

LA HIPOTECA¹

Sumario:

- 1.- Concepto y regulación.
- 2.- Importancia.
- 3.- Características de la hipoteca, como derecho.
- 4.- Clases de hipoteca.
- 5.- Casos de hipoteca legal.
- 6.- El contrato hipotecario.
 - 6.1. Concepto.
 - 6.2. Características del contrato hipotecario.
7. Elementos de la hipoteca.
 - 7.1. Capacidad.
 - 7.2. Formalidades del contrato de hipoteca.
 - 7.3. Cosas susceptibles de hipotecarse.
 - 7.4. Obligaciones susceptibles de caucionarse con hipoteca.
8. Efectos de la hipoteca.
 - 8.1. Extensión de la garantía.
 - 8.2. Efectos de la hipoteca con respecto al dueño del inmueble hipotecado.
 - 8.3. Efectos de la hipoteca respecto del acreedor hipotecario.
9. Mutuo hipotecario con letras de crédito.
- 10.- Extinción de la hipoteca.
 - 10.1. Extinción por vía accesoria.
 - 10.2. Extinción por vía principal.

1.- CONCEPTO Y REGULACIÓN.

El art. 2407 del Código Civil contiene la definición legal de hipoteca. Señala el art. que “La hipoteca es un derecho de prenda, constituido sobre inmuebles que no dejan por eso de permanecer en poder del deudor”.

La definición legal sugiere las siguientes observaciones:

- i.- La hipoteca es un derecho, y específicamente, un derecho real (art. 577 del Código Civil).
- ii.- Es una especie de derecho “de prenda”. En realidad, hoy esta asimilación al derecho de prenda es equívoca, pues el derecho de hipoteca tiene su propia fisonomía. Pero la asimilación tiene una explicación histórica, pues en el Derecho romano sólo se aludía a la prenda, garantía que podía recaer tanto en muebles como inmuebles.
- iii.- La hipoteca se constituye sobre inmuebles. Tal es la regla general, más no absoluta según veremos.
- iv.- Los inmuebles hipotecados permanecen en poder del deudor, a diferencia de lo que ocurre con la prenda civil.

¹ Fecha de la última modificación: 21 de enero de 2019.

Esta definición ha sido criticada por nuestra doctrina, porque no proporciona una idea cabal de la garantía.

Somarriva la define como “el derecho real que recae sobre un inmueble que permaneciendo en poder del constituyente, da derecho al acreedor para perseguirlo de manos de quien se encuentre y de pagarse preferentemente del producto de la subasta”.²

Se define la hipoteca como derecho real y no como contrato, porque si bien por lo general tiene ambas características, no siempre acontece así, ya que puede existir como derecho sin que haya contrato, como ocurre en el caso de la hipoteca legal que contempla el Código de Procedimiento Civil, el caso contemplado en el Código de Aguas y el que se consagra en la Ley N° 20.720, a los que aludiremos más adelante.

Además, más correcto es señalar que el inmueble permanece en poder del “constituyente” antes que en poder del “deudor”, pues bien puede ocurrir que la garantía emane de un tercero.

La palabra “hipoteca”, se forma por las expresiones “hipo”, que significa “debajo de” y “teca”, que significa “lugar en que se guarda algo”. Alude a un inmueble que queda sometido al ejercicio de ciertas facultades del acreedor, a consecuencia del préstamo que éste le hizo al deudor. A un inmueble colocado debajo de un gravamen.

Se regula la hipoteca en los arts. 2407 a 2434, que conforman el Título XXXVIII del Libro IV del Código Civil.

La hipoteca, además, con seguridad, es una de las instituciones que aparece con mayor frecuencia a lo largo de todo el Código Civil, y en las más diversas materias, sea aludiéndose a ella en forma directa, o bajo la forma genérica de “gravar”:

En el Título Preliminar

- Como una especie de caución (art. 46).

En el Libro Primero

- En la muerte presunta (arts. 88 y 94).
- Bienes familiares (art. 142).
- Patrimonio reservado (art. 150).
- En la separación de bienes (art. 155).
- Patria potestad (art. 254).
- En las guardas (arts. 376, 393, 395, 432 y 517).

En el Libro Segundo

- En la tradición (arts. 686 y 697).
- En la propiedad fiduciaria (arts. 756 y 757).

En el Libro Tercero

- Legados (art. 1135).
- Deudas hereditarias y testamentarias (arts. 1365, 1366 y 1368).
- Beneficio de separación de patrimonios (arts. 1380 y 1384).
- Donación entre vivos (arts. 1397 y 1432).

En el Libro Cuarto

- Obligaciones naturales (art. 1472).

² Somarriva Undurraga, Manuel, *Tratado de las Cauciones*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica Ediar-ConoSur Ltda, sin año, p. 309.

- Obligaciones condicionales (art. 1491).
- Obligaciones indivisibles (art. 1526).
- Cláusula penal (art. 1541).
- Pago por consignación (art. 1607).
- Pago con subrogación (arts. 1610 y 1612).
- Pago por cesión de bienes (arts. 1617 y 1622).
- Novación (arts. 1642, 1643, 1644, 1647, 1648 y 1649).
- Remisión (art. 1654).
- Compensación (art. 1660).
- Capitulaciones matrimoniales (art. 1721).
- Sociedad conyugal (arts. 1740, 1749, 1754, 1755, 1759 y 1779).
- Compraventa (art. 1895).
- Cesión de derechos (art. 1906).
- Arrendamiento (arts. 1957 y 1962).
- Censo (art. 2037).
- Sociedad (arts. 2078 y 2096).
- Mandato (art. 2143).
- Fianza (arts. 2337, 2344, 2350, 2357 y 2359).
- Anticresis (arts. 2439 y 2441).
- Acción pauliana (art. 2468).
- Prelación de créditos (arts. 2470, 2477, 2478, 2479 y 2480).
- Prescripción extintiva (art. 2516).

2.- **IMPORTANCIA.**

De todas las cauciones, tanto reales como personales, ninguna ofrece mayor seguridad al acreedor que la hipoteca, siendo la principal fuente de crédito. Ello, porque los bienes raíces tienen un valor estable, más o menos elevado, resultando posible obtener créditos más cuantiosos.

También la hipoteca presenta ventajas para el deudor, porque no obstante la constitución del gravamen, no se ve desposeído del inmueble, pudiendo valerse de él para obtener utilidades.

En verdad, no se concibe todo el sistema bancario sin la existencia de la hipoteca, garantía fundamental exigida tanto a las personas naturales o jurídicas, en sus operaciones comerciales o cuando pretenden adquirir inmuebles.

Para que conserve su eficacia, la hipoteca debe gozar de la publicidad general, lo que se consigue mediante la inscripción en el Registro de Hipotecas y Gravámenes del Conservador de Bienes Raíces.

3.- **CARACTERÍSTICAS DE LA HIPOTECA, COMO DERECHO.**

La hipoteca es un derecho real; es un derecho inmueble; es un derecho accesorio; constituye una limitación al dominio; constituye un principio de enajenación y en algunos casos es un acto de enajenación; da origen a una preferencia; y es

indivisible.

a) **Es un derecho real:** art. 577.

En los demás derechos reales, es posible visualizar una relación directa entre el titular del derecho y la cosa sobre la que recae tal derecho; dichos derechos reales se ejercitan mediante el goce o tenencia de la cosa. En la hipoteca, en cambio, la forma de ejercitar el derecho se materializa en la facultad que tiene el acreedor de pedir la venta de la cosa hipotecada en caso que el deudor no cumpla la obligación.

Por ser la hipoteca un derecho real, se ejerce sobre el bien gravado sin respecto a determinada persona. De este carácter se deduce que el acreedor goza del derecho de persecución, expresamente reconocido en el art. 2428 del Código Civil, que le permite perseguir la finca hipotecada de manos de quien se encuentre y a cualquier título que la haya adquirido mediante la acción hipotecaria.

b) **Es un derecho inmueble:** art. 580.

Siempre la hipoteca se ejerce sobre un bien raíz (sin perjuicio de lo dispuesto en ciertas leyes especiales, como la Ley N° 18.916, referida al Código Aeronáutico, o las disposiciones que se refieren a la hipoteca naval), careciendo de importancia a este respecto la naturaleza de la obligación principal garantizada.

De esta característica se siguen consecuencias importantes: su tradición se efectúa por la inscripción del título en el Conservador de Bienes Raíces (art. 686 del Código Civil); su posesión puede ser amparada mediante las acciones posesorias (art. 916 del Código Civil).

c) **Es un derecho accesorio.**

c. 1) Noción general.

Característica general a todas las cauciones (art. 46 del Código Civil). Supone la hipoteca la existencia de una obligación principal, sea de dar, hacer o no hacer; pura y simple o sujeta a modalidades (como se desprende del art. 2427 del Código Civil); determinada o indeterminada (art. 2427); actual o futura (art. 2413 del Código Civil); emanada de cualquiera de las fuentes de las obligaciones.

c.2) Hipoteca de obligaciones naturales.

Son susceptibles de garantizarse con hipoteca no sólo las obligaciones civiles, sino también las naturales. Con respecto a la garantía hipotecaria de estas obligaciones, debemos distinguir:

1. Si la hipoteca se constituye por el deudor o un tercero para garantizar una obligación civil que después pasa a ser natural, subsiste la hipoteca con este mismo carácter (lo accesorio sigue la suerte de lo principal);
2. Pero si la garantía la otorga un tercero cuando la obligación ya es natural, dicha obligación accesoria es civil (art. 1472 del Código Civil).

c.3) Casos en los cuales la hipoteca es autónoma de la obligación principal.

No obstante su carácter accesorio, la hipoteca puede adquirir una relativa independencia frente a la obligación principal:

1. Cuando la hipoteca garantiza obligaciones futuras (art. 2413, inc. 3° del Código

Civil). En este caso, no existe obligación principal al momento de constituirse la hipoteca.

2. Cuando la hipoteca se constituye por un tercero, en garantía de una deuda ajena. En este caso, el garante no se obliga personalmente (en otros términos, sólo contrae una obligación real), a menos que así se pacte (en cuyo caso, estaremos ante un fiador hipotecario). En esta hipótesis, la obligación principal se separa de la hipoteca: las acciones -la personal y la real- deben dirigirse contra personas diferentes. Lo mismo ocurre cuando la finca hipotecada es adquirida por un tercero.

3. Incluso, la hipoteca puede subsistir no obstante haberse extinguido la obligación principal: cuando ésta se extingue por novación, las partes pueden pactar reserva de la hipoteca, es decir, que la misma hipoteca pase a caucionar una nueva obligación.

c.4) Hipoteca de obligaciones indeterminadas.

Se ha discutido en nuestra doctrina acerca de la validez de la hipoteca que cauciona obligaciones indeterminadas. Para algunos, la obligación debe estar perfectamente determinada, afirmándose que en caso contrario las hipotecas serán nulas. Sin embargo, ha prevalecido la opinión contraria. Revisaremos esto en el punto 7.4.

c.5) Efectos del carácter accesorio de la hipoteca.

Del carácter accesorio de la hipoteca se derivan consecuencias de gran importancia, que se traducen en el principio general de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal:

1. Extinguida la obligación, también se extingue la hipoteca;
2. A la nulidad de la obligación se sigue la nulidad de la hipoteca;
3. Toda modalidad que afecta a la obligación principal se refleja en la hipoteca;
4. En conformidad al art. 2516 del Código Civil, la acción hipotecaria prescribe conjuntamente con la acción que emana de la obligación principal; y
5. Donde quiera que vaya el crédito lo sigue la hipoteca. Tal acontece con la cesión o subrogación del crédito hipotecario, con la transmisión que de éste se haga al heredero o legatario, etc.

d) Constituye una limitación del dominio.

A pesar de que el art. 732 del Código Civil no incluye la hipoteca entre las limitaciones del dominio, es evidente que tiene este carácter. En efecto, por su constitución el propietario del inmueble no puede ejercer su derecho de dominio en forma absoluta, no puede destruir las construcciones, plantaciones, etc., existentes en el inmueble, ni gozar de él en términos que lesionen los derechos del acreedor hipotecario, porque entonces se aplica el art. 2427 del Código Civil.

e) Constituye un principio de enajenación y para los efectos del art. 1464 del Código Civil es un acto de enajenación.

Desde el momento que el propietario, al gravar su inmueble con hipoteca se desprende de parte del dominio, es evidente que ella encierra un principio de enajenación, o como decía Andrés Bello, una enajenación condicionada. Por ello, para hipotecar se requiere capacidad para enajenar y no pueden darse en hipoteca los bienes embargados, porque su enajenación trae consigo objeto ilícito y por ende nulidad absoluta (art. 1464 del Código Civil).

f) Da origen a una preferencia.

Como garantía no será eficaz si el acreedor no gozara de preferencia para el pago. Por eso el art. 2470 del Código Civil señala expresamente a la hipoteca entre las causas de preferencia, y el art. 2477 dice que la tercera clase de créditos comprende los hipotecarios.

g) Es indivisible.

En virtud del principio de la indivisibilidad de la hipoteca que consagran los arts. 1526 N° 1 y 2408, puede decirse que cada parte del inmueble hipotecado garantiza la totalidad del crédito, y que a su vez cada parte del crédito está caucionado con la totalidad del bien hipotecado. La indivisibilidad entonces, puede mirarse a través del inmueble dado en garantía o desde el punto de vista del crédito garantizado.

g. 1) Con relación al inmueble: el principio de la indivisibilidad recibe diversas manifestaciones:

- Si son varios los inmuebles hipotecados, el acreedor a su arbitrio podrá perseguirlos a todos ellos o al que elija. Dispone al efecto el art. 1365, inc. 1º: “Si varios inmuebles de la sucesión están sujetos a una hipoteca, el acreedor hipotecario tendrá acción 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”. Existe una impropiedad en la expresión *acción solidaria*, pues es una acción indivisible.
- De acuerdo con el art. 1526 N° 1, idea que repite el art. 2408, la acción hipotecaria se dirige contra el que posea en todo o en parte el inmueble hipotecado. De manera que si en la sucesión del deudor uno de los herederos se adjudica el inmueble gravado, contra él se dirige la acción, y si el bien se divide en lotes, distribuyéndose entre los herederos, el acreedor puede ejercitar su acción por el total en cada uno de los lotes.

g.2) Desde el punto de vista del crédito: se desprende del art. 1526, N° 1, que:

- Si queda una parte insoluble del crédito, por pequeña que sea, subsiste la totalidad de la garantía hipotecaria;
- Además, si hay varios acreedores hipotecarios y el deudor le paga su cuota a uno de ellos, no puede solicitarle la cancelación proporcional del gravamen; y
- Si fallece el acreedor dejando varios herederos, cada uno de ellos puede perseguir el total de la finca hipotecada, por su parte o cuota en el crédito.

El carácter indivisible que tiene la hipoteca es de su naturaleza y no de la esencia. Por ello, y por estar establecido en beneficio del acreedor, éste puede renunciarlo.

4.- CLASES DE HIPOTECA.

a) Generalidades.

En la doctrina y en el derecho comparado, la hipoteca admite diversas

clasificaciones:

a.1) Considerando su origen:

- Convencional;
- Legal; y
- Judicial

a.2) En cuanto a los bienes que ella afecta:

- Especial: si grava uno o más predios determinados;
- General: si se extiende a todos los inmuebles del deudor.

a.3) En cuanto a su constitución, según esté o no sometida a publicidad:

- Pública;
- Oculta.

a.4) En cuanto a los créditos caucionados, la hipoteca puede ser:

- Específica: cuando cauciona determinadas obligaciones (se garantiza la obligación documentada en tal pagaré, por tal monto, con vencimiento en tal fecha, etc.);
- General: cuando cauciona todas las obligaciones del deudor, presentes o futuras, de cualquier índole. Estas, a su vez, pueden ser limitadas (cuando a pesar de ser generales, se limitan a caucionar obligaciones hasta por cierto monto) e ilimitadas (no se establece monto máximo de las obligaciones).

En relación con esta clasificación, cabe prevenir que la Ley N° 20.555, publicada en el Diario Oficial de fecha 5 de diciembre de 2011,³ modificó la Ley N° 19.496, sobre protección de los derechos de los consumidores, disponiendo en su art. 17 D, inc. 5º, aplicable a los proveedores de servicios financieros (entre ellos, Bancos y Financieras), que “En el caso de créditos hipotecarios, en cualquiera de sus modalidades, no podrá incluirse en el contrato de mutuo otra hipoteca que no sea la que cauciona el crédito que se contrata, salvo solicitud escrita del deudor efectuada por cualquier medio físico o tecnológico”. De esta manera, se restringe la práctica, usual en la Banca, de incorporar, junto con la hipoteca específica que garantiza el préstamo otorgado al cliente, una segunda hipoteca, con cláusula de garantía general. La ley no la prohíbe, pero exige una petición expresa del deudor.

Hoy en día, las hipotecas ocultas y las generales en cuanto a los bienes, se encuentran en descrédito en la doctrina y legislación comparada. El régimen hipotecario moderno descansa en los principios de la publicidad y de la especialidad (en cuanto al bien, no en cuanto a las obligaciones), los que representan una reacción contra las hipotecas ocultas y generales del Derecho Romano, que sobreviven en muy pocas legislaciones. De esta manera, las hipotecas en nuestra legislación son especiales en cuanto a los bienes que ellas afectan, públicas y específicas o generales, según se vinculen o no a obligaciones determinadas.

³ Llamada “*Ley de Sernac financiero*”.

b) Clases de hipoteca en la legislación actual chilena.

Para el Código Civil Chileno todas las hipotecas son convencionales. Posteriormente, el Código de Procedimiento Civil creó una hipoteca legal, en el caso previsto en los arts. 660 y 662: en las particiones, para garantizar los alcances que puedan resultar contra un adjudicatario. Pero al decir que esta hipoteca es legal no significa que exista de pleno derecho, sino que con ello se alude al título que da nacimiento al derecho de hipoteca, que no es la convención de las partes sino la ley; pero siempre es necesario para su existencia inscribirla en el Conservador de Bienes Raíces.

En cuanto a la hipoteca judicial, es decir aquella que se entienda constituida por la sola sentencia, nuestra legislación no contempla **ningún** caso.

Si bien en nuestra legislación no podemos hablar de hipotecas convencionales, legales y judiciales porque sólo existen las primeras con la salvedad de los excepcionales casos de hipoteca legal, en cambio **la obligación de constituir hipoteca puede emanar del acuerdo de las partes, de la ley o de una resolución judicial**. Bajo este aspecto, aunque no con toda propiedad, podría decirse que la hipoteca es convencional, legal o judicial. Acontece aquí lo mismo que en la fianza, donde el art. 2336 dice que puede ser convencional, legal o judicial, queriendo con ello referirse a que la obligación de rendirla puede emanar de las fuentes indicadas; pero la fianza en sí misma es siempre un contrato. Lo mismo ocurre con la hipoteca: en algunos casos, el contrato hipotecario debe celebrarse cumpliendo una obligación contraída en un contrato previo; en otros, cumpliendo con lo que ordena un precepto legal y en otros con lo que ordena una sentencia. Pero en las tres hipótesis, siempre deberá celebrarse el contrato hipotecario. Son estos casos:

i.- Emanar la hipoteca del acuerdo de voluntades, en el caso del contrato de promesa de constituir hipoteca.

ii.- Ejemplos en que la obligación de constituir hipoteca emana de la ley:

- Art. 89 (muerte presunta);
- Arts. 374 y 375 (en las guardas);
- Art. 775 (usufructo).

iii.- Ejemplos en que la obligación de constituir hipoteca tiene su origen en una resolución judicial:

- Art. 755 (fideicomiso);
- Art. 1315 (albaceas fiduciarios).

Respecto a estas hipotecas *judiciales* cabe observar que el juez no puede ordenar su constitución a su simple arbitrio, sino que es necesario que un texto legal lo autorice: de ahí que la fuente remota de la hipoteca ordenada por el juez viene a ser la ley.

