir el pago de su crédito indistintamente del deudor personal o del tercero, sin que éste tenga derecho a que se persiga primero al deudor personal, pero ¿podrían intentarse las dos acciones conjuntamente? No podría oponerse por el que hubiera sido demandado últimamente la excepción de litispendencia? En nuestro concepto el art. 2425 resuelve la cuestión en el sentido de que la acción personal contra el deudor directo y la acción hipotecaria contra el tercer poseedor son distintas, de modo que no es procedente la excepción de litispendencia. Para que proceda esta excepción es

⁹³ Gac. 1914. Julio y Agosto. Pág. 1001, Sent. 255.

necesario que exista entre las mismas partes un juicio sobre el mismo asunto, cosa que no ocurre en el caso que analizamos. En efecto, mientras la accion personal se intenta en contra del deudor directo, la real hipotecaria se intenta en contra del tercer poseedor. La accion personal nace de la deuda misma i persigue inmediatamente el pago de ella; la accion hipotecaria contra el tercer poseedor nace del contrato accesorio de hipoteca; si el dueño de la finca no paga la deuda o no efectúa el abandono de la propiedad en el plazo señalado por la lei procede en su contra la accion de desposeimiento i no la accion que se deriva de la deuda misma.

El lejislador, en lugar de impedir que estas dos acciones puedan intentarse conjuntamente, dispone espresamente en el art. 2425, que «el ejercicio de la accion hipotecaria no perjudica a la accion personal del acreedor para hacerse pagar sobre los bienes del deudor que no le han sido hipotecados.»

Los Tribunales de justicia han resuelto la cuestion en la misma forma (⁹⁴).

206.

De todo lo expuesto resulta que el acreedor hipotecario tiene dos acciones para hacerse pagar: la accion personal en contra del deudor directo i la accion real hipotecaria, que se dirige directamente en contra de la finca gravada cualquiera que sea su dueño. El contrato de hipoteca da oríjen a la accion hipotecaria, que como ya hemos dicho, tiene por objeto pedir que la finca hipotecada se venda en pública subasta para que con su producido se pague al acreedor o que a falta de postura admisible se le adjudique en pago, previa tasacion. Nos corresponde estudiar ahora la naturaleza de esta, accion i la forma en que debe ejercitarse.

207.

Es importante determinar la naturaleza de esta accion para establecer el Tribunal que debe conocer del juicio en que el acreedor haga valer sus derechos.

En nuestro concepto, la accion hipotecaria es una accion real inmueble, a pesar de que no han faltado opiniones en sentido contrario.

El carácter real de la accion hipotecaria no puede desconocerse, pues el art. 577 del C. C. establece que los derechos reales dan oríjen a acciones reales.

En cuanto al carácter de inmueble que hemos dado a la referida accion hipotecaria, cabe aplicar el artículo 580 del C. C. que a la letra dice: «Los derechos i acciones se reputan bienes muebles o inmuebles segun lo sea la cosa en que han de ejercerse o que se deba. Así el derecho de usufructo sobre inmueble es inmueble. Así la accion del comprador para que se le entregue la finca comprada es inmueble; i la accion que ha prestado dinero para que se le pague, es mueble».

Segun esta clasificacion es claro que la accion hipotecaria es una accion inmueble, porque ella se ejercita sobre un inmueble. Se dice, sin embargo, que debe ser considerada de la misma naturaleza de la acción que se deriva de la obligacion principal, de modo que como ésta jeneralmente consiste en la deuda de una cantidad de dinero que da oríjen a una accion mueble, debe participar tambien la acción hipotecaria del

⁹⁴ R. D. J. Año III. 1906. Sec. II. Páj. 39. R. D. J. Año III. 1916. Sec. II. Páj. 12.

mismo carácter. Ya no necesitamos insistir sobre lo que tantas veces hemos dicho acerca de que la hipoteca, aunque obligación accesorio, conserva su fisonomía propia, independiente i distinta de la obligación principal. La acción hipotecaria se deriva del contrato de hipoteca i, aunque con ella se persigue el cumplimiento de la obligación principal, no debe olvidarse que ella se ejercita sobre un inmueble sin consideración a determinada persona. Las acciones son los medios concedidos por la ley para hacer valer en juicio los derechos; de donde resulta que la acción hipotecaria es el medio concedido por la ley para hacer valer el derecho de hipoteca, en virtud del cual puede pedirse que la finca hipotecada se venda en pública subasta para que con su producido se le pague. El acreedor que intenta la acción hipotecaria no ejercita la acción que procede de la deuda misma sino la que proviene del contrato de hipoteca i como ésta se ejercita directamente sobre la finca gravada, es claro, que según el art. 580 del Código Civil debe ser considerada como inmueble (⁹⁵).

208.

La acción hipotecaria debe ser intentada en contra del actual poseedor de la cosa, de modo que si ella pertenece a varios, el acreedor debe ejercitar su acción en contra de todos los poseedores. La Excm. Corte Suprema ha dicho sobre el particular:

«Que consecuente con la naturaleza jurídica de la hipoteca, el art. 1526 determina que el « obligado a prestarla, el responsable de la acción hipotecaria sea el poseedor de la totalidad « de la cosa hipotecada o de la parte de ella sobre la cual el acreedor ejercita su i su « derecho, de donde se deduce que, siendo varios los que poseen la cosa, todos ellos son « igualmente responsables de dicha acción i « contra todos ellos debe el acreedor dirigirla, a no ser que se hubiera estipulado la « indivisibilidad de la obligación, aspecto este último en el cual las partes no han colocado « la cuestión» (⁹⁶).

209.

La acción hipotecaria, que tiene por objeto pedir que la finca gravada se venda en pública subasta para que con su producido se pague al acreedor, puede intentarse en contra del deudor directo que es dueño de la propiedad hipotecada o en contra del tercer poseedor a quien ha pasado por cualquier causa su dominio. Nos vamos a ocupar del modo cómo se ejercita esta acción en contra de cada uno de ellos.

⁹⁵ Gac. 1894. S. 1761. P. 157.

⁹⁶ Rev. D. J. Año XIV. N.º 5 i 6. P. 302.

CAPITULO VIII. Formas en que el acreedor hipotecario ejercita sus derechos

PARTE I.LA ACCION HIPOTECARIA EN CONTRA DEL DEUDOR PERSONAL

210.

La accion hipotecaria cuando se ejercita en contra del deudor directo, se confunde con la accion personal que procede de la obligacion principal. El Código de Procedimiento Civil; que es el que reglamenta la forma de hacer valer los derechos en juicio; no señala un procedimiento especial para ejercitar la accion hipotecaria en contra del deudor personal, por cuya razon habrá que aplicar las reglas jenerales. La Corte de Apelaciones de Valparaiso, ántes de la vijencia del C. de P. C., estimó que el ejercicio del derecho del acreedor hipotecario no estaba sometido sino a los trámites indicados en el art. 2397 del C. C., de modo que bastaba pedir al juez que autorizara la venta i que ésta se hiciera en pública subasta para que se cumpliera con lo prescrito en ese precepto legal (⁹⁷). Esta doctrina, como se comprende, no tiene ningun asidero legal, porque el C. C. sólo determina los derechos que las partes adquieren en cada contrato i es el C. de P. C. el que establece la manera de ejercitar esos derechos.

El acreedor no podrá ejercitar los derechos que le confiere la lei sino despues que el

⁹⁷ Sent. 1743. Pág. 151. Gac. 1802. T. 2.

deudor esté constituido en mora, según lo dispone el art. 2397 del Código Civil i en todo caso necesita acreditar la existencia de la obligación principal, porque sin ella no puede existir la hipoteca. No basta la existencia del contrato hipotecario para que el acreedor pueda intentar su acción, porque, como se sabe, la hipoteca es una obligación accesoria que supone la existencia de una obligación principal. Ahora bien, como la obligación principal puede otorgarse en instrumento privado o puede suceder que el contrato hipotecario, sea anterior a la obligación principal, es claro que para hacer valer los derechos que proceden del contrato hipotecario habrá que probar previamente la existencia de aquella obligación.

Por esta razón, no siempre el acreedor hipotecario podrá servirse del procedimiento ejecutivo para ejercitar su acción en contra del deudor personal. Para que pueda iniciarse el procedimiento ejecutivo, se necesita que la obligación conste de un título que lleve aparejada ejecución, según el art. 456 del C. de P. C. i aun cuando la hipoteca siempre debe otorgarse en escritura pública, puede ocurrir que la obligación principal, sin la cuál aquélla no puede existir, no aparezca acreditada en la forma que exige el Código de Procedimiento Civil para que proceda la ejecución. Así sucede, por ejemplo, cuando se trata de una hipoteca para garantizar el pago de una cuenta corriente bancaria. En ese caso, el acreedor hipotecario debe acreditar previamente el monto a que asciende la obligación principal para proceder ejecutivamente en contra del inmueble hipotecado.

Una vez acreditada la existencia de la obligación principal, podrá procederse ejecutivamente en contra del deudor personal. Vemos, pues, que la acción hipotecaria cuando se intenta contra el deudor directo, se confunde con la acción personal que procede de la deuda misma.

PARTE II. LA ACCION HIPOTECARIA EN CONTRA DEL TERCER POSEEDOR.—EL DERECHO DE PERSECUCION

211.

El derecho de persecución puede definirse, diciendo que es la facultad concedida al acreedor hipotecario para perseguir la finca hipotecada sea quien fuere el que la posea i a cualquier título que la haya adquirido. El art. 2428 del C. C. consagra este derecho en los siguientes términos: «*La hipoteca da al acreedor el derecho de perseguir la finca hipotecada sea quien fuere el que la posea i a cualquier título que la haya adquirido*».

Como la ley estableció de un modo categórico que el dueño de los bienes gravados con hipoteca puede enajenarlos, no obstante cualquiera estipulación en contrario, tuvo que consagrar también el derecho de persecución para que el acreedor pudiera ejercitar sus derechos aun en el caso de que la fincapasara a poder de un tercero. El derecho de persecución, en realidad, no es sino la manera de hacer efectivo el derecho de hipoteca, respecto de los adquirentes de la finca gravada. Por medio de él se obtiene que se venda en pública subasta la propiedad hipotecada, que se encuentra en poder de un tercero, para que con su producido se pague al acreedor.

212.

El derecho de persecución se ejercita en contra de los terceros poseedores de la finca hipotecada. Mientras la finca pertenezca al deudor personal no tiene razón de ser él

derecho de persecucion, porque el acreedor puede perseguir el pago del crédito en todos los bienes del deudor. La eficacia del derecho de persecucion aparece desde el momento en que la finca hipotecada, se posee por otro que el deudor personal. Al tercer poseedor no se le persigue porque él está obligado personalmente al pago de la deuda sino en su calidad de dueño de la finca hipotecada. En consecuencia, para, que proceda el derecho de persecucion, se requiere que la finca haya pasado a poder de un tercero que no sea deudor personal del acreedor hipotecario. La circunstancia de que el adquirente de la finca gravada haya tomado sobre sí la obligacion garantida con hipoteca no le quita a aquél el carácter de tercer poseedor, si el acreedor hipotecario no ha dado por libre al deudor primitivo (Artículo 1365).

213.

¿El heredero a quien se adjudica la finca hipotecada despues del fallecimiento del deudor personal, debe ser considerado como tercer poseedor ¿Debe entablarse en su contra la accion de desposeimiento?

En nuestro concepto, el acreedor hipotecario debe intentar la accion de desposeimiento en contra del heredero a quien se adjudica la finca, hipotecada, a pesar de que, en realidad, no puede ser considerado como un tercer poseedor. El heredero representa la persona del difunto i como tal le sucede en todos sus derechos i obligaciones trasmisibles, de manera que el adjudicatario pasa a ser la misma persona del deudor. Sin embargo, debe tenerse presente que la obligacion principal se divide entre los herederos a prorrata de sus cuotas i que el acreedor solo puede reclamar de cada uno de ellos la parte que les corresponde en la deuda. El lejislador ha establecido en el N.º 1 del art. 1526 del C. C., que la accion hipotecaria no se divide entre los herederos del constituyente de la hipoteca; pero no ha dicho que la obligacion no pueda dividirse. La jurisprudencia i la doctrina francesas han resuelto que el coheredero a quien se adjudica la propiedad hipotecada no puede considerarse como un tercer poseedor, por lo cual el acreedor puede embargar el inmueble directamente, sin necesidad de notificarlo para que abandone la finca o pague la, deuda (⁹⁸).

Pero debe tenerse presente, que los tratadistas franceses se fundan, para sostener esa opinion, en el art. 1221 del C. C. que espresamente dispone que las obligaciones hipotecarias no se dividen entre los herederos del deudor.

214.

El derecho ¿persecucion se ejercita en contra de toda la finca hipotecada i en contra de cada una de las partes en que ella se ha dividido. Por esta razon, si se ha enajenado una parte de la finca, dicha parte queda afecta al pago total de la deuda. Esa es una de las consecuencias del principio de la indivisibilidad que en otra parte hemos estudiado.

215.

Si se ha enajenado una cuota indivisa de una finca hipotecada ¿cómo debe proceder el acreedor en contra de la cosa? Por el hecho de la enajenacion resulta que la finca hipotecada pertenece en comun a dos personas. La hipoteca grava la totalidad del

⁹⁸ Fuzier□Hermans. T. 23. P. 916. N.º 3210.

inmueble, de modo que el acreedor tiene derecho a pagarse con toda la finca. Como la lei no ha previsto el caso, habrá que aplicar los principios jenerales, por cuya razon el acreedor deberá proceder en distinta forma en contra de cada uno de los dueños de la finca i se observará el procedimiento ejecutivo en contra del deudor personal i la accion de desposeimiento en contra del tercero a quien se ha enajenado la cuota, de la finca hipotecada.

216.

Si se ha hipotecado una cuota de un bien raiz ¿puede ejercitarse el derecho de persecucion en contra de esa cuota al vencimiento de la obligacion?

La cuestion no parece dudosa en vista de que no existe ninguna disposicion que lo prohíba. Por otra parte el art. 2428 del C. C., que consagra el derecho de persecucion, no distingue entre el caso en que la hipoteca grave un bien raiz determinado del caso en que solo grave una cuota del mismo bien raiz (⁹⁹). La situacion de la persona a quien se adjudique la cuota hipotecada será bastante precaria, puesto que quedará sometida a los resultados de la particion. Es evidente que está circunstancia tiene que influir poderosamente en la fijacion del precio en que se venda la cuota hipotecada i la hará desmerecer de valor. En la lejislacion francesa, para evitar estos inconvenientes, se ha consagrado el principio de que los acreedores de una persona solo tienen derecho para pedir la division de 12 cosa comun i no para hacer vender los derechos que en ella correspondan al acreedor. (Artículo 2205 del Código frances).

217.

Si el dueño de la finca hipotecada que a la vez es deudor personal, constituye sobre ella un derecho real de usufructo, uso, habitacion o servidumbre ¿debe intentarse el derecho de persecucion en contra de las personas favorecidas por estos derechos? En nuestro concepto, esto no es necesario, porque, como ya lo hemos dicho en el N.º 153 los derechos reales constituidos con posterioridad a la hipoteca no afectan al acreedor hipotecario, de modo que éste puede pedir que la propiedad se venda pura i simplemente. Las personas a cuyo favor se han constituido derechos reales sobre la cosa hipotecada no han sido contempladas por el lejislador. El artículo 2428 del C. C. se refiere únicamente a los que han adquirido la cosa i la poseen actualmente; pero en modo alguno se refiere a los adquirentes de otros derechos reales, porque estos últimos no son poseedores de la cosa sino de su respectivo derecho.

218.

Entre los terceros poseedores de la finca hipotecada respecto de los cuales procede el derecho de persecucion se encuentra, tambien la persona que hipoteca un inmueble suyo por una deuda ajena. El art. 2430 del C. C. establece que: *«el que hipoteca un inmueble suyo por una deuda ajena, no se entenderá obligado personalmente, si no se hubiere estipulado. Sea que se haya obligado o no personalmente, se le aplicará la disposicion del artículo precedente»*.

«La fianza se llama hipotecaria cuando el fiador se obliga con hipoteca. La fianza

⁹⁹ Gac. 1903. Pág. 2; Gac. 1903. Pág. 964. S. 2197.

hipotecaria está sujeta en cuanto a la acción personal a las reglas de la simple fianza». El artículo precedente a que se refiere el art. 2430 dice: «El tercer poseedor reconvenido para el pago de la hipoteca constituida sobre la finca que después pasó a sus manos con este gravamen, no tendrá derecho para que se persiga primero a los acreedores personalmente obligados. Haciendo el pago se subroga en los derechos del acreedor en los mismos términos que el fiador. Si fuere desposeído de la finca o la abandonara, será plenamente indemnizado por el deudor, con inclusión de las mejoras que haya hecho en ella».

Como se vé, el art. 2430 contempla tres casos diversos:

1.º El que hipoteca un inmueble suyo por una deuda ajena i que no se obliga personalmente;

2.º El que hipoteca un inmueble suyo por una deuda ajena i se obliga personalmente;
i

3.º La fianza hipotecaria que tiene lugar cuando el fiador se obliga con hipoteca.

Es claro que cuando una persona hipoteca un inmueble suyo por una deuda ajena i además se obliga personalmente a la deuda, se procederá en su contra en la misma forma en que se haría en contra de cualquier deudor personal.

Cuándo se ha hipotecado un inmueble para garantizar el pago de una deuda ajena, se entiende que dicha persona no se obliga personalmente. En este caso, la persona que asegura el pago solo afecta al cumplimiento de la obligación el inmueble hipotecado i no todos sus bienes. Por este motivo es considerado por la lei como un tercer poseedor i de ahí la referencia que el inc. 2 del art. 2430 hace al art. 2429 que habla del tercer poseedor.

El último caso contemplado en el artículo que estudiamos es el relativo al fiador que se obliga con hipoteca.

La fianza hipotecaria tiene lugar cuando el fiador se obliga con hipoteca, esto es, cuándo una persona además de constituirse fiador de otra constituye una hipoteca a su favor. El fiador hipotecario se obliga personalmente con todos sus bienes para el caso de que el acreedor no cumpla oportunamente lo estipulado i, en especial, hipoteca un inmueble suyo para responder por la deuda. En cuanto a la acción personal, el fiador hipotecario está sometido a las reglas de la simple fianza; pero por lo que respecta a la hipoteca queda comprendido en el inc. 1.º del art. 2430 del C. C.

En el inc. 2.º del art. 2430 se dispone que cuando una persona haya hipotecado un inmueble suyo por una deuda ajena sea que se haya o no obligado personalmente, deberá siempre observar lo prescrito en el art. 2429; es decir, que dicha persona debe pagar la deuda o abandonar la finca sin que pueda hacer uso del beneficio de escusión para que se persiga primero al deudor personal.

De todo lo dicho resulta que la persona que hipoteca un inmueble por una deuda ajena, es considerada como un tercer poseedor, de modo que en su contra debe entablarse la acción de desposeimiento i no la acción personal.

219.

El principio de que la hipoteca da al acreedor el derecho de perseguir la finca hipotecada sea quien fuere el que la posea i a cualquier título que la haya adquirido tiene, sin embargo, sus escepciones.

No procede el derecho de persecucion: 1.º en contra del tercero que haya adquirido la finca hipotecada en pública subasta, ordenada por el juez con tal que se haya citado personalmente a los acreedores hipotecarios i se haya consignado el precio de la subasta a la órden del juez. Así lo establece el art. 2428 del C. C. que estudiaremos conjuntamente con el artículo 514 del C. de P. C. al hablar de los modos de estinguirse el derecho de hipoteca;

2.º Tampoco procede el derecho de persecucion en contra de las fincas que han sido espropiadas por causa de utilidad pública. El C. de P. C. establece un procedimiento especial para liberar a la finca que se trata de espropiar de todas las cargas con que está gravada. Tambien nos ocuparemos de esta materia al tratar de la estincion de la hipoteca.

220.

El derecho de persecucion puede ser intentado por todo acreedor hipotecario, de cualquier grado que él sea. El art. 2428 del C. C. establece de una manera jeneral que la hipoteca da al acreedor el derecho de perseguir la finca hipotecada sea quien fuere el que la posea i a cualquier título que la haya adquirido.

En el derecho romano no existían los mismos principios que entre nosotros: solamente el primer acreedor hipotecario, es decir, el mas antiguo, podia pedir que la finca hipotecada se venderia en pública subasta. Los acreedores hipotecarios posteriores podían ejercitar este derecho pagando su crédito al acreedor preferente para lo cual se concedia el jus offerendi.

221.

Como la hipoteca entre nosotros no tiene existencia legal sin la correspondiente inscripcion en el Conservador de Bienes Raíces, es claro que para ser acreedor hipotecario i poder intentar el derecho de persecucion, es necesario que exista la inscripcion. Resulta de ésto que si la hipoteca ha sido malamente cancelada en el Conservador respectivo, habrá que obtener previamente el restablecimiento de la inscripcion para intentar la, accion de desposeimiento. Así lo han declarado en repetidas ocasiones los Tribunales de Justicia (¹⁰⁰).

Para que el acreedor hipotecario pueda valerse del derecho de persecucion, se requiere que el crédito se haya hecho exigible. La hipoteca, es una obligacion accesoria destinada a asegurar el cumplimiento de una obligacion principal, de modo que mientras no se haya vencido esta última obligacion, el acreedor no puede ejercitar sus derechos sobre la finca hipotecada.

EJERCICIO DEL DERECHO DE PERSECUCION O DE LA ACCION EN CONTRA DEL TERCER POSEEDOR DE LA FINCA HIPOTECADA.

¹⁰⁰ R. D. J. Año X. 1915, Sec. I páj. 571. La misma, doctrina se consagra en la sent. de 31 de Nov. de 1918 en el juicio Muñoz con de la Cuadra; que lleva la firma de los señores L. I. Silva, Carlos Varas, Castillo, Rojas, Moreno, Rojas i Salas.

223.

La manera de ejercitar el derecho de persecucion se encuentra reglamentada en el Título XX del Lib. III del C. de P. C. La accion que se concede al acreedor hipotecario en contra de los terceros poseedores se denomina accion de desposeimiento.