En todo caso, la diferencia que se aprecia entre las hipotecas *legales* y las *judiciales*, estriba en que, en las primeras, el juez *debe* ordenarlas, mientras que en las segundas, el juez *puede* ordenarlas.

Resumiendo:

1. No hay en nuestro Derecho, hipotecas ocultas, porque para su existencia todas deben inscribirse en el Conservador de Bienes Raíces;
2. Tampoco existen hipotecas generales, en cuanto a los bienes raíces hipotecados, sino

únicamente especiales, que se refieren a bienes raíces determinados;

3. No hay en el Código Civil hipotecas legales ni judiciales, en el sentido que se produzcan por el sólo ministerio de la ley (los casos excepcionales, a los que más adelante aludiremos, se contemplan en otros cuerpos legales) o por la sola sentencia, pues siempre se requerirá celebrar acto seguido el contrato hipotecario;

4. Puede hablarse en el Código Civil de hipotecas legales, judiciales y convencionales atendiendo al origen de donde emana la obligación de constituirla, bajo el entendido – insistimos-, que siempre debe celebrarse el contrato hipotecario;

5. La hipoteca es un derecho real, y como tal, para su tradición es necesario que concurra un título de donde emane la obligación de constituirla. Este título es el contrato hipotecario, salvo en los casos de hipoteca legal que acepta nuestra legislación, en los que el título es la ley.

5.- **CASOS DE HIPOTECA LEGAL.**

Como lo hemos precisado, la verdadera hipoteca legal, es aquella en la que nace la hipoteca por el solo ministerio de la ley, sin que se celebre en forma previa el contrato hipotecario. Las hipotecas legales constituyen ejemplos de contratos forzosos “heterodoxos” o “fictos”, porque la ley “da por constituida” la hipoteca, sin que los sujetos concernidos por ella hayan manifestado su voluntad. Se les impone una hipoteca, “de un solo golpe”. En cambio, en los casos que referimos del Código Civil, en los que se ordena por la ley celebrar el contrato de hipoteca, nos encontramos ante contratos forzosos “ortodoxos” o “propiamente tales”.⁴ En éstos, la ley no constituye de un solo golpe la hipoteca, sino que ordena celebrar el contrato hipotecario. Por ende, se requiere que se manifieste la voluntad de los sujetos concernidos por la hipoteca.

Los casos que siguen, corresponden a la primera de estas categorías.

a) Hipoteca legal del Código de Procedimiento Civil.

Está establecida en el Código de Procedimiento Civil, arts. 660 y 662. Opera en la partición de bienes.

El art. 660 dispone que salvo acuerdo unánime de los interesados, todo comunero que reciba en adjudicación bienes por un valor que exceda del 80% de lo que le corresponde, deberá pagar el exceso al contado.

A su vez, el art. 662 establece que en las adjudicaciones de inmuebles que se hagan a los comuneros a raíz del juicio de partición, se entenderá constituida hipoteca sobre las propiedades adjudicadas para asegurar el pago de los alcances que resultan en contra de los adjudicatarios, salvo que se pague de contado el exceso al que se refiere el art. 660.

Conforme a lo expuesto, los requisitos de la hipoteca legal son los siguientes:

1. Debe adjudicarse un bien raíz;
2. El valor de la adjudicación debe exceder del 80% del haber probable del adjudicatario;

⁴ Revisar en www.juanandresorrego.cl, nuestro apunte “Teoría General del Contrato”, y en él la categoría contractual del contrato forzoso.

3. Que el adjudicatario no pague el exceso de contado.

De esta manera, por ejemplo al realizarse la partición, se le adjudica a Juan un inmueble avaluado en \$ 90.000.000.- Ahora bien, ocurre que la cuota de Juan ascendía a \$ 100.000.000.- En este caso, el valor del inmueble excede del 80% del haber probable del adjudicatario, de manera que se entiende hipotecado, en favor del resto de los comuneros. ¿Por qué, podríamos preguntarnos, queda hipotecado el inmueble, si ocurre que de todas maneras éste no excede la cuota total de Juan? La respuesta la encontramos en la expresión “haber probable”. En efecto, pues bien podría ocurrir que con posterioridad a la adjudicación aparezcan obligaciones del causante de las que no se tenía noticia, y por ende, disminuir la cuota de cada uno de los comuneros.

Características de esta hipoteca legal:

1. Es especial, recae sobre el inmueble adjudicado;
2. Es determinada, cauciona el alcance que resulta en contra del adjudicatario.
3. Es pública, requiere inscripción en el Registro respectivo del Conservador de Bienes Raíces. Señala el art. 662 que el Conservador, conjuntamente con inscribir el título de la adjudicación, inscribirá a la vez la hipoteca por el valor de los alcances.

b) Hipoteca legal del Código de Aguas.

Conforme a lo dispuesto en el Código de Aguas, quienes sean comuneros en comunidades de aguas, deben concurrir a los gastos de mantención de la comunidad, a prorrata de sus derechos (art. 212 N° 3). Agrega el citado Código que los derechos de aprovechamiento de aguas **quedarán gravados de pleno derecho**, con preferencia a toda prenda, hipoteca u otro gravamen constituido sobre ellos, en garantía de las cuotas de contribución para los gastos que fijan las juntas y directorios. Los adquirentes a cualquier título de estos derechos, responderán solidariamente con su antecesor de las cuotas insolutas al tiempo de la adquisición (art. 214). Finalmente, el art. 258 del Código de Aguas, establece que las disposiciones citadas, referidas a las comunidades de aguas, son aplicables también a las asociaciones de canalistas.

c) Hipoteca legal en las normas de la Ley N° 20.720, “Ley de Reorganización y Liquidación de Empresas y Personas”.

En las normas del capítulo IV de la citada Ley, tratándose de la venta de los bienes del deudor como “unidad económica”, establece la Ley una hipótesis de hipoteca legal, cuando el adquirente de los bienes no pague el precio al contado o contrajere cualquiera otra obligación a consecuencia de la venta, a menos que la Junta de Acreedores dispusiere otra cosa. Dispone el precepto: “Artículo 221.- Trámites posteriores. La venta como unidad económica deberá constar en escritura pública en la que se indicarán los hechos y/o requisitos que acrediten el cumplimiento de las disposiciones anteriores. Dicha escritura será aprobada por el tribunal, el cual ordenará el alzamiento y cancelación de todos los gravámenes y prohibiciones que pesen sobre los bienes que integran la unidad económica. / Los bienes que integran la unidad económica se entenderán constituidos en hipoteca o prenda sin desplazamiento, según su naturaleza, por el sólo ministerio de la

ley, para caucionar los saldos insolutos de precio y cualquiera otra obligación que el adquirente haya asumido como consecuencia de la adquisición, salvo que la Junta de Acreedores, al pronunciarse sobre las bases respectivas, hubiese excluido expresamente determinados bienes de tales gravámenes”.

6.- EL CONTRATO HIPOTECARIO.

6.1. Concepto.

El derecho real de hipoteca necesita para nacer, como todo derecho real, que opere un modo de adquirir el dominio. Originariamente, en la constitución de la hipoteca existe tradición de la misma. Con posterioridad, también pueden actuar otros modos: la prescripción en caso que el gravamen se haya constituido sobre cosa ajena, pues entonces la tradición no sirve al acreedor para adquirir el derecho, sino como título para llegar a adquirirlo por prescripción,⁵ o la sucesión por causa de muerte, mediante la cual el heredero o legatario adquiere el derecho de hipoteca conjuntamente con el crédito.

Ahora bien, si en la generación del derecho de hipoteca siempre existe tradición, tendrá también que existir un título que la anteceda (art. 675 del Código Civil), es decir, un contrato que coloque a una persona en la obligación de transferir el derecho de hipoteca. Este título, no es otro que el contrato hipotecario.

De esta manera, podemos definir el contrato hipotecario como **aquél en que el deudor o un tercero se obliga con respecto al acreedor a darle o transferirle el derecho de hipoteca sobre un inmueble de su propiedad y a conservar éste en condiciones idóneas para asegurar el pago de los créditos garantizados.**

6.2. Características del contrato hipotecario

a) Puede celebrarlo el acreedor no sólo con el deudor personal sino también con un tercero (llamado garante hipotecario).

b) Es un contrato unilateral, en opinión de la mayoría, o bilateral, según algunos: la mayoría estima que el contrato de hipoteca es unilateral, porque en él solo resulta obligado el constituyente, a transferir al acreedor el derecho real de hipoteca;⁶ y también

⁵ Veremos sin embargo que para el profesor Pablo Rodríguez Grez, la hipoteca no puede adquirirse por prescripción.

⁶ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., p. 340; Barcia Lehmann, Rodrigo, *“Lecciones de Derecho Civil Chileno. De las Fuentes de las Obligaciones”*, Tomo II, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, año 2007, p. 195; Lecaros Sánchez, José Miguel, *“Las cauciones reales”*, Santiago de Chile, Metropolitana Ediciones, año 2000, p. 242; Navarro Albiña, René David, *“Teoría General del Contrato & Contratos en particular”*, Santiago de Chile, Ediciones Jurídicas de Santiago, año 2005, p. 294. Navarro Albiña postula que por regla general, en el contrato de hipoteca sólo resulta obligado el constituyente, agregando: “Ahora bien, una vez constituido el derecho real de hipoteca, el único obligado será el acreedor hipotecario (obligado a efectuar el alzamiento de la hipoteca) en el evento que se pague totalmente la deuda”. Esta frase amerita en nuestra opinión dos comentarios: i) Es efectivo que el acreedor hipotecario tiene tal obligación de alzamiento una vez extinguida la hipoteca, pero insistimos que su fuente será la ley y no el contrato de hipoteca, por estar

a conservar el inmueble en condiciones aptas para asegurar el pago del crédito garantizado (so pena que opere una caducidad del plazo de la obligación, conforme a los arts. 2427 y 1496 del Código Civil). Sin embargo, no es de la esencia el carácter unilateral de la hipoteca, la que bien puede ser bilateral, lo que sucederá cuando el acreedor a su vez contraiga obligaciones: por ejemplo, si se estipula que pagará al tercero una remuneración a cambio de que este acceda a constituir el gravamen, o si concede al deudor rebaja de intereses o prórroga del plazo.

Otra doctrina, sostiene que el contrato hipotecario sólo genera obligaciones para el acreedor hipotecario, quien debe alzar la hipoteca, cuando la obligación caucionada se ha extinguido (en este sentido, ocurriría lo mismo que en la prenda civil, donde el único obligado es el acreedor prendario). Se descarta para esta doctrina que el constituyente de la hipoteca se obligue a transferir el derecho real de hipoteca a favor del acreedor, porque ello no sería una obligación derivada del contrato, sino un requisito para que nazca el contrato. Esta doctrina, sin embargo, es discutible por dos razones:

- i) Compartimos lo expresado por Lecaros, en cuanto a que la obligación de concurrir a cancelar la inscripción hipotecaria (en rigor, a alzar, pues es el Conservador de Bienes Raíces quien cancela) cuando el derecho real de hipoteca se haya extinguido, no es una obligación que nazca del contrato sino de la ley.⁷ En efecto, si la hipoteca se extinguió por haberse extinguido la obligación principal caucionada por aquella, ya no hay contrato de hipoteca, y por ende no pueden haber obligaciones vigentes. Pero, como es razonable, quien era acreedor hipotecario debe otorgar la escritura de alzamiento de la hipoteca, para que en su virtud el Conservador de Bienes Raíces proceda a cancelar la inscripción. Con ello, se cumplirá una obligación que emana de la ley.⁸ Y de no ocurrir lo anterior, el juez lo ordenará a requerimiento del propietario de la finca hipotecada. Lo expuesto se refrenda por lo demás en la Ley N° 19.496, al disponer en su art. 3º, inc. 2º, entre los derechos del consumidor de productos o servicios financieros, el obtener “c) La oportuna liberación de las garantías constituidas para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones, una vez extinguidas éstas”; agregando el art. 17 D, modificado por la Ley N° 20.855 publicada en el Diario Oficial el 25 de septiembre de 2015, las siguientes reglas:
 - En el caso de créditos caucionados con hipoteca específica, una vez extinguida totalmente la obligación garantizada, el proveedor del crédito (acreedor hipotecario) deberá, a su cargo y costo, otorgar la escritura pública de alzamiento de la referida hipoteca y de los demás gravámenes y prohibiciones que se hayan constituido al efecto e ingresarla para su inscripción en el Conservador de Bienes Raíces respectivo, dentro de un plazo que no podrá exceder de 45 días contado desde la extinción total de la deuda. De tal circunstancia y de la realización de los señalados trámites, el proveedor

éste extinguido; y ii) No es efectivo que el único obligado será el acreedor hipotecario una vez constituido el derecho real de hipoteca, pues el constituyente tiene la obligación de conservación de la finca hipotecada.

⁷ Lecaros Sánchez, José Miguel, ob. cit., p. 242.

⁸ Por esta misma razón, descartamos que el contrato de hipoteca sea un contrato bilateral *per se*.

deberá informar por escrito al deudor, a través de cualquier medio físico o tecnológico idóneo, al último domiciliado registrado por el deudor con el proveedor, dentro de los 30 días siguientes de practicada la cancelación correspondiente por el Conservador de Bienes Raíces respectivo. Los comprobantes de pago emitidos por el proveedor de un crédito caucionado con hipoteca específica, correspondientes a las tres últimas cuotas pactadas, harán presumir el pago íntegro del crédito caucionado con dicha garantía, debiendo seguirse respecto de su alzamiento y cancelación lo dispuesto precedentemente (inc. 6° del art. 17 D). Nótese que el acreedor hipotecario tendrá que cumplir tres obligaciones de hacer: las dos primeras, consistentes en alzar la hipoteca e ingresar la respectiva escritura en el Conservador de Bienes Raíces competente para que éste cancele la hipoteca, ambas dentro de 45 días contados desde la extinción de la deuda (y por ende, también de la hipoteca); y la tercera, consistente en comunicar por escrito el alzamiento y la cancelación al ex deudor, dentro de 30 días de ocurrido el último de estos trámites.

► En el caso de créditos caucionados con hipoteca general, una vez pagadas íntegramente las deudas garantizadas, tanto en calidad de deudor principal como en calidad de avalista, fiador o codeudor solidario, respecto de los cuales dicha caución subsista, el proveedor deberá informar por escrito al deudor tal circunstancia, en el plazo de hasta 20 días corridos, a través de cualquier medio físico o tecnológico idóneo, al último domicilio registrado por el deudor con el proveedor. Efectuada dicha comunicación, el deudor podrá requerir, por cualquier medio físico o tecnológico idóneo, el otorgamiento de la escritura pública de alzamiento de la referida hipoteca y de los demás gravámenes y prohibiciones que se hayan constituido al efecto, y su ingreso para inscripción en el Conservador de Bienes Raíces respectivo, gestiones que serán de cargo y costo del proveedor y que éste deberá efectuar dentro de un plazo que no podrá exceder de 45 días, contado desde la solicitud del deudor. El proveedor deberá informar por escrito al deudor, a través de cualquier medio físico o tecnológico idóneo, al último domicilio registrado por el deudor con el proveedor, del alzamiento y cancelación de la hipoteca con cláusula de garantía general y de todo otro gravamen o prohibición constituido en su favor, dentro de los 30 días siguientes de practicada la respectiva cancelación por el Conservador de Bienes Raíces respectivo (inc. 7° del art. 17 D). De esta manera, cuatro obligaciones de hacer tiene el acreedor hipotecario, una que siempre debe ejecutar y otras tres eventuales: la primera, consistente en informar al deudor, en el plazo de 20 días. Cumplida esta primera obligación, y siempre que así lo pida el deudor, el acreedor deberá cumplir con las otras tres obligaciones, ya reseñadas: alzar la hipoteca, tramitar su cancelación e informar al deudor de todo lo anterior.

► También en el caso de hipotecas con cláusula de garantía general, el propio deudor puede tomar la iniciativa para obtener el alzamiento de la hipoteca. Dispone la ley citada que si no existieren obligaciones pendientes para con el

proveedor caucionadas con hipoteca general, el deudor no estará obligado a mantener a favor de éste la vigencia de una hipoteca con cláusula de garantía general ni de otros gravámenes o prohibiciones ya constituidos para los efectos de obtener un nuevo crédito, y podrá en todo momento, y sin esperar la comunicación del proveedor a la que se hizo referencia, solicitar el respectivo alzamiento por cualquier medio físico o tecnológico idóneo, el cual se efectuará en la misma forma y plazo previstos en el inc. 7°. Sin perjuicio de lo anterior, el deudor podrá conservar la vigencia de esta garantía general y los demás gravámenes y prohibiciones asociados, a su sola voluntad (inc. 8° del art. 17 D).

► Establece la Ley del Consumo la posibilidad de efectuar “alzamientos masivos”, por bancos, financieras u otras empresas similares, destinados a facilitar la liberación de los deudores y evitar que las escrituras sean muy extensas. Consigna al efecto: los alzamientos de hipotecas y de cualquier otro gravamen o prohibición constituidos en favor de un proveedor de servicios financieros podrán efectuarse por el respectivo acreedor de forma masiva. Para tales efectos, bastará otorgar una escritura pública que contenga un listado o nómina de gravámenes o prohibiciones, individualizando la foja, número, año, registro y el Conservador de Bienes Raíces a cargo del mismo, sea que tales gravámenes o prohibiciones se refieran a uno o más deudores (es decir, no es necesario singularizar el inmueble ni tampoco aludir al deudor o deudores cuyas obligaciones se garantizaban). En caso de que una o más de las solicitudes no pudieran cursarse, dicha situación no impedirá la tramitación de las restantes, y el o los deudores interesados podrán resolver las insuficiencias o errores que fundaron el rechazo del Conservador de Bienes Raíces y concluir su tramitación. La cancelación de los gravámenes o prohibiciones solicitada deberá ser practicada e inscrita por el conservador correspondiente en un plazo que no podrá exceder de 10 días, contado desde el ingreso a su oficina de la escritura respectiva (inc. 9° del art. 17 D). Los notarios y conservadores no podrán oponerse, en su caso, a autorizar y otorgar las escrituras públicas o practicar las cancelaciones que correspondan, tratándose de alzamientos otorgados en forma masiva (inc. 10° del art. 17 D).

► Si el acreedor hipotecario se negare a efectuar los respectivos alzamientos de conformidad al art. 17 D, el deudor podrá solicitar judicialmente tales alzamientos ante el tribunal competente, sin perjuicio de las sanciones e indemnizaciones que procedan de conformidad a la Ley del Consumo (inc. 11° del art. 17 D).

► Lo dispuesto en los incisos 6° a 11° del art. 17 D, se aplicará a los cesionarios de los créditos hipotecarios, cuando proceda (inc. 12° del art. 17 D).

► Las normas de la Ley N° 20.855 entraron en vigencia 120 días después de su publicación en el Diario Oficial, es decir el 24 de enero de 2016, y se aplicarán a todos los créditos íntegramente pagados con posterioridad a dicha fecha (inc. 1° del art. 1° transitorio). Respecto de los créditos que se encontraban íntegramente pagados antes de tal data y que hayan sido caucionados

mediante hipoteca específica, se aplicarán las siguientes reglas:

1) Los proveedores de aquellos créditos que hayan sido pagados íntegramente hasta 6 años antes del 24 de enero de 2016, es decir entre el 23 de enero de 2016 y el 24 de enero de 2010, y respecto de los cuales se hubiere constituido hipoteca específica y cualquier otro gravamen o prohibición, asociada a tales créditos, deberán, a su cargo y costo, otorgar la respectiva escritura pública de alzamiento de dicha caución y de los demás gravámenes y prohibiciones que se hubieran constituido al efecto, y gestionar su cancelación en el registro respectivo, dentro de un plazo que no podrá exceder de 3 años contado desde el 24 de enero de 2016. Sin perjuicio de lo anterior, a requerimiento del cliente cuya deuda se haya extinguido en el plazo indicado en el numeral precedente, mediante solicitud escrita a través de cualquier medio físico o tecnológico idóneo, el proveedor deberá dar cumplimiento a la obligación de otorgar la escritura de alzamiento e ingresarla en el Conservador de Bienes Raíces respectivo, dentro de un plazo que no podrá exceder de 45 días, contados desde la solicitud del deudor. En este caso, dentro del plazo de 30 días de practicada la cancelación del gravamen o prohibición objeto del alzamiento, el proveedor deberá comunicar por escrito tal circunstancia al solicitante, mediante cualquier medio físico o tecnológico idóneo, al último domicilio registrado por el deudor con el acreedor. En los casos previstos en este numeral, los proveedores estarán facultados para efectuar tales alzamientos de forma masiva, según lo dispuesto en los incisos 9° y 10° del art. 17 D de la Ley N° 19.496.