La legislacion anterior al C. de P. C. no reglamentó la accion real de hipoteca. El C. C. se refirió al desposeimiento; pero no estableció la forma de ejercitar ese derecho. «De ahí que surjieran dudas en nuestra práctica judicial, como dice don Luis Barros, sobre la procedencia de una ejecucion contra el tercer poseedor de la finca hipotecada. Por una parte, si la accion se dirijia directamente contra el tercero poseedor actual, se escepionaba éste negando el mérito ejecutivo del título en su contra, desde que no existía vínculo de obligacion entre el acreedor i dicho tercero que había comprado la finca al deudor. Por otra parte, si la accion se dirijia contra el deudor para citar el juicio al tercero, se negaba al acreedor hipotecario la facultad de entablar demanda ejecutiva contra el deudor, por hallarse la finca en otras manos, i estar consagrado en la lei el desposeimiento del tercero» (¹⁰¹). La jurisprudencia de los Tribunales se inclinaba en el sentido de que la acción de desposeimiento no podia ejercitarse en el juicio que se iniciará contra el deudor personal sino que ella era materia de un juicio directo entre el acreedor hipotecario i el tercer poseedor, juicio que debía tramitarse en conformidad a las reglas del juicio ordinario, ya que no existían disposiciones especiales sobre el particular (¹⁰²).

224.

Segun el art. 932 del C. de P. C. «*para hacer efectivo el pago de la hipoteca, cuando la finca gravada se posea por otro que el, deudor personal, se notificará previamente al poseerlos, señalándole un plazo de diez días para que pague la deuda o abandone ante el Juzgado la propiedad hipotecada*».

La primera, diligencia que debe hacerse para ejercitar el derecho de persecucion es notificar al tercer poseedor para que en el plazo de 10 días abandone la finca o pague la deuda, sin que sea necesario notificar previamente al deudor personal.

Como el tercer poseedor no es deudor personal sino que es la, cosa la que debe la deuda, puede decirse que la obligacion propia del poseedor es la de abandonar la finca hipotecada. Sin embargo, el legislador le ha concedido la facultad de pagar la deuda para que pueda conservar la finca.

225.

La notificacion deberá hacerse por intermedio de los Tribunales de Justicia i, de acuerdo con el art. 53 del C. de P. C., dicha notificacion debe ser personal.

226.

La accion de desposeimiento en contra del tercer poseedor deberá entablarse ante el Tribunal que segun la Lei de Organizacion i Atribuciones de los Tribunales debe conocer

¹⁰¹ La Caja de Crédito, Hipotecario. T. I, P. 401.

¹⁰² Gac. 1902, T. 2, P. 1302, S. 2965; 1901, T. I, P. 1688, S. 3531; 1901, T. 2, P. 281, S. 1891; 1894, T. I., P. 170, S. 3866; 1898, T. 2, P. 200, S. 200.

de las acciones reales inmuebles; porque como hemos visto en el N.º 207 la accion hipotecaria es de esa naturaleza.

227.

¿Puede el acreedor hipotecario que notifica al tercer poseedor para que pague la deuda o abandone la finca, solicitar algunas medidas precautorias para asegurar el ejercicio de su accion? La afirmativa no nos parece dudosa, como lo manifestamos en el N.º 162. En ese instante queda determinada la estension de la finca hipotecada. La hipoteca no solo afecta al terreno mismo sino tambien a los frutos naturales i civiles i a los inmuebles por destinacion, de modo que el acreedor hipotecario tiene perfecto derecho para solicitar las medidas que estime convenientes, para defender sus intereses.

228.

El tercer poseedor notificado en la forma establecida en el art. 932 del C. de P. C. puede optar entre los tres procedimientos siguientes: 1.º Pagar la deuda; 2.º Abandonar la finca hipotecada; i 3.º No hacer nada.

Segun el art. 2429 del C. C. «*el tercer poseedor reconvenido por el pago de la hipoteca constituida sobre la finca que despues pasó a manos con este gravámen, no tendrá derecho para que se persiga primero a los deudores personalmente obligados*». En consecuencia, el tercer poseedor no goza del beneficio de escusion ni puede oponer al acreedor ninguna escepcion previa: debe optar por alguno de los procedimientos que hemos dejado dicho i de los cuales vamos a ocuparnos.

229.

1.º *El tercer poseedor paga la deuda.*—El poseedor de la finca optará por este procedimiento en casos determinados i siempre que pueda obtener el reembolso de lo que haya pagado. Por ejemplo, efectuará el pago de la deuda cuando no haya pagado la totalidad del precio de compra de la finca o cuando haya tomado sobre sí esta obligacion. Lo hará tambien en los casos en que el vendedor de la finca hipotecada sea, una persona de mucha responsabilidad, de modo que el tercer poseedor está seguro de ser reembolsado.

Para que el tercer poseedor quede libre de toda persecucion debe pagar toda la deuda garantida con la hipoteca. Si espresamente la hipoteca no se ha limitado a una cantidad determinada el tercer poseedor debe pagar todos los intereses de la deuda i las costas.

«*Haciendo el pago, dice el inc. 2.º del art. 2429 del Código Civil, el tercer poseedor se subroga en los derechos del acreedor en los mismos términos que el fiador*». Segun el art. 2370 «*el fiador tendrá accion contra el deudor principal para el reembolso de lo que haya pagado por él con intereses i gastos, aunque la fianza haya sido ignorada del deudor. Tendrá tambien derecho de indemnizacion de perjuicios segun las reglas jenerales*». Los efectos que produce esta, subrogacion son los de toda subrogacion i, como esa no es materia de nuestro estudio, no nos ocuparemos, de ellos.

230.

2.º *El tercer Poseedor opta hoy el abandono de la finca hipotecada.*—El derecho que

tiene el tercer poseedor para abandonar la finca hipotecada está consagrado en el art. 2426 del C. C. que a la letra dispone: «*El dueño de la finca perseguida por el acreedor hipotecario, podrá abandonársela i mientras no se haya consumado la adjudicación, podrá tambien recobrarla, pagando la cantidad a que fuere obligada la finca i además las costas i gastos que este abandono hubiere causado al acreedor*».

El abandono de la finca hipotecada no es, como se ha creído equivocadamente algunas veces, una adjudicación que de ella se hace al acreedor hipotecario; ni importa tampoco una renuncia del derecho de propiedad. El tercer poseedor por medio del abandono de la finca, renuncia a la tenencia material de ella i la pone a disposición del juzgado para que proceda a venderla en pública subasta con el objeto de pagar con su producido al acreedor hipotecario.

En el derecho romano, la hipoteca solo daba al acreedor la facultad de pedir la posesión de la cosa hipotecada: no se confería al acreedor ningún derecho real sino que se le facultaba para retener la finca hasta el pago total de la deuda. Esa era, como se comprende, una medida destinada a compeler al acreedor a hacer el pago.

En la actualidad, el abandono de la finca hipotecada no tiene ese carácter, porque por medio de él la finca gravada se pone a disposición del Tribunal para que se proceda a venderla en pública subasta. El tercer poseedor que abandona la finca hipotecada reconoce la existencia del gravamen hipotecario i se anticipa a efectuar lo que la justicia le ordenaría hacer.

El abandono de la finca hipotecada es un favor que se concede a los terceros poseedores para que no se vean perjudicados en su crédito con el hecho de que aparezcan ejecutados por deudas que ellos no han contraído. Por esta razón, en la legislación francesa se prescribe que una vez efectuado el abandono, los procedimientos relativos a la subasta deben seguirse en contra de un curador especialmente nombrado con ese objeto. En la legislación española los procedimientos de la subasta se siguen con el deudor personal (¹⁰³).

Se ha sostenido, sin embargo, que el art. 2429 faculta al tercer poseedor para transferir lisa i llanamente al acreedor el dominio de la finca hipotecada en pago de la deuda sin necesidad de que se proceda a venderla en pública subasta. Así lo ha dicho una de las Salas de la Corte de Apelaciones de Santiago en el siguiente considerando:

«8.º Que léjos de prohibir la, venta del bien hipotecado al acreedor, lo autoriza « espresamente desde que el dueño de la finca hipotecada puede abandonársela i mientras « no se haya consumado la adjudicación, que es donde viene a establecerse definitivamente « el precio; puede recobrarla pagando la cantidad a que fuese obligada la finca i los gastos « que el abandono hubiese causado al acreedor» (¹⁰⁴).

Esta es una interpretación errónea de la ley. En primer lugar la palabra abandonar, según su sentido natural i obvio, significa dejar, desamparar a una persona o cosa. Así la define el Diccionario de la Real Academia.

¹⁰³ *Legislación Hipotecaria*, Galindo i Escosura, T. 3, P. 314.

¹⁰⁴ *Las Últimas Noticias*, 17 Enero, 1918. *Marfil con Vigoroux*.

Escriche dice: «Abandono: La dejacion, dimision o desamparo que uno hace de alguna cosa en favor de otro. El deudor desgraciado i de buena fe que viéndose en la imposibilidad de pagar sus deudas cede i abandona sus bienes a los acreedores, se pone a cubierto de las persecuciones de éstas, logra la libertad de su persona, i aunque si después llegue a mejor fortuna, tendrá que cubrir lo que quedó sin pagar, se le dejará siempre lo necesario para su subsistencia. El poseedor de una finca gravada con una carga real, puede libertarse de la carga mediante el abandono de la finca en favor del que se utiliza de la carga, porque la persona no está obligada sino en cuanto posea la finca. Así que el censuario se libra del pago del censo abandonando al censalista la cosa acensuada» (¹⁰⁵).

En ninguna de las definiciones anteriores se dice que por el abandono se adjudica una cosa a otra persona sino que el abandono es el desamparo de una cosa a favor de otro. ¿Con qué objeto? Para que se hagan valer sobre la cosa los derechos que la lei concede.

El ejemplo puesto por Escriche relativo a la cesion de bienes aclara mas el concepto de lo que debe tenerse por abandono, ya que la cesion de bienes no trasfiere la propiedad de los bienes del deudor a los acreedores, sino sólo la facultad de disponer de ellos i de sus frutos hasta pagarse de sus créditos». El abandono produce, mas o ménos el mismo efecto que la cesion de bienes, puesto que aquél se hace con el objeto de que el acreedor haga vender en pública subasta la finca hipotecada.

El art. 932 del C. de P. C. manifiesta, claramente en qué consiste el abandono al establecer que al tercer poseedor se le debe notificar para que en el plazo de 10 dias pague la deuda «o abandone ante el Juzgado la propiedad hipotecada.» Si el abandono es lo mismo que la adjudicacion ¿para qué se abandona la finca ante el Juzgado?

I el art. 934 agrega que efectuado el abandono se procederá conforme a lo dispuesto en los arts. 2397 i 2424, que determinan los derechos del acreedor hipotecario, de manera que no puede dudarse de que el abandono no importa adjudicacion.

Por otra parte, la lei faculta al acreedor para adjudicarse la finca a falta de postura admisible i previa tasacion i en el art. 2429 nada se dice para alterar esos principios.

La discusion habida en la Comision Redactora del Código de Procedimiento Civil hacen desaparecer todas las dudas que pudieran presentarse en la interpretacion del precepto que analizamos. «En la sesion anterior, dice el acta respectiva, se dejaron para segunda discusion despues de algunas observaciones del señor Valdes, *quien estima inadmisibile que se obligue al acreedor hipotecario a aceptar la adjudicacion de la finca hipotecada cuando ésta se encuentre en manos de un tercer poseedor*».

«El señor Urrutia sostiene que el abandono de la propiedad hipotecada es un derecho espresamente concedido al tercer poseedor por el art. 2429 del C. C. i verificado el abandono se estingue su obligacion i el acreedor hace suya la propiedad que se le adjudica a virtud de la disposicion citada».

«El señor Presidente manifiesta que es indiscutible el derecho del tercer poseedor

¹⁰⁵ Escriche, Pág. 6.

para libertarse de toda obligacion abandonando la propiedad. *Estima, sin embargo, como el señor Valdes, que el ejercicio de esta obligacion no impone al acreedor la obligacion de aceptar en pago la adjudicacion del bien raíz; cree, por el contrario, que tiene derecho no solo de adjudicarse la propiedad sino de embargarla i enajenarla con intervencion de la justicia i citacion del deudor personal para hacerse pago con un precio hasta concurrencia de su crédito.* Poresta razon cree que el Proyecto debe fijar tambien el procedimiento ulterior al abandono para los efectos de determinar las relaciones del acreedor respecto del deudor personal i evitar los perjuicios que a éste pudiera irrogar una solucion entre el acreedor i el tercer poseedor que podría producirse fácilmente si solo a ellos se dejara la fijacion del precio, en el caso de la adjudicacion o de las condiciones de la venta; en el caso de enajenacion.

«El señor Richard, que acepta tres observaciones del señor Presidente, agrega que forzado el acreedor a tomar en adjudicacion la finca hipotecada se alterarían en perjuicio de sus derechos, las condiciones de su contrato por la sola voluntad del deudor que puede enajenarla sin su consentimiento».

El señor Urrutia recuerda que la hipoteca no es otra cosa que la prenda constituida sobre inmuebles i *por esta razon indica que podría adoptarse el procedimiento establecido en el art. 2337 del C. C. que es, era realidad, el insinuado por S. E. I el señor Valdes»* (¹⁰⁶).

Por estas consideraciones estimamos que el abandono de la finca hipotecada tiene por objeto ponerla a disposicion del Juzgado para que se proceda a venderla en pública subasta.

231.

El abandono debe efectuarse ante el Tribunal que debe conocer de la accion de desposeimiento i por intermedio del cual se ha hecho la notificacion prescrita en el art. 932 del C. de P. C.

Aun cuando el C. de P. C. no ha determinado la forma en que debe hacerse el abandono de la finca, estimamos que debe verificarse por medio de un escrito presentado con ese objeto al Tribunal correspondiente.

232.

Efectuado el abandono de la finca perseguida, debe procederse, segun el art. 934 del C. de P. C., a venderla en pública subasta para pagar con su producido al acreedor hipotecario. Los trámites relativos a la subasta deben seguirse con el dueño de la finca hipotecada, ya que no existe ningun precepto especial sobre el particular. Las formalidades que deben observarse en la subasta son las mismas que rijen cuando el tercer poseedor no abandona la finca hipotecada ni paga la deuda. Nos remitimos, por esto, a lo que diremos en esa parte.

233.

3.º) *EL tercer poseedor no hace nada: ni paga la deuda ni abandona la finca hipotecada.*—Elart. 932 del C. de P. C. prescribe: *«Si el poseedor no efectuare el pago o*

¹⁰⁶ Acias, P. 282, Arts. 915, 916 i 917.

el abandono en el plazo espresado en el artículo anterior, podrá desposeérsele de la propiedad hipotecada para hacer con ella pago al acreedor.

Esta accion se someterá a las reglas del juicio ordinario o a las del ejecutivo, segun fuere la calidad del titulo en que se funda, procediéndose contra el poseedor en los mismos términos en podria hacerse contra el deudor persona».

Si el tercer poseedor no paga la deuda o no abandona la propiedad hipotecada dentro del plazo de 10 dias a que se refiere el art. 932 del C. de P. C., el acreedor pedirá que se desposea al acreedor de la finca hipotecada con el objeto de venderla en pública subasta.

234.

La accion de desposeimiento se tramita en dos formas diversas, segun sea la calidad del título en que se funda: 1.º en forma de juicio ordinario; i 2.º en forma de juicio ejecutivo.

La accion hipotecaria que nace del contrato de hipoteca supone necesariamente una obligacion principal, de manera que el título en que se funda dicha accion está compuesto por el contrato hipotecario i por la obligacion principal. Para perseguir la finca hipotecada debe acreditarse previamente la existencia de la obligacion principal.

La accion de desposeimiento se tramitará en conformidad a las reglas del juicio ejecutivo cuando el acreedor pueda hacer valer, sus derechos en esa misma forma en contra del deudor personal. Para que ocurra ésto se requiere, segun el C. de P. C., que la obligacion principal conste de un título que lleve aparejada ejecucion, que la obligacion sea exigible i que no esté prescrita la accion ejecutiva. Jeneralmente la accion de desposeimiento se someterá a las reglas del juicio ejecutivo, porque; de ordinario; la obligacion principal constará en el mismo contrato hipotecario.

Por el contrario, la, accion de desposeimiento se someterá a las reglas del juicio ordinario en todos aquellos casos en que no pueda, procederse ejecutivamente en contra del deudor personal. Principalmente se procederá en esa forma en los casos siguientes:

- 1.º Cuando la accion ejecutiva haya prescrito;
- 2.º Cuando entre las partes se discuta la existencia misma de la obligacion principal i no aparezca ella de un título que lleve aparejada ejecucion;
- 3.º Cuando entre las partes se discuta el monto de la obligacion principal o la, deuda no sea líquida.

El segundo caso contemplado puede presentarse a consecuencia de que la hipoteca puede nacer ántes de la obligacion principal. Así sucederia, por ejemplo, en una hipoteca constituida para asegurar el cumplimiento de un contrato de cuenta corriente bancaria. El saldo que resulta en contra del deudor solo se determina en el momento de la liquidacion de la cuenta corriente i como esa obligacion no consta en escritura pública, es claro que las partes pueden discutir su existencia. El acreedor hipotecario no puede proceder ejecutivamente en contra del deudor personal sino despues de que se haya acreditado la existencia del saldo de la cuenta corriente.

Las obligaciones indeterminadas pueden dar oríjen al tercer caso contemplado,

puesto que para proceder ejecutivamente en contra del deudor personal se necesita determinar previamente el monto a que asciende la obligacion principal. Así por ejemplo, en las hipotecas constituidas por los tutores i curadores para responder de las resultas de su administracion, no podrá procederse ejecutivamente en contra de las fincas gravadas miéntras no se determine el monto de las indemnizaciones que esas personas deben, pagar.

235.

El acreedor hipotecario que hace valer la accion de desposeimiento en contra del tercer poseedor no debe pedir en su demanda que se condene a dicho tercero a pagarle la deuda con sus intereses sino que se le desposea de la finca gravada con el objeto de proceder a venderla en pública subasta. El tercer poseedor no está obligado al pago de la deuda, porque no es deudor personal del acreedor. La accion de desposeimiento es distinta de la accion ejecutiva, a pesar de que por espresa disposicion de la lei, ellas están sometidas a la misma tramitacion. Como las acciones se caracterizan por lo que se pide en la demanda, el Tribunal llamado a conocer de la accion de desposeimiento, puede desecharla cuando en la demanda se pida que se condene al tercer poseedor a pagar al acreedor la deuda i sus intereses. Así lo ha resuelto una de las Salas de la Corte de Apelaciones de Santiago, en los considerandos siguientes:

« 1.º Que el acreedor hipotecario no tiene contra el tercer poseedor de la finca hipotecada « otra accion que la de desposeimiento, que existe desde que éste no paga la deuda ni « abandona la propiedad dentro de diez días de notificado al efecto, i que tiene por objeto « que salga de la propiedad i que quede ésta a disposicion del juez para que con su valor o « con ella se pague al acreedor; « 2.º Que no se puede pedir por el acreedor hipotecario que el tercer poseedor le pague el « capital e intereses de su préstamo, si no es estralimitando o desnaturalizando su derecho « de que el juez, ante quien se lleva la propiedad, disponga su venta o adjudicacion para « satisfacerle en capital, intereses i costas; «3.º Que la ejecutante pidió mandamiento de ejecucion contra don O. R. S., abogado, « Huérfanos N.º 1427, por la cantidad de \$ 91.587.73 mas intereses i costas i el « mandamiento dice que pague a don P. P. S., apoderado de la Caja de Crédito Hipotecario, « la suma de \$ 91,587.73, intereses i costas, de que es deudor segun consta de autos, i que « no verificando el pago en el acto de la intimacion, trará embargo en bienes « equivalentes; «4.º Que lo que caracteriza la accion, es lo que se pide en la demanda, de suerte que « prevalece la naturaleza de la peticion sobre cuanto se haya dicho para fundarla. «5.º Que las peticiones de la Caja acentuadas aun finas con el mandamiento de « ejecucion, no constituyen ni significan la accion de desposeimiento que la lei da al « acreedor hipotecario contra el tercer poseedor de la finca hipotecada que no ha pagado el « crédito ni la ha abandonado en el término legal. «6.º Que, por consiguiente, tuvo razon el ejecutado para oponerse a una ejecucion que le « requiere por obligaciones que no debe, con derechos que no existen en su contra, « sirviéndose de un título insuficiente. «Visto, ademas lo que disponen los arts. 167, 485, N.º 7, 492 i 931 del C. de P. C. i 2426 « i 2428, N.º 1 del C. C., se revoca la sentencia de 31 de Octubre de 1916 escrita a fs. 21i « se declara que ha lugar a la escepcion i que debe alzarse el embargo con costas.—A « Bezanilla Silva.—Dagoberto Lagos.— Victor Risopatron.— M. Fábres, Sec.(¹⁰⁷)

236.

Cuando la accion de desposeimiento se tramita en forma de juicio ordinario habrá necesidad de seguir, despues de que se dicte la sentencia, dando lugar al desposeimiento, un juicio ejecutivo para hacer cumplir aquella sentencia.

237.

El tercer poseedor en el juicio de desposeimiento puede oponerse no solamente a las excepciones que se refieran a la hipoteca misma sino tambien las que digan relacion con la obligacion principal. Esto no quiere decir, sin embargo, que el deudor personal, que no ha intervenido en el juicio, esté obligado a respetar lo fallado en contra del tercer poseedor. El deudor puede oponer las escepciones que estime convenientes cuando el acreedor, que no ha alcanzado a pagarse con los bienes hipotecados, persiguere sus propios bienes. Así se dejó claramente establecido en la comision redactora del C. de P. C., cuya acta en la parte pertinente, dice: «El señor Valdes pregunta quien podrá hacer valer las prescripciones personales en contra del crédito, en conformidad a los artículos propuestos en ausencia del deudor. El señor Urrutia contesta que podrá hacerlo el tercer poseedor sin perjuicio naturalmente del derecho del deudor personal para deducirlas por su parte si no hubiera intervenido en las diligencias hechas por el acreedor para obtener el abandono, enajenacion o adjudicacion de la propiedad. En esta intelijencia fueron aprobados los artículos» (¹⁰⁸).

238.

Para proceder a la subasta de la finca hipotecada no es necesario citar al deudor personal; pero si éste compareciere a la incidencia será oido en los trámites de la tasacion i de la subasta. Así lo dispone el art. 934 del C. de P. C. El art. 935 agrega: «*Si el deudor personal no fuere oido en el trámite de tasacion, esta diligencia deberá hacerse con intervencion del Ministerio Público, por peritos que nombrará el juez de la causa en la forma prescrita por este Código. La tasacion, en este caso, no impide que el deudor personal pueda objetar la determinacion del saldo de la obligacion principal por el cual se le demanda, si comprueba en el juicio correspondiente que se ha procedido en fraude de sus derechos*».

Del precepto transcrito se desprende que la tasacion de la finca hipotecada debe ponerse en conocimiento del ministerio público, cuando el deudor personal no hubiere sido oido en dicho trámite. Esa medida está destinada a proteger al deudor personal, que puede ser perseguido por el acreedor hipotecario si no alcanza a pagarse con los bienes gravados. El deudor personal está interesado en que la finca se venda por el mejor precio que se pueda para que no se le persigan sus bienes propios i es, por ese motivo, que deben tomarse todas las precauciones necesarias para evitar que el acreedor i el tercero se comploten para asignar al predio un valor inferior al verdadero. En el proyecto primitivo del C. de P. C. se exijia en todo caso la citacion del deudor personal para proceder a la subasta, pero a indicacion del señor Urrutia se estableció que no era, necesaria esa

¹⁰⁷ *Las Últimas Noticias, 2 de Nov. de 1917.*

¹⁰⁸ Actas, P. 298.

citacion i que debía procederse a la tasacion con la intervencion del Ministerio Público. Se dispuso, asimismo, que el deudor personal requerido para que pague el resto insoluto de la deuda, puede oponer la excepcion de que la tasacion se hizo en fraude de sus derechos.

239. Con motivo de la última reforma del Código de Procedimiento Civil ha surjido una dificultad en la aplicacion de estos preceptos. Segun el art. 508 de dicho Código para proceder a la subasta de los bienes embargados, no se requiere la tasacion de ellos, porque el remate debe verificarse tomando por base la tasacion que figura en el rol de avalúos que está vijente para los efectos de la contribucion de haberes. 'Habría derogado este precepto al art. 935 del Código de Procedimiento Civil que dispone que la tasacion debe hacerse con intervencion del Ministerio Público cuando el deudor personal no comparece a la incidencia? En nuestro concepto, la situacion no ha cambiado con el precepto del art. 508 del C. de P. C. i deben, en consecuencia, aplicarse en toda su estension los arts. 934 i 935. El art. 508 se refiere única i exclusivamente al juicio ejecutivo que se sigue con el deudor personal i aun cuando la accion de desposeimiento se rige por el procedimiento del juicio ejecutivo, debe tenerse presente que los arts. 934 i 935 del C. de P. C. son disposiciones especiales que reglamentan situaciones que no se producen en el juicio ejecutivo. Si el art. 508 hubiera derogado a los preceptos que estudiamos no se cautelarian debidamente los intereses del deudor personal, porque es evidente, que en ese caso, no le cabria ninguna intervencion al Ministerio Público ni podria pedir que se hiciera una nueva tasacion. En cambio, el art. 508 del C. de P. C. otorga al deudor personal, que es perseguido por su acreedor, el derecho de solicitar una nueva tasacion.

La aplicacion de los preceptos de los arts. 934 i 935 del C. de P. C. no puede discutirse cuando la accion de desposeimiento se ejercite en contra de una nave, porque el art. 508 solo se refiere a los bienes raíces.

240.

¿Quién debe pagar las costas que se causen en la subasta de la finca hipotecada? Las costas deben pagarse con el precio de la subasta i si la finca hipotecada se adjudicara al acreedor hipotecario éste queda obligado al pago de las costas, debiéndose adjudicar la propiedad en pago de las costas, de los intereses es i del capital. Vamos a dar las razones que tenemos para pensar en esta forma.

El tercer poseedor de la finca hipotecada no está obligado personalmente al pago de la deuda sino que es la finca la que responde de ese pago i por esa razon queda libre de toda obligacion desde que abandona la propiedad hipotecada. La finca gravada asegura ademas de la deuda misma, el pago de todos sus accesorios tales como intereses i gastos de subasta, de modo que el total debe hacerse efectivo sobre ella. Si el tercero quedara obligado tambien al pago de los gastos de la subasta no podria decirse que aquel solo respondia con la finca gravada al pago de la deuda, porque para satisfacer las costas se podrian perseguir sus bienes propios.

Por, otra parte, debe tenerse presente, que es un principio general de nuestra legislacion que las costas tienen preferencia sobre cualquiera otra clase de créditos. Así el art. 2472 N.º 1, dice que gozan de preferencia los privilegios de 1.^a clase tales como las

costas judiciales que se causan en el interes general de los acreedores.

El art. 2477 del mismo Código agrega que a cada finca gravada con hipoteca podrá abrirse a peticion de los respectivos acreedores o de cualquiera de ellos, un concurso particular para que se les pague inmediatamente con ella estableciendo que «en este concurso se pagarán primeramente las costas judiciales causadas en él».

Por último, el art. 2402 del C. C. que se refiere a la prenda i que debe aplicarse a la hipoteca segun el art. 2407 del C. C., dispone que «si vendida o adjudicada la prenda no alcanzare su precio a cubrir la totalidad de la deuda, *se imputará primero a los intereses y costa*». Se desprende especialmente de este último precepto que las costas de la subasta debe efectuarlas el acreedor i que la deuda que se halla garantida con hipoteca, se forma no solo con el capital sino tambien con los intereses i costas, i finalmente establece este artículo la forma en que debe pagarse la deuda con la finca hipotecada: primero los intereses i costas, i despues el capital.

241.

El tercer poseedor continúa siendo propietario de la finca hasta que ella se adjudica a un tercero, de modo que es necesario tener presente esta circunstancia para deducir todas las consecuencias que se desprenden de ella.

El dinero que sobre, despues de cubiertos los acreedores hipotecarios, pertenece, en consecuencia, al tercer poseedor.

242.

El art. 2429 del C. C. concede al tercer poseedor que ha abandonado la finca hipotecada o que ha sido desposeído de ella el derecho de pedir al deudor personal que le indemnice todos los perjuicios que el abandono o el desposeimiento le hubiera causado. La determinacion de esos perjuicios se hará en conformidad a las reglas jenerales, ya que no se ha establecido una forma especial con este objeto. El tercer poseedor no tiene, en nuestra lejislacion, ningun derecho que pueda hacer valer en contra del adquirente de la finca hipotecada como sucede en otras lejislaciones: es el deudor personal quien debe indemnizar al tercer poseedor de los perjuicios que se le causen con el abandono o con el desposeimiento. El art. 2429 del Código Civil dispone que entre los perjuicios que deben cobrarse al deudor personal, figuran las mejoras que se hayan hecho en la finca hipotecada. Como la lei no distingue, es claro que el tercer poseedor debe ser indemnizado de cualquiera clase de mejoras de que se trate.

243.

Ademas de este recurso que el tercer poseedor tiene en contra del deudor personal puede servirse, cuando se haya hecho dueño de la finca hipotecada por compra-venta, de la accion que concede la lei para ser indemnizado en caso de eviccion. Segun el art. 1838 del C. C. hai eviccion de la cosa comprada cuando el comprador es privado del todo o parte de ella por sentencia judicial, «de modo que el comprador de la finca hipotecada que la abandona o es desposeído de ella, se encuentra comprendido en este precepto legal. Como esta materia no forma parte de nuestro estudio no nos vamos a ocupar de ella; pero sí creemos conveniente dejar establecido que para servirse de la accion de saneamiento por eviccion, es necesario citar al juicio de desposeimiento al vendedor,

conforme a las prescripciones pertinentes del contrato de compraventa.

Jeneralmente sucede que el deudor personal es el mismo vendedor de la finca hipotecada i entónces surge la dificultad de saber si el tercer poseedor puede o no servirse indistintamente de las dos acciones, es decir, de la concedida por el art. 2429 i de la que resulta de la eviccion. La cuestion tiene bastante importancia práctica, porque para intentar la accion que concede el art. 2429, no es necesario citar al Juicio de desposeimiento al deudor personal; miéntras que para ejercitar la accion de saneamiento por eviccion se requiere haber cumplido previamente con esa exigencia. Nosotros creemos que cuando el deudor personal es a la vez el vendedor de la finca hipotecada debe intentarse únicamente la accion de saneamiento por eviccion, porque este precepto es una regla especial que prevalece sobre la jeneral del art. 2429 del Código Civil.

CAPITULO IX. Privilegios especiales que se conceden a ciertas instituciones

LEI DE LA CAJA DE CRÉDITO HIPOTECARIO

En la lei que crea la Caja de Crédito Hipotecario se establecieron disposiciones especiales tendientes a obtener rápidamente el pago de las anualidades atrasadas. «Todas esas disposiciones, dice el mensaje con que fue presentado el proyecto, se deducen naturalmente del objeto de la institucion i de la necesidad absoluta de darle medios espeditos de cumplir con regularidad i exactitud sus obligaciones, a fin de que su crédito, sin el cual no puede existir, no solo se conserve intacto, sino que se robustezca e inspire una confianza plena. Para atender a este objeto primordial a todas las instituciones de esta especie donde quiera que se han establecido se han concedido los recursos que establecen los arts. 16 i 17 para obtener sin demora i sin los procedimientos lentos i embarazosos de las ejecuciones judiciales ordinarias el pago de las anualidades atrasadas. El servicio regular i exacto de los intereses i amortizacion no puede hacerlo la Caja si las anualidades no se le pagan oportunamente. Es preciso, pues, armarla de recursos eficaces para que su crédito no sufra» (¹⁰⁹).

El art. 16 de la lei respectiva dispone: «Cuando los deudores de anualidades no las hubieren satisfecho en los plazos fijados i requeridos judicialmente, no pagaren en el término de treinta dias, la Caja podrá o solicitar la posesion del inmueble hipotecado o

¹⁰⁹ Luis Barros Borgoño. La Caja de Crédito Hipotecario, Tomo II, P. 203.

pedir que se saque a remate.

La posesion del fundo la decretará el juez, justificadas que sean la deuda i el no pago en el plazo de treinta dias despues del requerimiento judicial. En virtud de esta posesion, la Caja percibirá de su cuenta las rentas, entradas i productos del inmueble, cualquiera que fuere el poder en que se encuentre; i cubiertas las contribuciones, gastos de administracion i demas gravámenes de preferencia a su crédito a que estuviere obligado aquél, las aplicará al pago de las anualidades, llevando cuenta, del exceso, si lo hubiera, para entregarlo al deudor. En cualquier tiempo en que el deudor se allane al pago de las cantidades debidas a la Caja i lo ejecute, le será entregado el fundo».

I el art. 17 agrega: «En caso de que la Caja pida el remate, el juez lo decretará, justificadas las mismas circunstancias que para la posesion. Decretado el remate, el juez dispondrá que se den tres pregones de nueve en nueve dias i que se anuncie en los diarios del lugar i al fin de este plazo se procederá a enajenar el inmueble a favor del mejor postor».

La lei de la Caja de Crédito Hipotecario en la parte relativa al cobro judicial de las anualidades atrasadas ha sido derogada por el C. de P. C. El artículo final de este cuerpo de leyes establece que: «Desde la vijencia de este Código quedarán derogadas todas las leyes preexistentes sobre las materias que en él se tratan, aun en la parte que no le fueren contrarias, salvo que ellas se refieran a los Tribunales especiales no rejidos por la lei de 15 de Octubre de 1875. Sin embargo, los Códigos Civil, de Comercio i de Minería, la Lei de Organizacion i Atribuciones de los Tribunales i las leyes que los hayan complementado o modificado, solo se entenderán derogadas en lo que sean contrarias a las disposiciones de este Código».

La lei de la Caja de Crédito Hipotecario en los artículos 16 i 17, establece el procedimiento que debe seguirse en el cobro de las anualidades atrasadas, de modo que dicha lei ha tenido que ser derogada en ésa parte por el C. de P. C., puesto que este cuerpo de leyes trata también del juicio ejecutivo o sea del procedimiento de que puede servirse un acreedor para obligar al deudor a cumplir su obligacion. Al no esceptuar el lejislador la lei de la Caja Hipotecaria, es claro que su propósito fué derogarla. Seguramente que se estimó que las disposiciones contenidas en el C. de P. C. en el título del juicio ejecutivo cautelan debidamente los intereses del acreedor i del deudor. En nuestro concepto, no puede invocarse en contra de la opinion que defendemos la doctrina de que la lei jeneral no puede derogar a una: especial, porque el art. final del C. de P. C. es mui jeneral al disponer que se derogan «*todas las leyes preexistentes sobre las materias que en él se tratan, aun en la parte que no le fueren contrarias*».

La jurisprudencia de los Tribunales se ha pronunciado en este mismo sentido (¹¹⁰).

Sin duda alguna que deben restablecerse los privilejios que la lei de la Caja de Crédito Hipotecario concedió a esa institucion. Las instituciones de crédito hipotecario no tienen capitales a su disposicion sino que son simples intermediarios entre el público que toma los bonos hipotecarios i el deudor que contrae la obligacion, de manera que se les

¹¹⁰ R. D. J., año IV, 1907, P. 456; *Las Ultimas Noticias*, 25 de Agosto de 1903, citado por Otero en su libro Código de Procedimiento Civil, Pág. 1212, N.º 23.

deben conceder medios fáciles i espeditos para que haciendo vender las fincas que han recibido en garantías, puedan satisfacer oportunamente los compromisos contraídos con los tenedores de bonos. El procedimiento ejecutivo consagrado en el C. de P. C. cautela los intereses del acreedor i del deudor; pero no satisface las exigencias de las instituciones hipotecarias. Los privilegios que se concedían en la lei de la Caja de Crédito Hipotecario permitían la realizacion de los bienes afectos a la hipoteca en un plazo de 40 dias, miéntras que el juicio ejecutivo puede demorar cinco o más meses en su tramitacion. Las reglas del juicio ejecutivo son inspiradas por un sentimiento de desconfianza hácia el acreedor, de modo que se han tomado todas las medidas necesarias para evitar que se sorprenda a los deudores con ejecuciones inútiles e infundadas. Otro criterio inspira los procedimientos ejecutivos que se conceden a las instituciones hipotecarias. Ellas han merecido la proteccion del lejislador porque persiguen altos fines de interes público, por cuyo motivo, se les ha dotado de recursos rápidos para que ejerciten sus derechos.

En todas las lejislaciones en que existen estas instituciones se les han otorgado privilegios especiales, que en jeneral, se reducen a simplificar el procedimiento ejecutivo ordinario, suprimiendo trámites i estableciendo plazos reducidos. «Esos recursos, como se dice en el Mensaje con que fue presentado al Congreso el Proyecto de lei sobre Caja de Crédito Hipotecario, son mas bien una coaccion moral que otra cosa. No obstante, de figurar en todos los estatutos o reglamentos de sociedades análogas, su empleo ha sido estremadamente raro. Hai sociedades que en el espacio de veinte o más años no las han empleado una sola vez, sin embargo de jirar con muchos millones de pesos» (¹¹¹).

Por todas estas consideraciones estimamos que deben ser restablecidas estas disposiciones especiales. Seria conveniente, así mismo, que en la lei que se dicte sobre la materia se establezcan preceptos claros sobre las bases en que debe hacerse la, subasta de la finca hipotecada, porque los arts. 16 i 17 de la lei de la Caja nada dicen sobre el particular.

Esos preceptos han sido interpretados en el sentido de que la Caja puede fijar las bases que quiera para la subasta (¹¹²). En mi concepto, esa manera de proceder es injusta, i poco equitativa, porque no consulta debidamente los intereses del deudor. La subasta deberia hacerse tomandopor base la tasacion que figure en el rol de avalúos de la contribucion de haberes, o a lo ménos, la tasacion practicada por la Caja al conceder el préstamo. Está medida no dificultaria los procedimientos rápidos i sumarios que deben observarse en los cobros judiciales de las anualidades atrasadas que se deben a la Caja, i en cambio, tendria la ventaja de que se cautelarian, en forma efectiva, los derechos del deudor.

DE LA CAJA HIPOTECARIA DE CRÉDITO NAVAL

245. La lei sobre hipoteca naval de 20 de Febrero de 1919 creó la Caja Hipotecaria de Crédito Naval i en el art. 21 dispuso: «Cuando el deudor de anualidades no las hubiere satisfecho en los plazos fijados, la Caja deberá requerirlo judicialmente i si no pagare en

¹¹¹ Barros, T. I, P. 203.

¹¹² Barros Borgoño, T. I, Pág. 408, § 5, Pág. 432, letra C.

el término de cinco días, pedirá el embargo de la nave i que se venda en pública subasta, la cuál se llevará a efecto sin necesidad de nueva tasacion a favor del mejor postor, aunque la nave ande en viaje. El comprador es obligado a pagar a la Caja las anualidades debidas i los gastos que hubiere hecho. Contra la demanda de la Caja no se admitirá otra escepcion que la de pago acreditado con el recibo de la misma Caja. No se dará curso a tercería de dominio sobre la nave que no se presente aparejada de la escritura pública o documentos que indica el art. 833 del Código de Comercio, registrados en la forma determinada por los arts. 34 i 35 de la lei de navegacion de 24 de junio de 1878, i que sean anteriores a la hipoteca de la Caja. Si los documentos con que la tercería de dominio se presentare, reunieran los requisitos indicados i acreditaren presuntivamente el derecho del tercerista, se suspenderá el remate. Se aplicará a la tramitacion i fallo de la tercería el procedimiento sumario.

El remate de la nave se efectuará previa publicacion de avisos durante diez dias a lo ménos en un diario de Santiago i en otro de Valparaiso i en el puerto de matrícula si Valparaiso no lo fuera. El remate tendrá lugar ante el juez de Comercio de Valparaiso».

Las enajenaciones que se hagan de la nave con posterioridad a la contratacion del préstamo con la Caja no se toman en cuenta por está institucion. En todo caso la Caja de Crédito Naval dirige su accion en contra del deudor personal sin atender para nada, al hecho de que ya no sea propietario de la nave. Por esta circunstancia el inciso 4 del art. 21 de la lei citada, prescribe que sólo se dará curso a las tercerías de dominio que se presenten fundadas en escritura pública o en los documentos a que se refiere el art. 21, i que hayan sido otorgados con anterioridad a la hipoteca de la Caja.

El deudor personal tiene el plazo fatal de cinco dias despues de requerido para hacer el pago. La única escepcion que puede hacer valer en contra de la demanda de la Caja, es la de pago de la anualidad vencida. Si el deudor no paga dentro de ese plazo, la Caja tiene derecho a pedir que se embargue la nave i que se venda en pública subasta. Para proceder a la subasta deben publicarse avisos durante diez dias, a lo ménos, en un diario de Santiago i en otro de Valparaiso i en el puerto de su matrícula, si Valparaiso no lo fuere; pero no se necesita, hacer «una nueva, tasacion de la nave». ¿Qué tasacion debe servir de base para la subasta? Aun cuando la lei no lo dice estimamos que la misma, redaccion del art. 21 que prescribe que la subasta; se haga sin necesidad de *nueva tasacion* está indicando que debe tomarse por base la tasacion pericial hecha por la Caja en la época en que se contrató el préstamo i a que se refiere el art. 18 de la misma lei. El remate debe hacerse reconociendo la deuda a favor de la Caja, porque segun el inciso 2.º del art. 21, el comprador es obligado a pagar a la Caja las anualidades debidas i los gastos que hubiere hecho.

Las disposiciones del juicio ejecutivo consagradas en el C. de P. C., como reglas de carácter jeneral, deben aplicarse en todos los casos que no estén previstos en esta lei siempre que no sean contrarias a ella.

CAPITULO X. Del derecho de preferencia

246.

El derecho de preferencia, que corresponde a los acreedores hipotecarios es el derecho que tienen para ser cubiertos de su crédito con el valor de la finca hipotecada con anterioridad ó preferencia a los otros acreedores cuando los bienes del deudor no alcanzan a cubrir todas sus obligaciones. Segun el artículo 2465 del C. C., todos los bienes del deudor responden del pago de las obligaciones contraídas por él; pero cuando dichos bienes no alcanzan a pagar a todos los acreedores, éstos deben ser satisfechos en el orden o precedencia que la misma lei determina. El lejislador ha, considerado á, unos créditos mas importantes que a otros i ha establecido el orden de preferencia en que deben ser pagados. En esa clase de créditos ha, colocado a los créditos hipotecarios.

El derecho de preferencia no se encuentra consagrado en nuestro Código en el título que trata de la hipoteca sino en el que trata de la prelación de créditos. El art. 2470 del C. C. dice que «las causas de preferencia son solamente el privilegio i la hipoteca». I el art. 2477 agrega: «La tercera clase de créditos comprende los hipotecarios.

A cada finca gravada con hipoteca, podrá abrirse a petición de los respectivos acreedores o de cualquiera de ellos, un concurso particular para. que se les pague inmediatamente con ella., segun el orden de las fechas de sus hipotecas. Las hipotecas de una, misma. fecha que gravan una' misma finca preferirán unas a otras en el orden de su inscripción. En este concurso se pagarán primeramente las costas judiciales causadas en él».

El derecho de preferencia, como ya lo hemos dicho varias veces, es uno de los atributos esenciales i característicos del derecho de hipoteca, puesto que por' medio de él el acreedor hipotecario puede pagarse con el valor de la cosa ántes que los otros acreedores. La institucion de la hipoteca, que sirve para asegurar el cumplimiento de otras obligaciones, no prestarla ninguna utilidad si en virtud de ella el acreedor no tuviera derecho a ser pagado preferentemente con el valor de la finca hipotecada. Si no existiera el derecho de preferencia, el acreedor hipotecario no tendria ninguna seguridad de ser pagado al vencimiento del plazo, ya que tendria que concurrir con otros acreedores, de modo que la hipoteca no podria considerarse como una obligacion de garantía.

Se concibe que la hipoteca pueda, por ésto, existir sin el derecho de persecucion; pero no puede concebirse que exista sin el derecho de preferencia. Aquél no es sino la forma de hacer efectivo el derecho de preferencia respecto de terceros.

Los efectos del derecho de preferencia se producen cuando hai varios acreedores, sean hipotecarios o comunes; que pretendan ser pagados con el valor de la finca.

Los acreedores hipotecarios ejercitan el derecho de preferencia; no solamente sobre el precio de la finca cuando ella se venda en pública subasta sino tambien sobre el valor de la espropiacion, cuando la finca haya sido espropiada por causa de utilidad pública i sobre la indemnizacion debida por los aseguradores de los bienes gravados.

El art. 1101 del C. de P. C. consagra el derecho de los acreedores hipotecarios para ser cubiertos con el precio de la espropiacion. I el art. 2422 del C. C. i el art. 555 de C. de Comercio se refieren ala indemnizacion debida. por los aseguradores de los bienes hipotecados.

247.

El órden en que deben ser pagados los acreedores que tengan constituidas hipotecas sobre la misma finca se determina por la fecha de las respectivas inscripciones. Así lo establecen los arts. 2410, 2477, i 2480 del C., C. I como puede suceder que se hayan constituido dos o mas hipotecas el mismo dia, agrega el art. 2477 que «las hipotecas de una misma fecha que gravan una misma finca preferirán unas a otras en el órden de su inscripcion».