2) Tratándose de deudas que hayan sido íntegramente pagadas con anterioridad al 24 de enero de 2010, el otorgamiento de la escritura de alzamiento de las hipotecas específicas y de cualquier otro gravamen o prohibición, y su ingreso en el Conservador de Bienes Raíces respectivo, deberán ser efectuados, a su cargo y costo, por el respectivo acreedor hipotecario a requerimiento escrito del cliente, realizado mediante cualquier medio físico o tecnológico idóneo, dentro de un plazo que no podrá exceder de 45 días, contado desde la solicitud del requirente. En este caso, dentro del plazo de 30 días de practicada la cancelación del gravamen o prohibición objeto del alzamiento, el proveedor deberá comunicar por escrito tal circunstancia al cliente, mediante cualquier medio físico o tecnológico idóneo, al último domicilio registrado por el deudor con el acreedor. En los casos previstos en este numeral, los proveedores estarán facultados para efectuar tales alzamientos de forma masiva, según lo dispuesto en los incisos 9° y 10° del art. 17 D de la Ley N° 19.496.

Según se desprende de todos los casos anteriores, la obligación del acreedor hipotecario, entonces, en orden a proceder al alzamiento de la hipoteca, no sólo tiene su fuente en la ley, sino que ésta ha señalado un plazo perentorio para cumplirla, cuando se trate de proveedores de servicios financieros (Bancos y financieras, entre otros). ¿Qué efectos se derivan del incumplimiento de la obligación de alzamiento dentro del respectivo plazo legal? Habría que

distinguir, según se trate de la responsabilidad infraccional o de la responsabilidad civil. La primera se originará, cumplido que sea el plazo legal para el alzamiento. La segunda se originará una vez constituido en mora el ex acreedor hipotecario, lo que ocurrirá al notificársele la respectiva demanda (N° 3 del art. 1551 del Código Civil).

Respecto de un acreedor hipotecario que no tenga la calidad de proveedor de servicios financieros, como ocurriría con cualquier particular (a quien no se le aplica la Ley del Consumo), estará también en mora de cumplir con la obligación legal de alzar la hipoteca una vez interpelado judicialmente (art. 1551 N° 3 del Código Civil), momento a partir del cual, además, el que solicite el alzamiento podría exigir que se le indemnicen los perjuicios que acredite haber experimentado a consecuencia del incumplimiento de la referida obligación (art. 1557 del Código Civil).

Ahora bien, hemos afirmado que la obligación del ex acreedor hipotecario de alzar la hipoteca no emana del contrato –pues está extinguido- sino de la ley. Se trata por ende de responsabilidad post contractual. Pero de acuerdo a lo expuesto en los párrafos precedentes, habría que formular el siguiente distingo, según si se trata de una hipoteca constituida en favor de un proveedor de servicios financieros o en favor de un acreedor hipotecario que no tenga tal calidad:

► Hipoteca constituida en favor de un proveedor de servicios financieros: la eventual responsabilidad consistente en indemnizar perjuicios ocasionados al ex deudor o constituyente de la hipoteca, emanará *directamente* de la ley, en los casos previstos en la Ley del Consumo. Reiteramos lo expresado en el inciso 12° del art. 17 D de la Ley N° 19.496: “Si el acreedor hipotecario se negare a efectuar los respectivos alzamientos de conformidad al presente artículo, el deudor podrá solicitar judicialmente tales alzamientos ante el tribunal competente, sin perjuicio de las sanciones e indemnizaciones que procedan de conformidad a la presente ley”. Respecto de las “sanciones”, procede que el afectado deduzca una “denuncia infraccional”. En cuanto a las “indemnizaciones”, debe interponerse la respectiva demanda civil de indemnización de perjuicios. Ambas, ante el Juez de Policía Local competente.

► Hipoteca constituida en favor de un acreedor hipotecario que no tenga la calidad de proveedor de servicios financieros: la eventual responsabilidad consistente en indemnizar perjuicios ocasionados al ex deudor o constituyente de la hipoteca por no proceder al alzamiento de ésta, emanará *indirectamente* de la ley, específicamente de las normas del Código Civil relativas a los delitos y cuasidelitos (arts. 2314 a 2334 del Código Civil). Entendemos que el ex acreedor hipotecario debe alzar la hipoteca inmediatamente después de obtener el pago íntegro de su crédito. Pero no estará en mora, según dijimos, sino una vez que el ex deudor le solicite dicho alzamiento, es decir, lo interpele judicialmente, lo que acontecerá al notificarse la respectiva demanda. En tal caso, puesto que el ex acreedor hipotecario ya ha quedado constituido en mora, el ex deudor podrá exigir también, además del alzamiento, el pago de

una indemnización por los perjuicios que le ha causado el ex acreedor por no alzar la hipoteca. La demanda, en esta hipótesis, debe deducirse ante el Juez Civil.

- ii) La doctrina en comento que plantea que el contrato hipotecario sólo genera obligación para el acreedor hipotecario, no se hace cargo de la segunda obligación que pesa sobre el constituyente de la hipoteca, cual es conservar la cosa en condiciones idóneas para que sirva efectivamente de garantía al cumplimiento de las obligaciones caucionadas, y cuya fuente se encuentra en el art. 2427 del Código Civil. El punto se vincula con la discusión, a la que aludiremos más adelante, acerca de cuáles son las solemnidades del contrato hipotecario.

Por su parte, algunos sostienen derechamente que el contrato de hipoteca sería bilateral: el constituyente asumiría las dos obligaciones que ya enunciamos, y el acreedor hipotecario la obligación de alzar la hipoteca. No compartimos esta opinión, por la misma razón expuesta en el párrafo precedente.

c) Es un contrato accesorio: en efecto, el contrato de hipoteca tiene por objeto asegurar el cumplimiento de las obligaciones originadas por un contrato principal, de manera que, en teoría, no puede subsistir sin el último. Con todo, reiteramos lo que expresábamos a propósito de las características de la hipoteca como derecho real, en cuanto a que el contrato de hipoteca podría ser autónomo de la obligación principal, en los siguientes casos:

- i) Cuando la hipoteca garantiza obligaciones futuras, caso en el cual la hipoteca se otorga antes del acto a que acceda (arts. 1442 y 2413);
- ii) Cuando la hipoteca se constituye por un tercero, distinto de aquél que contrajo la obligación principal; y
- iii) Cuando la obligación principal se extingue a consecuencia de una novación pero la hipoteca subsiste, por haber operado la reserva de la caución.

d) Puede ser tanto gratuito como oneroso: en los casos en que la hipoteca es un acto bilateral, es evidente que es oneroso. Pero lo más corriente es que la hipoteca sea un contrato unilateral, en cuyo caso debemos distinguir si la hipoteca se constituye por el propio deudor o por un tercero garante.

d.1) La hipoteca se constituye por el deudor: distinguimos a su vez, si se constituye antes que nazca la obligación principal, simultáneamente con la obligación principal o con posterioridad:

- La hipoteca se constituye antes que nazca la obligación principal: el contrato será oneroso, pues el constituyente espera recibir a cambio un préstamo, que de no mediar la garantía, no obtendrá; y el acreedor obtendrá una garantía que asegura el pago del futuro crédito.
- La hipoteca se constituye simultáneamente con la obligación principal a la que garantiza: el contrato de hipoteca será oneroso, por la misma razón precedentemente indicada;
- La hipoteca se constituye con posterioridad al nacimiento de la obligación principal: en

este caso, el contrato de hipoteca podrá ser gratuito u oneroso:

- i) Será gratuito: si la hipoteca se constituye sin que el deudor obtenga nada a cambio del acreedor;
- ii) Será oneroso, si el acreedor, a cambio de la constitución de la hipoteca, ofrece al deudor una rebaja en los intereses, una prórroga en el plazo de servicio de la deuda, etc.

d.2) La hipoteca se constituye por un tercero garante: también distinguimos:

- La hipoteca se constituye a cambio de una remuneración o pago ofrecido por el acreedor: será oneroso el contrato, y además bilateral;
- La hipoteca se constituye a cambio de una remuneración o pago ofrecido por el deudor principal: el contrato de hipoteca será unilateral, porque el que se obliga a pagar es un tercero ajeno al contrato de hipoteca, el deudor principal; pero también podríamos aceptar –siguiendo a López Santa María⁹- que en este caso, el contrato es oneroso, en cuanto efectivamente reporta utilidad para ambos contratantes (ver, al efecto, lo expuesto en la Teoría General del Contrato, cuando aludíamos a los casos de contratos unilaterales pero onerosos). Con todo, para Somarriva, aún en este caso el contrato sigue siendo gratuito, pues para ser oneroso, las partes deben gravarse recíprocamente, y no un tercero (la discrepancia entre los dos autores citados, se resume en lo siguiente: para concluir si estamos o no ante un contrato oneroso, basta, para López Santa María, que el contrato reporte utilidad para ambas partes, aunque dicho beneficio lo obtenga uno de los contratantes de un tercero ajeno al contrato; en cambio, para Somarriva, además, es necesario que las dos partes se graven recíprocamente, según se desprende del art. 1440 del Código Civil).¹⁰
- La hipoteca se constituye sin que medie pago alguno, ni del acreedor ni del deudor principal: el contrato será gratuito.

Cabe advertir, en todo caso, que para los efectos prácticos, es decir para ver la procedencia de la acción pauliana, el art. 2468 equipara la hipoteca a los actos onerosos (lo mismo ocurre con la prenda).

e) Es un contrato solemne: arts. 2409 y 2410 del Código Civil. Debe otorgarse por escritura pública y debe además ser inscrita en el Registro Conservatorio. Más adelante aludiremos al segundo de estos actos, pues se discute si es solemnidad del contrato.

7.- ELEMENTOS DE LA HIPOTECA.

En primer lugar, la hipoteca debe reunir todos los requisitos de un contrato. En el análisis particular de la hipoteca nos detendremos en los siguientes elementos:

7.1. Capacidad;

7.2. Formalidades;

7.3. Cosas susceptibles de hipotecarse; y

7.4. Obligaciones que se pueden caucionar con hipoteca.

⁹ López Santa María, Jorge, *Los contratos. Parte general*, tomo I, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición actualizada, año 1998, pp. 107 y 108.

¹⁰ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., p. 342.

7.1. Capacidad

Se exige al constituyente **capacidad para enajenar**; ello, porque la hipoteca es un principio de enajenación y en algunos casos un acto de enajenación: art. 2414.

La capacidad de enajenar se exige en el deudor o tercero que constituye la hipoteca, pero no en el acreedor, a quien para aceptarla le es suficiente la capacidad de obligarse, o sea, la **capacidad de ejercicio**.

Cabe destacar, además, que la capacidad para enajenar es diversa de la necesaria para obligarse; puede ocurrir entonces que sea válida la obligación principal y nula la hipoteca, porque el constituyente era capaz de obligarse, pero no de enajenar (por ejemplo, porque el inmueble estaba embargado).

Existen algunos casos en los que se contemplan **reglas especiales**, cuando se trata de hipoteca de bienes raíces de algunos incapaces, o existiendo sociedad conyugal o de la afectación de inmuebles como bienes familiares. En todos estos casos, la ley exige cumplir en forma previa con formalidades habilitantes:

- Hipoteca sobre inmuebles de la sociedad conyugal: art. 1749 (autorización de la mujer o de la justicia en subsidio);
- Hipoteca sobre inmuebles de hijos no emancipados: art. 254 (autorización judicial);
- Hipoteca sobre inmuebles de un pupilo: art. 393 (autorización judicial);
- Hipoteca sobre inmuebles pertenecientes a la mujer casada bajo el régimen de sociedad conyugal: art. 1754 (autorización de la mujer, sin posibilidad de obtener autorización judicial supletoria ante la negativa de la mujer).
- Hipoteca sobre inmuebles sociales o del marido, cuando la mujer o un tercero asume la administración extraordinaria de la sociedad conyugal: art. 1759 (autorización judicial);
- Hipoteca sobre un inmueble afectado como bien familiar: art. 142 (autorización del cónyuge no propietario).
- Hipoteca sobre un inmueble perteneciente a una persona declara presuntivamente muerta: art. 88 del Código Civil (autorización judicial).

En los casos anteriores, la sanción para el caso de omitirse estas formalidades, es la nulidad relativa, pues aquellas se exigen en atención al estado o calidad de las personas a quienes se refieren dichas normas.

7.2. Formalidades del contrato de hipoteca.

La hipoteca debe perfeccionarse por escritura pública (art 2409 del Código Civil).

Los autores se han planteado qué rol jurídico juega en la hipoteca la inscripción en el Registro Conservatorio: ¿es una solemnidad del acto hipotecario o la forma de efectuar la tradición del derecho real de hipoteca?

Para algunos (Fernando Alessandri entre ellos¹¹), la inscripción es una solemnidad

¹¹ Alessandri Rodríguez, Fernando, *“La hipoteca en la legislación chilena”*, Santiago de Chile, Soc. Imprenta y Litografía Universo, 1919, N° 107, pp. 111 y 112.

del acto al igual que la escritura pública. En el mismo sentido, un fallo de la Corte Suprema señala, aludiendo a los arts. 2409 y 2410: “De donde se deduce que la escritura por sí sola no crea en este caso ningún derecho para el acreedor ni restringe en lo más mínimo las facultades del deudor sobre el inmueble”. Fernando Alessandri proporciona los siguientes argumentos:

1° La redacción misma del art. 2410 da a entender que la inscripción es un requisito de la hipoteca, ya que dispone que *además* de la escritura pública necesita que se inscriba y agrega que sin este requisito no tendrá valor alguno.

2° La exigencia de la inscripción como requisito del contrato hipotecario se encuentra perfectamente justificada en nuestra legislación, teniendo en consideración los principios que informan la adquisición del dominio y de todo derecho real. El Código Civil chileno distingue entre el título y el modo de adquirir y establece que los contratos solamente dan origen a obligaciones y no a derechos reales. Para adquirir un derecho real de cualquier naturaleza que sea, con excepción de las servidumbres, se requiere la tradición del respectivo derecho. Lo que se persigue al celebrar el contrato hipotecario es conferir al acreedor un derecho real sobre la cosa para asegurarle el cumplimiento de la obligación. ¿Cuál es el medio establecido por la ley para adquirir tal derecho real? La inscripción. La inscripción 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 inscripción que constituye la tradición del derecho, pasa a ser un elemento indispensable en el contrato mismo de hipoteca.¹²

Para la corriente mayoritaria sin embargo (Somarriva¹³, Meza Barros¹⁴, Barcia Lehmann¹⁵), la solemnidad del acto de hipoteca es solamente la escritura pública, pero no la inscripción en el Conservador de Bienes Raíces, a la cual debe reservarse el rol de tradición del derecho real de hipoteca (igual como acontece con la compraventa de bienes inmuebles).

Argumentos que se exponen por la segunda doctrina:

1° Al asignar a la inscripción el papel de solemnidad del contrato hipotecario, se le atribuye un rol que el legislador jamás pensó darle. Para convencerse de ello, basta recurrir al propio Mensaje del Código Civil: “La transferencia y transmisión de dominio, la constitución de todo derecho real, exceptuadas las servidumbres, exige una tradición; y la única forma de tradición que para esos actos corresponde es la inscripción en el Registro Conservatorio. Mientras ésta no se verifica, un contrato puede ser perfecto, puede producir derechos y obligaciones entre las partes, pero no transfiere el dominio, no transfiere ningún derecho real, ni tiene respecto de terceros existencia alguna”.

No puede pretenderse, a riesgo de desnaturalizar el pensamiento del legislador, que la hipoteca no esté comprendida en las palabras del Mensaje citadas. De ellas se desprende claramente que el contrato hipotecario queda perfecto con el solo otorgamiento de la escritura sin necesidad de inscripción, sin perjuicio que el derecho real de la hipoteca cobre vida sólo con la inscripción.

¹² Ob. cit., pp. 112-114.

¹³ Cfr. Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., pp. 343 a 348.

¹⁴ Meza Barros, Ramón, ob. cit., pp. 170 a 172.

¹⁵ Barcia Lehmann, Rodrigo, ob. cit., pp. 194 y 195.

2° Si en la adquisición del derecho de dominio, mediante la compraventa por ejemplo, la inscripción es sólo tradición y el contrato se perfecciona por la escritura, ¿Qué razón habría para estimar que el contrato hipotecario se perfecciona mediante la inscripción? ¿Por qué el legislador iba a sujetar la gestación del derecho de dominio a menos trabas que la del derecho de hipoteca, cuando la tradición de ambos derechos se rige con los mismos principios por expresa disposición del art. 670?

3° Art. 2411 del Código Civil, contratos hipotecarios celebrados en el extranjero. El legislador reconoce la existencia del contrato hipotecario antes de efectuarse inscripción alguna.

4° Art. 2419 del Código Civil, hipoteca sobre bienes futuros, da derecho al acreedor de hacerla inscribir sobre los inmuebles que el deudor adquiriera en lo sucesivo y a medida que los adquiriera; si el contrato hipotecario no produjere efecto alguno sin la inscripción, no se explicaría la disposición anterior, carecería de fuente el derecho del acreedor para solicitar que se practiquen las inscripciones. La misma solución, opera en el caso del art. 16 de la Ley N° 19.537, sobre Copropiedad Inmobiliaria, que regula la hipoteca de departamentos u otras unidades de un edificio en actual construcción.

5° Relacionando el art. 767, relativo al usufructo, con la hipoteca, Claro Solar señala al respecto: “La inscripción no es una solemnidad del acto de constitución del usufructo, que queda perfecto con el otorgamiento de la escritura pública”; agrega que “En realidad la solemnidad de la constitución del usufructo que haya de recaer sobre bienes raíces es la escritura pública y la inscripción es el modo de adquirir”.-

6° Finalmente, las consecuencias prácticas demuestran que la correcta interpretación es la que atribuye a la inscripción sólo el papel de tradición del derecho real de hipoteca; de lo contrario, si el acreedor no alcanza a inscribir, quedaría burlado en sus derechos. Por el contrario, como el acto hipotecario es plenamente válido, puede interponer contra el constituyente las acciones contra el contratante en mora, de acuerdo a las normas generales, y pedir la pertinente indemnización.

En definitiva, la inscripción diría relación con los efectos del contrato hipotecario (obligación del constituyente de transferir al acreedor el derecho real de hipoteca), y no a su perfeccionamiento, para lo cual basta con la escritura pública.

- Contratos de hipoteca celebrados en el extranjero: requieren, conforme a los arts. 2411 del Código Civil y 345 y siguientes del Código de Procedimiento Civil:

a) Escritura pública, aunque ella no se requiera en el país en que se celebra el contrato (arts. 18 y 1701). Estamos ante una excepción al principio *lex locus regit actum*, prevaleciendo en cambio el principio *lex rei sitae*.

b) Legalización del instrumento (arts. 63 y 64 del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces).

c) El contrato debe inscribirse en el Registro respectivo del Conservador de Bienes Raíces.

En relación a esta materia, con fecha 30 de agosto de 2016, entró en vigencia en Chile la “Convención de La Haya que Suprime la Exigencia de Legalización de Documentos Públicos Extranjeros” (adoptada el 5 de octubre de 1961), llamada también “Convención de la Apostilla”.