248.

Sin embargo, en ciertos i determinados casos, el valor de la finca hipotecada debe destinarse a pagar preferentemente a los créditos de la 1.^a clase que se enumeran en el art. 2472 del C. C. «Los créditos de la primera clase, prescribe el art. 2478; no se estenderán a las fincas hipotecarias sino en el caso de no poder cubrirse en su totalidad con los otros bienes del deudor. El déficit se dividirá entonces entre las fincas hipotecadas a proporcion de los valores de éstas i lo que a cada una quepa se cubrirá con ella en el órden i forma que se espese en el art. 2472».

I el art. 12 de la lei sobre hipoteca naval dispone por su parte: «En caso de concurrencia de acreedores preferirán a los hipotecarios únicamente los créditos que se indican en los N.os 1.º, 2, 3, 4, 5, 6 i 9 del artículo 835 del C. de Comercio, los préstamos a la gruesa con tratados durante el último viaje de la nave por el armador o su consignatario o por el capitán con las solemnidades legales, i las indemnizaciones

debidas por averías causadas por culpa del capitán o de la tripulación».

CAPITULO XI. Estincion del derecho de hipoteca

249.

Hablando en términos generales, puede decirse, que el derecho de hipoteca se extingue ya sea porque se extingue la obligación principal o porque se extingue únicamente la hipoteca sin que se extinga la obligación principal. Por esta razón se dice que la hipoteca se extingue de dos maneras:

1.º Por vía accesoria, cuando se extingue la obligación principal; i

2.º Por vía principal, cuando subsiste la obligación principal, a pesar de la extinción de la hipoteca.

Estas dos formas de extinción están mencionadas en el art. 2434 del C. C. que a la letra prescribe: «*La hipoteca se extingue junto con la obligación principal.*»

Se extingue así mismo por la resolución del derecho del que la constituyó o por el evento de la condición resolutoria según las reglas legales. Se extingue aderezas, por la llegada del día hasta el cual fué constituida. I por la cancelación que el acreedor otorgue por escritura pública, de que se tome razón al margen de la inscripción respectiva».

Como se ve, en este precepto están consagradas las dos formas en que se extingue el derecho de hipoteca. El primer inciso del art. 2434 del C. C. establece la regla general □ de que la hipoteca se extingue siempre que se extingue la, obligación principal i los otros incisos del mismo precepto se refieren a los casos en que se extingue únicamente

el derecho de hipoteca sin referirse para nada a la obligacion principal. Naturalmente, que como veremos mas, adelante, la enumeracion que se hace en el art. 2434 no es taxativa, puesto que en otros artículos la misma lei se encarga de indicar otras causas por las cuales se estingue la hipoteca.

PRIMERA FORMA DE ESTINCION, O SEA, CUANDO LA HIPOTECA SE ESTINGUE COMO CONSECUENCIA DE LA ESTINCION DE LA OBLIGACION PRINCIPAL.

250.

El inciso 1.º del art. 2434 del C. C. establece que la hipoteca se estingue junto con la obligacion principal. Se comprende perfectamente esta disposicion, porque, siendo la hipoteca una obligacion accesoria, es claro que debe desaparecer cuando se extingue la obligacion a que aquella accede. La hipoteca, una vez producida esa situacion, ya no tiene razon de ser.

En consecuencia, la hipoteca se extingue siempre que la obligacion principal se extingue por cualquiera de las formas en que pueden extinguirse las obligaciones segun el art. 1567 del C. Civil. En ese caso, la inscripcion hipotecaria debe cancelare por el acreedor en el Conservador de Bienes Raices, ya que ella no corresponde a ninguna realidad. Si a pesar de extinguirse, la obligacion principal se mantiene la inscripcion hipotecaria, no debe creerse por éso que subsiste la hipoteca, porque, como se ha dicho, ella no puede existir sin la obligacion principal.. Naturalmente que el interesado puede pedir judicialmente, como veremos al hablar de la cancelacion de la hipoteca, que se proceda a la cancelacion del gravámen hipotecario.

251.

Pero en todo caso para que se estinga la hipoteca, es necesario que la obligacion principal se haya estinguido en su totalidad, porque, en virtud del principio de la indivisibilidad, miéntras subsiste una parte de la deuda la totalidad de la finca i cada una de sus partes responde de su cumplimiento.

252.

El principio que estudiamos de que la hipoteca se estingue siempre que se estingue la obligacion principal tiene una escepcion en el caso de la novacion. El art. 1642 del C. C. dispone que «aunque la novacion se opere sin la sustitucion de un nuevo deudor, las prendas é hipotecas de la obligacion primitiva no pasan a la obligacion posterior, a ménos que el acreedor i el deudor convengan espresamente en la reserva».

253.

La prescripcion de la obligacion principal merece una observacion especial. Segun el art. 2316, la accion hipotecaria i las demas que proceden de una obligacion accesoria prescriben junto con la obligacion a que acceden.

Segun esto, la. accion hipotecaria prescribe al mismo tiempo que la accion personal, de modo que si ésta no puede intentarse en contra del deudor personal, tampoco puede intentarse aquélla en contra del tercer poseedor.

En nuestra lejislacion no puede extinguirse por prescripcion la hipoteca

independientemente de la obligacion principal, como sucede en la lejislacion francesa, en donde se estingue la, hipoteca, a pesar de subsistir la obligacion principal, por el hecho de que el tercer poseedor haya poseido la finca hipotecada durante el tiempo señalado por la lei sin reconocer el gravámen hipotecario (¹¹³). En aquella lejislacion se presume que el tercer poseedor está de buena fé cuando ignora, la existencia de la hipoteca i se considera que la presuncion de buena fé no se destruye por la simple circunstancia de existir la inscripcion hipotecaria, puesto que puede ocurrir que el tercer poseedor no haya examinado el Registro. Esta institucion ha sido mui criticada por los tratadistas franceses; porque estiman que es mui poco lójico qué se estinga la hipoteca, por prescripcion sin que se estinga la obligacion principal, i por otra parte, es mui peligrosa para el acreedor que no tiene para qué averiguar si la finca ha pasado a poder de un tercero.

SEGUNDA FORMA DE ESTINCION DE LA HIPOTECA, O SEA, POR MEDIOS DIRECTOS, SUBSISTIENDO LA OBLIGACION PRINCIPAL.

254.

Vamos a examinar los casos en que se extingue la hipoteca; pero subsiste la obligacion principal.

El art. 2334 enumera muchas de las causas que producen la estincion del derecho de hipoteca; pero de ninguna manera debe creerse que esa enumeracion sea taxativa.

Las causas que estinguen directamente la hipoteca son las siguientes:

- 1.º Llegada del dia hasta el cual se constituyó;
- 2.º Evento de la condicion resolutoria;
- 3.º La nulidad del contrato hipotecario;
- 4.º Resolucion del derecho del que la constituyó;
- 5.º Consolidacion del dominio en manos del acreedor hipotecario;
- 6.º Liberacion de la hipoteca con motivo de la espropiacion por causa de utilidad pública; i
- 7.º Subasta pública efectuada con citacion personal, en el término de emplazamiento de los acreedores hipotecarios que tienen constituidas hipotecas sobre la misma finca; .
- 8.º Pérdida o destruccion completa de la finca gravada; i
- 9.º Renuncia. o cancelacion del acreedor hipotecario.

255.

Llegada del dia hasta el cual se constituyó ievento de la condicion resolutoria.— La hipoteca se estingue por la llegada del dia hasta el cual se constituyó i por el. evento de la condicion resolutoria.

Segun el art. 2413 del C. C., la hipoteca puede estar sujeta a toda clase de modalidades, de manera que en esos casos habrá que aplicar las reglas jenerales. En realidad, cuando se cumple la condicion resolutoria que afecta a la hipoteca, no puede

¹¹³ Art. 2180, N.º 4, C frances.

decirse que ésta se haya extinguido; porque en virtud de la retroactividad de las condiciones debe reputarse que no ha existido jamas. Las dos causales de estincion a que nos referimos están consagradas en el art. 2434 del C. C.

256.

La nulidad del contrato hipotecario.— Lamisma observacion puede hacerse respecto de la nulidad del contrato hipotecario, porque la nulidad judicialmente declarada retrotrae las cosas al estado que teman ántes, de modo que se considera que la hipoteca no ha existido jurídicamente.

257.

Resolucion del derecho del constituyente.— La hipoteca se extingue por la resolucion del derecho del que la constituyó.

Está causal está contemplada en el art. 2434. Para poder hipotecar es necesario ser dueño de la finca que se grava, por cuyo motivo el que hipoteca una finca sobre la cual no se tiene sino un derecho resoluble no se entiende hipotecarla sino sujeta a esa misma limitacion. Así lo dispone el art. 2416 del C. C., que consagra el principio de que nadie puede transmitir mas derechos que los que tiene.

258.

La accion de resolucion que procede en todo contrato bilateral cuando por una de las partes no se cumple lo pactado, ¿debe intentarse solamente en contra del contratante moroso o debe tambien llamarse al juicio a los acreedores que tienen constituidas hipotecas. sobre la finca, sobre la cual versa el juicio? No vacilamos en pronunciarnos a favor de la última doctrina.

En primer lugar cabe observar que ésta era la solucion tradicional del antiguo derecho romano (¹¹⁴).

Segun el art. 3 del C. C. «las sentencias judiciales no tienen fuerza, obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaran», de modo que las sentencias solo afectan a los que han intervenido en el juicio como partes directas o coadyuvantes. Es claro que los acreedores hipotecarios no citados al juicio de resolucion podrian invocar este precepto para sostener que la sentencia en que se declaraba resuelto el contrato no las afectaba, i que, en consecuencia, no puede procederse a la cancelacion de sus respectivas hipotecas.

Por otra parte, debe tenerse presente que la hipoteca es un desmembramiento de la propiedad, por cuya razon debe llamarse al acreedor hipotecario para que defienda la parte que le corresponda en la cosa.

Por último hai una razon de conveniencia i proteccion para los terceros que tienen constituidos derechos sobre la finca para que se proceda en esta forma, puesto que el contratante moroso en contra de quien se pide la resolucion, no tendrá ningun interes en defenderse si la finca está mui gravada.

Desgraciadamente no han faltado sentencias de los Tribunales que han declarado

¹¹⁴ Duranton, T. 10, N.º 353, P. 413.

que los fallos que declaran resuelto un contrato afectan a los acreedores hipotecarios, aun cuando no se las haya citado al juicio de resolucion (¹¹⁵).

259.

Consolidacion del dominio en manos del acreedor.— La hipoteca se extingue por consolidacion de dominio en manos del acreedor hipotecario.

La consolidacion es la reunion de la misma persona del derecho de hipoteca i de la propiedad de la finca gravada. Se comprende que en este caso se extinga el derecho de hipoteca, porque no se concibe que exista una hipoteca sobre una cosa propia.

Sin embargo, en ciertos casos no se extingue la hipoteca por este medio de un modo definitivo. Esto ocurre cuando una persona compra una finca hipotecada, invirtiendo el precio correspondiente en pagar a los acreedores hipotecarios. Es el caso contemplado en el N.º 2 del art. 1610 del C. C., que tiene por objeto proteger al adquirente de toda eviccion futura. El lejislador, como fina escepcion a los principios jenerales, permite que el adquirente de una finca hipotecada conserve una hipoteca sobre su propia finca con el objeto de consolidar en sus manos el dominio de la cosa (¹¹⁶). En los N.º 261 i sigs. veremos una aplicacion de estos principios i trataremos mas extensamente esta materia.

260.

Pérdida o destruccion de la cosa hipotecada.— El derecho de hipoteca, se es tingue cuando desaparece la cosa sobre la cual está constituido. En ese caso tiene aplicacion el art. 227 del C. C. en virtud del cual puede pedirse un suplemento de hipoteca o el pago inmediato de la deuda.

Debe tenerse presente, ademas, que el acreedor hipotecario puede ejercitar sus derechos sobre las indemnizaciones debidas por los aseguradores de la finca hipotecada. (Arts. 2422 del C. C. i 555 del C. de C.)

261.

La hipoteca se extingue por la subasta judicial efectuada con citacion personal, en el término de emplazamiento de los acreedores que tienen constituidos derechos sobre la misma finca.

El art. 2428 del C. C., despues de consagrar en el inciso 1.º el derecho de persecucion, agrega que *«esa disposicion no tendrá lugar contra el tercero que haya adquirido la finca hipotecada en pública subasta ordenada por el juez. Mas, para que esta escepcion surta efecto a favor del tercero deberá hacerse la subasta con citacion personal, en el término de emplazamiento, de los acreedores que tengan constituidas hipotecas sobre la misma finca, los cuales serán cubiertos sobre el precio del remate en el órden que corresponda. El juez entretanto hará consignar el dinero»*.

Del precepto leal transcrito se desprende que todas las hipotecas constituidas sobre

¹¹⁵ Gac. 1898, T. 2, P. 179, S. 925.

¹¹⁶ Planiol, T. 2, P. 1047, N.º 2417. Baudry-Lacantinerie. T. 27, P. 503, N.º 2268. Giorgi, Teoría Jeneral de las Obligaciones T. 7, Pág. 241 i sigs.

una finca se estinguen cuando ella se vende en pública subasta ordenada por el juez con tal que se observen las formalidades establecidas en el art. 2428 del C. C.

Sin embargo, el art. 513; del C. de P. C. a la establecido una escepcion al precepto del art. 2428 del C. C., pues se prescribe que los acreedores hipotecarios de grado preferente pueden, a su arbitrio o exigir el pago de sus créditos sobre el precio del remate segun sus grados o conservar sus hipotecas sobre la finca subastada. Mas adelante nos ocuparemos de ese precepto i por ahora nos limitaremos a manifestar que, en nuestro concepto, él no ha derogado al art. 2428 del C. C., como se ha sostenido en algunas ocasiones.

262.

Para que se estingan las hipotecas constituidas sobre la finca que se, subasta se requiere que se observen todas las formalidades prescritas en el art. 2428 del C. C: Las inscripciones hipotecarias no se cancelan por el simple hecho de la subasta sino que el Tribunal ante quien se verifica el remate debe ordenar su cancelacion. El C. C, desgraciadamente, no ha establecido en forma clara i precisa el procedimiento que debe seguirse en este caso. En el Código de Procedimiento Civil tampoco existen reglas sobre el particular.

Los requisitos exigidos en el art. 2428 del C. C. sen los siguientes:

- 1.º Que la finca hipotecada se venda en pública subasta, ordenada por el juez;
- 2.º Que hayan sido citados personalmente todos los acreedores que tengan constituidas hipotecas sobre la finca que se trata de subastar i que entre la citacion i el remate haya trascurrido el término de emplazamiento.

263.

Examinaremos separadamente cada uno dé estos requisitos.

1.º *Que la finca hipotecada se venda en pública subasta ordenada por el juez.*— Aun cuando los términos del inc. 2.º del art. 2428 del C. C. son mui jenerales, parece, sin embargo, que el lejislador ha querido referirse a las ventas forzadas que se hagan por intermedio de la justicia. En nuestro concepto los términos «venta forzada» i «venta ordenada por el juez» son sinónimos. De ahí que el art. 2428 del C. C. no pueda aplicarse en las ventas, que aun cuando se realizan por intermedio de la justicia, no participan del carácter de forzadas. Por ese motivo, en esos casos, los acreedores hipotecarios que tuvieran prestados sus capitales a un buen interes, por ejemplo, podrian oponerse a la cancelacion de sus hipotecas.

264.

En las ventas judiciales voluntarias, en los casos en que la lei exija el trámite de la subasta pública, no tiene aplicacion el art. 2428 del C. C., porque en realidad no se trata de rentas ordenadas por el juez.

La circunstancia de que dichas ventas se celebren con intervencion de la justicia no puede invocarse en contra de nuestra opinion, puesto que así como el lejislador dispuso que las rentas se realizaran por intermedio de la justicia, pudo tambien encomendarlas a otra autoridad.

Por otra parte, el art. 513 del C. de P. C. se refiere única i exclusivamente a las ventas forzadas, va que reglamenta el caso de que un acreedor de grado posterior persiguiera una finca hipotecada contra el deudor personal. Si el lejislador hubiera creído que el art. 2425 contemplaba a las ventas judiciales voluntarias, les habria aplicado tambien a ellas el art. 513 del C. de P. C. Debe tenerse presente, ademas, que el art. 1069 del C. de P. C. que dispone que dichas ventas deben someterse a las reglas de las ventas forzadas no se refiere ni menciona para nada al art. 513.

Por último, el espíritu jeneral de la lejislacion está de nuestra parte, porque el lejislador ha establecido siempre principios mas estrictos respecto de las ventas forzadas. Los arts. 1851, 1865 i 1891, son la prueba mas elocuente de lo que estamos diciendo; pues en esos preceptos se establecen modificaciones a las reglas jenerales del contrato de venta cuando se efectúa forzadamente por ministerio de la justicia.

263.

En las mismas consideraciones nos fundamos para pensar que tampoco puede aplicarse el artículo 2428 del C. C. en las subastas realizadas con el objeto de proceder a la division de una cosa comun. Por otra parte, hai que observar que las adjudicaciones entre comuneros no constituyen enajenaciones sino que por medio de ellas se individualiza la cuota que correspondia a cada uno de los copartícipes en la cosa comun.

266.

2.º Requisito: *Que hayan sido citados personalmente todos los acreedores que tengan constituidas hipotecas sobre la finca que se trata de subastar i que entre la citacion i el remate haya trascurrido el término de emplazamiento.*

Para que la subasta judicial de la finca hipotecada estinga las hipotecas constituidas sobre ellas se requiere: a) que los acreedores hipotecarios hayan sido citados personalmente; i b) que la subasta se verifique despues de trascurrido el término de emplazamiento a contar desde la última notificacion.

267.

La subasta realizada en esas condiciones estingue todas las hipotecas constituidas sobre la finca que se remata, aun cuando esas hipotecas no hayan sido constituidas por el dueño actual del inmueble.

Deben ser citados a la subasta todos los acreedores hipotecarios de cualquier grado que ellos sean i aunque aparezca de manifiesto que algunos de dichos acreedores no alcanzaran a ser cubiertos con el precio del remate.

268.

La citacion prescrita en el art. 2428 del C. C. tiene por objeto poner en conocimiento de todos los acreedores hipotecarios el hecho de que la finca gravada se va a subastar para que hagan todas las jestioncs necesarias para, que la finca alcance en la subasta el mayor precio que se pueda i de ese modo alcancen todos los acreedores a ser cubiertos de sus créditos con el precio del remate. La citacion, en consecuencia, está destinada a proteger a los acreedores i por medio de ella se evita que se les pueda perjudicar.

El art. 2425 del C. C. ha sido tomado indudablemente del Proyecto de Goyena que

en el art. 1808 prescribe lo siguiente: «El acreedor puede ejercitar la accion real contra el tercer poseedor de la cosa hipotecada, cualquiera que sea el título con que éste la haya adquirido. Esta disposicion no tendrá lugar contra el tercero que haya adquirido los bienes hipotecados en subasta judicial practicada, con citacion personal de los acreedores, cuyo derecho se trasporta sobre el precio del remate que debe ser consignador judicialmente». I comentando el precepto citado dice García Goyena: «El provecto consagra una modificacion altamente reclamada por nuestra situacion actual i fundada en las razones i ejemplos mas plausibles. El que adquiera en subasta judicial con citacion personal de los acreedores, no puede ya temer la aparicion de gravámenes desconocidos i los acreedores no tendrán de qué quejarse *puesto que deben ser citados para que puedan evitar que se rebaje fraudulentamente el precio de los bienes que les están obligados*» (¹¹⁷).

269.

Se ha dicho, sin embargo, que el art. 513 del C. de P. C. ha derogado al art. 2428 del C. C. en el sentido de que ya no es necesario citar a todos los acreedores hipotecarios para proceder a la subasta, sino que la citacion solo debe hacerse a los acreedores de grado preferente cuando la subasta se pida por un acreedor de grado posterior. El art. 513 del Código de Procedimiento Civil a la letra dice: «Si por un acreedor hipotecario de grado posterior se persiguiera una finca hipotecada contra el deudor personal que la poseyera, el acreedor o los acreedores de grado preferente citados conforme al art. 2428 del C. C. pueden ó exigir el pago de sus créditos sobre el precio del remate segun sus grados o conservar sus hipotecas sobre la tinca subastada, siempre que sus créditos no estuvieren devengados. No diciendo nada en el término de emplazamiento se entenderá que optan por ser pagados sobre el precio de la subasta». «Lo dispuesto en este precepto se aplica tambien al caso en que se persiga la finca hipotecada contra terceros poseedores ». (Art. 9,6 del C. P. .C .)

En nuestro concepto, el art. 513 del C. de P. C. reglamenta una situacion diversa de la contemplada en el art. 2428 del C. C. i por eso estiman los que este último precepto conserva todo su vigor.

Segun el art. 2428 del C. C. la subasta judicial hecha con citacion de los acreedores hipotecarios produce la estincion de todas las hipotecas constituidas sobre la finca. El art. 513 del C. de P. C. modifica ese precepto legal en el sentido de que la, citacion de los acreedores hipotecarios no siempre produce la estincion de todas las hipoteca, porque en el caso de que la subasta sea pedida por un acreedor de grado posterior, los acreedores preferentes podrán optar entre el pago inmediato de sus créditos i la vijencia de sus hipotecas. En ese caso, la estincion de las hipotecas queda entregada a la voluntad de los acreedores de grado preferente. En otros términos, puede decirse, que el art. 513 del C. de P. C. dejó en vigor en todas sus partes al art. 2428 del C. C. en lo que se refiere a la citacion de los acreedores hipotecarios; pero modificó los efectos, que en ciertos casos, produce la citacion. Por regla jeneral, ha dicho el lejislador, la citacion de los acreedores hipotecarios produce la estincion de las hipotecas constituidas sobre la finca i solo por escepcion, eso no sucede cuando la subasta se solicita por un acreedor hipotecario de

¹¹⁷ T. 4, P. 207.

grado posterior, porque en ese caso, el acreedor de grado preferente, lejitíamente citado, puede optar entre la estincion de su derecho i la vijencia de la hipoteca.

La referencia que se hace en el art. 513 del Código de Procedimiento Civil al art. 2428 del C. C. da a entender, en nuestro concepto, que aquel precepto no ha sido derogado.

Por otra parte, el fundamento de la citacion de los acreedores hipotecarios puede invocarse en apoyo de nuestra □ opinion. Como la subasta va a producir la estincion de sus hipotecas, es justo que se les anuncie la subasta para que hagan todo lo posible para que el precio del remate suba lo mas que se pueda. Si se omite la citacion de algunos acreedores, la lei les deja a salvo sus derechos, porque se estima que sus intereses no han sido suficientemente resguardados.

La discusion habida en la Comision Redactora del C. de P. C. confirma tambien la interpretacion que hemos dado al art. 513 del C. de P. C.

En el acta de la sesion 25 se lee: «El señor Presidente, sin embargo, observa que el Proyecto no contiene disposicion alguna respecta a la citacion de los acreedores hipotecarios prescrito por el art. 2428 del C. C., que la ordena sin establecer el procedimiento ni la fecha en que debe verificarse. Insinúa a este respecto la idea de exigir al Conservador de Bienes Raices el certificado de los gravámenes que pesan sobre la propiedad embargada al dejar testimonio de la inscripcion del embargo».

«El señor Ballesteros agrega que habla pensado por su parte, proponer una disposicion análoga: a la del Código español para suplir la omision a que alude S. E.»

«En conformidad a ella, iniciad. ejecucion por un acreedor valista o hipotecario de grado inferior deberla citare a todos los acreedores de grado posterior i procederse a la subasta reconociendo los gravámenes de grado preferente».

«El señor Vergara, que acepta en jeneral la indicacion del señr Ballesteros, cree que podria modificarse en el *sentido de que la notificacion deberá hacerse a todos los acreedores reservando a los de grado preferente el derecho de esponer en un plazo razonable si desean mantener su hipoteca o ser pagados de su valor con el precio del remate*».

«El señor Valdes juzga de manifiesta conveniencia la *reforma propuesta en beneficio del los acreedores que sin ella se verian obligados, con perjuicios de sus intereses, a poner término a contratos de mutuo celebrados talvez en condiciones ventajosas*» (¹¹⁸).

Esta acta manifiesta con toda claridad el alcance que debe darse al art. 513 del C. de P. C. i confirma la interpretacion que nosotros hemos dado a ese precepto.

La jurisprudencia de los Tribunales ha consagrado tambien esa doctrina (¹¹⁹).

270.

La citacion a los acreedores hipotecarios debe hacerse ántes del remate. El art.

¹¹⁸ Actas, P. 181.

¹¹⁹ Gac. 1908, T. 2, S. 340, P. 589.

2428. del C. C. no establece esto de un modo categórico, pero es indudable que así debe procederse atendido el objeto que se persigue con la citacion. García Goyena dice que «los acreedores no tendrán de qué quejarse puesto que deben ser citados para que puedan evitar que se rebaje fraudulentamente el precio de los bienes que les están obligados».

¿Cómo se alcanzarla ese objeto si la citacion no se hiciera con anterioridad a la subasta?

En nuestro concepto, el íntimo inciso del art. 2428 del C. C. que prescribe que «el juez entre tanto hará consignar el dinero» no puede invocarse para sostener que la citacion puede hacerse aun despues de la subasta, porque lo única que manifiesta ese inciso es que, miéntras se determine el órden en que deben pagarse los diversos acreedores, el juez tiene la obligacion de hacer consignar el dinero.

El precio del remate se consigna judicialmente para que los acreedores hagan valer sus derechos sobre él.

El art. 513 del C. de P. C. hace desaparecer todas las dudas que pueden existir sobre el particular. En efecto, ese precepto dispone que los acreedores legalmente citados pueden optar entre el mantenimiento de sus hipotecas o el pago inmediato de sus créditos. ¿Cómo podrian fijarse las bases del remate si no se sabe cuál es la voluntad de esos acreedores? De ahí que nosotros no dudemos de que la citacion deba efectuarse siempre ántes de la subasta.

271.

¿En qué forma debe citarse a los acreedores hipotecarios? La citacion debe hacerse en la forma prescrita por el C. de P. C. para las notificaciones personales. Cualquiera otra clase de notificacion seria nula i no produciria, en consecuencia, la estincion del derecho de hipoteca.

Esta doctrina está consagrada en el C. de P. C. i era la que rejia en la, lejislacion anterior.

En primer lugar cabe observar, que la frase «citacion personal» empleada por el art. 2425, segun su sentido natural i obvio, significa que la notificacion debe ser hecha a la misma persona interesada.

La palabra citacion, era sinónima de notificacion en la lejislacion vijente en la época en que se dictó el Código Civil. Don José Bernardo Lira dice sobre el particular: «El traslado de la demanda se notifica al reo i a las demas personas señaladas por el actor, las cuáles en virtud de esta notificacion quedan citadas o emplazadas para venir ante el juez a contestar a la demanda. Por eso esa *notificacion* recibe el nombre de *citacion* o *emplazamiento*». No son, sin embargo, estas dos voces enteramente sinónimas. *Citacion (tomada esta voz como especie de notificacion)* es, en jeneral, todo llamamiento hecho a una persona para que concurra, si quiere, a un acto judicial que pueda pararle perjuicio; el emplazamiento se circunscribe al llamamiento para que parezca a contestar una demanda o a seguir una apelacion admitida» (¹²⁰). Es evidente que el vocablo citacion

¹²⁰ Prontuario de Juicios.— T. I., Pág. 202.

está empleado en el art. 2428 del C. C. en el sentido de notificación o llamamiento hecho a una persona para, que concurra, si quiere, a un acto judicial que puede pararle perjuicio. Al acreedor hipotecario se le cita para que, concurra a la subasta i tome todas las medidas que estime necesarias para la. protección de sus intereses. El art. 2428 agrega que esa citación o llamamiento debe ser personal, es decir, que sea hecho al mismo interesado en persona.

En el Febrero Novísimo de Tapia se dice, que la citación es lo mismo que la notificación personal (¹²¹) i refiriéndose al caso en cuestión se agrega: «Tampoco pueden molestar al comprador los acreedores que comparecieron al concurso, a cuya instancia se vendió en pública subasta la cosa aun cuando su precio no alcance a la satisfacción de sus créditos, porque con su consentimiento en que se enajenase perdieron todo el derecho que tenían i lo transfirieron en el comprador. Asimismo no pueden molestarlo *los que fueron citados en sus personas* i no comparecieron, pues por su contumacia i negligencia es visto que renuncian al derecho de prelación e hipoteca que les compete i se les estima como presentes. «Pero los citados por edictos si son hipotecarios anteriores, no puede el hecho del deudor i de los acreedores posteriores privar del derecho de prelación e hipoteca que tienen: bien que de equidad deberán repetir primero contra los acreedores posteriores que percibieron sus créditos bajo fianza depositaria o de acreedor de mejor derecho i contra sus fiadores: » (¹²²).

Por otra parte, debe tenerse presente, que en la legislación anterior al C. de P. C. la notificación más común i general era la notificación personal, en virtud de la cual el secretario o receptor debe leer íntegramente la providencia a la persona a quien notifica i hacerle firmar la diligencia, esto es, la constancia que deja en el proceso de haberle hecho saber el mandato judicial con expresión del día en que lo hace. Las otras formas de notificación solo tienen lugar en casos especiales expresamente señalados por las leyes o cuando no es posible practicar aquéllas (¹²³).

Estudiando el C. de P. C. también se llega a la misma conclusión de que la citación a los acreedores hipotecarios debe hacerse en la forma de notificación personal. En efecto, el art. 43 dispone que en toda gestión judicial, la primera notificación a las partes o personas a quienes hayan de afectar sus resultados deberá hacerseles personalmente, entregándoles copia íntegra de la resolución i de la solicitud en que hubieren recaído, cuando fuere escrita. El precepto del art. 59 del C. de P. C. que prescribe que las notificaciones que se hagan a terceros que no sean parte en el juicio o a quienes no afecten sus resultados se harán personalmente o por cédula, no puede invocarse en contra de nuestra doctrina, porque nadie puede negar que en el caso de que nos ocupamos los resultados del juicio van a afectar directamente a los acreedores hipotecarios ya que a consecuencia de la citación se van a extinguir sus derechos de hipoteca.

¹²¹ Pág. 165, N.º 5; 169 N.º 10, 20, 21, 22

¹²² P. 602.

¹²³ LIRA. *Prontuario de Juicios*.— T. 1 P. 1118.

I se comprende perfectamente que el lejislador haya exigido el trámite de la notificacion personal, puesto que en esa forma se cautelan debidamente los derechos de los acreedores hipotecarios. De otro modo la proteccion de la lei no seria tal, porque se burlaría con mucha facilidad el precepto del art. 2425 del Código Civil.

La jurisprudencia de los Tribunales es uniforme en este sentido (¹²⁴).

El conocimiento privado que los acreedores hayan tenido de la subasta tampoco produce la estincion del derecho de hipoteca, porque la lei exige imperativamente que para que ésto suceda se requiere que se notifique personalmente a los acreedores. La circunstancia de que el acreedor haya tenido noticia de la subasta i concurra a hacer posturas en ella no puede considerarse como una renuncia a su derecho de hipoteca (¹²⁵).

272.

La subasta, de la finca hipotecada debe efectuarse despues de trascurrido el término de emplazamiento desde la última notificacion a los acreedores hipotecarios. El art. 513 del C. de P. C. se refiere tambien al término de emplazamiento, de manera que para proceder al remate no basta que se cite a los acreedores i se deje trascurrir cualquier plazo sino que se requiere que trascurra el término de emplazamiento. ¿ A qué término de emplazamiento se refiere la lei? ¿Será el emplazamiento del juicio ejecutivo o del juicio ordinario? Aun cuando la lei nada dice sobre el particular nos inclinamos a 'pensar que debe dejarse trascurrir el término de emplazamiento del juicio ordinario.

En la lejislacion anterior al C. de P. C. se daba solamente el nombre de emplazamiento al llamamiento hecho a una persona para que parezca a contestar una demanda o a seguir una apelacion deducida (¹²⁶). En el juicio ejecutivo no se conocía el término de emplazamiento, porque al deudor se le daba a conocer el juicio por medio de la «citacion de remate», o «apercibimiento que se hace al deudor de que, si en el término legal no paga la deuda i las costas causadas ni se opone a la ejecucion con alguna escepcion admisible de derecho, se procederá a la subasta de los bienes embargados para hacer con su producido el debido pago al acreedor» (¹²⁷).

Como en este caso no se ha establecido ninguna regla especial debe aplicarse el juicio ordinario, segun el art. 3 del C. de P. C. que a la letra dice: «Se aplicará el procedimiento ordinario en todas las jestioness, trámites i actuaciones que no estén sometidas a una regla especial diversa, cualquiera que sea su naturaleza»

Se comprende perfectamente que el lejislador haya exigido que ántes de proceder a

¹²⁴ Gac. 1882, S. 1768 P. 986; R. D. J. 1904, P. 513; R. D. J. 1907, Sec. I. Páj. 65 (Cons. 8 i 9 de Excma. Corte Sup.). Indice de Plaza, Páj. 328, Apéndice 65. *Las Ultimas Noticias*. (15 de Agosto de 1918). Senten. de Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 24 de Julio de 1918.

¹²⁵ Gac. 1897, P. 897; S. 3482.

¹²⁶ Lira. *Pront. de Juicios*.— T. I. P. 203.

¹²⁷ Lira. *Pront. de Juicios* □ T. I. P. 404.

la subasta se deje trascurrir el término de emplazamiento para que así pueda llenarse cumplidamente el objeto que se persigue con la citacion de los acreedores, es decir, para que éstos tomen todas las medidas que sean necesarias para que la finca alcance en la subasta el precio mas alto que se pueda i alcancen a ser cubiertos de la totalidad de sus créditos con el producido del remate.

Galindo i Escosura, refiriéndose a la legislacion hipotecaria española dice a este respecto: «Para que las disposiciones de los arts. 1490 i 1491 se cumplan, no farisaicamente, sino atendándose, al espíritu que las informa, deberá el juez dejar trascurrir, un término prudencial entre la notificacion a los acreedores i su presentacion en los autos para nombrar peritos; porque nada mas fácil de otro modo, que nombrados ya los peritos por el ejecutante i el ejecutado, teniendo admitido el cargo, examinada i tasada la finca al día siguiente o al otro de la notificacion se presenten en el Juzgado i avalúen el inmueble, ántes de que el acreedor pueda estar representado en el juicio; puesto que si se hallaba ausente habrá de consumir algun tiempo en estender los poderes, legalizarlos, remitirlos al Procurador, aceptar éste i personarse en el juzgado; perdiendo de esta manera su derecho, que solo lo tiene para intervenir en el juicio si comparece antes del avalúo» (¹²⁸).

273. El precio del remate debe consignarse a la órden del juez, segun el último inciso del art. 2428 del C. C. La subasta judicial efectuada con citacion de los acreedores hipotecarios produce la estincion de todos los gravámenes constituidos sobre la finca; pero la lei en garantía de los derechos de esos acreedores impone al juez la obligacion de hacer consignar a su órden el precio de la subasta (¹²⁹). El último inciso del art. 2428 del C. C. es un precepto de carácter imperativo que debe ser observado siempre por el juez cuando se proceda a subastar una finca hipotecada con citacion de los acreedores hipotecarios. La única escepcion que tiene ese principio es la del artículo 513 del C. de P. C., pues en ese caso los acreedores de grado preferente pueden optar por el mantenimiento de sus hipotecas. En el Proyecto de Goyena sé decia a este respecto que el derecho de los acreedores «se trasporta' sobre el precio del remate que debe ser consignado judicialmente», de modo que no puede dudarse del alcance que tiene el precepto que analizamos. Debe tenerse presente, por otra parte, que a la época en que se dictó el Código Civil chileno los tratadistas franceses no estaban, de acuerdo sobre si las hipotecas se extinguian por el solo hecho de la subasta o si la estincion de esos derechos estaba subordinada a la condicion del pago del precio. La jeneralidad de los autores i la jurisprudencia de los Tribunales, como lo observa Baudry-Lacantinerie, se habian pronunciado por la última de esas doctrinas (¹³⁰). Se comprende, entónces, que el legislador chileno haya querido consagrar esos, mismos principios, pero en forma clara i categórica. En realidad, en el caso del art. 2428 del C. C. ocurre algo mui semejante a lo que sucede en las espropiaciones por causa de utilidad pública en que el valor de la espropiacion se consigna a la orden del juez para que los acreedores hipotecarios

¹²⁸ Legislacion Hipotecaria, P. 305, § 4.

¹²⁹ Véase voto del Ministro Santa Cruz en Gac. 1910, S. 1104, P. 778.

¹³⁰ Privileg. et Hyp.— T. 3, P. 613, N.º 2376.

ejerciten sobre él sus respectivos derechos (Art. 1101 del C. de P. C.)

Por estas consideraciones estimamos que el juez no debe, ordenar la cancelacion de las hipotecas de los acreedores lejitimamente citados sino una vez que el precio del remate haya sido consignado a su orden.

Los acreedores hipotecarios serán pagados con el precio de la subasta en el órden que les corresponda i las cuestiones que se susciten entre ellos deben tramitarse en forma de incidentes, segun lo prescrito en el art. 83 del C. de P. C.

274.

El precepto del art. 2428 del C. C. da origen a diversas dificultades cuando la finca hipotecada que se subasta se adjudica en pago al acreedor ejecutante.

Si la finca hipotecada se adjudica al primer acreedor hipotecario se extinguen todas las hipotecas de los acreedores posteriores legalmente citados. La obligacion de pagar el precio se compensa, en ese caso, con el crédito que el acreedor tiene en contra de la finca. Sin embargo, si el valor en que se hace la adjudicacion fuera superior al crédito del acreedor, éste debe consignar el exceso para que el juez ordene la cancelacion de las hipotecas posteriores.

273.

No es tan sencilla la cuestion cuando la finca hipotecada se subasta a peticion de uno de los acreedores hipotecarios posteriores i no se presentan postores al remate. ¿Se puede adjudicar la finca hipotecada al acreedor ejecutante en pago de su crédito? ¿Qué suerte correrían en ese caso las hipotecas anteriores? La adjudicacion en pago es una verdadera subasta en que la obligacion de pagar el precio se compensó con el crédito del acreedor ejecutante. Las hipotecas preferentes no podrían extinguirse en ese caso, porque el art. 2428 del C. C. prescribe que los acreedores hipotecarios deben ser pagados con el precio del remate en el órden que corresponda.. La estincion de esos gravámenes seria contraria al espíritu del art. 2428 del C. C. que dispone que la finca hipotecada es reemplazada por el precio del remate para el ejercicio de los derechos de los acreedores hipotecarios. El art. 513 del C. de P. C. nos hace llegar a la misma conclusion, porque en él se establece que los acreedores preferentes pueden optar entre el mantenimiento de sus hipotecas i el pago inmediato de sus créditos. Aquellos acreedores consienten en la estincion de sus hipotecas con la condicion de ser pagados con el precio del remate. Las hipotecas posteriores a la del acreedor que solicita la adjudicacion se extinguirán cuando el valor en que se hace dicha adjudicacion sea inferior a la cantidad a que ascienden los créditos de los acreedores anteriores, incluyendo en ellos al acreedor que pide la adjudicacion, porque es evidente que en ese caso el precio de la finca no alcanzó a satisfacer a los acreedores posteriores. El caso práctico seria el siguiente: Una finca de, valor de 18 mil pesos está hipotecada a cuatro acreedores que designaremos con las letras A, B, C, i D. A es acreedor hipotecario por \$ 5,000; B por otros 5,000; C. por 2,000 i D por 3,000. El acreedor C pide que la finca hipotecada se le adjudique por los 2/3 de la tasacion, o sea por \$ 12,000. Los créditos de A i B quedarían vijentes i el crédito de C se extinguiria. La hipoteca del acreedor D debe cancelarse, porque la suma de los créditos de los acreedores anteriores asciende a 12,000, i la finca, hipotecada se ha adjudicado al tercer acreedor en esa misma cantidad.

Debe tenerse presente, sin embargo, que debido al mantenimiento de las hipotecas preferentes, habrá muchas veces en que el acreedor posterior no podrá pedir la adjudicacion de la finca hipotecada. Para que haya adjudicacion en pago se requiere que el crédito del acreedor ejecutante se estinga, aunque sea en parte, de manera que no cabe aquella adjudicacion cuando no puede obtenerse el objeto que se persigue con ella. Ejemplo: Una finca de valor de 18 mil pesos está hipotecada a los acreedores A, B i C. Los créditos de los dos primeros son de \$ 6,000 cada uno i el crédito de C es de \$ 2,000. A peticion de este último acreedor hipotecario. se remata la finca hipotecada; pero no se presenta ningun postor. ¿Podría pedir C que se le adjudicara la finca por los 2 /3 de la tasacion, o sea por la cantidad de \$ 12,000? Creemos que no. El crédito de C, no se extinguiría en ninguna de sus partes, porque los créditos de A i de B representan el valor de la adjudicacion (¹³¹).

Por todas estas consideraciones una d e las Salas de la Corte de Apelaciones de Santiago ha dicho:

1) «Que el ejecutante pidió al juzgado que para los efectos prevenidos en el art. 2,48 del « C. C. se citara a los demas acreedores que tenían constituida hipoteca sobre la propiedad « embargada cuya subasta estaba pendiente; 2) «Que entre esos acreedores figuraban los apelantes don E. H. i doña M. M. v. de A. « con hipotecas de grado preferente a la del ejecutante; i citados compareció la última « nombrada, esponiendo que se acogía al procedimiento del remate a fin de pagarse con el « precio de la subasta; 3) «Que, no habiéndose presentado postores, solicitó el ejecutante que se le adjudicara « dicha propiedad por los dos tercios del valor de tasacion, ejercitando el derecho que « confiere el art. 520 N.º 1 del citado C. de P. C., a lo que accedió el Juzgado sin audiencia « de los demas acreedores hipotecarios; 4) «Que, con el mérito de esta adjudicacion i no obstante la oposicion del ejecutado, « quien manifestó la nulidad de ese acto por haberse omitido la citacion de los otros « acreedores; pidió el ejecutante que se cancelaran los gravámenes hipotecarios i los « embargos a que estaban afectos el bien hipotecado con motivo de las ejecuciones que « tramitaban en otros Juzgados dichos acreedores; i el Juzgado dio lugar a esas peticiones « con citacion de los interesados; 5) «Que de lo espuesto resulta que no puede invocarse como fundamento de derecho, « para reclamar la cancelacion de los gravámenes hipotecarios de que se trata, ninguna de « las disposiciones legales citadas en el primer considerando de este fallo, porque ellas « suponen la doble existencia de una subasta realizada i del precio del remate, sobre el « cual puedan pagarse de sus créditos los acreedores citados i tales circunstancias no « concurren en este caso como ya se ha espresado, porque dicha subasta no se efectuó por « falta de postores; 6) «Que dado ese antecedente no es posible hacer extensivas esas disposiciones legales al « caso especial que contemplan los arts. 520 i 521 del C. de P. C., tanto porque esos « preceptos reglan una situacion jurídica mui diversa i establecida para fines tambien « diversos a los que contemplan los arts. 2428 del C. C. i 513 del C. de P. C. cuanto porque « tratándose de la aplicacion de disposiciones de derecho estricto i de excepcion a las reglas « jenerales que garantizan la integridad i la estabilidad de las hipotecas

¹³¹ Galindo i Escosura. *Lejisl. Hip.* T. 3, P. 305 § 4.

legalmente « constituidas, seria violentar la intelijencia de los dos artículos últimamente citados, « atribuirles otro alcance que el que fluye de su tenor literal; 7) «Que en tal virtud no son procedentes las peticiones de cancelacion de gravámenes « formuladas por el ejecutante, a lo que se agrega que se opone tambien a ello la « consideracion de que el decreto que autorizó la adjudicacion de la propiedad embargada « por los 2/3 de su valor al mismo ejecutante no empece a los acreedores apelantes, ya que « como se ha dicho, se sustanció sin audiencia de éstos esa incidencia (¹³²).

276. Para que la subasta pública produzca la estincion de las hipotecas constituidas sobre la finca, se requiere que se hayan observado todas las formalidades prescritas en el art. 2428 del C. C. i de las cuales nos hemos ocupado (¹³³). Las cancelaciones de las inscripciones hipotecarias que se hayan hecho sin cumplir esas formalidades, carecen de todo valor i pueden ser dejadas sin efecto. Por ese motivo, es nula la cancelacion de una hipoteca en que no se ha citado al acreedor respectivo o en que la citacion no se ha hecho en forma legal.

277. La omision de las referidas formalidades no produce en consecuencia, la nulidad del remate, sino que deja a salvo, los derechos de los acreedores hipotecarios (¹³⁴).