Esta Convención se implementó en Chile por la Ley N° 20.711, publicada en el Diario Oficial de fecha 2 de enero de 2014. El reglamento de esta ley consta del Decreto Supremo N° 81 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial de fecha 28 de noviembre de 2015.¹⁶

Conforme se expresa en los considerandos del Decreto Supremo N° 81, la citada convención “tiene por objeto simplificar la autenticación de dichos documentos que deben ser presentados en el extranjero, facilitando su circulación entre los Estados Parte”. Agrega el Decreto “Que los documentos públicos otorgados por un Estado Parte de la Convención no deberán ser sometidos al procedimiento de legalización si respecto de estos se ha otorgado un certificado denominado ‘Apostilla’ por la autoridad designada por el Estado del que dimana dicho documento”.

La Convención, de esta manera, crea un nuevo sistema de legalización de instrumentos otorgados en país extranjero, que viene a sumarse al tradicional denominado “cadena de firmas” o “cadena de legalizaciones”. El último, sólo operará respecto de países que no sean partes de la Convención de la Apostilla.

Como consecuencia de lo anterior, la citada Ley N° 20.711, entre otras modificaciones legales, dispuso:

a) Introducir en el art. 247 del Código de Procedimiento Civil, a continuación de la palabra “legalizada”, la expresión “o apostillada”. Dice ahora entonces el precepto, que se refiere a resoluciones judiciales: “En todos los casos a que se refieren los artículos precedentes, la resolución que se trate de ejecutar se presentará a la Corte Suprema en copia legalizada o apostillada”.

b) Agregar el siguiente art. 345 bis en el Código de Procedimiento Civil: “Los instrumentos públicos otorgados en un Estado Parte de la Convención de La Haya que Suprime la Exigencia de Legalización de Documentos Públicos Extranjeros, no deberán ser sometidos al procedimiento de legalización, si respecto de éstos se ha otorgado apostillas por la autoridad designada por el Estado de que dimana dicho instrumento. / Las certificaciones oficiales que hayan sido asentadas sobre documentos privados, tales como menciones de registro, comprobaciones para la certeza de una fecha y autenticaciones de firmas, podrán presentarse legalizadas o con apostillas otorgadas, con arreglo al artículo precedente y a éste, respectivamente. Pero en estos casos la legalización o apostilla sólo acreditará la autenticidad de la certificación, sin otorgar al instrumento el carácter de público. / Según lo dispuesto por la Convención a que se refiere el inciso primero, no podrán otorgarse apostillas respecto de los documentos expedidos por agentes diplomáticos o consulares y los documentos administrativos que se refieren directamente a una operación mercantil o

¹⁶ Cfr. el artículo “Sistema de Apostilla” de Sebastián Soto Muñoz, publicado en la revista Fojas, y el comentario de Hernán Corral Talciani “Legalización de documentos y sistema de apostilla”, en su blog jurídico “Derecho y Academia”, ambos disponibles en la web.

aduanera”.

c) Agregar un párrafo 2°, en el N° 5 del art. 420 del Código Orgánico de Tribunales. El art. Quedó con el siguiente tenor:

“Una vez protocolizados, valdrán como instrumentos públicos:

1. Los testamentos cerrados y abiertos en forma legal;
2. Los testamentos solemnes abiertos que se otorguen en hojas sueltas, siempre que su protocolización se haya efectuado a más tardar, dentro del primer día siguiente hábil al de su otorgamiento;
3. Los testamentos menos solemnes o privilegiados que no hayan sido autorizados por notario, previo decreto del juez competente;
4. Las actas de ofertas de pago, y
5. Los instrumentos otorgados en el extranjero, las transcripciones y las traducciones efectuadas por el intérprete oficial o los peritos nombrados al efecto por el juez competente y debidamente legalizadas, que sirvan para otorgar escrituras en Chile.

Sin perjuicio de lo anterior, los documentos públicos que hayan sido autenticados mediante el sistema de apostilla, según lo dispuesto en el artículo 345 bis del Código de Procedimiento Civil, no requerirán de protocolización para tener el valor de instrumentos públicos. La apostilla no requerirá certificación de ninguna clase para ser considerada auténtica”.

De esta manera, las escrituras públicas otorgadas en un Estado Parte de la “Convención de la Apostilla” no tendrán que cumplir con el sistema de legalización tradicional, es decir, pasar por la “cadena de firmas”. Como se señala en la página del Ministerio de Relaciones Exteriores, “En esencia, la apostilla es una certificación única que produce exactamente los mismos efectos que la legalización de documentos públicos, aunque simplificando el procedimiento a un solo acto. Es decir, suprime la cadena de trámites que permite la legalización de un documento cuyo origen o destino sea un país en que se aplique el Convenio de la Apostilla”. Como expresa en su artículo Sebastián Soto, “La apostilla consiste en una anotación que hace un funcionario del país en el que se otorga el documento (de aquellos señalados en el artículo 1° de la Convención de Apostillas¹⁷), que se estampa en el propio documento o en una hoja anexa al mismo, de conformidad con un modelo establecido en la Convención, y con el objeto de ser presentado en otro Estado miembro de la Convención”.

A su vez, tampoco será necesario proceder a la protocolización del instrumento autenticado mediante apostillas, conforme a la reforma hecha al Código Orgánico de Tribunales. Sobre el particular, expresa Sebastián Soto que “... se hace presente que si bien la entrada en vigencia de la Ley 20.711 elimina la necesidad de protocolizar los instrumentos públicos otorgados en el extranjero para que éstos tengan valor en Chile (sólo cuando éstos cuenten con apostilla), por aplicación del artículo 85 del Reglamento Conservatorio de Bienes Raíces¹⁸ será deber del Conservador respectivo guardar dichos

¹⁷ En la actualidad, 112 países.

¹⁸ Dispone el art. 85 del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces: “Verificada la inscripción, el Conservador devolverá su título al requirente; pero si la inscripción se refiere a minutas o documentos que no se guardan en el Registro o protocolo de una oficina pública, se guardarán dichas minutas o documentos en el archivo del Conservador bajo su custodia y responsabilidad, observando a este respecto lo

documentos en sus archivos bajo su custodia y responsabilidad, toda vez que los mismos no se encontrarán archivados en Registro o protocolo de oficina pública alguna”.

- Contenido de la inscripción en el Registro de Hipotecas y gravámenes: art. 2432 (el art. 81 del Reglamento del Conservador de Bienes Raíces reproduce los requisitos, y el art. 82 señala que de faltar alguna de las designaciones en términos absolutos, deberá otorgarse nueva escritura pública complementaria):

1° Individualización del acreedor, del deudor y/o del tercero garante hipotecario.

2° Fecha y naturaleza de la obligación principal a la que alude la hipoteca (principio de la especialidad de la hipoteca en cuanto a la obligación). Lo anterior, salvo que estemos ante una hipoteca con cláusula de garantía general.

3° La situación (o sea, la ubicación) de la finca y sus linderos (principio de la especialidad en cuanto finca).

4° La suma determinada a la que se extienda la hipoteca, si las partes la limitan a una determinada cantidad, con tal que así se exprese inequívocamente de acuerdo al art. 2431, parte inicial (principio de la especialidad de la hipoteca en cuanto a la obligación). Sobre el particular, las hipotecas se pueden constituir conforme a los siguientes formatos:

- Hipoteca específica: que garantiza una o algunas obligaciones determinadas (tal pagaré, por tal suma, con tal fecha de vencimiento, etc.);
- Hipoteca con cláusula de garantía general, pero limitada a un monto máximo;
- Hipoteca con cláusula de garantía general, sin limitación.

5° La fecha de la inscripción y la firma del Conservador. Cabe señalar que este es el único requisito que no puede omitirse bajo respecto alguno. Si se omiten los restantes requisitos, la inscripción no será nula, pero siempre y cuando de su contexto o del contrato o contratos citados por ella, se desprendan aquellos antecedentes omitidos en la inscripción: art. 2433.

Curiosamente, el art. 81 no incluye entre las menciones de la inscripción de la hipoteca los datos relativos a la inscripción de dominio del inmueble, pero obviamente ésta nunca puede faltar.

- Formalidades de la hipoteca de naves (los arts. 10 a 21 de la Ley de Navegación, contienen las normas relativas a la hipoteca de naves mayores):

1° Debe otorgarse por escritura pública, indicándose el nombre de la nave, el número de matrícula y el tonelaje de registro. Puede hipotecarse también una nave en construcción, en cuyo caso debe indicarse en la escritura antecedentes tales como largo de la quilla, tonelaje presunto y dimensiones aproximadas; el astillero en el que se construye, la fecha en que se inició la construcción y la fecha en que se espera terminarla.

2° La escritura se inscribe en un registro especial, denominado de hipotecas de naves, que se lleva en la Dirección de Territorio Marítimo y Marina Mercante Nacional, dependiente de la Armada. Pueden hipotecarse las naves de más de 50 toneladas de registro grueso

dispuesto en el artículo 39”. Dispone a su vez el art. 39: “Los documentos que el Conservador debe retener según el artículo 85, se agregarán numerados al final de los respectivos Registros, por el mismo orden de las inscripciones”.

(art. 20 de la Ley de Navegación)¹⁹.

- Hipoteca de aeronaves (arts. 114 a 125 del Código Aeronáutico):

1° Debe otorgarse por escritura pública o por instrumento privado autorizado por Notario, en la que se indica el número de matrícula de la nave, y sus características;

2° La escritura debe inscribirse en el Registro de Hipotecas del Registro Nacional de Aeronaves que lleva el respectivo Conservador, dependiente de la Dirección General de Aeronáutica Civil.

7.3. Cosas susceptibles de hipotecarse.

Como cuestión previa, cabe subrayar el principio de la especialidad de la hipoteca, que engloba dos aspectos: el primero, en cuanto a la necesidad de determinar los bienes hipotecados, tanto en la escritura de hipoteca como en la inscripción hipotecaria. Nuestra legislación rechaza las hipotecas generales, que afecten todos los bienes del deudor. Como ya vimos, en el art. 2432 del Código Civil se recoge este principio, tanto respecto a los bienes como en relación a las obligaciones caucionadas. No obstante, respecto a este segundo aspecto, nuestro Código Civil no respeta el principio de la especialidad de la hipoteca, como refiere Somarriva,²⁰ pues acepta que la hipoteca pueda garantizar obligaciones indeterminadas en cuanto al monto como en cuanto a su naturaleza.

De conformidad al art. 2418 del Código Civil y a las leyes especiales, se admiten las siguientes hipotecas:

1º Hipoteca sobre inmuebles que se posean en propiedad.

Es decir, lo que es susceptible de hipotecarse es el dominio sobre los bienes raíces. Dentro de la expresión “inmuebles” quedan comprendidos aquellos que lo son por naturaleza. En cuanto a los inmuebles por adherencia y por destinación, no pueden hipotecarse independientemente del inmueble al que acceden, pero se ven afectados por la hipoteca constituida sobre éste, como expresamente lo establece el art. 2420 respecto de los inmuebles por destinación²¹.

¹⁹ Se hipotecan las “naves mayores”, mientras que las “naves menores” deben prendarse (art. 20 de la Ley de navegación). Conforme al art. 4 de la Ley de Navegación, son naves mayores aquellas de más de cincuenta toneladas de registro grueso, y naves menores, las de cincuenta o menos toneladas de registro grueso.

²⁰ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., p. 393, N° 405.

²¹ Sin embargo, estos bienes, muebles por naturaleza, pueden enajenarse por separado del inmueble, en cuyo caso, dejan de quedar afectados por la hipoteca. Por ello, resulta conveniente que, simultáneamente con la hipoteca, se constituyan prendas sobre tales bienes, especialmente cuando pueden ser valiosos, como por ejemplo tratándose de ganados o maquinaria agrícola. Lo mismo conviene hacer en el caso de los inmuebles por adherencia, como las plantaciones; en este caso, a pesar de tratarse de inmuebles, son prendables, anticipándose su futura condición de muebles.

Cabe agregar que el art. 2418 no distingue en cuanto a la especie de propiedad, y por tanto, admite hipoteca la propiedad absoluta o fiduciaria, la propiedad plena o la nuda propiedad. Si se hipoteca la nuda propiedad, y vigente la hipoteca se extingue el usufructo consolidándose el dominio en manos del nudo propietario, el gravamen afectará a la propiedad plena, pues en virtud de lo dispuesto en el art. 2421 la hipoteca se extiende a todos los aumentos que reciba la cosa hipotecada (la misma solución cabe aplicar cuando el aumento que experimente el inmueble sea material, como en el caso de una accesión del suelo).

La hipoteca de la propiedad fiduciaria está reglamentada expresamente en el art. 757. Establece dicha disposición que si ella se impone sin autorización judicial y sin audiencia de las personas que de acuerdo al art. 761 tienen derecho a impetrar medidas conservativas, el fideicomisario no será obligado a reconocerla. Se justifica plenamente que el fiduciario no tenga libertad absoluta para hipotecar, porque podría perjudicar con ello al fideicomisario si al verificarse la condición pasare a él la propiedad. El juez autorizará la hipoteca cuando fuere de utilidad para el fideicomiso –por ejemplo, porque urge hacer mejoras necesarias en un inmueble-, pero no si se constituye para satisfacer un interés personal del propietario fiduciario. Podría ocurrir, en todo caso, que el constituyente del fideicomiso hubiese prohibido enajenar la propiedad fiduciaria (art. 751 del Código Civil), entendiéndose dentro de dicha prohibición, la de constituir gravámenes.

A pesar de lo resuelto en algunos fallos, la doctrina ha concluido que la omisión de los requisitos mencionados no implica nulidad de la hipoteca, sino inoponibilidad al fideicomisario. Nada obstaría para que éste, a pesar de haberse omitido las formalidades legales, reconozca la hipoteca.

2º Hipoteca sobre inmuebles que se posean en usufructo.

No se trata de que el usufructuario hipoteque el inmueble en sí, porque sólo es mero tenedor del mismo, sino que se le permite gravar su derecho de usufructo.

La hipoteca del usufructo no significa que su sola constitución de al acreedor la facultad para percibir los frutos. Será el usufructuario quien continuará percibiéndolos. El acreedor hipotecario tendrá derecho a ellos, cuando ejercitando su derecho de tal, embargue el usufructo, sin que se extienda su derecho a los frutos percibidos por el usufructuario (art. 2423).²²

Cabe precisar que no son hipotecables el derecho de uso sobre inmuebles y el derecho de habitación, no obstante su semejanza con el usufructo. Nada dice respecto a los primeros el art. 2418, y por lo demás, se trata de derechos personalísimos, intransferibles, intransmisibles e inembargables.

La hipoteca sobre el usufructo ofrece al acreedor una seguridad relativa e incierta, ya que extinguido el usufructo, igual suerte corre la hipoteca; pero esta regla, afirma Somarriva, admite excepciones, porque subsistirá la hipoteca si se extingue el usufructo por:

- Renuncia del usufructuario;
- Por consolidación del dominio -ya sea en manos del usufructuario o del nudo propietario-; o

²² Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., p. 377.

- Por sentencia judicial en el caso del art. 809.

En estos tres casos, subsistirá la hipoteca (art. 803). La solución contraria equivaldría a entregar la eficacia del derecho del acreedor hipotecario en manos del usufructuario.²³

Señala al efecto Fernando Alessandri que “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 en 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 sólo miren al 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”. Y agrega seguidamente: “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”.²⁴

Cabe preguntarse en este caso cómo se puede oponer el acreedor hipotecario a la renuncia del derecho de usufructo hecha por el constituyente de la hipoteca. Pareciera que la acción que tiene el primero es la pauliana o revocatoria, consagrada en el art. 2468 del Código Civil (invocando específicamente su regla 2ª, que se refiere a los actos a título gratuito realizados por el deudor en perjuicio de los acreedores), de manera que a través de ella buscará dejar sin efecto tal renuncia. En efecto, el art. 803, después de aludir en su inc. 1º al derecho que tienen los acreedores del usufructuario (y entre ellos por ende el acreedor hipotecario) para pedir que se embargue el usufructo y se les pague con él (con los frutos que produzca o con el producto de la venta forzada del usufructo), agrega en su inc. 2º: “Podrán por consiguiente oponerse a toda cesión o renuncia del usufructo hecha en fraude de sus derechos”.

En cuanto a la consolidación del usufructo con el nudo propietario, entendemos que el pleno propietario tendrá que soportar la hipoteca. Más, ¿sobre qué la soporta? ¿Sobre toda su propiedad, o sólo sobre el usufructo? Pareciera que sobre toda la propiedad, pues el usufructo ya se extinguió. El fundamento sería el art. 2421 del Código Civil, que dispone: “La hipoteca se extiende a todos los aumentos y mejoras que reciba la cosa hipotecada”. La “cosa hipotecada” era el derecho de usufructo, que al consolidarse con la nuda propiedad, se transformó en propiedad plena. Ergo, la hipoteca se habría extendido a ésta. Por ende, el acreedor hipotecario podría demandar al propietario pleno, invocando la existencia de la hipoteca que ahora se cierne sobre la

²³ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., p. 378.

²⁴ Alessandri Rodríguez, Fernando, ob. cit., pp. 52 y 53.

propiedad plena del demandado. Y si éste se ve en la necesidad de pagar lo adeudado para evitar el remate de la finca, parece razonable que después pueda repetir en contra de quien fue usufructuario, pues él es en verdad el deudor. Operaría un pago con subrogación. Con mayor razón subsistirá la hipoteca y sobre toda la propiedad, si fuere el usufructuario el que adquiere la nuda propiedad, transformándose en propietario pleno.

Nada dice Fernando Alessandri acerca del tercer caso que señala Somarriva, esto es, cuando el usufructo se extingue por sentencia judicial en el caso del art. 809. Somarriva tampoco proporciona fundamentos para este tercer caso. Dicho precepto dispone: “El usufructo termina, en fin, por sentencia de juez que a instancia del propietario lo declara extinguido, por haber faltado el usufructuario a sus obligaciones en materia grave, o por haber causado daños o deterioros considerables a la cosa fructuaria. / El juez, según la gravedad del caso, podrá ordenar, o que cese absolutamente el usufructo, o que vuelva al propietario la cosa fructuaria, con cargo de pagar al fructuario una pensión anual determinada, hasta la terminación del usufructo”. Entendemos que la hipoteca subsistirá, no obstante que se extinga el usufructo, porque esto último acaece por voluntad del constituyente del gravamen, al incumplir en materia grave sus obligaciones o causar daños a la cosa fructuaria. La cuestión nos parece dudosa. El usufructo está sujeto a extinguirse en este caso por *abuso* en el que incurre el usufructuario en el goce de la cosa. Es una contingencia que debe soportar el acreedor hipotecario (quien se presume conoce el art. 809), desde el momento en que acepta el gravamen sobre un derecho real susceptible de extinguirse por la causal indicada, a diferencia de lo que ocurre con el propietario pleno, quien en caso de ocasionar daños al inmueble hipotecado, podrá incluso ser demandado por el acreedor hipotecario para el inmediato pago de lo que debe, subsistiendo por cierto la hipoteca.

De cualquier forma, considerando las vicisitudes que puede afrontar un usufructo, lo aconsejable sería hipotecar simultáneamente, si se puede, la nuda propiedad y el derecho de usufructo, pues en tal caso, extinguido el usufructo, subsistirá la hipoteca, ahora gravando la propiedad plena.

Al igual que lo dijimos a propósito de la propiedad fiduciaria, puede ocurrir que el constituyente del usufructo prohíba gravarlo. Es cierto que el art. 793, inc. 3º, alude a la prohibición de arrendar y ceder (enajenar) el usufructo, pero creemos que la prohibición sería eficaz, entendiendo que dentro de la cesión (enajenación) puede estar comprendido el gravar (enajenación en sentido amplio). Adicionalmente, podríamos tener presente el aforismo relativo a quien puede lo más, puede lo menos.

3º Hipoteca de naves y aeronaves.