La doctrina que sostenemos se desprende del tenor literal del art. 2428 del C. C. que establece que el derecho de persecucion no procede en contra, de los terceros que han adquirido la finca hipotecada en pública subasta ordenada, por el juez, cuando la subasta se verifica con citacion personal de los acreedores hipotecarios. De ahí resulta que el derecho de persecucion procede en contra del tercero cuando se omite esa citacion, porque esa es la formalidad exigida, por la lei para que la subasta estinga las hipotecas que gravan a la finca que se remata.

278.

Los acreedores hipotecarios cuyas hipotecas han sido canceladas indebidamente deben pedir el restablecimiento de sus hipotecas ántes de proceder en contra del poseedor de la finca gravada. Nos remitimos a lo dicho en el N.º 286 al hablar de la cancelacion de la inscripcion hipotecaria.

279.

Debe tenerse presente, sin embargo, que el acreedor. hipotecario que no fué citado personalmente a la subasta i que persigue a la finca hipotecada, no siempre tiene derecho a pagarse de su crédito con la totalidad del precio de la nueva subasta. En ese caso, debe aplicarse el N.º 2 del art. 1610 que a la letra dice: «Se efectúa la, subrogacion por el ministerio de la lei i aun contra la voluntad del acreedor en todos los casos

¹³² *Las Ultimas Noticias, 12 de Junio de 1919. Sent. de 10 de junio de 1919 que lleva la firma de los ministros J. C. Herrera, J. Astorquiza i Abel Maldonado.*

¹³³ R. D. J. 1906, P. 253; Gac. 1889, S. 1510, P. 1013; Gac. 1881, S. 543, P. 341; Gac. 1879; P. 809, S. 1182; Gac. 1874, S. 2489, P. 1202; R. D. J. 1910; Sec. I. Pj. 481.

¹³⁴ Gac. 1888, s. 717, P. 476.

señalados por las leyes i especialmente a beneficio: del que habiendo comprado un inmueble es obligado a pagar a los acreedores a quienes el inmueble está hipotecado».

Segun ésto, el tercer adquirente de la finca subastada se subroga en los derechos del acreedor hipotecario que ha sido pagado de su crédito con el precio del remate, de modo que si la finca se subasta nuevamente a peticion de uno de los acreedores posteriores que no fue citado al primer remate, el dueño de la finca ocupará el lugar del acreedor hipotecario en cuyos derechos se subrogó i deberá ser pagado, en consecuencia, de la cantidad que invirtió en adquirir la finca, con preferencia, al acreedor ejecutante.

De ahí que se diga que el comprador del inmueble adquiere por el hecho de la subrogacion una hipoteca sobre su propiedad. ¿Qué se persigue con esa disposicion? Esa subrogacion tiene por objeto evitar que el tercero sea privado del dominio de la finca por las acciones que los acreedores posteriores no citados a la subasta pueden ejercitar en su contra. Es una medida tomada por el lejislador para proteger al adquirente de las evicciones futuras de que pueda ser víctima.

El remate se pone en conocimiento de los acreedores hipotecarios por medio de la citacion prescrita en el art. 2428 i de ese modo se coloca a aquellos acreedores en situacion de tomar todas las medidas que estimen conducentes para evitar que se rebaje fraudulentamente el precio d e la finca.

El acreedor hipotecario, que no es citado al remate; conserva su hipoteca i puede pedir que se subaste nuevamente la finca hipotecada para que se le pague con su producido; pero, en ese caso, la subasta se hace en las mismas condiciones anteriores, porque él dueño actual del inmueble pasa a ocupar el lugar del acreedor cuyo crédito se pagó con el precio del primer remate. El título del acreedor ejecutante no se mejora por la omision de la citacion prescrita en el art. 2428, de manera que en la nueva subasta conservar el mismo rango que tenia ántes. En esa forma se impide que los acreedores que no fueron citados al remate puedan molestar al tercer adquirente cuando la finca se haya vendido por su verdadero valor. Los acreedores posteriores no intentarán ninguna accion, porque no obtendrán ningun provecho. El precepto que estudiamos, como se comprende, es mui justo i equitativo i tiende a consolidar en manos del adquirente el dominio de la finca subastada. La subrogacion no persigue, en este caso, el reembolso de ninguna cantidad: solo tiene por objeto hacer que el tercer adquirente recupere el precio que invirtió en la adquisicion de la finca cuando sea privado de su dominio.

El art. 1610 del C. C., fué tomado del art. 1231 N.º 2 del Código francés que a la letra dice: «La subrogacion tiene lugar de pleno derecho a favor del adquirente de un inmueble que emplea el precio de su adquisicion en el pago de los acreedores a los cuales la finca está hipotecada».

Aun cuando nuestro Código no emplea la redaccion tan clara del Código francés, manifiesta, sin embargo, los mismos conceptos. En efecto, en el N.º 2 del artículo 1610 del C. C. se han relacionado dos ideas: 1.º la de que se trate de una persona que haya comprado un inmueble; i 2.º la de que esa persona sea obligada a pagar a los acreedores a quienes el inmueble está hipotecado. Ahora bien, como para que tenga lugar la subrogacion se requiere que un tercero pague al acreedor, es claro que la segunda de las

ideas contempladas en el N.º 2 del art. 1610 debe entenderse en el sentido de un pago real i efectivo. El lejislador con algun fin se refirió espresamente al comprador de un inmueble i no a su dueño, como lo hace en otros preceptos.

El N.º 2 del art. 1610 del C. C. es perfectamente aplicable a las ventas hechas en pública subasta, porque el citado precepto no distingue sobre el particular (¹³⁵).

Se dice, sin embargo, que en este caso, no puede producirse la subrogacion, porque ella supone necesariamente el pago al acreedor i segun el art. 2428 del C. C. el precio del remate debe ser consignado a la órden del juez. Se agrega, por otra parte, que el pago no se hace directamente al vendedor sino al juez que es su representante.

Esta objecion carece de todo fundamento i está contradicha por la doctrina uniforme de los tratadistas i de la jurisprudencia universal. Para demostrar lo que decimos nos bastará reproducir el siguiente párrafo de Fuzier□Hermans: «En términos mas jenerales, puede decirse, que la subrogacion legal en provecho del adquirente de un inmueble que emplea el precio de compra en el pago de los acreedores inscritos no está subordinada a la condicion de un pago hecho directamente por el adquirente a los acreedores inscritos; este pago puede ser efectuado por medio del vendedor, como puede serlo por intermedio de un mandatario con tal que se establezca que los fondos no han entrado nunca de un modo definitivo al patrimonio del vendedor, al cual no le han sido entregados por él adquirente sino. que para que pague a los acreedores inscritos» (¹³⁶).

La venta forzada a la vez que enajenacion, es tambien un medio de pago, de manera, que no puede sostenerse que la cantidad pagada por el subastador entra definitivamente al patrimonio del vendedor, sino que ella sirve para pagar a los acreedores hipotecarios que han concurrido a la ejecucion.

Por todas estas consideraciones, nosotros estimamos que el tercero que adquiere una, finca en pública subasta se subroga, segun el N.º 2 del art. 1610 en los derechos del acreedor hipotecario ejecutante.

La jeneralidad de los tratadistas se pronuncian en el mismo sentido (¹³⁷) i nuestros Tribunales de justicia han consagrado esta doctrina en sus fallos (¹³⁸):

280.

La misma doctrina debe aplicarse por idénticos motivos cuando la finca hipotecada se adjudica en pago al acreedor hipotecario que ejecuta. El acreedor que adquiere la finca es, en realidad, un tercero i como tal está obligado a pagar a los acreedores hipotecarios (¹³⁹). Esta doctrina ha sido aceptad, por la Corte de Apelaciones de La Serena (¹⁴⁰).

¹³⁵ Baudry□Lacantinerie T. 13. P. 655, N.º 1549. Fuzier□Hermans. T. 34. P. 1064, N.º 223.

¹³⁶ T. 34. P. 1065, N.º 242. Véase Giorgi. T. 7. P. 247. N.º 217.

¹³⁷ Baudry Lacantinerie, T. 13, N.º 1547 i sigs. Paj. 652. Planiol. T. 2, P. 168, N.º 496 i sigs. Giorgi. *Teoría de las Obligaciones*. T. II. P. 241, N.º 210 i sigs. Fuzier□Hermans. T. 34, Páj. 1064, N.º 220 i sigs.

¹³⁸ Gac. 1904, S. 1709; P. 851; Gac. 1896, S. 2739, P. 192; Gac. 1894, S. 1227. *En sentido contrario*. Gac. 1904. S. 2739, P. 192.

281.

El derecho de hipoteca se estingue cuando la finca gravada es espropiada por causa de utilidad pública.— En las espropiaciones por causa de utilidad pública la ley ha establecido un sistema para liberar la finca espropiada de todo derecho y gravamen. El art. 1096 del C. de P. C. establece que: «Declarado por el Tribunal el valor de los bienes y el de los perjuicios con arreglo al artículo anterior, se mandará publicar esa declaración por medio de avisos que se insertarán a lo menos cinco veces en un periódico del departamento, si lo hubiere, o de la cabecera de la provincia en caso contrario, y por medio de carteles fijados durante 15 días en la puerta del Tribunal, a fin de que los terceros a que se refieren los arts. 1100 y 1101 puedan solicitar las medidas precautorias que en dichos artículos se mencionan. Vencido este plazo, y no habiendo oposición de terceros, el Tribunal ordenará que el precio de la espropiación se entregue al propietario, o si estuviere él ausente del departamento o se niegue a recibir, que se consigne dicho valor en un establecimiento de crédito.

Verificado el pago o la consignación, se mandará poner inmediatamente al interesado en posesión de los bienes espropiados y si fueren raíces, se ordenará el otorgamiento dentro del segundo día de la respectiva escritura, la cual será firmada por el juez a nombre del vendedor, si éste se negare a hacerlo o estuviere ausente del departamento».

El art. 1000 dispone: «Los juicios pendientes sobre la cosa espropiada no impedirán el procedimiento que este título establece. En este caso, el valor de la espropiación se consignará a la orden del Tribunal para que sobre él se hagan valer los derechos de los litigantes».

Y el art. 1101 agrega que: «Tampoco será obstáculo para la espropiación la existencia de hipotecas u otros gravámenes que afecten a la cosa espropiada; sin perjuicio de los derechos que sobre el precio puedan hacer valer los interesados. Las gestiones, a que dé lugar el ejercicio de estos derechos se tramitarán como incidentes en ramo separado y no entorpecerán el cumplimiento de la espropiación».

De lo espuesto resulta que la espropiación por causa de utilidad pública produce la extinción de las hipotecas constituidas sobre la finca espropiada. Los acreedores hipotecarios podrán hacer valer sus derechos sobre el precio de la espropiación.

Una vez que ha sido determinado por el Tribunal el valor de los bienes y los perjuicios que deben pagarse al dueño de ellos, se publica esa declaración en la forma establecida. En el art. 1094 del C. de P. C. Los acreedores hipotecarios que han tenido conocimiento de la espropiación en la forma dicha anteriormente, pedirán al juez que con el precio de la espropiación se les pague en el orden que corresponda. Las gestiones a que dé lugar el ejercicio de estos derechos se tramitarán como incidentes en ramo separado y no entorpecerán el cumplimiento de la espropiación. Los acreedores deben ser cubiertos con el precio de la espropiación según la preferencia de sus respectivos gravámenes.

¹³⁹ Giorgi. T. 7, Pág. 249, N.º 220.

¹⁴⁰ Gac. 1902, T. 2, P. 703. S. 2366.

282.

La hipoteca se extingue por la renuncia del acreedor.— El acreedor hipotecario puede renunciar al derecho de hipoteca sin que esa renuncia importe la renuncia de su crédito.

Sin duda alguna que el último inciso del art. 2434 del C. C. que dispone que: *«la hipoteca se extingue Por la cancelacion que el acreedor otorgare Por escritura pública de que se tome razon al márjen de la inscripcion respectiva»*; se refiere a la renuncia que el acreedor hace del derecho de hipoteca. En efecto, habla dicho inciso de la cancelacion de la hipoteca sin referirse para nada a la obligacion principal. Por otra parte el inciso 1.º establece en forma absoluta que la hipoteca se extingue junto con la obligacion principal, de modo que no puede concebirse que en el mismo artículo hayan disposiciones que se chocan unas con otras.

La renuncia de la hipoteca debe ser hecha por el acreedor o por la persona o personas que represente sus derechos i en la forma establecida, en el art. 2434. Es decir, la, cancelacion debe otorgarse en escritura pública i de ella debe tomarse razon al márjen de la inscripcion respectiva. De aquí resulta que la renuncia de la, hipoteca constituye en nuestra lejislacion un acto unilateral en que sólo interviene el acreedor. La renuncia del derecho de hipoteca debe ser hecha siempre en forma expresa con las formalidades indicadas en la lei.

La renuncia, es un acto jurídico i como tal queda sometido a las reglas jenerales de derecho. Para renunciar al derecho de hipoteca se necesita tener capacidad para enajenar, puesto qué se trata de un acto de disposicion. Por éstas consideraciones no tendria valor la renuncia hecha por la mujer casada sin autorizacion de su marido o la efectuada por un acreedor cuyo consentimiento esté viciado por error, fuerza o dolo.

En esos casos puede pedirse la nulidad de la cancelacion hipotecaria i el restablecimiento de la hipoteca anterior.

CAPITULO XII. Cancelacion de la inscripcion hipotecaria

283.

Como se ha dicho en otro capítulo, para que exista la hipoteca entre nosotros se requiere la inscripción en el Registro del Conservador de Bienes Raíces.

Ahora bien, cuando la hipoteca, se extingue, ya sea como consecuencia de la extinción de la obligación, principal o por otra causa que produzca su extinción, debe ponerse de acuerdo el Registro con la realidad, de modo que debe procederse a cancelar la inscripción hipotecaria.

La cancelación de la inscripción hipotecaria, es en consecuencia, el acto por el cual se deja constancia en el Registro del Conservador de la extinción del derecho de hipoteca. La forma material de proceder a la cancelación de la inscripción la determina el artículo 91 del Reglamento del Registro del Conservador que dice: «Son igualmente objeto de subinscripción las cancelaciones, sean parciales o fatales, convencionales o decretadas por la justicia» i el art. 86 establece que la subinscripción se verificará en el margen de la derecha de la inscripción respectiva, al frente de la designación modificada.

284.

La cancelación de la inscripción puede resultar a consecuencia de los hechos siguientes: 1.º Cuando se extingue la obligación principal; 2.º cuando el acreedor hipotecario voluntariamente procede a su cancelación; i 3.º cuando la justicia la ordena.

285.

La hipoteca se extingue por via de consecuencia cuando se extingue la obligacion principal. Como en ese caso, la inscripcion hipotecaria no tiene razon de ser, debe procederse a su cancelacion en el Registro del Conservador. En nuestro concepto, no puede sostenerse que la hipoteca subsiste mientras exista la inscripcion, aun cuando se haya extinguido la obligacion principal, porque el inc. 1.º del art. 2434 del Código Civil establece de un modo indubitable que la hipoteca se extingue junto con la obligacion principal.

El acreedor hipotecario dará un finiquito una vez extinguida la obligacion principal i cancelará el gravámen hipotecario. La cancelacion deberá ser otorgada en escritura pública, porque para que el Conservador proceda a hacer alguna inscripcion en el Registro, se requiere, segun el art. 57 del reglamento, que se le exhiba copia auténtica del título respectivo.

Por otra parte, el último inciso del art. 2434, que se refiere a la renuncia del derecho de hipoteca, debe tambien. aplicarse en este caso.

Ahora bien, si el acreedor se niega a dar la escritura de cancelacion, podrá pedirse a la justicia que decrete la cancelacion de la inscripcion hipotecaria. El art. 91 del Reglamento del Registro Conservatorio contempla espresamente esta clase de cancelacion.

286.

¿Quién puede pedir la cancelacion de la inscripcion hipotecaria? Como la lei nada ha dicho sobre el particular, deben aplicarse los principios jenerales. Todas las personas que tengan interes en ello pueden solicitar la cancelacion de la inscripcion hipotecaria. Por esa razon las siguientes personas pueden intentar esa accion: 1.º el deudor, personal que es al mismo tiempo dueño de la cosa gravada; 2.º el poseedor actual del inmueble hipotecado; i 3.º los acreedores hipotecarios posteriores.

287.

La accion para pedir la cancelacion del gravámen hipotecario se tramitará en conformidad a las reglas del juicio ordinario, porque el art. 3 del Código de Procedimiento Civil prescribe que debe aplicarse ese procedimiento en todos los casos en que no se ha establecido una tramitacion especial.

La demanda de cancelacion debe dirigirse en contra del acreedor o de las personas que le hayan sucedido en sus derechos, puesto que son ellos los interesados en el mantenimiento de la hipoteca.

288.

¿De qué naturaleza, es la accion para pedir la cancelacion de la inscripcion hipotecaria? En nuestro concepto, esta accion es de naturaleza mueble, en virtud de lo que disponen los arts. 580 i 581 del C. C. Las acciones se reputan muebles o inmuebles atendiendo a la cosa debida i en el presente caso se debe un hecho, cual es la cancelacion de la inscripcion hipotecaria. Ahora bien, como segun el art. 581 del C. C. los hechos que se deben se reputan muebles, es claro que la accion para pedir la

cancelacion de 1 a inscripcion debe participar de ese mismo carácter.

289.

El segundo caso en que debe procederse a la cancelacion de la inscripcion hipotecaria tiene lugar a consecuencia de la renuncia voluntaria que hace el acreedor de su derecho de hipoteca. Esta situacion está prevista en el art. 2434 del C. C. que dispone que la hipoteca se extingue por la cancelacion que el acreedor otorgare por escritura pública de que se tome razon al márjen de la inscripcion respectiva. La estincion de la hipoteca no resulta de la estincion de la obligacion principal, que continúa subsistiendo, sino de la cancelacion voluntaria hecha por el acreedor.

290.

I por último, la cancelacion de la inscripcion hipotecaria puede ser ordenada por la justicia, en los casos siguientes:

1.º Cuando la hipoteca es declarada judicialmente nula o desaparece el derecho del constituyente;

2.º Cuando el interesado así lo solicita por resistirse a ello el acreedor cuya obligacion principal se ha extinguido;

3.º Cuando se verifica una venta, forzada en pública subasta con citacion personal de los acreedores hipotecarios (Art. 2428 del C. C.); i

4.º Cuando se trata, de una espropiacion por causa de utilidad pública (Arts. 1101 de C. de P. C.)

291.

El simple hecho material de la cancelacion de la inscripción hipotecaria no es suficiente antecedente para considerar extinguido para siempre el derecho de hipoteca. La estincion de la hipoteca es una cosa i la cancelacion de la inscripcion hipotecaria es otra. El derecho de hipoteca se extingue en todos los casos previstos en la lei i la cancelacion de la inscripcion hipotecaria se produce a consecuencia de aquella estincion. Es cierto que la lei prescribe en él último inciso del art. 2434 del C. C. que la, hipoteca se extingue por la, cancelación que el acreedor otorgue por escritura, pública de que se tome razon al márjen de la inscripcion hipotecaria; pero en ninguna parte de ese precepto se establece que la cancelacion de la inscripcion hipotecaria produce, ni siquiera, respecto de terceros, la estincion definitiva del derecho de hipoteca. Por el contrario, aun en ese caso, la lei manifiesta claramente que no basta la cancelacion material de la inscripcion para que se estinga el derecho de hipoteca sino que se necesita que la voluntad del acreedor se manifieste en escritura pública.

En nuestro concepto; para que la cancelacion de la inscripcion hipotecaria produzca la estincion del derecho de hipoteca se requiere que esa cancelacion se haya efectuado a consecuencia de la estincion verdadera del derecho de hipoteca. Los acreedores hipotecarios que tienen un derecho adquirido, no pueden ser privados de él sino en la forma i con los requisitos establecidos en la lei. La cancelacion es un acto jurídico en que deben observarse todas las formalidades que la lei prescribe i por esta razon, creemos que toda inscripcion malamente cancelada debe ser restablecida a peticion del

interesado. Para que la cancelacion de la inscripcion hipotecaria produzca la estincion del derecho de hipoteca debe resultar de un acto válido i legal. Esta doctrina está: consagrada por la opinión uniforme de los tratadistas que solamente discrepan en los efectos que produce con respecto a terceros, el restablecimiento de la inscripcion hipotecaria (¹⁴¹). La lei hipotecaria española de 1909 establece los mismos principios de un modo espreso en los arts. 97, 98 i 99.99.

292.

Las consecuencias siguientes se desprenden de los principios que hemos espuesto:

La cancelacion hecha por el acreedor hipotecario es nula, cuando el crédito ha sido cedido o traspasado a un tercero, ya sea por cesion o subrogacion.

Como veremos en el Capítulo XIV el cesionario i el subrogado se aprovechan de las inscripciones del acreedor.

293.

Si la cancelacion de la inscripcion se efectúa a consecuencia de la estincion de la obligacion principal i despues se declara que dicha obligacion no se ha estinguido, porque el pago ha sido nulo o por cualquiera otra causa, es evidente, que tampoco se ha podido estinguir el derecho de hipoteca.

294.

Igual cosa hai que observar en el caso de que el acreedor haya renunciado el derecho de hipoteca.

La cancelacion de la inscripción hipotecaria es un acto jurídico, de manera que en ella deben observarse las reglas comunes a todos los actos jurídicos. Por este motivo seria nula la cancelacion hipotecaria efectuada por un menor de edad, por un demente o por una persona que ha sufrido fuerza, error o dolo.

295.

La inscripcion hipotecaria puede tambien cancelarse indebidamente a consecuencia de la subasta judicial de la finca hipotecada, situacion a que se refiere el art. 2428 del C. C. Puede ocurrir que se haya cancelado la hipoteca a pesar de no haberse citado a los acreedores hipotecarios o de no haberseles hecho la citacion en la forma prescrita por la lei. La cancelacion en esos casos no tiene ninguna eficacia leal i puede ser anulada (¹⁴²).

296.

Debe tenerse presente, sin embargo, que el acreedor hipotecario no puede hacer valer sus derechos mientras no se declare la nulidad de la cancelacion anterior i se. Inscribe en el Conservador respectivo la sentencia que así lo declare. Debe procederse en esa forma, porque para que exista la hipoteca se requiere, segun el art. 2410 del C.

¹⁴¹ Fuzier-Hermans. T. 23. P. 907, N.º 3055 i sigs. Planiol, T. 2. P. 951, N.º 3069 i sigs. Baudry-Lacantinerie. *Privileg. Et Hyp.* T. 3 P. 164, N.º 1892 i sigs.

¹⁴² R. D. J., 1910. Sec. I. Pág. 481.

C., la inscripcion en el Registro del Conservador. Por otra parte, los efectos consiguientes a la nulidad de un acto jurídico solo se producen desde el momento en que la nulidad ha sido declarada judicialmente, de modo que mientras no se obtenga la nulidad de la cancelacion habrá que considerar extinguido el derecho de hipoteca. La Excm., Corte Suprema así lo ha declarado en el considerando siguiente:

«5.^a Que en conformidad al art. 2410 del C. C. la hipoteca deberá ser inscrita en el « Registro Conservatorio, sin, este requisito no tendrá valor alguno ni se contará su « fecha sino desde la inscripcion; de manera que una hipoteca, cancelada en el « Registro carece de eficacia legal mientras que por los medios legales correspondientes no « se haga revivir la primitiva inscripcion» (¹⁴³).

297.

El restablecimiento de la hipoteca, o sea, la nulidad de la cancelacion hipotecaria, debe pedirse en contra de la persona que hizo la cancelacion i en contra del poseedor actual de la finca hipotecada, puesto que a ella le va a afectar el gravamen hipotecario.

298.

Decretada la nulidad de la. cancelacion hipotecaria no debe procederse a. hacer una nueva inscripcion, como se ha sostenido por algunos tratadistas, sino que debe anotarse la sentencia que declara esa nulidad, en el Conservador de Bienes Raices por medio de una subinscripcion marginal. Así lo dispone el art. 89 inc. 2.º del Reglamento del Registro Conservatorio que a la letra dice: «Pero si en la subinscripcion se requiere una variacion en virtud de un título nuevo, se hará una nueva inscripcion, en la cual se pondrá una nota de referencia a la que los interesados pretendan modificar i en ésta igual nota de referencia a aquélla. Si el nuevo documento que se exhibe es una sentencia o decreto ejecutorios, cualquiera que sea la modificacion que prescriban, se hará al márgen del Registro como se ordena en el artículo anterior». En consecuencia, la fecha de la hipoteca no será la fecha, de la subinscripcion sino la fecha de la inscripcion hipotecaria primitiva. La nulidad de un acto retrotrae las cosas al estado que tenían ántes.

299.

¿El restablecimiento de la hipoteca afecta los derechos adquiridos por terceros con posterioridad a la cancelacion de la inscripcion hipotecaria? ¿Puede pedirse la nulidad de la. cancelacion hipotecaria en contra de los terceros que han adquirido la finca despues de la cancelacion de la inscripcion? ¿Los acreedores hipotecarios que han adquirido sus derechos con posterioridad a la cancelacion de la inscripcion hipotecaria serán primados por el acreedor cuya hipoteca se restablece? Aun cuando la lei nada ha dicho sobre el particular, la afirmativa nos parece mas conforme con los principios.

La cancelacion de la inscripcion hipotecaria tiene por objeto que se deje constancia en el Registro Conservatorio de la estincion del derecho de hipoteca.

Siempre que se extingue la hipoteca debe procederse a la cancelacion de la inscripcion hipotecaria. La cancelacion de la inscripcion es la consecuencia precisa de la

¹⁴³ R. D. J. Año 1913. Pág. 571. La misma doctrina se consagra en la sentencia de 27 de Noviembre de 1918, recaída en el juicio de Díaz Muñoz con de la Cuadra i que lleva la firma de los señores Luis Ignacio Silva, Cárlos Varas, L. Castillo, J. Agustín Rojas, Braulio Moreno, José T. Marin e I. 2.º Salas.

extincion del derecho de hipoteca i por eso no puede decirse que en todo casolacancelacion de la inscripcion produzca la extincion del derecho de hipoteca. Las cancelaciones mal hechas o en que no se han observado las formalidades prescritas por la lei deben ser anuladas, porque no corresponden al verdadero estado de las cosas. Ahora bien, como la nulidad de un acto retrotrae las cosas al estado que tenian ántes, hai que llegar a la conclusion de que una vez declarada la nulidad de la cancelacion se reputa que esa cancelacion no ha existido nunca. Esos principios se aplican tanto respecto de las partes que han intervenido en el acto anulado como respecto de los terceros, pues la lei no distingue en esa materia.

La nulidad de una cancelacion hipotecaria puede dar, oríjen a conflictos graves entre diversos derechos que merecen el amparo i la proteccion del lejislador. Las diversas cuestiones que se susciten deben ser resueltas, como lo hacemos nosotros; dé acuerdo con los principios jenerales de derecho en vista de que no existen disposiciones especiales sobre el particular.

Los acreedores hipotecarios no pueden ser privados de los derechos que válidamente han adquirido sino en la forma i con los requisitos establecidos en la lei. La doctrina contraria produciria un verdadero trastorno en la lejislacion, porque se daria valor i eficacia a actos prohibidos por la lei. Por otra parte, debe tenerse presente que los acreedores hipotecarios quedarían entregados por completo a la buena o mala fé de los funcionarios encargados del Registro del Conservador de Bienes Raices. Por el contrario, los terceros que adquieren una finca o un derecho real sobre ella, están en situacion de conocer si las cancelaciones hipotecarias han sido bien o mal hechas: les bastará pedir al Conservador un certificado de dichas cancelaciones i estudiar los títulos en virtud de los cuales han sido efectuadas.

El principio de la publicidad de las hipotecas no se opone, en nuestro concepto, a la doctrina qué defendemos de que los terceros tambien, son afectados por el restablecimiento de una hipoteca, mal cancelada. En la lejislacion chilena el registro conservatorio no hace, plena fé respecto de terceros; de manera que no se puede dar a esa institucion un carácter que no le dió el lejislador. Esos principios han sido consagrados en el Código Civil aleman i para alcanzar los resultados que se persiguen se ha necesitado establecer una serie de disposiciones tendientes a constatar la legalidad de los títulos que se presentan para la inscripcion. Esos documentos se someten a un procedimiento especial i sólo despues de haber sido cuidadosamente analizados se procede a anotarlos en los registros correspondientes. Nada de esto ocurre en nuestra lejislacion; el Conservador de Bienes Raíces desempeña funciones puramente pasivas puesto que su papel se reduce a anotar los títulos que se le presentan sin que le sea lícito examinar su legalidad, i la inscripcion que solo tiene el carácter de una tradicion, deja a salvo los derechos de los terceros que se estinguen por la prescripcion competente.

El espíritu que informa el Registro del Conservador debe tenerse mui presente siempre que se traten de interpretar preceptos que se relacionan con esa institucion.

Los principios que hemos venido sosteniendo están consagrados espresamente en la lei hipotecaria española de fecha de 16 de Diciembre de 1909 (arts. 97, 98 i 99), que establece un sistema parecido al de nuestra lejislacion.

La gran mayoría de los tratadistas franceses aceptan la doctrina de que las cancelaciones indebidamente hechas pueden ser anuladas, pero no aceptan que la nulidad de esas cancelaciones puedan perjudicar a los terceros que han adquirido derechos con posterioridad a ellas (¹⁴⁴).

Baudry-Lacantinerie resume en la forma siguiente la doctrina consagrada por la jurisprudencia: «Llegamos de este modo a una fórmula que satisface la razón i el principio de la publicidad. La hipoteca afectará a todos aquellos respecto de los cuales fue pública, conforme a la ley, en el momento del nacimiento de sus derechos.»

«En consecuencia, el acreedor restablecido en su inscripción será preferido no sólo a los acreedores inscritos después de la publicación de la resolución que anula la cancelación sino también a los acreedores inscritos antes de la cancelación, pero después de la inscripción primitiva hecha por él. Al contrario, será primado por los acreedores inscritos después de la cancelación i antes del restablecimiento de la inscripción. La misma regla se aplica respecto del tercer adquirente del inmueble hipotecado».

Laurent (¹⁴⁵) i Planiol (¹⁴⁶) no aceptan esta doctrina i consideran que aplicando los principios generales de derecho, hai que llegar a la conclusión de que la nulidad de una cancelación hipotecaria también surte efectos en contra de terceros.

La jurisprudencia francesa, para consagrar esa doctrina, ha necesitado establecer una serie de principios que no están en armonía con el espíritu que inspira a la legislación civil. Así, por ejemplo, puede suceder que los diversos acreedores hipotecarios no sean pagados en el orden de sus inscripciones sino que los acreedores que figuren en primer lugar se paguen después de todos o de algunos de los acreedores posteriores.

En nuestra legislación esa doctrina es completamente inaceptable por las razones dadas anteriormente.

300.

Los terceros perjudicados por el restablecimiento de la hipoteca pueden servirse de los recursos legales para ser indemnizados: los compradores de la finca hipotecada pueden intentar la acción de saneamiento i los acreedores hipotecarios que han adquirido sus derechos con posterioridad a la cancelación pueden hacer uso del derecho que concede el art. 2427 del C. C. para pedir suplemento de hipoteca o el pago inmediato de la deuda.

I en todo caso, los terceros perjudicados por el restablecimiento de la hipoteca tendrán su acción espedita en contra del Conservador de Bienes Raíces en virtud del derecho que confiere el art. 96 del Reglamento, que dispone que el Conservador es obligado a indemnizar los perjuicios i daños que ocasione.

¹⁴⁴ Fuzier-Hermans. T. 23, P. 907. N.º 3060.

¹⁴⁵ Tomo 31. P. 202, N.º 230 i sigs.

¹⁴⁶ Tomo 2. P. 951. Nota correspondiente al N.º 3071 de la Pág. 951.

301.

La jurisprudencia de nuestros Tribunales es uniforme en el sentido de que las cancelaciones hipotecarias indebidamente efectuadas no producen la estincion del derecho de hipoteca i que pueden, en consecuencia, ser anuladas por la justicia (¹⁴⁷); pero no conocemos ningun fallo en que se resuelva directamente la cuestion de si el restablecimiento de la inscripcion hipotecaria afecta o no a los terceros que han adquirido derechos sobre el inmueble gravado con posterioridad a la cancelacion de la inscripcion.

Sin embargo, la Excma. Corte Suprema parece que aceptó implícitamente la doctrina que hemos sostenido nosotros en uno de sus fallos.

El caso era el siguiente: A. adquirió en pública subasta una inca hipotecada i pagó al acreedor hipotecario, de manera que fué subrogado por ministerio de la lei en los derechos de aquél. Posteriormente se declaró nula esa adjudicacion i A. obturo una sentencia judicial que lo declaró legalmente subrogado en los derechos del acreedor hipotecario. Esa sentencia no se inscribió en el Conservador, por cuyo motivo se dejó subsistente la antigua cancelacion hipotecaria. En esa. situacion, estando cancelado el gravámen hipotecario a pesa de existir una resolucion que ordenaba dejar sin efecto esa cancelacion, la propiedad fué adquirida por un tercero. A, que no habla inscrito el restablecimiento de su hipoteca, ejercitó en contra del tercer poseedor la accion de desposeimiento. La Excma. Corte Suprema no dió lugar a la demanda fundándose en que la referida accion de desposeimiento supone la existencia de una hipoteca debidamente inscrita, de manera que miéntras aparezca. cancelada en el rejistro la inscripcion hipotecaria se debe considerar estinguido el derecho de hipoteca. Los considerandos de esa sentencia. establecen que la nulidad de una cancelacion hipotecaria puede pedirse en contra de los terceros que han adquirido la finca con posterioridad a la cancelacion. Ellos son del tenor siguiente:

2.º «Que don G. E. R. no requirió oportunamente la inscripcion del cúmplase recaído en « el fallo favorable que se libró en el litijio contra la sucesion M. en el Rejistro, inscripcion « que había dejado testimonio del gravamen hipotecario constituido en nombre del Banco « Popular Hipotecario i en el cual se declaró subrogado al propio demandante señor R. 3.º «Que la omision de las inscripciones en el Rejistro Conservatorio acerca de la « nulidad de la cancelacion hipotecaria del gravámen que existía a favor del Banco Popular « Hipotecario fué causa determinante de que en dichos Rejistros apareciera como efectiva « mente cancelada, i por tanto estinguida, la hipoteca en que se declaró subrogado a don G. « E. R., puesto que con arreglo a lo establecido en el art. 2434, inc. final del C. C., la « hipoteca se estingue por la cancelacion que el acreedor otorgare en escritura pública de « que se tome razon al márjen de la inscripcion respectiva; i en consecuencia, es evidente « que ni la Compañía de Seguros La Protectora, ni don G. R. han podido tener « conocimiento de que esa hipoteca que aparecía cancelada en el Rejistro, no lo estaba « realmente sino que se Rabia subrogado en ella como acreedor al señor Rodríguez a virtud « de un fallo espedido en un litijio al cual no se les había citado, de modo que al adquirir

¹⁴⁷ R. D. J. 1910 Sec. I. Páj. 481; Sent. de la Corte de Apelaciones de Santiago, publicada en *Las ultimas Noticias* de 15 de Agosto de 1918; R. D. J. 1913, Sec. I. Páj. 571.

la « propiedad de que se trata, procedieron sobre la base de que ella estaba libre de todo « gravámen. 4.º «Que, en conformidad al art. 2410 del C. C. la hipoteca deberá ser inscrita en el « Rejistro Conservatorio; sin este requisito no tendrá valor alguno ni se contará su fecha « sino desde la inscripción; de manera que una hipoteca cancelada en el Rejistro carece de « eficacia legal miéntras que por los medios correspondientes no se haga revivir la « primitiva inscripción; 5.º «Que si hubiere de reconocerse valor, respecto de terceros que no lían sido partes en « el juicio, correspondiente a las sentencias que invalidan las cancelaciones de cualquier « gravámen hipotecario, practicadas en el Rejistro, sin que previamente se inscriban esas « sentencias que modifican la situacion real de la propiedad resultarian borladas las « disposiciones legales citadas anteriormente, « que han querido asegurar los beneficios de la publicidad de los Rejistros para evitar así la « clandestinidad de estos gravámenes mediante hipotecas tácitas u ocultas; como tambien la « facilidad en las transacciones tocantes a los bienes raices, sobre la base de que los « interesados deben atenerse únicamente a la fe de los Rejistros#(¹⁴⁸).

¹⁴⁸ R. D. J. Año X. 1913. Sec. I. Páj. 571.

CAPITULO XIII. La posposicion

302.

La posposicion es el acto por el cual un acreedor hipotecario acepta que sobre la finca hipotecada se constituya otra hipoteca que sea de grado preferente a la suya.

Esta estipulacion es perfectamente lícita, porque no existe ninguna disposicion legal que la prohíba ni es tampoco contraria al orden público.

Como el Conservador de Bienes Raices no puede, segun el art. 57, proceder a efectuar las inscripciones sin que se le exhiba copia auténtica del título respectivo o de sentencia o decreto judicial, es evidente que la posposicion debe hacerse por escritura pública.

Para que la hipoteca que se constituye última. quede en primer lugar, es necesario que todos los acreedores hipotecarios posteriores acepten la. posposicion.

La escritura de posposicion debe inscribirse en el Registro Conservatorio del departamento en que esté situado el inmueble i de ella debe dejarse constancia, no por medio de una sub□inscripcion, sino por medio de una inscripcion, puesto que segun el art. 89 del Reglamento del Conservatorio «siempre que se requiera una variacion, en virtud de un título nuevo, se hará una nueva inscripcion en la cual se pondrá una nota de referencia a la que los interesados pretendan modificar i en ésta igual nota de referencia en aquella.»

CAPITULO XIV. Cesion i subrogacion de créditos hipotecarios

303.

La cesion de derechos i la subrogacion traspasan al nuevo acreedor todas las fianzas, privilegios e hipotecas de la deuda. ¿El traspaso de las hipotecas se opera por el solo ministerio de la lei o debe inscribirse, con ese objeto, la cesion de derechos o la subrogacion en el Registro Conservatorio? Esta es la cuestion de que nos vamos a ocupar en este capítulo. En nuestro concepto, las hipotecas que aseguran el pago de la obligacion principal pasan al nuevo acreedor por el simple hecho de la cesion o de la subrogacion sin necesidad de que se haga una nueva inscripcion en el Registro. El cesionario i el subrogado se aprovechan de las inscripciones que figuran a nombre del primitivo acreedor.

LA CESION DE DERECHOS

304.

La lei ha determinado los únicos requisitos necesarios para que se perfeccione la cesion de derechos: para que produzca efectos entre el cedente i el cesionario se exige que se haya efectuado la entrega del título i para que produzca efectos en contra del deudor i de los terceros se requiere que sea puesta en conocimiento del deudor. (art. 1901 i 1902 del C. C.)

Esas son las dos únicas exigencias contempladas en la lei para que la cesion

produzca todos sus efectos.

En consecuencia, el traspaso de las hipotecas se opera desde ese mismo momento. El lejislador no ha exigido ninguna formalidad especial para que se opere ese traspaso, de modo que no puede decirse que la inscripcion sea necesaria para el perfeccionamiento de la cesion. Por el contrario, se ha establecido en forma categórica i terminante que uno de los efectos propios de la cesion es el traspaso de las hipotecas anexas al crédito.

La hipoteca es un accesorio de una obligacion principal i, como tal, no puede separarse de ella por ningun motivo. Si fuese necesaria la inscripcion de la cesion para que las hipotecas se traspasaran al nuevo acreedor ¿qué suerte correria la hipoteca en el caso de que la cesion no se inscribiera en el Conservador respectivo? Es evidente que el derecho de hipoteca no ha podido extinguirse, porque en ninguna parte el lejislador ha establecido que la hipoteca pueda extinguirse en esa forma.

Se ha sostenido, sin embargo, que en ese caso se ha operado un desdoblamiento de la hipoteca, la cesion ha traspasado al nuevo acreedor la accion personal que nace de la obligacion misma; pero la accion hipotecaria ha permanecido en poder del acreedor primitivo que puede ser requerido por el cesionario para que ejercite dicha accion cuando aquel lo estime conveniente.

Esta doctrina es absolutamente inaceptable, porque ella pugna con los principios que inspiran la institucion de la hipoteca. El gravámen 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. Si la accion personal ha pasado al cesionario es porque el crédito ya no se encuentra en poder del primitivo acreedor, de manera que la hipoteca, que continúa, segun esta doctrina en poder del cedente, pasarla a tener vida propia. ¿Cómo puede sostenerse que esa doctrina está de acuerdo con nuestros principios legales? En las lejislaciones en donde se exige la formalidad de la inscripcion para que se traspasen las hipotecas al nuevo acreedor se prescribe que la cesion no se perfecciona sino desde la inscripcion, por cuyo motivo, el crédito i la hipoteca permanecen hasta ese momento en poder del cedente. En cambio; en ninguna parte se ha consagrado la ingeniosa doctrina que estamos combatiendo.

Para justificar la doctrina de que se requiere la inscripcion de la cesion para que se traspasen al nuevo acreedor las hipotecas anexas al crédito se dice que la transferencia de los derechos reales sólo puede efectuarse por la tradicion, de modo que el derecho de hipoteca no puede ser transferido sino por la inscripcion en el Rejistro Conservatorio. Esta doctrina, como vamos a verlo, no tiene ningun asidero legal.

En efecto, la hipoteca es un derecho accesorio que no puede transferirse separado de la obligacion a que sirve de garantía i que pasa al nuevo acreedor como consecuencia de la cesion del crédito. La tradicion del derecho de hipoteca tiene lugar en el momento de su constitucion; el acreedor en nuestra lejislacion no adquiere el derecho de hipoteca sino desde que se efectúa la inscripcion en el Rejistro del Conservador; pero, desde ese instante, la hipoteca sigue en absoluto la suerte de la obligacion principal. Empleando una figura, podríamos decir que la hipoteca sigue a la obligacion principal en la misma forma que la sombra sigue al cuerpo.

Por otra parte, si se admite la doctrina que impugnamos hai que llegar a la

conclusion de que la cesion de derechos no producirla en la práctica ninguna utilidad.

La cesion de derechos tiene por objeto que el cesionario ocupe el mismo lugar que el cedente i ésto no podria producirse si se exigiera la inscripcion de la cesion. La tradicion de los derechos reales se efectua, segun el art. 686 del C. C., por la inscripcion del título en el Registro del Conservador, de modo que la fecha de la hipoteca del cesionario seria la fecha de la inscripcion de la cesion i no la fecha de la inscripcion de la hipoteca del cedente. En consecuencia, se habria desmejorado la situacion del cesionario con lo cual desaparecería la razon de ser de la institucion de la cesion de derechos.

A ésto se contesta diciendo que, en este caso, la tradicion del derecho de hipoteca no debe efectuarse por la inscripcion en el Conservador sino por medio de una subinscripcion marginal. Este solo argumento sirve, en nuestro concepto, para destruir toda esta doctrina. El art. 686 del C. C. dispone en forma categórica que la tradicion de los derechos reales se verifica por la inscripcion en el Conservador i en ninguna parte de ese precepto se establece que en ciertos casos puede hacerse la tradicion por una simple subinscripcion marginal. Con la misma lógica se podria sostener que la transferencia de un inmueble puede hacerse por una subinscripcion. Por eso nosotros estimamos que no puede invocarse la tradicion en apoyo de la doctrina que combatimos.

En ninguna parte del Código ni del Reglamento del Conservador se exile tampoco la subinscripcion como formalidad indispensable para que se traspasen al cesionario las hipotecas del cedente. El art. 88 del reglamento establece que las subinscripciones tienen por objeto rectificar errores, omisiones o cualquiera otra modificacion equivalente que deba hacerse en las inscripciones i no hai duda que en el caso de que nos ocupamos, no se trata de ninguna de las situaciones contempladas en ese precepto. Además, el art. 89 del Reglamento prescribe que cuando se trata de efectuar una variacion en virtud de un *título nuevo*, no debe hacerse una subinscripcion sino una inscripcion en la cual debe ponerse una nota de referencia ala que los interesados pretendan modificar i en ésta igual nota de referencia a aquélla.

La doctrina sustentada por nosotros no contraria el principio de la publicidad de las hipotecas, porque el cesionario se aprovecha de las inscripciones del cedente.

La inscripcion hipotecaria continúa vijente i no puede ser cancelada por el acreedor primitivo, porque, por la cesion, ha dejado de ser acreedor. Es cierto que la inscripcion estará hecha a nombre de una persona que ya no es acreedor; pero esa circunstancia no interesa a los terceros. Por otra parte, éstos últimos deben saber que el crédito i la hipoteca pueden pasar a poder de otra persona en virtud de una subrogacion o de una cesion. Además, debe tenerse presente que esta misma situacion se produce frecuentemente en la sucesion por causa de muerte en donde la inscripcion hipotecaria continúa vijente a nombre del acreedor i no de los herederos que representan sus derechos.