No obstante su condición de bienes muebles, las naves son susceptibles de hipoteca, siempre y cuando tengan más de 50 toneladas de registro. La hipoteca naval se inscribe en el registro respectivo, que se lleva en la Dirección de territorio Marítimo y Marina Mercante Nacional. Como lo dijimos en su oportunidad, pueden hipotecarse incluso las naves que se encuentran en construcción en un astillero. Las aeronaves de cualquier tonelaje, también se hipotecan, inscribiéndose la hipoteca en la Dirección General de Aeronáutica Civil.

4° Hipoteca de mina.

Se rige por las mismas disposiciones del Código Civil y por los arts. 217 a 222 del Código de Minería. La hipoteca se constituye sobre la concesión minera, siempre que se encuentre inscrita. Salvo estipulación en contrario, la hipoteca sobre una concesión afecta también a los inmuebles accesorios de la concesión (art. 3 Código de Minería): las construcciones, instalaciones y demás objetos destinados permanentemente por su dueño a la investigación, arranque y extracción de sustancias minerales. La hipoteca sobre concesión minera no da al acreedor los derechos que otorga el art. 2427 del Código Civil, salvo que el deterioro o la pérdida se produzca por dolo o culpa grave del deudor. Para proceder al remate de una concesión hipotecada no será necesaria su tasación.

5° Hipoteca sobre bienes futuros.

Es posible hipotecar no sólo los bienes presentes sino también los futuros: art. 2419 del Código Civil: “La hipoteca de bienes futuros sólo da al acreedor el derecho de hacerla inscribir sobre los inmuebles que el deudor adquiera en lo sucesivo y a medida que los adquiera”.

La futureidad, aquí, está referida a que el inmueble aún no ingresa al patrimonio del constituyente. En rigor, se está hipotecando algo que por el momento es ajeno al constituyente.

En rigor, se puede afirmar que esta hipoteca queda sujeta a la condición suspensiva de que el constituyente, efectivamente, adquiera el dominio de los inmuebles que hipoteca de manera anticipada. En caso contrario, el contrato carecerá de eficacia jurídica.

Por cierto, en el contrato deben singularizarse con todo detalle los inmuebles, incluyendo sus ubicaciones, deslindes, actuales inscripciones de dominio, etc., de manera que sólo reste adquirir el dominio de los mismos, para que el conservador de bienes raíces inscriba las hipotecas, inmediatamente después de inscribir el dominio.

Ahora bien, ¿qué efectos se generan si el constituyente de la hipoteca adquiere el dominio y en lugar de inscribir la hipoteca enajena el inmueble a un tercero, caso en el cual la hipoteca no podrá inscribirse? Señala Fernando Alessandri al respecto: “En virtud de esta disposición [art. 2419], el acreedor, una vez adquirida por el constituyente la propiedad dada en hipoteca, tendría derecho para hacer inscribir su hipoteca, de modo que si el deudor se negara a ello el acreedor tendría acción en su contra para obligarlo a proceder a la inscripción. Y si antes de proceder a la inscripción el constituyente de la hipoteca enajenara el bien raíz hipotecado, es evidente que el acreedor tendría acción de daños y perjuicios”.²⁵

En realidad, en la primera hipótesis planteada por Fernando Alessandri – negativa del constituyente a inscribir la hipoteca-, no es necesario que el acreedor

²⁵ Alessandri Rodríguez, Fernando, ob. cit., p. 64.

demande al constituyente para obtener dicha inscripción conservatoria. Simplemente, debe requerir directamente la inscripción al Conservador de Bienes Raíces.

Recordemos que este precepto sirve de fundamento para estimar que el contrato hipotecario se perfecciona por el sólo otorgamiento de la escritura pública, ya que la inscripción no es solemnidad del contrato, sino únicamente la tradición del derecho de hipoteca. En efecto, al hipotecarse los bienes futuros, aún no existe la hipoteca como derecho real, ya que para ello es necesario la inscripción, pero sí existe como contrato, y de él nace al acreedor el derecho de hacer inscribir los bienes a medida que el deudor los adquiriera.

A propósito de esta hipótesis, es útil traer nuevamente a colación el caso contemplado en el art. 16 de la Ley N° 19.537, sobre Copropiedad Inmobiliaria, que regula la hipoteca de departamentos de un edificio en actual construcción. Este precepto permite hipotecar los departamentos o inmuebles (“unidades”, las llama la ley) que serán acogidos a la citada Ley, aunque el condominio sólo esté en etapa de proyecto o en construcción.

En efecto, dispone el art. 16 de la ley citada que se podrá constituir hipoteca sobre una unidad de un condominio en etapa de proyecto o en construcción, para lo cual se archivará provisionalmente un plano en el Conservador de Bienes Raíces, en el que estén singularizadas las respectivas unidades, de acuerdo con el permiso de construcción otorgado por la Dirección de Obras Municipales (este plano debe estar visado por la Dirección de Obras Municipales). Esta hipoteca gravará la cuota que corresponda a dicha unidad en el terreno desde la fecha de la inscripción de la hipoteca y se radicará exclusivamente en dicha unidad y en los derechos que le correspondan a ésta en los bienes comunes, sin necesidad de nueva escritura ni inscripción, desde la fecha del certificado a que se refiere el art. 10º inciso 2º (el certificado que acoja condominio a la Ley de Copropiedad Inmobiliaria), procediéndose al archivo definitivo del plano del condominio. De esta manera, distinguimos dos etapas: i) en la primera etapa, que opera desde la fecha de la inscripción de la hipoteca, ésta gravará “la cuota que corresponda a dicha unidad en el terreno”; ii) en la segunda etapa, la hipoteca, una vez otorgado el certificado que acoja condominio a la Ley de Copropiedad Inmobiliaria, la hipoteca “se radicará exclusivamente en dicha unidad y en los derechos que le correspondan a ésta en los bienes de dominio común”. Por cierto, para que opere la segunda etapa, no se requiere “de nueva escritura ni inscripción”.

La fórmula anterior puede resultar muy útil, cuando en el terreno ya se han levantado edificios o casas y vendido departamentos o unidades, pues si así ocurriera, no será posible hipotecar el inmueble como un todo, pues sobre él, hay otros propietarios que tendrían que consentir en el gravamen. En efecto, cada comprador de un departamento o casa del condominio, adquiere también una cuota en los bienes comunes, y entre éstos, está el terreno respectivo.

Se trata de un caso de hipoteca sobre “bienes futuros”, pero en rigor distinto al caso a que alude el art. 2419 del Código Civil. En efecto, en el caso del Código Civil, la futureidad está dada por la adquisición del dominio: quien hipoteca, aún no es dueño del inmueble. Sería un caso en el cual, indudablemente, la hipoteca sobre cosa ajena es

válida²⁶, aunque sus efectos quedan supeditados a que en futuro el constituyente efectivamente adquiriera el dominio del predio que hipoteca. Mientras ello no ocurra, no podrá inscribirse la hipoteca. En cambio, conforme a lo dispuesto en la Ley N° 19.537, quien hipoteca es dueño, sólo que de todo el terreno en el cual, en el futuro, se emplazará la unidad respectiva, que todavía no existe. Pero aún así, la hipoteca se entiende constituida desde ya y se procede a su inscripción.

El caso también es interesante, en cuanto se reconoce expresamente la figura de la “radicación” de la hipoteca, que consiste en circunscribir una hipoteca que grava a un predio en mayor extensión, a una parte del mismo, materialmente determinada. Aunque en las normas de la hipoteca del Código Civil no se contempla tal figura, vemos que el legislador nacional sí la ha reconocido en el art. 16 de la Ley N° 19.537.

6° Hipoteca de cuota: art. 2417 del Código Civil.

No sólo puede hipotecar el que sea dueño absoluto del inmueble, sino también el que tenga una cuota de él, el que sea comunero en su dominio. Si el legislador permite que el comunero hipoteque su cuota, es porque considera que sobre ella tiene el derecho de dominio, como se desprende del art. 1812 del Código Civil, que lo autoriza para vender la cuota, y del art. 892 del Código Civil que lo faculta para reivindicarla.

Para estudiar los efectos que produce la hipoteca de cuota es necesario hacer un triple distinguo, según que los bienes hipotecados se adjudiquen al comunero hipotecante, a los otros comuneros o se transfieran a terceros extraños a la comunidad.

Si los bienes inmuebles cuya cuota se hipoteca se adjudican al comunero que los hipotecó, subsiste la hipoteca, sin necesidad de requisitos adicionales, por aplicación del efecto declarativo de las particiones y adjudicaciones (arts. 1344 y 718 del Código Civil), en virtud del cual se presume que el comunero a quien se adjudican bienes, ha sido dueño absoluto de ellos desde que se formó la comunidad y siendo así, ha tenido perfecto derecho para hipotecar.

No existe uniformidad de opinión entre los autores con respecto a la extensión que tiene la hipoteca de cuota una vez que al comunero hipotecante se le adjudican los bienes hipotecados. Algunos estiman que la hipoteca afectaría al total del inmueble (se podría fundar esta conclusión en el art. 2421). Otros en cambio piensan que ella sólo afecta a la cuota que tenía el comunero al momento de hipotecar, salvo que haya hipotecado la totalidad del inmueble (de acuerdo al art. 2416 del Código Civil), caso en el cual el gravamen subsistiría por el total. Somarriva, en principio, adhería a la segunda opinión.²⁷ Sin embargo, después mudó de criterio, señalando: “¿Cuál es la extensión de la hipoteca con respecto a los inmuebles adjudicados al comunero que hipotecó su cuota? ¿Comprenderá la totalidad de los inmuebles o sólo la cuota que en ellos puede pertenecerle? Se ha sostenido lo segundo,

²⁶ Cuestión debatida en la doctrina nacional, según veremos.

²⁷ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., p. 389.

idea que también fue compartida por nosotros en otra oportunidad [alude aquí a su obra *Tratado de las cauciones*]. Sin embargo, ahora creemos que no es ésta la solución dada por el art. 2417. En efecto, este precepto nos dice que la hipoteca afectará los bienes que se adjudiquen al comunero, con lo cual está indicando que la hipoteca se radica en la totalidad del inmueble. Si el pensamiento del legislador hubiera sido que la hipoteca afectara a la cuota en los inmuebles, otra habría sido la redacción del artículo; habría dicho, por ejemplo: ‘... pero verificada la división la hipoteca afectará solamente *su parte* en los bienes que en razón de dicha cuota se adjudiquen’.²⁸ Concordamos con esta posición, y creemos que su fundamento también es el tenor del art. 2421, ya citado, bajo el entendido que la palabra “aumentos” empleada en este precepto comprende no sólo aumentos físicos (por ejemplo por operar una hipótesis de accesión de inmueble a inmueble) sino también *jurídicos* (por ejemplo, al adjudicarse al comunero el inmueble en su integridad).

En cambio, si el inmueble hipotecado es adjudicado a otro comunero, en principio **caduca el gravamen**. La razón es la misma que dábamos para el caso de adjudicarse el inmueble a quien había hipotecado su cuota: si el inmueble se adjudica a otro comunero, quiere decir que aquél que hipotecó su cuota jamás tuvo derecho alguno sobre el inmueble, y por ende, mal podría haberlo gravado. Estamos aplicando nuevamente el efecto declarativo de la adjudicación. Debemos prevenir, con todo, que la hipoteca podrá subsistir aunque los bienes se adjudiquen a otros comuneros, siempre que se reúnan los siguientes requisitos:

- Que consienta el adjudicatario;
- Que dicho consentimiento conste por escritura pública;
- Que de dicha escritura pública se tome nota al margen de la inscripción hipotecaria (art. 2417, inc. 2° del Código Civil)

Puede acontecer por otro lado que el inmueble cuya cuota se hipoteca no se adjudique a ninguno de los comuneros sino que pase a poder de un tercero. En este evento, la doctrina y la jurisprudencia, estiman que la hipoteca subsiste y no caduca porque con respecto al tercero no se presenta la causal de caducidad que opera respecto a los comuneros y además porque la hipoteca es un gravamen real que sigue al inmueble.

En la práctica, la hipoteca de cuota suele rechazarse por los acreedores como garantía idónea, quienes exigen que la constituyan todos los comuneros. Al hipotecarse el cien por ciento de los derechos de dominio que se tengan sobre el inmueble, no hay riesgo de caducidad al operar la partición.

7° Hipoteca sobre bienes respecto de los cuales se tiene un derecho eventual, limitado o rescindible o sujeto a condición resolutoria.

Dispone el art. 2416 del Código Civil: “El que sólo tiene sobre la cosa que se hipoteca un derecho eventual, limitado o rescindible, no se entiende hipotecarla sino con

²⁸ Somarriva Undurraga, Manuel, *Indivisión y partición*, 5ª edición actualizada, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2002, pp. 149 y 150.

las condiciones y limitaciones a que está sujeto el derecho; aunque así no lo exprese. / Si el derecho está sujeto a una condición resolutoria, tendrá lugar lo dispuesto en el artículo 1491”.

Lo normal es que la persona que hipoteca tenga sobre los bienes un derecho puro y simple; pero en conformidad con el art. 2416 del Código Civil puede también hipotecarlos aún cuando sobre ellos tenga un derecho **eventual, limitado o rescindible** o sujeto a una **condición resolutoria**, eso sí que entendiéndose hipotecados con esa limitación, aunque no se exprese. Ello, porque nadie puede transferir más derechos de los que se tiene o en otras condiciones que en las que lo tiene.

Revisemos por separado las hipótesis del art. 2416:

- Quien hipoteca tiene un derecho eventual.

Es una cuestión compleja en la doctrina determinar quién tiene un “derecho eventual”.²⁹ ¿En qué hipótesis podría constituirse una hipoteca por aquél que no es aún dueño del inmueble, pero reconociéndole la titularidad de un *derecho eventual*?

Una primera posibilidad, podría ser la de aquél que hipoteca “bienes futuros”, pero tal caso está previsto en el art. 2419. Sería absurdo creer que los arts. 2416 y 2419 se refieren a la misma situación.

Lo *eventual*, según el Diccionario de la Lengua Española, es aquello que “Está sujeto a cualquier evento o contingencia”. La palabra “evento”, a su vez, significa “hecho imprevisto, o que puede acaecer”. En todo caso, el *derecho eventual* no debe confundirse con el *derecho condicional*. En el primer caso, el supuesto de hecho que originará el acto jurídico que permitirá adquirir el derecho, aún no se cumple. No hay acto jurídico todavía y por ende tampoco ha nacido el derecho. Por eso se le denomina *eventual*. En cambio, en el caso de un derecho sujeto a condición suspensiva, el acto jurídico ya se perfeccionó, pero el derecho aún no nace. Aquí, el supuesto de hecho ya ocurrió: por ejemplo, otorgar un testamento en el que se deja un legado sujeto a condición. Esta diferencia explica que respecto de un acreedor condicional, la ley suele otorgar la facultad de impetrar medidas o providencias conservativas, y no así tratándose de un derecho puramente eventual. En el caso de los derechos eventuales, la doctrina plantea que se tiene un *derecho provisional*, que sirve de medio para preparar la adquisición del *derecho definitivo*. Otra diferencia que se apunta entre los derechos eventuales y los derechos condicionales, dice relación con que los primeros, cumplida que sea la condición, operan con efecto retroactivo, mientras que el derecho eventual no puede operar con retroactividad, “porque su formación completa coincide con la del acto o contrato generador, marcada para ambos por el día en que la eventualidad se realiza”.³⁰

Estas dos diferencias, sin embargo, no son claras en uno de los ejemplos de

²⁹ En lo que sigue, cfr. Alessandri Rodríguez, Arturo; Somarriva Undurraga, Manuel; y Vodanovic H., Antonio, *Derecho Civil. Parte preliminar y parte general*. Explicaciones basadas en las versiones de los profesores de la Universidad de Chile Arturo Alessandri R. y Manuel Somarriva U., redactadas, ampliadas y actualizadas por Antonio Vodanovic H., Santiago de Chile, Ediar Conosur Ltda., 1990, pp. 308-313, números 457-459.

³⁰ Alessandri Rodríguez, Arturo; Somarriva Undurraga, Manuel; y Vodanovic H., Antonio, ob. cit., p. 309, N° 458.

derecho eventual propuesto por la doctrina: el derecho que tiene un heredero, para aceptar o repudiar la herencia que se le ha deferido, o un legatario, para aceptar o repudiar la especie que se le ha dejado en legado. En ambos casos, el derecho es eventual, porque falta un acto jurídico necesario, cual es la aceptación de la herencia o legado. Ahora bien, un heredero, aún antes de aceptar, puede impetrar actos conservativos (art. 1243). A su vez, una vez que el heredero o el legatario acepten sus asignaciones, los efectos de este acto jurídico se retrotraen al momento de la muerte del causante (art. 1239).

Nótese que el derecho será eventual, sólo en la medida en que se haya abierto la sucesión. Antes de la muerte del causante, no hay derecho, ni siquiera eventual, sino una mera expectativa: “la simple expectativa se distingue del derecho eventual en que éste, al contrario de aquélla, encierra elementos de hecho calificados, que por sí solos mueven a la ley a otorgar protección a la posibilidad de adquirir el derecho futuro; la protección se traduce en el otorgamiento del llamado derecho provisional que sirve de medio para preparar la adquisición del derecho futuro y definitivo. Los elementos de la simple expectativa carecen por sí solos de trascendencia jurídica; por eso, la posibilidad de suceder a una persona mientras ésta todavía vive, no autoriza al heredero presuntivo para pedir ninguna medida conservativa de los bienes de la sucesión que espera recoger a la muerte del causante”.³¹

Dicho lo anterior, un ejemplo de hipoteca que constituye un sujeto que tiene un derecho eventual sobre un inmueble, podría ser el de un heredero exclusivo del causante, o de un legatario de un inmueble, y en ambos casos, celebrando el contrato hipotecario *antes* de que acepten sus respectivas asignaciones. Nótese que en ninguna de estas hipótesis, estaríamos ante una hipoteca de “cosa futura” ni de “cosa ajena”. Ello, porque aceptada la herencia o aceptado el legado, deberá entenderse que el constituyente era dueño del inmueble al momento de constituir la hipoteca.

Sin embargo, si tal heredero o tal legatario repudiare su asignación, la hipoteca será efectivamente “de cosa ajena”. Según veremos en el numeral que sigue, para algunos será nula, para otros válida.

En la práctica, además, resulta evidente que el Conservador de Bienes Raíces competente no inscribirá el contrato hipotecario, mientras no medie aceptación y se inscriba el inmueble a nombre del heredero o del legatario. Tampoco se nos escapa que el art. 688 podría constituir un obstáculo para que pueda operar el caso que hemos planteado.

- Quien hipoteca tiene un derecho limitado.

Este es el caso de aquél que hipoteca un derecho de usufructo que recae sobre un inmueble. La hipoteca se extinguirá al expirar el plazo de duración del usufructo.

También podría ocurrir que la hipoteca la constituye el propietario fiduciario, a quien el constituyente del fideicomiso le había prohibido gravar el inmueble (art. 751, inc. 2°). En tal caso, el fideicomisario podría demandar para que se declare extinguida la

³¹ Alessandri Rodríguez, Arturo; Somarriva Undurraga, Manuel; y Vodanovic H., Antonio, ob. cit., p. 311, N° 459.

hipoteca, por ser inoponible al primero. Parece razonable estimar que el primero tendrá acción una vez que se cumpla la condición y adquiera el dominio del inmueble.

- Quien hipoteca tiene un derecho rescindible.

En el contexto del art. 2416, creemos que la expresión “rescindible” se refiere a la nulidad, no sólo relativa, sino que también -y con mayor razón- absoluta.

Así, por ejemplo, si el contrato de compraventa que le sirvió al constituyente para adquirir el dominio se declarase nulo, la sentencia afectará también a la tradición y a los actos jurídicos posteriores –entre ellos la hipoteca-, celebrados por el comprador. Se extinguirá el dominio del constituyente y se extinguirá también la hipoteca constituida por éste (siempre que el acreedor hipotecario sea emplazado en el respectivo juicio de nulidad).

Con todo, en un caso la nulidad del contrato no afectará la hipoteca, que seguirá en pie: se trata de la hipótesis prevista en el art. 1895 del Código Civil, cuando la nulidad de la compraventa se declara por lesión enorme.

Otro caso, citado por la doctrina, es el de un legatario que hipoteca el inmueble, y con posterioridad el testamento se declara nulo. La pérdida del dominio del legatario, hará caer también la hipoteca constituida por éste.

- Quien hipoteca tiene un derecho sujeto a condición resolutoria.

Por otra parte, si el inmueble está sujeto a una condición resolutoria, tendrá lugar lo dispuesto en el art. 1491 del Código Civil, es decir, declarada la resolución, la hipoteca se extingue o no según que la condición conste o no en el título respectivo inscrito u otorgado por escritura pública.

Si consta, el legislador presume de derecho que el acreedor tenía conocimiento de la condición, y la resolución afecta a la hipoteca.

Por el contrario, si no consta, se presume en la misma forma que el acreedor ignoraba la existencia de la condición y la hipoteca se conserva en todo su vigor.

- Situación especial de quien ha adquirido el inmueble que hipoteca por donación seguida de la tradición.

Si el que constituye el gravamen ha adquirido el bien hipotecado por donación entre vivos, seguida de la tradición, y después la donación se resuelve, rescinde o revoca, tales hechos sólo afectarían al acreedor hipotecario, en los casos que indica el art. 1432 del Código Civil, esto es:

i.- Cuando la condición constare en la escritura pública;

ii.- Si el donante, antes de constituir la hipoteca, notificare al acreedor hipotecario que piensa ejercitar algunas de esas acciones; y

iii.- Si el gravamen hipotecario se constituyere después que el donante ha ejercitado dichas acciones.

8°.- Hipoteca de una cosa ajena.

En opinión de nuestra jurisprudencia, adolecería de nulidad absoluta. Así, señala un fallo que para que la hipoteca sea válida es menester que se cumplan dos condiciones: que el constituyente sea propietario de la cosa que se da en hipoteca y que tenga facultad de enajenarla. El primero de estos requisitos no está

contemplado de un modo categórico en la ley pero se infiere del contexto de sus disposiciones. Así, el art. 2414 del Código Civil, al decir “sus bienes” ha querido referirse a los bienes propios. De consiguiente, puede deducirse que en nuestra legislación no puede hipotecarse una cosa ajena, y si ello se efectúa, la hipoteca será nula de nulidad absoluta, en razón de que la ley exige que se sea dueño de la cosa para poderla hipotecar, o expresado en otros términos, de que el legislador prohíbe el acto mediante el cual se hipoteca una cosa ajena; y conforme al art. 10 del Código Civil los actos que la ley prohíbe son nulos y de ningún valor.

En nuestra doctrina, Fernando Alessandri Rodríguez y Pablo Rodríguez Grez postulan también que es nula la hipoteca sobre cosa ajena.

Fernando Alessandri funda en primer lugar su opinión en el tenor del art. 2414, y luego alude al Derecho romano y al español medieval: “Siendo la hipoteca un desmembramiento del dominio, es evidente que el dueño es el único que puede desmembrarlo. El mismo principio imperaba en Roma. La ley 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 también en la antigua legislación española se necesitaba ser dueño de las cosas que se daban en hipoteca”.³²

Se hace cargo seguidamente Fernando Alessandri del reproche que se formula a quienes rechazan la hipoteca sobre cosa ajena, en cuanto el Código, sin embargo, admite la venta sobre cosa ajena: “De lo expuesto anteriormente se desprende que no puede hipotecarse la cosa ajena. Nuestra legislación permite, sin embargo, la venta de cosa ajena. La diferencia que se hace entre ambos casos es perfectamente lógica y se ha transmitido desde los tiempos del derecho romano. El contrato de venta en nuestro Código, como en el derecho romano, es solamente generador de obligaciones, pero no concede ningún derecho real sobre la cosa al comprador, pues para ello se necesita de la tradición. 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 concebiría si aquel no fuere propietario de la cosa”.³³

La afirmación de Alessandri, en orden a que “el constituyente concede *desde luego* un derecho real”, se explica porque para este autor, según vimos, el contrato de hipoteca sólo queda perfecto con su inscripción. En cambio, quienes sustentan la tesis opuesta, esto es, que el contrato de hipoteca queda perfeccionado con la sola escritura pública, destacan que dicho contrato opera en similares términos al contrato de compraventa. Para los últimos, entonces, la consecuencia natural debiera ser que la hipoteca sobre cosa ajena es válida.

Fernando Alessandri concluye: “Las cuestiones a que da origen esta materia tienen más importancia teórica que práctica, porque es muy difícil que se presenten casos en que se dé en hipoteca una cosa ajena. La hipoteca de cosa ajena produce nulidad absoluta, porque la ley exige que se sea dueño de la cosa para poder hipotecar. En otros términos, puede decirse, que el legislador prohíbe el acto por el cual se hipoteca una cosa ajena y según el art. 10 del C.C. los actos que prohíbe la ley son nulos

³² Alessandri Rodríguez, Fernando, ob. cit., pp. 62 y 63.

³³ Alessandri Rodríguez, Fernando, ob. cit., p. 63.

y de ningún 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 solución habría 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”.³⁴

En un caso, sin embargo, admite Fernando Alessandri que es válida la hipoteca sobre cosa ajena, y es aquél contemplado en el art. 2419: “Si se concede una hipoteca sobre una cosa ajena para el caso de que se llegue a ser propietario ¿qué efecto produciría esta convención? Desde luego cabe observar que no valdría como hipoteca, pero este contrato quedaría comprendido en la disposición del art. 2419 del C.C. que se refiere a la hipoteca de bienes futuros”. Pero la hipoteca de cosa ajena –agrega el autor citado- no debe confundirse con el caso del art. 2419, porque en el segundo, el acreedor tiene conocimiento de que el inmueble no pertenece aún al constituyente: “La primera situación 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 adquiriera el dominio de la cosa, no puede equipararse al caso en que se hipoteque sujeto a esta condición. En el primer caso, las dos partes o por lo menos 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 situación contemplada, es decir, cuando se hipoteca un bien futuro, el acreedor no contrata en esta inteligencia: 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 crearía una situación muy desfavorable al acreedor, porque éste no podría pedir la nulidad de la hipoteca y el pago inmediato de lo que se le adeudara.”³⁵ La hipoteca de un bien futuro no es nula, pues confiere al acreedor el derecho de hacer inscribirla cuando el constituyente adquiriera el dominio de la cosa. En el caso contemplado, el acreedor no podría pedir la nulidad de la hipoteca, porque el art. 2419 le concedía el derecho de hacer inscribir su hipoteca. Por estas razones creemos que las dos situaciones contempladas no pueden asimilarse”.³⁶

Rodríguez Grez formula sus planteamientos sobre la base de que el acreedor hipotecario no tiene posesión sobre su derecho de hipoteca y por lo tanto nunca podría ganar por prescripción tal derecho, lo que pone de manifiesto la inutilidad de una hipoteca constituida por quien no sea dueño de la finca. Señala los siguientes argumentos:

a) La sola circunstancia de ser la hipoteca un derecho real no implica que sobre él pueda haber posesión. En efecto, hay casos en los que se excluye la posesión, como ocurre tratándose de las servidumbres discontinuas e inaparentes.

³⁴ Alessandri Rodríguez, Fernando, ob. cit., pp. 63 y 64.

³⁵ Al extinguirse la garantía y no sustituirla por otra equivalente el deudor, el acreedor podría alegar que el plazo para el pago de la obligación caducó, conforme a lo previsto en el art. 1496 del Código Civil.

³⁶ Alessandri Rodríguez, Fernando, ob. cit., pp. 64 y 65.

b) Es cierto que el Mensaje señala que el que no es poseedor del dominio puede ser poseedor de otro derecho real, como la hipoteca (literal XXIV). Pero esta declaración – además de ser errónea- está antecedida por un párrafo que dice: “Toda posesión es esencialmente caracterizada por la realidad o la apariencia del dominio; no es poseedor de una finca sino el que la tiene como suya, sea que se halle materialmente en su poder, o en poder de otro que le reconoce como dueño de ella”. Agrega Rodríguez Grez que en esta parte del Mensaje, Bello reconoce que la posesión tiene una apariencia, una realidad física que trasunta socialmente. Sin embargo, el acreedor hipotecario está distante de la cosa, no tiene con ella relación alguna y su contacto opera una vez que la obligación que garantiza se hace exigible y no se cumple por el principal obligado. Sólo entonces puede perseguirla, realizarla a través del juez competente y pagarse con la preferencia respectiva.

c) Se desprende de los arts. 2414 y 2418 del Código Civil que la hipoteca sobre cosa ajena es absolutamente nula, porque es un requisito de la esencia del contrato hipotecario que la cosa sea de dominio del constituyente. Fluye lo anterior de los arts. citados: del 2414, pues alude a “sus bienes”; del 2418, que dispone en su inciso 1º: “La hipoteca no podrá tener lugar sino sobre bienes raíces que se posean en propiedad o usufructo...”

d) Es cierto que la venta de cosa ajena es válida, pero al respecto existe norma expresa que así lo declara (art. 1815 del Código Civil³⁷), mientras que respecto de la hipoteca no existe una norma similar. Además, la constitución de una hipoteca sobre cosa ajena sólo puede ser consecuencia de un error del Conservador de Bienes Raíces.

e) Le parece a este autor una extrema injusticia e inmoralidad imponerle a un propietario una hipoteca por el solo transcurso del tiempo. Agrega Rodríguez Grez que no faltará quien se pregunte qué sucede cuando han transcurrido más de diez años y no se ha demandado la nulidad absoluta. En tal caso, como el acreedor no ha adquirido posesión del derecho real de hipoteca, no estará en situación de prescribir en su favor, de modo que será indiferente que el contrato no pueda anularse, porque, en cuanto al derecho hipotecario, éste no existe. La inscripción que se hubiere practicado es de papel y no tiene consecuencias para el verdadero dueño.³⁸

Arturo Alessandri³⁹, Manuel Somarriva⁴⁰ y Ramón Meza Barros discrepan de la conclusión de la jurisprudencia, estimando que la hipoteca de cosa ajena es válida por las siguientes razones:

a) No es posible admitir que el art. 2414 del Código Civil sea una norma prohibitiva; a su vez, la expresión “sus bienes” se explica porque normalmente (aunque no exclusivamente) el constituyente es el dueño del derecho que hipoteca.

b) Por otra parte, queda fuera de duda, que el derecho de hipoteca puede adquirirse por prescripción, ya que conforme al inc. 2º del art. 2498 del Código Civil, pueden adquirirse

³⁷ Lo mismo ocurre respecto del arrendamiento (art. 1916), del comodato (art. 2188) y de la prenda (art. 2390), sobre cosas ajenas, figuras expresamente admitidas en nuestra legislación.

³⁸ Cfr. Rodríguez Grez, Pablo, *“De las posesiones inútiles en la legislación chilena”*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, año 1995, segunda edición, pp. 108 a 113.

³⁹ Alessandri Rodríguez, Arturo, *“Curso de Derecho Civil”*, Santiago de Chile, Editorial Nascimento, año 1942, Tomo IV, *“De las Fuentes de las Obligaciones”* (redacción de Antonio Vodanovic H.), p. 655.

⁴⁰ Cfr. Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., pp. 385 a 388.

por este medio los derechos reales que no estén especialmente exceptuados. Ahora bien, en conformidad al art. 2512 del Código Civil, el derecho de hipoteca se rige, en cuanto a su prescripción, por las mismas reglas que el dominio, lo que significa en otros términos que puede adquirirse por prescripción ordinaria o extraordinaria y si se estima que la hipoteca de cosa ajena adolece de nulidad, de acuerdo con el art. 704 del Código Civil sería un título injusto, que daría origen a la posesión irregular y ésta a la prescripción extraordinaria, resultando así que la hipoteca jamás se podría adquirir por prescripción ordinaria, con lo que no se respetaría lo dispuesto en el art. 2512 del Código Civil.

c) La tradición hecha por quien no es dueño no adolece de nulidad; solamente no transfiere el derecho de que se trata: no hace al acreedor dueño del derecho de hipoteca. Sin embargo, sí confiere la posesión del derecho real de hipoteca.

d) No se divisa una razón plausible para adoptar, en relación con la hipoteca, una solución distinta a la que adopta el art. 2390 del Código Civil respecto de la prenda: subsiste el contrato, mientras el dueño no reclama la especie. Sin embargo, podría replicarse, es sugestivo que en el título de la hipoteca, el Código Civil nada haya dicho. Con todo, no es menos cierto que en el Derecho Privado, el silencio del legislador suele ser una señal de que se autoriza el acto.

e) Caso del art. 2417 del Código Civil: la hipoteca constituida por el comunero, a quien en definitiva no se le adjudica el inmueble, subsiste si los otros comuneros adjudicatarios consienten en ello. Es decir, la hipoteca constituida por quien no es dueño y se considera no haberlo sido jamás, tiene pleno valor si es ratificada por el dueño.

A los argumentos anteriores, podríamos agregar otro: en el art. 2419, el Código Civil admite expresamente la constitución de hipoteca sobre una cosa que no pertenece todavía al constituyente.

Recordemos que si consideramos nula la hipoteca, de nulidad absoluta, no podría validarse ni siquiera por la adquisición posterior del dominio o la ratificación del propietario. En cambio, si la consideramos válida, el acreedor adquirirá el derecho de hipoteca por la ratificación o adquisición posterior del dominio.

7.4. Obligaciones susceptibles de caucionarse con hipoteca.

Puede caucionarse con esta garantía cualesquiera clase de obligaciones, tanto civiles como naturales, presentes o futuras, directas o indirectas (art. 2413, inc. 3° del Código Civil), propias o ajenas, en moneda nacional o extranjera, etc.

Ante el principio de la especialidad de la hipoteca en cuanto a los créditos caucionados, se planteó en la doctrina y jurisprudencia la cuestión de otorgar validez a las hipotecas que garantizan obligaciones de monto indeterminado. Se ha concluido que tales hipotecas serían perfectamente válidas, considerando:⁴¹

1° El tenor del art. 2431 del Código Civil: “la hipoteca podrá limitarse a una determinada suma, con tal que así se exprese inequívocamente.” Nótese que la ley emplea la voz *podrá*, y no la expresión *deberá*. Por ello, interpretando el precepto a contrario sensu,

⁴¹ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., pp. 313 y 314, N° 347.

cabe concluir que éste acepta que pueda estar indeterminado el monto de las obligaciones garantizadas. En el mismo sentido, el art. 2432, N° 4, no señala entre los requisitos de la inscripción el monto de la obligación principal. Admite que las hipotecas pueden limitarse o no a una determinada suma. Por eso, el art. 81 del Reglamento del Conservador de Bienes Raíces, al enunciar los requisitos que debe contener la inscripción hipotecaria, se refiere a la suma de la obligación “en el caso de haberse limitado a determinada cantidad”, lo que indica también que es perfectamente posible que dicha suma sea indeterminada. La indeterminación de las obligaciones caucionadas no se ciñe exclusivamente al monto, sino también a la naturaleza de las obligaciones.

2° El tenor del art. 2427 del Código Civil: se pone en el caso que la deuda garantizada “fuere ilíquida, condicional o indeterminada”.

3° Los casos de los arts. 376 (respecto de los guardadores) y 775 (respecto del usufructo), en los que, las obligaciones, claramente, son indeterminadas, pues se trata de una futura y eventual responsabilidad. En efecto, respecto de los arts. 376 y 377 del Código Civil, la hipoteca sustituye a la fianza que está obligado a rendir el guardador. Forzosamente en este caso la hipoteca es de un monto indeterminado, ya que no se sabe si al terminar la guarda afectará responsabilidad al guardador, ni menos a que suma alcanzará tal responsabilidad. Lo mismo puede decirse del usufructuario.

El art. 2431 del Código Civil establece sin embargo un límite a la hipoteca: no puede extenderse a más del doble del monto conocido o presunto de la obligación caucionada. El deudor tendrá derecho entonces a pedir que se reduzca la hipoteca hasta dicho importe o monto. Ordenada que sea la reducción, debe practicarse una nueva inscripción, con cargo del deudor (art. 2431, inc. 2° del Código Civil). Lo anterior operará, en todo caso, cuando se trata de hipotecas específicas y no si éstas se hubiesen constituido con cláusula de garantía general.

- Cláusula de garantía general hipotecaria.

Usualmente estipulada entre los Bancos y los deudores, para garantizar el cumplimiento de cualquiera obligación, presente o futura, directa o indirecta.

La jurisprudencia ha reconocido plena validez a esta cláusula, atendiendo fundamentalmente:

1° Art. 2413 del Código Civil, en cuanto la hipoteca puede constituirse antes que exista la obligación principal.

2° En cuanto a lo dispuesto en los arts. 2432 N° 2 del Código Civil y 81 del Reglamento del Conservador de Bienes Raíces, se sostenía por quienes negaban validez a la hipoteca con cláusula de garantía general, que dado que la inscripción hipotecaria debe contener la fecha y la naturaleza del contrato a que acceda, requisito con el cual no podría cumplirse al existir la cláusula de garantía general, se demostraría que esta es improcedente, carece de validez. Sin embargo, quienes aceptan la hipoteca con cláusula de garantía general, refutan lo anterior señalando que el art. 2432 del CC debe interpretarse racionalmente, en el sentido que debe cumplirse con las exigencias indicadas cuando el contrato que se garantiza se haya celebrado antes o coetáneamente con la hipoteca, pero no cuando aquél sea un contrato futuro. En

otras palabras, y aplicando las reglas de interpretación del art. 22 del CC, debe concluirse que la exigencia del art. 2432 N° 2 se refiere únicamente a los casos en que sea posible cumplirla, o sea, cuando la hipoteca se otorgue simultáneamente o con posterioridad al contrato principal.

8.- EFECTOS DE LA HIPOTECA.

Debemos analizarlos desde tres puntos de vista:

8.1. Extensión de la garantía, es decir, cosas que comprende la hipoteca, efectos con relación al inmueble hipotecado.

8.2. Situación en que queda el constituyente de la hipoteca.

8.3. Derechos del acreedor hipotecario.

De lo expresado, podemos visualizar que los efectos son *objetivos* (que inciden en la finca hipotecada) y *subjetivos* (que se refieren a las partes contratantes).

8.1. Extensión de la garantía.

De los arts. 2420 a 2423, se desprende que la hipoteca comprende:

1° El bien raíz hipotecado.

2° Los inmuebles por destinación o por adherencia.

3° Los aumentos o mejoras que experimente y reciba el inmueble hipotecado.

4° Las rentas de arrendamiento que devengue el inmueble.

5° Las servidumbres activas de que gozare el predio hipotecado.

6° Las indemnizaciones debidas por los aseguradores.

7° La indemnización o precio que se pague al dueño del inmueble hipotecado en caso de expropiación.

1º El bien raíz hipotecado: o sea, el inmueble por naturaleza, sobre el cual se constituye la garantía.

En la práctica, el derecho real de hipoteca termina ejercitándose sobre una suma de dinero, correspondiente al producto de la subasta del inmueble.

2º Los inmuebles por destinación o por adherencia: arts. 570 y 2420 del Código Civil.

Es indiferente que los bienes muebles que se reputan inmuebles por destinación hayan existido al momento de constituirse la hipoteca o que pasen a tener dicho carácter con posterioridad. En ambos casos, los afecta el gravamen. Naturalmente que es necesario que los inmuebles por destinación pertenezcan al dueño del inmueble gravado (por ejemplo, no se ven afectados con el gravamen los animales de propiedad del arrendatario del fundo hipotecado).

Los bienes muebles que están destinados permanentemente al uso, cultivo o beneficio del inmueble pasan a tener el carácter de inmuebles por destinación por la voluntad del dueño que los destina al fin indicado. Por ello, esa misma voluntad

puede quitarles tal carácter, enajenándolos a terceros, y desde ese momento deja de afectarlos la hipoteca.