La jurisprudencia francesa se ha pronunciado por la misma doctrina que hemos espuesto a falta de disposiciones espresas sobre el particular. I el tratadista Giorgi, refiriéndose a la legislacion italiana, llega a las mismas conclusiones en los términos siguientes: «La notificacion o la aceptacion, i en su caso, la inscripcion son las únicas formalidades necesarias para hacer eficaz la cesion contra los terceros. Se ha pretendido

erróneamente que al ser objeto la cesion de un crédito hipotecario, se necesita una nueva inscripcion, o por lo ménos, una anotacion en la inscripcion ya hecha, al efecto de que sea útil al cesionario la hipoteca que garantice el crédito cedido, i concederle la preferencia sobre un cesionario posterior que haya verificado su anotacion. Esta opinion ha nacido de una interpretacion errónea del art. 1994 del C. C., donde se lee que el cesionario puede anotar la cesion al márgen de la inscripcion hecha por su causante entregando al Rejistrador el acta correspondiente. Dos sentencias, una del Tribunal de Apelacion de Turin i la otra del de Nápoles, convirtiendo la palabra; puede en debe, han resuelto que sin esa anotacion no podrá disfrutar el cesionario del derecho de hipoteca. Los Tribunales de Casacion de Nápoles i de Florencia i el de Apelacion de Turin, así como Pacifi□Mazzoni, adoptaron la doctrina contraria. I con razon evidentemente, puesto que coinciden para dar fuerza a la misma el texto de la lei, los precedentes históricos i los principios jenerales. El texto de la lei, puesto que el art. 1994 no dice que el cesionario debe hacer anotar sino que se contenta con la espresion mui distinta de puede hacer anotar, i aun cuando no bastare esto para esclarecer el pensamiento i escluir la necesidad de la anotacion, el lejislador es cauto al dar a conocer los efectos de la anotacion omitida. En efecto, en el segundo párrafo agrega que, despues de tal anotacion, la inscripcion no es ya cancelable sin el consentimiento del cesionario; las notificaciones i requerimientos que se presentaren i dependieren de la inscripcion, deberian hacerse en el domicilio indicado en el cesionario. Esto equivale a decir que a falta de la anotacion queda el cesionario espuesto al peligro de una cancelacion ejercitada de acuerdo por el cedente con el deudor cedido i a la ignorancia de las notificaciones que se hagan dependientes de la inscripcion. I ¿cómo no comprender que tales secuelas de la anotacion omitida presuponen a su vez la eficacia de la cesion frente a los terceros?»

«Coinciden los precedentes históricos, doctrina inconcusa entre los tratadistas franceses, (Toullier, IV. 168; Troplong, I, 363, 377; Dalloz 1497) en que el grado hipotecario se trasmite con la cesion sin necesidad de otra formalidad, i nuestros lejisladores han copiado las disposiciones de las leyes francesas. Realmente la lei sobre la inscripcion, promulgada en Francia en 1855, dictó en el art. 9, una sola disposicion escepcional respecto de la cesion de la, hipoteca legal hecha por la mujer casada, prescribiendo la anotacion a fin de que pudiese producir efecto contra terceros. Sólo la lei belga de 1851, dando un paso todavía mas notable en el camino del rigor, prescribe en el art. 5 la necesidad de tal anotacion para la validez de cualquier cesion de crédito hipotecario. Serian disposiciones completamente inútiles si el Código Napoleon contuviese la regla de que las anotaciones son necesarias para la eficacia, de cualquier cesion hipotecaria. Pero nuestro lejislador tan encastillado en tomar por modelos las leyes francesas, léjos de repetir las reglas sancionadas por la, belga se ha contentado con el art. 1994, que no impone al cesionario la, obligacion de esa anotacion. ¿Podría ser mas clara su intencion?»

«En último término los principios jenerales contribuyen tambien a demostrar lo erróneo de la doctrina adoptada, por los Tribunales de Apelacion de Turin i Nápoles, porque puesto en claro que la cesion es eficaz frente a terceros únicamente con la notificacion o aceptacion i la cesion del crédito se estiende tambien a la hipoteca, no se

puede faltando una disposicion contraria, imponer la necesidad de la anotacion por la transferencia de la hipoteca, sin violar los dos artículos citados. Es inútil recurrir al art. 1994, el cuál, repetimos, no impone obligaciones, sino que concede facultades i es inútil tambien invocar el art. 2011, relativo a las subrogaciones legales del acreedor hipotecario posterior que ha sufrido eviccion en la hipoteca anterior del que realiza la eviccion, porque tampoco en estos casos no se requiere nunca la anotacion como condicion esencial para la subrogacion, sino que lo es únicamente como medio de impedir la cancelacion de la hipoteca; aquí tambien la lei dice puede i no emplea la palabra debe. Es inútil, en fin, el recurrir a la publicidad, puesta como base del sistema hipotecario; porque a esta necesidad safatisce la inscripcion ya publicada, por el cedente, del mismo modo que a la necesidad de publicidad de la cesion favorece la notificacion. Por lo demas repetimos que este sistema es imperfecto i la publicidad frente a los terceros se alcanza indirectamente; pero si ésto puede hacer sentir el deseo de las mejoras lejislativas no es razon para interpretar al reves la lei imperativa»(¹⁴⁹).

La jurisprudencia de nuestros Tribunales es mui variada en esta materia. Hai fallos en uno i otro sentido (¹⁵⁰).

LA SUBROGACION

305.

Por la subrogacion, sea legal o convencional, se traspasan al nuevo acreedor todos los derechos, acciones, privilejios, prendas e hipotecas del antiguo, así contra el deudor principal como contra cualesquiera terceros, obligados solidaria o subsidiariamente a la deuda. (Art. 1612 C. C.)

Tratándose de la subrogacion existen aun mas razones que en el caso de la cesion de derecho para sostener que las hipotecas pasan al subrogado por el solo ministerio de la lei i sin que sea necesario tomar nota de la subrogacion en el Conservador de Bienes Raices.

En efecto, la subrogacion, segun el art. 1608 del C. C., es la trasmision de los derechos del acreedor a un tercero que le paga. En otros términos, puede decirse que la subrogacion es la sustitucion de una persona que paga en los derechos del acreedor a quien se paga..

La subrogacion puede operarse en virtud de dos causas: por la lei o por la voluntad del acreedor.

La subrogacion legal se opera por el solo ministerio de la lei i aun contra la voluntad del acreedor en todos los casos determinados en la lei.

La subrogacion convencional tiene lugar cuando el acreedor, recibiendo de un tercero el pago de la deuda, le subroga en todos sus derechos i acciones que le corresponden a tal acreedor.

¹⁴⁹ Tomo 6. Teoría de las Obligaciones, P. 109. N.º 81.

¹⁵⁰ Las sentencias que aparecen en Gac. 1885, S. 242, P. 358; Gac. 1905, T. I. P. 358, S. 242; Gac. 1880, Sent. 1916, P. 1367 no exigen el requisito de la inscripcion. En sentido contrario la sent. 82, Pág. 43, Gac. 1867.

En ámbos casos, la subrogacion produce los mismos efectos, es decir, el traspaso de todos los derechos del acreedor al tercero que paga, con la diferencia de que la subrogacion legal opera por el solo ministerio de la lei i la convencional debe ser puesta en conocimiento del deudor en la misma forma que la cesion de derechos.

Los preceptos trascritos nos permiten conocer en toda su amplitud el espíritu que ha inspirado la institucion que estudiamos. El lejislador ha manifestado claramente en la definicion de la subrogacion, que por medio de ella no se estingue ninguna deuda sinoque ella se traspasa con todos sus accesorios a un tercero. La deuda i sus accesorios permanecen Intactos i solo cambia la persona del acreedor. La subrogacion es una ficcion legal que presta grandes utilidades en la práctica, porque permite que los terceros que pagan al acreedor queden en las mismas condiciones que tenia el acreedor ántes' de que se operara la subrogacion.

Los mismos términos empleados por el lejislador en el art. 1609 del C. C., demuestran que el traspaso de las hipotecas anexas al crédito se opera por el solo ministerio de la lei. El lejislador ha dicho que la subrogacion es la trasmision de los derechos del acreedor a un tercero que le paga, a pesar de que propiamente hablando la trasmision de derechos solo tiene lugar en la sucesion por causa de muerte. No se empleó, seguramente, la palabra «transferencia», para indicar que el caso de la subrogacion tenia mucha semejanza con la trasmision de los derechos hereditarios. La subrogacion traspasa, por el solo ministerio de la lei, al tercero que paga al acreedor, todos sus derechos en la misma forma que por el simple hecho de la muerte se transmiten al heredero todos los derechos de su antecesor. Basta el pago para que el tercero pase a ocupar la posicion del primitivo acreedor.

Los sostenedores de la doctrina que combatimos se fundan en que los derechos reales, i entre ellos el de hipoteca, no pueden ser transferidos sino por medio de la tradicion. Como ya nos ocupamos de esta materia, al tratar de la cesion de derechos, nos remitimos a esa parte. Sin embargo, debemos agregar algunas observaciones que dicen relacion especial con la subrogacion.

Los preceptos que en nuestro derecho reglamentan la tradicion de los derechos reales no pueden tener aplicacion en la subrogacion legal. La tradicion, segun los arts. 670, 673 i 674 del C. C., supone la existencia de dos personas, el tradente i el adquirente, que consientan en la transferencia del derecho i de un título traslaticio de dominio. Ninguno de esos requisitos concurre en la subrogacion legal. El título traslaticio necesario para operar la tradicion no existiría en el caso de la subrogacion, porque ella se opera por el solo ministerio de la lei. El consentimiento del tradente, que es un requisito indispensable para que se efectúe la tradicion de cualquier derecho real, tampoco existirla en este caso, puesto que por espresa disposicion de la lei, la subrogacion puede operarse aun contra la voluntad del acreedor. ¿Cómo puede invocarse, entónces, la tradicion como fundamento de esta doctrina?

Por otra parte, debe tenerse presente que la misma lei ha aplicado los principios que estamos sosteniendo en el N.º 2 del art. 1610 del C. C. que prescribe que la subrogacion se efectúa en favor del que habiendo comprado un inmueble es obligado a pagar a los acreedores hipotecarios. En ese caso no se exige que se tome razon de la subrogacion en

el Registro Conservatorio, para que el subrogado pueda hacer valer sus derechos. Aun mas, como lo ha resuelto la jurisprudencia uniforme de nuestros Tribunales (¹⁵¹), ni siquiera se requiere que la hipoteca aparezca inscrita en el Registro, puesto que se trata de una hipoteca sobre una cosa propia. En nuestro concepto, esos mismos principios deben aplicarse en todos los casos de subrogacion.

En todo lo demas nos remitimos a lo dicho en el párrafo relativo a la cesion de derechos.

Los tratadistas sostienen la misma doctrina. Así se lee en el Repertoire Général du Droit Français de Fuzier-Hermans: «Es preciso entónces llegar a la conclusion de que en la actualidad, siempre que no se trate de la hipoteca legal de la mujer casada, la subrogacion es válida i puede oponerse a los terceros, aun cuando ella haya sido consentida por acto privado i que no *se haya hecho Pública*; basta que el acno haga plena fé respecto de la fecha. *La prudencia, sin duda, aconseja al subrogado de hacer mencion de la subrogacion al márjen de la inscripcion cedida* a fin de que el cedente no pueda cancelarlas; i esto es lo que sucede jeneralmente en la práctica; *pero nada exige esa formalidad*» (¹⁵²).

I mas adelante agrega: «La Corte de Tolosa ha fallado que la subrogacion convencional, constatada por acto privado que ha adquirido fecha cierta, produce efecto respecto de terceros, sin necesidad de mencion al márjen de la inscripcion cedida» (¹⁵³).

Larombière en su Tratado de las obligaciones dice: «Fuera de estas escepciones, la subrogacion se hace de la manera mas completa en los derechos, acciones, privilejios e hipotecas del acreedor primitivo. El subrogado se aprovecha de las inscripciones efectuadas por el subrogador» (¹⁵⁴).

I por último Giorgi estudiando la lejislacion italiana establece: «Por el art. 1994 del C. C., la persona subrogada puede, como el cesionario, hacer anotar al márjen o al pié de la inscripcion hecha por su antecesor, la cesion o la subrogacion, entregando al registrador el correspondiente documento. Precaucion no indispensable para la validez de la subrogacion, que sirve sólo para que el subrogado sea notificado de los actos ejecutivos i de las demandas de subrogacion, i la hipoteca no pueda cancelarse ignorándolo él. La prudencia aconseja que el subrogado no omita la anotacion para precaverse contra la *mala fé del subrogante*, que de acuerdo con los acreedores posteriores podria adherirse a la cancelacion de la hipoteca» (¹⁵⁵).

306.

¹⁵¹ Gac. 1896, S. 2739, P. 196; Gac. 1894, T. I., S. 1227; Gac. 1904, S. 1709, P. 851.

¹⁵² Ob. citada N.º 2151, P. 855.

¹⁵³ N.º 2152.

¹⁵⁴ Tomo IV. Art. 1252.

¹⁵⁵ Teoría de las Obligaciones, Tomo 7. P. 228, N.º 198.

Creemos haber dejado demostrado que, en nuestra lejislacion, la cesion de derechos i la subrogacion traspasan al nuevo acreedor, por el solo ministerio de la lei, todas las hipotecas anexas al crédito.

El cesionario i el subrogado se aprovechan de las inscripciones del acreedor primitivo que no puede, por ésto, proceder a la cancelacion de los gravámenes hipotecarios.

Sin embargó, es mui conveniente hacer que el Conservador de Bienes Raíces respectivo, tome nota de la cesion o de la subrogacion por medio de una subinscripcion, marginal, con el objeto de evitar que el acreedor primitivo pueda, cancelar la inscripcion hipotecaria.

Naturalmente que esa cancelacion estaria mal hecha i no habria producido por esa misma razon, la estincion del derecho de hipoteca. Nos remitimos sobre el particular a lo dicho en el N.º 291 que trata de la cancelacion de la inscripcion hipotecaria.

El cesionario o subrogado, cuya hipoteca ha sido indebida silente cancelada debe pedir, para poder ejercitar sus derechos, el restablecimiento de la inscripcion hipotecaria, o sea la nulidad de la cancelacion anterior.

En todo caso, el cesionario i el subrogado tendrán accion de perjuicios en contra del acreedor que procedió a cancelar la inscripcion hipotecaria. Corno la lei ordena que el cesionario i el subrogado se aprovechen de las inscripciones del acreedor primitivo, éste no ha podido proceder a su cancelacion. La lei se presume conocida por todos i el error de derecho constituye mala fé.

OBRAS CONSULTADAS

Nacionales

Actas de la Comision Mista de Senadores i Diputados encargada de informar sobre el Proyecto de Código de Procedimiento Civil. (Edicion de la Imprenta Nacional. Santiago, 1901).

Alessandri Rodríguez, Arturo .— *De la compra#venta i de la promesa de venta*. 2 tomos. (Edicion de la Imprenta Barcelona. Santiago, 1917).

Barros Borgoño, Luis.—*La Caja de Crédito Hipotecario*. 2 tomos. (Edicion de la Imprenta Cervantes. Santiago, 1912).

Ballesteros .—*Lei de Organizacion i Atribuciones de los Tribunales de Chile*. 2 tomos. (Edicion de la Imprenta Nacional. Santiago, 1890).

Barceló.—*Prontuario del Juicio de Quiebra*.. (Imprenta Cervantes. Santiago, 1904) .

Bello .—*Obras completas de don Andres Bello*, editadas bajo la direccion del Consejo de Instruccion Pública. (Imprenta de Pedro Ramírez. Santiago. Tomo XI (año 1887); tomo XI (año 1888); tomo XIII (año 1890) .

Claro Salas .—*Elementos de Derecho Civil*. (Imprenta Cervantes. Santiago, 1912).

- Claro Solar** .—*Derecho Civil Chileno*. (Establecimiento Poligráfico Roma. Santiago, 1898).
- Claro Salas**.— *Un caso de Pago por subrogacion*. Revista de Derecho i Jurisprudencia. Año VIII. Parte I. Pájs. 167 i sigs.
- Fabres** .—*Instituciones de Derecho Civil Chileno*. (Segunda, edicion Imprenta Ercilla. Santiago, 1893).
- Fernández Pradel** . — *De la tasacion del inmueble para su adjudicacion en pago al acreedor hipotecario*. Revista de Derecho i Jurisprudencia. Año XIV. Nº 7 i 8. Páj, 155 i sigs.
- Latorre** .—*Discursos Universitarios*. Tomo 2. (Imprenta Los Debates. Santiago, 1889).
- Lazo**.—*Código de Minería Anotado*. (Imprenta Cruzat Hnos. Santiago).
- Lazo i Letelier**.—«Resúmen de los alegatos de los abogados don Santiago Lazo i don Aníbal Letelier en el juicio de Plácido Bravo i Recaredo Fuenzalida contra el Banco Hipotecario de Chile». (Imprenta La Ilustracion. Santiago, 1917).
- Lastarria**.—Estudios Jurídicos.Edicion Oficial de don José Victorino Lastarria. Volúmen XIII. (Imprenta Barcelona. 1914).
- Lira J. B.** — *Prontuario de Juicios*. 2 tomos. (5.^a edicion. Librería Central de M. Servat. Santiago, 1895).
- Otero** .—*Concordancias i Jurisprudencia del C. de P. C.* 2.^a edicion. (Imprenta Universitaria. —Santiago, 1910).
- Toro Melo i Echeverría** . —*Código de Procedimiento Civil Anotado*. Edicion Oficial. (Imprenta Barcelona. Santiago, 1902).
- Urrutia**.—*Especificaciones del Código Civil*, tomadas en clase de don Leopoldo Urrutia, por Oscar Dávila i Rafael Cañas. (Imprenta Cervantes. Santiago, 1907).
- Vera , Robustiano** .—*Código Civil de Chile*, comentado. Tomo 7. (Imprenta. La Gaceta. Santiago, 1897).

Estranjerias

- Aubry et Rau**.—*Droit Civil Français*. Tome 3. 5éme édition. (Imprimerie et Librairie Générale de jurisprudence. Paris, 1906).
- Baudry#Lacantinerie et Loynes**. — *Droit Civil. Du Nantissement, des Priviléges el HJvpothèques*. Tome I, II i III (3éme édition. Librairie de la Societé du Recueil Général des Lois et des arréts. Paris, 1906).
- Baudry#Lacantinerie et Wahl** .—*Droit Civil . Des Successions*. Tome 3. 3éme édition. (Paris, 1905).
- Code Civil Allemand**. —Traduit par O. de Menlenare. (Librairie de A. Marescq Ainé. Paris, 1897).
- Código Civil Aleman**,—Testos i Comentarios por Alejo García Moreno. (Casa Editorial

- de Góngora. Madrid, 1897) .
- Colin et Capitant** .—*Droit Civi Français*. Tome 2. (Librairie Dalloz. Paris, 1915).
- Cuq** .—*Les institutions Juridiques des Romains* 2^{ème}. édition. (Librairie Plon. Librairie Générale. Paris, 1904)
- Delvincourt**.—*Cours du Code Civil*. 3 tomos. (Chez Delastre#Boulage. Paris, 1824).
- Domat** .—*Oeuvres complètes. Tome 2*. (Alea#Cobelet. París, 1835).
- Duranton**.—*Cours de Droít Français*. Tome ro. (3^{ème} édition. Librairie de jurisprudence. Bruxelles, 1834) . Tome II. (Bruxelles, 1836).
- Fuzier#Hermans** .—*Repertorie général du droit francais*. (Librairie de la Societé du Recueil Général des lois et des Arrêts). Tomo 23. Hvpoteques. (Año 1901). Tomo 22. Faillite. (Año 1901). Tomo 34. Subrogation. (Año 1904).
- Goyena** .—*Concordancias.—Tomo 4*. (Madrid, 1852).
- Galindo i Escosura** . — *Lejislacion Hipotecaria* . Tomo 3.4.^a edicion. (Madrid, 1908).
- Giorgi** .—*Teoría de las Obligaciones*. (Hijos de Reus. Madrid). Torno 6. (Año 1911). Tomo 7 . (Año 1912)
- Huc** .—*Cometarie du Code Civil*. (Librairie Cotillon de F. Pichon. París). Tomo 13. (Año 1900); Tomo 14. (Año 1902) .
- Laurent** .—*Principes de Droit Civil*. Tomos30 i 3l. (Bruxelles. Paris, 1878).
- Marcadé**.—*Explications du Code Civil*. Tomo 2. (8^{ème} édition. Delamotte fils. Paris, 1886) .
- Maynz** .—*Cours de Droit Romain*. Tomol i 2. (5^{ème}, edition. Bruxelles. Paris, 1891).
- Manresa** .—*Código Civil español*. Tomol2. (2.^a edicion. Imprenta de la Revista de Lejislacion. Madrid, 1911).
- Planiol** .—*Droit Civil*. Tomo2. (5^{ème} édition. Paris, 1909); Tomo 3. (4^{ème} édition. Paris, 1908).
- Pont**.—*Explications du Code Civil*. (Delamotte et fils). Tomo II. (3^{ème} édition, 1876); Tomo IO. (Año 1878) .
- Pozo** .—*Código Civil español*. Tomo2. (Imprenta de la Revista de Lejislacion. Madrid, 1896).—
- Pothier** .—*Oeuvres annotés et mises en correlation avec le Code Civil*, par Bugnet. Tomo 5. Du Nantissement. (Paris, 1861); Tomo 9. Des Hypotheques. (lo^{ème} édition. Paris, 1861).
- Ricci** .—*Derecho Civil*. Traduccion de Eduardo Ovejero. Tomo 20. (La España Moderna. Madrid).
- Rogron** .—*Code Civil*. 2 Tomos. (7^oème edition. Librairie Plon. Paris, 1885).
- Ruhen de Couder**.—*Droit Romain*. Tomo2. (7^{ème} édition. Librairie Marescq. Paris, 1888).
- Saleilles** .—*Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après te premier pyoyect de code Civil pour l'empire allemand*. (Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. Paris. 1914).
- Serafini** .—*Instituciones de derecho romano*. Traduccion de Juan de Dios Frias. 2

tomos. (7.^a edicion. Barcelona).

Tapia .—*Febrero Novísimo*. Tomo 3.(Librería de Rosa i Bourert. Paris, 1861).

Troplong .—*Droit Civil Explique*. Tomo16. Du Nantissement, du gage et d'antichresse (Paris, 1847). Tomos 18, 19 i 20. Privileges et Hypotheques. (5^{ème} édition. 1857); Tomo22. De la Prescription (4^{ème} édition. Paris, 1857) .

Zaragoza i Guíjarro .—*Novísima Lejislacion Hipotecaria*. (Madrid, 1915).