Cabe dejar en claro que la hipoteca se extiende a los inmuebles por destinación aunque ninguna referencia a ellos se haga en el contrato de hipoteca y aunque la inscripción, por la misma razón, no aluda a ellos.

En cuanto a los inmuebles por adherencia (art. 568 del Código Civil), también quedan comprendidos en la hipoteca, como una consecuencia de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, e indiferentemente de que existan o no al momento de constituirse la hipoteca. Con todo, si el dueño del suelo enajena separadamente los inmuebles por adherencia, éstos, en conformidad al art. 571 del CC, pasan a ser muebles por anticipación y dejan de estar afectos a la hipoteca. Pero, para ello, no basta con que se vendan, sino que es necesario que pasen a pertenecer a terceros, es decir, que se haga tradición de los mismos.

3° Los aumentos o mejoras que experimente y reciba el inmueble hipotecado: art. 2421 del Código Civil.

Quedan comprendidos los aumentos o mejoras que se produzcan por la mano del hombre -por ejemplo el edificio que se construye en el terreno hipotecado-, o por la naturaleza -como los terrenos que se adquieren por accesión, aluvión, avulsión, etc. También se beneficia el acreedor hipotecario con la extinción de los derechos reales que gravaren el fundo hipotecado. Por eso, si se hipoteca la nuda propiedad y después se consolida el dominio, la hipoteca afecta a la propiedad plena y no únicamente la nuda propiedad. En síntesis, se puede tratar de un aumento material o de un aumento jurídico.

4° Las rentas de arrendamiento que devengue el inmueble: art. 2422 del Código Civil.

Lo anterior no significa que por el solo hecho de constituirse la hipoteca, tenga el acreedor la facultad de percibir las rentas. Este derecho lo tendrá cuando ejercite su acción hipotecaria, mediante el embargo del inmueble hipotecado y sus frutos.

5° Las servidumbres activas de que gozare el predio hipotecado.

Beneficiará a la hipoteca, toda servidumbre activa que pueda constituirse sobre el predio, en particular, para los efectos de su tasación.

6° Las indemnizaciones debidas por los aseguradores: art. 2422 del Código Civil.

En armonía con lo anterior, el art. 565 Código de Comercio dispone: “Ejercicio de derechos de terceros sobre la indemnización. La cosa que es materia del seguro será subrogada por la cantidad asegurada para el efecto de ejercitar sobre ésta los privilegios e hipotecas constituidos sobre aquélla. / Para ello, los respectivos acreedores deberán

notificar al asegurador de la existencia de sus privilegios o hipotecas. / Las mismas reglas se aplicarán cuando la cosa asegurada haya sido objeto de medida precautoria, embargo, o esté afecta a derecho legal de retención”.

El fundamento de estas disposiciones descansa en que el legislador establece en ellas una subrogación real en la cual el monto del seguro pasa a reemplazar al bien hipotecado.

Aparentemente podría verse una inconsecuencia jurídica en esta subrogación, porque la hipoteca se ejercerá sobre un bien mueble, -el dinero-, en circunstancia que es de la esencia de este gravamen que recaiga sobre bienes raíces. Pero la inconsecuencia es sólo aparente, porque el acreedor hipotecario no ejercita sobre el monto del seguro ni el derecho de venta ni el derecho de persecución, sino únicamente el de preferencia. Por lo demás, el derecho de hipoteca se ejerce finalmente, como derecho de preferencia, sobre el precio, es decir, como derecho sobre un bien mueble.

7° La indemnización o precio que se pagare al dueño del inmueble hipotecado en caso de expropiación.

En este caso, el acreedor hipotecario hace valer sus derechos sobre el precio de la expropiación, a la que no obsta la existencia del gravamen en estudio. También aquí estamos ante una verdadera subrogación real, en la cual el precio de la expropiación reemplaza al inmueble hipotecado.

8.2. Efectos de la hipoteca con respecto al dueño del inmueble hipotecado.

La hipoteca constituye una limitación del dominio. De ahí entonces que el dueño del inmueble, si bien conserva su dominio, no puede ejercitarlo en forma arbitraria, sino que debe hacerlo de manera que no lesione los derechos del acreedor hipotecario.

Debemos distinguir dos períodos: el que media entre la constitución de la hipoteca y el ejercicio por el acreedor de la acción hipotecaria mediante el embargo, y el que sigue a partir de ese momento. A su vez, debemos distinguir en cada período las limitaciones a las facultades de disposición, uso y goce.

a) Situación del propietario del inmueble antes que el acreedor ejercite la acción hipotecaria, es decir, en el período que media entre la constitución de la hipoteca y la notificación de la demanda.

a.1) Respecto de la **facultad de disposición**.

El constituyente conserva la facultad de disponer del inmueble : art. 2415 del CC. Cualquier estipulación en contrario adolece de nulidad absoluta, por tener objeto ilícito (arts. 1466-1682 del Código Civil). La enajenación que haga el dueño del inmueble dado en garantía en nada perjudica al acreedor, porque éste en virtud del derecho de persecución de que está investido, puede hacer efectivo su derecho aún encontrándose el inmueble en manos de terceros.

El art. 2415 del Código Civil también faculta al dueño para que constituya

una nueva hipoteca sobre el inmueble, sin que valga estipulación en contrario. Tampoco perjudica al acreedor que se constituya un nuevo gravamen, porque en conformidad al art. 2477 del Código Civil las hipotecas prefieren por orden de fecha de inscripción, de manera que el primer acreedor hipotecario va a tener preferencia sobre los demás para pagarse de su crédito.

La ley guarda silencio sobre la posibilidad de constituir otros derechos reales sobre el inmueble hipotecado, tales como las servidumbres y el usufructo. ¿Es ello posible? En principio podría contestarse afirmativamente, atendiendo al principio de quien puede lo más, puede lo menos. Pero semejante conclusión sería errada, porque si el legislador autoriza al propietario para enajenar o hipotecar el bien dado en garantía, es porque de ello no se sigue perjuicio alguno al acreedor hipotecario; no acontece lo mismo con la constitución de un usufructo, de una servidumbre o de un derecho de uso o de habitación, ya que con ello se cercena el valor de la garantía, causándole al acreedor un perjuicio evidente. Por eso, los autores unánimemente estiman que la constitución de estos derechos no empece al acreedor hipotecario, quien siempre podrá ejercer las facultades que le da el carácter de tal con prescindencia de ellos.

Corroborar la conclusión anterior lo dispuesto en los arts. 1368 y 1366 del Código Civil. El usufructo constituido sobre la finca no es oponible al acreedor hipotecario. A contrario sensu, la hipoteca sí afecta al usufructuario; éste debe pagar subrogándose así en los derechos del acreedor contra los herederos, si la deuda era del testador, salvo que el último haya expresamente querido gravar al usufructuario con la deuda en cuestión.

Por lo demás, el art. 9 de la Ley N° 14.908, sobre “Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias”, establece que el juez que esté conociendo del correspondiente juicio de alimentos “podrá fijar o aprobar que la pensión alimenticia se impute total o parcialmente a un derecho de usufructo, uso o habitación sobre los bienes del alimentante, quien no podrá enajenarlos ni gravarlos sin autorización del juez. Si se tratare de un bien raíz, la resolución judicial servirá de título para inscribir los derechos reales y la prohibición de enajenar o gravar en los registros correspondientes” (inciso 2º). Agrega la disposición que “La constitución de los mencionados derechos reales no perjudicará a los acreedores del alimentante cuyos créditos tengan una causa anterior a su inscripción” (inc. 3º). Por lo tanto, si la hipoteca se encontraba inscrita, no le será oponible el derecho real constituido en favor del alimentario.

a.2) Respecto de las **facultades de uso y goce**.

También se encuentran limitadas las facultades de uso y goce del predio hipotecado. Para evitar que el propietario ejerza tales facultades arbitraria o abusivamente en perjuicio del acreedor, el art. 2427 del Código Civil confiere al último ciertas facultades.

Para que reciba aplicación esta disposición, es necesario en primer término que la finca se pierda o deteriore. Como la ley no distingue con respecto a la causa de la pérdida o deterioro, concluyen los autores que se comprenden las pérdidas o deterioros que se originen por actos materiales o por actos jurídicos (por ejemplo, si se tala un bosque y revende la madera, si se demuele una edificación y se venden

los materiales, si se destruye un edificio por un incendio, inundación o terremoto, etc.).

A su vez, es indiferente que la pérdida o deterioro se deba a un caso fortuito o a un hecho culpable o doloso del propietario. Así lo reconoce la doctrina y lo deja entrever el art. 2427 del Código Civil, ya que tal norma no distingue, a diferencia, de lo que hace el art 1496, N° 2, del Código Civil. Se trata por ende de un caso excepcional, en que la ley pone de cargo del deudor, el caso fortuito o la fuerza mayor. Este mismo principio rige en la fianza: art. 2349 del Código Civil. Si el fiador cae en insolvencia, el acreedor puede exigir un nuevo fiador.

También se aplica el art. 2427 del Código Civil, sea que la pérdida o deterioro lo haya sufrido el inmueble encontrándose en manos del deudor o en manos de un tercero. Sin embargo, no obstante la amplitud de la disposición, hay casos en que no recibe aplicación:

- Por ejemplo, si el deterioro existe al momento en que se constituye la hipoteca, porque si el acreedor aceptó la garantía en estas condiciones es lógico que no pueda después deducir reclamo. Además, las expresiones “perdiere o deteriorare”, indican el futuro hipotético.
- Tampoco el acreedor podría reclamar los derechos que le confiere la norma citada, si explícita o implícitamente se ha previsto en el contrato el deterioro o pérdida. Explícitamente si el acreedor renuncia a los derechos que le confiere el art. 2427 del Código Civil. Implícitamente si se hipoteca una cuota que se tenga en el inmueble y ésta caduca por no adjudicarse al comunero el bien hipotecado o si con conocimiento del acreedor se da en garantía un bien sobre el cual el constituyente tiene un derecho eventual, condicional, limitado o rescindible, que después se extingue. Lo mismo ocurre, si se hipoteca un predio forestal, y el acreedor hipotecario está en conocimiento del programa de explotación del bosque.

Como es lógico, no basta cualquier deterioro de la finca hipotecada, sino que debe ser de tal magnitud que ella no sea suficiente garantía para la seguridad de la deuda.

Determinar esta circunstancia es un hecho que queda entregado al criterio del Tribunal. De manera entonces que nada podría objetar el acreedor si a pesar de su deterioro, su derecho está suficientemente garantizado. Carecería de interés para ello y sin interés no hay acción.

Tres derechos otorga al acreedor el art. 2427 del Código Civil:

1° Puede exigir que se mejore la hipoteca, que se le de un suplemento de hipoteca: en otras palabras, que se le otorgue una nueva hipoteca.

2° Alternativamente, puede exigir que se le otorgue una seguridad equivalente, como una prenda o una fianza. La redacción del art. 2427 del Código Civil no deja dudas en cuanto a que es al acreedor a quien corresponde la elección entre el suplemento de la hipoteca o la constitución de otra garantía. En cuanto a la equivalencia de la nueva garantía, en desacuerdo de las partes será apreciada por el juez.

3° A falta de cauciones, es decir en subsidio de los dos derechos anteriores, tiene el acreedor una tercera vía, que a su vez admite dos posibilidades atendiendo a las características de la obligación principal:

i) El acreedor está facultado para exigir el pago inmediato de la deuda, siempre que esta sea líquida y aún cuando haya plazo pendiente para su pago: el menoscabo de las cauciones produce la caducidad del plazo.

ii) Si la deuda que garantiza la hipoteca es ilíquida, indeterminada o condicional, y el deudor no se allana a mejorar la hipoteca o a dar otra garantía equivalente, al acreedor le sería imposible solicitar el pago de la deuda. Por eso, el art. 2427 del Código Civil lo autoriza para implorar las providencias conservativas que el caso admita. Estas medidas podrán consistir en la prohibición de celebrar actos o contratos con respecto al inmueble; nombramiento de un interventor, retención de las rentas de arrendamiento que produzca el inmueble, etc.

b) Situación del propietario después que el acreedor ejercita la acción hipotecaria.

Se ejerce la acción embargando el inmueble. Desde ese momento cesa la facultad del propietario de disponer del inmueble.

Si el bien hipotecado se encuentra en manos de un tercer poseedor, para proceder en su contra debe el acreedor notificarlo a objeto de que abandone la finca o pague la deuda, y si pasados 10 días no asume ninguna de estas actitudes, se le desposee del inmueble.

8.3. Efectos de la hipoteca, respecto del acreedor hipotecario.

La hipoteca concede al acreedor tres derechos principales y un cuarto ya analizado, que desde un punto de vista cronológico, operan en el siguiente orden:

1. Derecho a exigir que la finca se conserve en condiciones idóneas (art. 2427 del Código Civil).
2. Derecho de persecución (art. 2428 del Código Civil).
3. Derecho de venta (art. 2424 del Código Civil).
4. Derecho de pagarse preferentemente (arts. 2422, 2470 y 2477 del Código Civil).

1. Derecho a exigir que la finca se conserve en condiciones idóneas (art. 2427 del Código Civil).

Nos remitimos a lo precedentemente expuesto.

2. Derecho de persecución: art. 2428 del Código Civil.

Dispone el art. 2428: “La hipoteca da al acreedor el derecho de perseguir la finca hipotecada, sea quien fuere el que la posea, y a cualquier título que la haya adquirido. / Sin embargo, esta disposición no tendrá lugar contra el tercero que haya adquirido la finca hipotecada en pública subasta, ordenada por el juez. / Mas para que esta excepción surta efecto a favor del tercero deberá hacerse la subasta con citación 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 orden que corresponda. / El juez entre tanto hará consignar el dinero”.

El derecho de persecución de que goza el acreedor hipotecario se justifica, tanto porque es titular de un derecho real, cuanto porque el art. 2415 del Código Civil faculta al dueño de un inmueble hipotecado para enajenarlo sin que valga

estipulación en contrario. Al concederse esta facultad, el legislador no podía menos que dar al acreedor el derecho de persecución, ya que de lo contrario la garantía se tornaría ineficaz, pues quedaría en manos del deudor burlar al acreedor desprendiéndose de la finca.

Al ejercer el acreedor hipotecario el derecho de persecución, pueden presentarse dos escenarios:

- El acreedor persigue al deudor, quien es al mismo tiempo propietario del inmueble hipotecado.
- El acreedor, además de demandar al obligado, debe accionar en contra de un tercero, poseedor inscrito de la finca hipotecada.

a) Quienes son terceros poseedores.

En términos generales, puede decirse que es tercer poseedor todo aquel que es dueño del inmueble gravado y que no se ha obligado personalmente al pago de la deuda. Distinguimos dos situaciones:

a.1) En primer lugar, caso típico de tercer poseedor es el de aquel que adquiere la finca con el gravamen hipotecario. Dispone el art. 2429 del Código Civil: “El tercero 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 deudores 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 abandonare, será plenamente indemnizado por el deudor, con inclusión de las mejoras que haya hecho en ella”.

El precepto formula un distingo, según si el tercero poseedor de la finca hipotecada paga la obligación, o no lo hace, siendo en este último caso desposeído de la finca o abandonándola. Si paga, se subroga en el crédito, “en los mismos términos que el fiador”. Por ende, podrá intentar en contra del deudor la acción de reembolso, consagrada en el art. 2370 del Código Civil. Mediante esta acción, no sólo podrá cobrarle el capital pagado al acreedor primitivo, sino que también intereses, gastos e incluso la indemnización de los perjuicios que haya sufrido. Si no paga la obligación al acreedor, la finca finalmente será subastada. En tal caso, también podrá reclamar todo lo señalado para la primera hipótesis, pues el inc. 3º del art. 2429 establece que “será plenamente indemnizado por el deudor”.

Cabe indicar, sin embargo, que el adquirente, para quedar obligado sólo “propter rem” (es decir, sólo con el inmueble adquirido) debe ser un adquirente a título singular: por compra, donación o legado, por ejemplo.

En efecto, en caso de fallecimiento del deudor hipotecario, debemos distinguir:

i) Si el inmueble se adquiere a título de herencia, el heredero, al igual que el causante, es un deudor personal, pues se confunden los patrimonios de ambos. Por lo demás, no debemos olvidar lo dispuesto en el art. 1097 del Código Civil, en cuanto a que los herederos “representan la persona del testador (o en general, del causante) para sucederle en todos sus derechos y obligaciones transmisibles”. Por lo tanto, contra dicho heredero no debe interponerse la acción des desposeimiento, sino que la acción

hipotecaria, en los mismos términos que habría ocurrido de estar vivo el deudor.

En algunos casos sin embargo, el heredero no será deudor personal, sino sólo tercer poseedor, obligándose exclusivamente *propter rem*. Son tales:

i.- El asignatario que hereda con beneficio de inventario (arts. 1247 - 1259 del Código Civil);

ii.- El heredero que paga su cuota en las deudas hereditarias y en la partición se le adjudica el inmueble, sólo puede ser perseguido como tercer poseedor. En efecto, de conformidad al art. 1354 del Código Civil las deudas de la herencia se dividen entre los herederos a prorrata de sus cuotas. Por ello, en el heredero adjudicatario se reúnen dos calidades: la de deudor personal por la parte de la deuda que corresponde a su cuota hereditaria y la de tercer poseedor por el resto.

ii) En cuanto al legatario del bien hipotecado, de acuerdo con el art. 1366 del Código Civil, puede encontrarse en dos situaciones, según que el testador haya querido o no gravarlo expresamente con la deuda:

- En el primer caso, es evidente que no puede considerársele como tercero poseedor, desde el momento que está obligado personalmente a la deuda;
- En cambio, en el segundo sí, y procedería con ello iniciarle juicio de desposeimiento.

a.2) En segundo lugar, el caso de quien es “garante hipotecario” más no “deudor hipotecario”: es decir, quien constituye hipoteca sobre un bien propio para caucionar deudas ajenas: art. 2414, inc. 2º: “Pueden obligarse hipotecariamente los bienes propios para la seguridad de una obligación ajena; pero no habrá acción personal contra el dueño si éste no se ha sometido expresamente a ella”; y art. 2430 del Código Civil. Dispone este último precepto: “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 personalmente o no, se le aplicará la disposición del artículo precedente. / la fianza se llama *hipotecaria* cuando el fiador se obliga con hipoteca. / la fianza hipotecaria está sujeta en cuanto a la acción personal a las reglas de la simple fianza”.

Se trata de un tercero que sólo tiene una obligación real, y no personal, y por ende, el acreedor no puede ejercer en su contra el derecho de prenda general.

Se obligará personalmente sin embargo, en el caso del fiador hipotecario: art. 2430, inc. 3º del Código Civil.

Como lo expresa el inc. 2º del art. 2430, el garante hipotecario, tiene los mismos derechos que el tercero que adquiere el inmueble hipotecado.

b) Acción de desposeimiento.

El legislador no establece una forma especial para deducir la acción hipotecaria contra el deudor personal. Se tramitará entonces de acuerdo a las reglas generales del juicio ordinario si se carece de título ejecutivo o si se tiene, de acuerdo a las normas del último, procediéndose al embargo del inmueble y posterior subasta, previa tasación y publicaciones de rigor. No acontece lo mismo con la acción hipotecaria que se dirige contra el tercer

poseedor, pues el Código de Procedimiento Civil reglamenta expresamente el procedimiento a que está sujeta: arts. 758 a 763 del Código de Procedimiento Civil.

De manera entonces que el derecho de persecución de que goza el acreedor, la acción hipotecaria contra terceros poseedores y la acción de desposeimiento son términos que corresponden a una misma idea.

En términos generales, el procedimiento a que se sujeta la acción de desposeimiento, es el siguiente: se notifica al tercer poseedor para que dentro del plazo de 10 días pague la deuda o abandone la finca. Si opta por lo primero, termina el juicio. Si abandona la finca, se procede a su realización para hacer pago al acreedor. Si no asume ni una ni otra actitud, se inicia en su contra la acción de desposeimiento “propriadamente tal”, a objeto de desposeerlo de la finca y proceder después a realizarla y obtener así el pago del crédito.

Distinguimos entonces:

- El tercer poseedor paga la deuda.

En conformidad al art. 2429 del Código Civil, se subroga en los derechos del acreedor en los mismos términos que el fiador. Es un caso de subrogación legal, que para algunos queda comprendido en el art. 1610 N° 2 del Código Civil y para otros en el N° 3 del mismo precepto. Cabe indicar que si el tercer poseedor ha adquirido el inmueble hipotecado pagando el precio reconociendo la hipoteca, como usualmente ocurre, no podrá deducir acción alguna contra el deudor personal, quien a su vez fue su vendedor.

El art. 1366 del Código Civil se refiere al mismo caso, tratándose del legatario:

- i.- Si la obligación era del testador, el legatario tiene derecho a dirigirse en contra de los herederos (a menos que el testador lo hubiere gravado con el pago).
- ii.- Si la obligación no era del testador, el legatario no puede dirigirse contra los herederos, sino contra el deudor personal, respecto del cual el testador era garante.

- El tercer poseedor abandona la finca hipotecada: art. 2426 del Código Civil.

El abandono de la finca no supone un título de adjudicación o traslativo de dominio para el acreedor. En otras palabras, por el solo abandono éste no se hace dueño de la finca. El abandono no tiene otro objeto que el de poner el inmueble a disposición del tribunal para que se proceda a su realización. Además, si el art. 2426 del Código Civil autoriza al tercer poseedor para recobrar la finca abandonada pagando la deuda, es porque no obstante el abandono, continúa siendo de su propiedad. De igual forma, se refuerza la conclusión anterior, si tenemos presente que si el producto de la subasta supera el monto de la deuda y las costas, la diferencia pertenece al tercer poseedor.

El abandono de la finca debe hacerse ante el tribunal que conoce de la acción de desposeimiento. Efectuado el abandono, se procede a la realización de la finca en la misma forma que si el tercero poseedor hubiere sido desposeído de ella.

Abandonada la finca por el tercer poseedor, en conformidad con el inciso final del art. 2429 del Código Civil, puede repetir contra el deudor para que lo indemnice

plenamente, incluso de las mejoras que hubiere hecho en el inmueble. Adviértase sí que a diferencia del caso en que el tercer poseedor paga la deuda, en el abandono no se subroga en los derechos del acreedor; y mal podría subrogarse ya que la subrogación supone que ha habido pago de la deuda, y en el abandono no hay pago alguno. La acción de indemnización es entonces una acción personal.

- El tercer poseedor no paga la deuda ni abandona la finca.

Se inicia en su contra el juicio de desposeimiento. Tal acción se someterá a las reglas del juicio ordinario o a las del juicio ejecutivo, según fuere la calidad del título en que se funda, procediéndose contra el poseedor en los mismos términos en que podría hacerse contra el deudor personal.

c) Carece el tercer poseedor del beneficio de excusión, de acuerdo a lo dispuesto por el art. 2429, inc. 1º del Código Civil. Lo anterior rige, tanto en el caso del deudor que hipoteca o del tercero garante: art. 2430, inc. 2º del Código Civil.

d) En dos casos cesa el derecho de persecución:

- Contra el tercero que adquiere la finca hipotecada en pública subasta, ordenada por el juez (art. 2428 del Código Civil, “purga de la hipoteca”);
- Contra el adquirente del inmueble a consecuencia de una expropiación por causa de utilidad pública; en este caso, el acreedor puede hacer valer su derecho sobre el precio o monto pagado por la expropiación.

3. Derecho de venta.

Este derecho no se encuentra establecido en el título “De la Hipoteca”, sino que lo consagra el art. 2397 del Código Civil, aplicable a la hipoteca en virtud del art. 2424 del Código Civil. El art. 2397 del Código Civil no da una regla de procedimiento, sino que se limita a establecer una norma de carácter sustantivo: otorga al acreedor el derecho a sacar a remate el bien hipotecado o de adjudicársele a falta de posturas admisibles. Para el ejercicio de este derecho queda sujeto al Código de Procedimiento Civil, normas del juicio ejecutivo. Se embargará y rematará el inmueble en pública subasta, previa tasación, usualmente el avalúo fiscal vigente, o si es objetada por el ejecutado, el avalúo que efectúe un perito. La subasta deberá realizarse también previa publicación en periódicos y en las oportunidades y plazos mínimos de antelación que establece el Código de Procedimiento Civil.

De manera que el acreedor tiene dos derechos:

- Uno que podríamos llamar principal, cual es que la cosa hipotecada se saque a remate para pagarse con el producido del remate.
- Otro subsidiario, que supone el ejercicio del derecho anterior, para adjudicarse el bien hipotecado a falta de posturas admisibles y previa tasación de peritos. Respecto de este segundo derecho, ya dijimos a propósito del acreedor prendario que hoy es inoperante, por innecesario. ¿Sigue vigente esta disposición en relación al acreedor hipotecario? Atendido lo dispuesto en el art. 499 del Código de Procedimiento Civil, no cabe sino concluir que la disposición se encuentra derogada en lo concerniente al

acreedor hipotecario: el citado art. autoriza al acreedor, a falta de postores, para pedir que la finca se saque nuevamente a remate, con rebaja del mínimo, y se le adjudique por los 2/3 de la tasación.

El art. 2397, parte final, del Código Civil, prohíbe el llamado “pacto comisorio” o “lex comisorio”. En la acepción que estamos empleando⁴², el pacto comisorio puede definirse como el pacto por el cual las partes convienen que si el deudor, dentro de cierto tiempo, no retira la cosa que da en prenda, pagando la deuda, la cosa pasa, transcurrido el plazo, de pleno derecho e irrevocablemente, al dominio del acreedor, en pago de la deuda. Al prohibir la ley tal hipótesis, se impide que la hipoteca, al igual que respecto de la prenda, se transformen en ventas condicionales, y que el acreedor pueda quedarse con la cosa en virtud de estipulaciones preexistentes y por acto de su propia voluntad, es decir, sin el consentimiento del deudor.

Cabe enfatizar que el legislador considera de orden público los derechos establecidos en el art. 2397 del Código Civil. Son en consecuencia irrenunciables y cualquiera estipulación que viniera a suprimir o entorpecer su ejercicio adolecería de nulidad absoluta. Por la misma razón, el acreedor hipotecario no puede disponer de la cosa hipotecada o apropiársela por medios distintos a los señalados por la ley.

A su vez, debemos resaltar que la **acción hipotecaria** deja a salvo la **acción personal**, en virtud de la cual el acreedor puede perseguir los otros bienes del deudor. El acreedor hipotecario es titular de dos acciones: la personal que emana del vínculo jurídico cuya obligación se está garantizando y la acción real que deriva de la hipoteca. En realidad, mientras el inmueble hipotecado esté en poder del deudor personal, ambas acciones se confunden; pero en cambio ellas se diferencian nítidamente cuando el bien dado en garantía pasa a manos de un tercero, porque entonces contra éste sólo se puede ejercitar la acción real y contra el deudor, únicamente la acción personal. Esta, que permite al acreedor perseguir bienes que el deudor no ha dado en garantía, no es entorpecida en lo más mínimo por el ejercicio de la acción hipotecaria: así lo refrendan los arts. 2397 y 2425 del Código Civil.

Por ende, no siendo incompatibles las acciones no es aceptable la excepción de litis pendencia opuesta por el deudor personal o por el tercer poseedor, fundada en que el acreedor ha accionado contra el tercer poseedor o el deudor personal, respectivamente, al mismo tiempo. Claro está que al ejercer el acreedor la acción personal, no goza de un derecho preferente sobre los otros bienes del deudor, pues en este caso está sólo amparándose en el derecho de prenda general.

Los alcances anteriores, se vinculan también con el distinguo entre “obligaciones personales” y “obligaciones reales”, que hicimos al clasificar las obligaciones atendiendo a sus efectos, y que arranca del art. 2465 del Código Civil.

4. Derecho de preferencia: arts. 2470 y 2477 del Código Civil.

⁴² Que no debe confundirse con el pacto comisorio estudiado en las clasificaciones de las obligaciones.

a) Características de este derecho:

- La preferencia es especial, puesto que recae exclusivamente sobre el inmueble gravado. Recordemos que con respecto a los restantes bienes del deudor, el acreedor sólo goza del derecho de prenda general.
- La preferencia puede oponerse a terceros, lo que constituye una consecuencia lógica de la calidad de derecho real de la hipoteca.
- La preferencia es de tercera clase.

b) Extensión de la preferencia: nos remitimos a lo ya expuesto, a propósito de la extensión del derecho de hipoteca.

c) Pluralidad de hipotecas: nada obsta a que sobre un mismo inmueble, existan varias hipotecas, constituidas en favor de diversos acreedores. Regulan lo anterior los arts. 2415, 2477 y 2412 del Código Civil y art. 24 del Reglamento del Conservador de Bienes Raíces.

El art. 2415, en cuanto deja en claro que el dueño del inmueble hipotecado, puede constituir nuevas hipotecas, no pudiendo prohibírsele el acreedor.

El art. 2477, inc. 3º, dispone que “Las hipotecas de una misma fecha que gravan una misma finca preferirán unas a otras en el orden de su inscripción”.

El art. 2412, en cuanto deja en claro que la fecha de la hipoteca será “la fecha de la inscripción”: “Si la constitución de la hipoteca adolece de nulidad relativa, y después se valida por el lapso de tiempo o la ratificación, la fecha de la hipoteca será siempre la fecha de la inscripción”.

El art. 24 del Reglamento del Conservador de Bienes Raíces, que, al aludir a las menciones que debe contener la anotación en el Repertorio, indica entre ellas la hora, día y mes de la presentación hecha por el interesado.

d) Posposición de la hipoteca: es el acto por el cual el acreedor hipotecario consiente en que prefiera a su hipoteca otra, constituida con posterioridad. La preferencia de que goza el acreedor hipotecario es perfectamente renunciable, porque es un derecho establecido en su solo interés y en parte alguna el legislador prohíbe su renuncia. Naturalmente que esta facultad debe entenderse sin perjuicio del derecho que le asistiría a los acreedores del acreedor hipotecario para dejar sin efecto la renuncia, mediante el ejercicio de la acción pauliana, en caso que ella se hubiere hecho en fraude de sus derechos.

e) Ampliación de la hipoteca: en virtud de esta figura, sin constituir una nueva hipoteca, se modifica la que esté vigente, de manera que pase a caucionar otras obligaciones, no previstas al momento de celebrarse el contrato. Ampliada que sea la hipoteca, se pedirá al Conservador de Bienes Raíces competente que practique una nota al margen de la inscripción hipotecaria.

9.- MUTUO HIPOTECARIO CON LETRAS DE CREDITO.

Se encuentra reglamentado en la Ley General de Bancos, arts. 91 al 111. Presenta las siguientes características particulares:

a) El Banco, requerido judicialmente el deudor y transcurrido el plazo de 10 días, puede pedir el remate del inmueble hipotecado o su entrega en prenda pretoria al Banco acreedor.

b) El deudor podrá oponerse al remate o a la entrega en prenda pretoria, dentro del plazo de 5 días. Su oposición sólo será admisible cuando se funde en alguna de las siguientes excepciones:

- Pago de la deuda;
- Prescripción; y
- No empecer el título al ejecutado.

La oposición se tramitará como incidente.

c) Las apelaciones de las resoluciones que se dicten en contra del demandado, se concederán en el solo efecto devolutivo.

d) Ordenado el remate, se anunciará por 4 avisos publicados en días distintos, debiendo mediar 20 días entre el primero y la subasta. Las publicaciones se efectuarán en un periódico de la comuna en que se sigue el juicio, y si allí no lo hubiere, en uno de la capital de la provincia (en el juicio ejecutivo común, además deben efectuarse las publicaciones en un periódico correspondiente al lugar en que se ubica el inmueble). Cuando haya de procederse a nuevo remate, el número de avisos y el plazo que debe mediar entre la primera publicación y la subasta, se reduce a la mitad.

e) En las enajenaciones que se efectúen en estos juicios, no tendrá aplicación lo dispuesto en los números 3 y 4 del art. 1464 del Código Civil: no se requiere pedir autorización previa para subastar, lo que sí debe hacerse en el juicio ejecutivo común.

f) El procedimiento reseñado se seguirá tanto en el caso de cobro al deudor personal, como en el caso del art. 1377 del Código Civil y 758 del Código de Procedimiento Civil.

10.- EXTINCION DE LA HIPOTECA.

La hipoteca se puede extinguir por vía principal, cuando ella se extingue independientemente de la obligación garantizada; o por vía accesoria, cuando la extinción se produce por haber corrido igual suerte la obligación principal: art. 2434 del Código Civil.

10.1. Extinción por vía accesoria.

La extinción de la obligación principal sólo acarrea la extinción de la hipoteca cuando ella es total y definitiva. Total, porque en virtud del principio de la indivisibilidad, no obstante quedar insoluta una ínfima parte de la deuda, la hipoteca subsiste en su integridad; y definitiva, porque si la extinción de la obligación queda sin efecto, revive la hipoteca.

Algunos modos de extinguir obligaciones presentan particularidades respecto de la hipoteca.

- El pago: por regla general, hecho el pago se extingue la hipoteca. Pero si el pago lo hace un tercero que se subroga en los derechos del acreedor, la hipoteca subsiste garantizando el crédito en manos del tercero.

- La dación en pago: si extingue la obligación principal, también acarrea consigo la extinción de la hipoteca. Puede acontecer que con posterioridad a la dación en pago, el acreedor sea evicto en la cosa recibida en pago. ¿Revive en este caso la hipoteca? Una parte de la doctrina estima que no, pues considera la hipoteca como definitivamente extinguida, fundándose en el art. 2382 del Código Civil, que da esta solución para la fianza, y en que se ve en la dación en pago una novación por cambio de objeto, que extingue la obligación primitiva garantizada con hipoteca. Para otra parte de la doctrina, que ve en la dación en pago una simple modalidad de pago y no una novación por cambio de objeto, la hipoteca debe entenderse que no se extinguió, pues la obligación principal tampoco corrió la misma suerte (véase discusión al efecto, al tratar de la dación en pago, a continuación del pago, en el apunte de “Extinción de las Obligaciones”).

- La novación: extingue la obligación primitiva con todos sus accesorios, entre los cuales se encontraba la hipoteca; pero nada impide que las partes hagan reserva de las hipotecas, de acuerdo a los arts. 1642 a 1644 del Código Civil.

- Confusión: art. 2406 del Código Civil. Se aplica también a la hipoteca este modo de extinguir. Se producirá la confusión, por ejemplo, si al fallecer el acreedor, le sucede, como su único heredero, su hijo, quien era el deudor de la obligación garantizada con la hipoteca. En principio, no se concibe la hipoteca sobre un inmueble propio. Con todo, en un caso acontece tal cosa: art. 1610 del N° 2, el subrogado, en virtud de la subrogación, adquiere el derecho de hipoteca, que se pondrá de manifiesto cuando otros acreedores hipotecarios invoquen sus derechos sobre el inmueble. Fundamental será aquí el grado de cada hipoteca.

10.2. Extinción por vía principal.

En este caso, la obligación principal continúa vigente, extinguiéndose sólo la hipoteca.

Las causales son las siguientes:

a) Cuando el derecho del constituyente de la hipoteca se extingue por resolución: arts. 2434, inc. 2° y 2416 del Código Civil.

Opera aquí el principio general del art. 1491 del Código Civil. La hipoteca se extinguirá, salvo que el acreedor pueda alegar que desconocía la condición resolutoria, es decir que se encontraba de buena fe, lo que no podrá invocarse si la condición resolutoria constaba en el título respectivo, inscrito u otorgado por escritura pública (usualmente, ello constara en la escritura de compraventa respectiva; de ahí la importancia de los informes de títulos hasta 10 años y de cerciorarse que los saldos de precios estén pagados).

b) Vencimiento del plazo por el cual se constituyó la hipoteca: art. 2434 inc. 3° del Código Civil. Un ejemplo es la hipoteca constituida por una sociedad anónima, para garantizar deudas ajenas, caso en el cual, además de obtener la respectiva autorización de la junta extraordinaria de accionistas (art. 57 de la Ley de Sociedades Anónimas), debe limitarse la vigencia de la hipoteca, de manera que caucione obligaciones con un vencimiento máximo, indicado en el contrato hipotecario.

c) La prórroga del plazo que el acreedor concede al deudor, para el pago de la obligación, extingue la hipoteca constituida por un tercero, salvo que dicho garante concurra en la prórroga, aceptándola (art. 1649 del Código Civil).

d) Expropiación por causa de utilidad pública.

Expropiado el inmueble, se extingue también la hipoteca, sin perjuicio del derecho del acreedor hipotecario sobre el precio de la expropiación.

e) Por renuncia del acreedor hipotecario.

Tal acto se denomina alzamiento de la hipoteca, a través de una escritura pública, del que debe tomarse nota al margen de la respectiva inscripción hipotecaria, operando la respectiva cancelación (art. 2434, inc. 3º, Código Civil). Para que haya verdadera renuncia, el crédito caucionado con la hipoteca no debe estar pagado, pues si lo estuviera, la hipoteca se entenderá extinguida por vía consecencial.

El alzamiento de la hipoteca puede ser total o parcial.

f) Purga de la hipoteca: art. 2428 del Código Civil.

Cesa el derecho de persecución del acreedor hipotecario, contra el tercero que haya adquirido el inmueble en pública subasta, ordenada por el juez.

Deben concurrir las siguientes condiciones:

- i) La venta debe efectuarse en pública subasta, ordenada por el juez (es decir, en el marco de un litigio).
- ii) Debe citarse personalmente a los acreedores hipotecarios, mediante receptor judicial.
- iii) La subasta no puede efectuarse antes de transcurrido el término de emplazamiento, contado desde la notificación a los acreedores hipotecarios.

Si no se citare a uno o más acreedores hipotecarios, la subasta es válida, pero subsiste la hipoteca del acreedor o acreedores omitidos. Estos podrán por tanto ejercer su derecho de persecución, en contra del tercero adquirente en la subasta.

El art. 492 del Código de Procedimiento Civil complementa el art. 2428 del Código Civil, consagrando a los acreedores hipotecarios de grado preferente a aquel que persigue el remate de la finca, el derecho de optar:

- a) Por pagarse sus créditos con el producto del remate; o
- b) Conservar sus hipotecas, siempre que sus créditos no estén devengados. En otras palabras, si el deudor está en mora, no puede optarse por conservar la hipoteca, sino que necesariamente debe optarse por pagarse con el producto del remate.

Dispone el citado art. 492, en sus dos primeros incisos: "Si por un acreedor hipotecario de grado posterior se persigue una finca hipotecada contra el deudor personal que la poseyere el acreedor o acreedores de grado preferente, citados conforme al artículo 2428 del Código Civil podrán o exigir el pago de sus créditos sobre el precio del remate según sus grados, o conservar sus hipotecas sobre la finca 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".

Somarriva señala que este derecho a conservar las hipotecas, también pueden ejercitarlo los acreedores de grado preferente cuando se persiga la finca hipotecada contra los terceros poseedores, en virtud de lo dispuesto en el art. 762 del Código de Procedimiento Civil, en las normas sobre la acción

de desposeimiento contra terceros poseedores de la finca hipotecada o acensuada: “Lo dispuesto en el artículo 492 se aplicará también al caso en que se persiga la finca hipotecada contra terceros poseedores”.

Finalmente, indica Manuel Somarriva que el art. 492 se pone en el caso en que la finca sea perseguida por uno de los acreedores hipotecarios. Pero, si la embarga un acreedor que no sea hipotecario, ¿se aplicará igualmente la disposición? La afirmativa –dice el autor citado- nos parece evidente; no habría razón para que en este caso no tuvieran los acreedores el mencionado derecho. eso sí, agrega, todos los acreedores hipotecarios gozarían del derecho que consagra el art. 492.⁴³

⁴³ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., pp. 493 y 494.