

II. LA HIPOTECA

CAPITULO I

GENERALIDADES

340. **Definición y concepto.**—El artículo 2,407 dice que “la hipoteca es un derecho de prenda sobre inmuebles que no dejan por eso de permanecer en poder del deudor”. La definición transcrita, si bien no es errada, no da una idea clara de esta garantía. Por eso, mejor podemos definirla como el derecho real que recae sobre un inmueble que, permaneciendo en poder del que lo constituye, da derecho al acreedor para perseguirlo de manos de quien se encuentre y de pagarse preferentemente del producido de la subasta.

Hemos definido la hipoteca como derecho real y no como contrato, porque si bien por lo general tiene ambos caracteres no siempre acontece así, pues puede existir como derecho sin que haya contrato, como pasa en la hipoteca legal contemplada en el artículo 819 del Código de Procedimiento Civil. Por lo demás, el legislador tampoco la define como contrato, ya que la equipara a la prenda. Cabe advertir que don Andrés Bello, en el Proyecto de 1853, artículo 2,573, definía la hipoteca destacando su carácter de derecho real.

Si la hipoteca es un derecho real, quizás habría sido más lógico que el legislador, tal como lo hacen los Códigos más modernos, se hubiera ocupado de ella al referirse a esta clase de derechos, en el libro II, por ejemplo a continuación de las servidumbres. Pero la ubicación que tiene dentro de los contratos se justifica tanto por una razón histórica, ya que esa misma ubicación tiene en el Código francés,

cuanto porque en el Código Civil la hipoteca es siempre de origen contractual. El único caso de hipoteca legal que hay en nuestra legislación fué establecido con posterioridad por el Código de Procedimiento Civil.

341. **Importancia.**—De todas las cauciones, tanto reales como personales, ninguna ofrece mayor seguridad al acreedor que la hipoteca, lo que justifica que sea la principal fuente de crédito en el mundo de los negocios. Ello porque los bienes raíces tienen un valor estable de muy escasa fluctuación, de manera que el riesgo del acreedor es mínimo. Además, dado que por lo general el valor de los inmuebles es más o menos elevado, resulta posible obtener créditos cuantiosos que permiten emprender negocios e industrias de vasto alcance. También la hipoteca presenta ventajas para el deudor, porque, no obstante la constitución del gravamen, no se ve desposeído del inmueble, lo que le permite valerse de él para obtener otras utilidades.

Con estos antecedentes no es raro que los capitales colocados con garantía hipotecaria sean de gran consideración. Así, según estadísticas citadas por Colin y Capitant (122), en 1911 existían en Francia hipotecas que representaban 14,500 millones de francos, y en Inglaterra ellas ascendían al 58% del valor de los bienes raíces. En nuestro país, en 1931 los Bancos comerciales tenían colocados en hipoteca más de 400 millones de pesos (123), suma que con el desarrollo de los negocios es lógico haya aumentado notablemente, y en la cual no se comprenden las operaciones efectuadas por las instituciones regidas por la ley de 29 de agosto de 1855, que sólo facilitan dinero con garantía hipotecaria.

342. **Orígenes.**—Como tuvimos ocasión de ver al referirnos a la evolución histórica de las cauciones reales (124), el origen de la hipoteca se hermana y marcha paralelo al de la prenda. Ambas nacieron en Roma como una misma institución. Primero aparece la enajenación fiduciaria, después el pignus, y finalmente, con ocasión del contrato de arrendamiento, la hipoteca, con su característica fundamental de que los bienes dados en garantía permanezcan en poder del deudor.

(122) O. c., tomo V, pág. 282.

(123) Pablo Langlois Délano, "La cláusula de garantía general hipotecaria", Memoria, 1933, pág. 8.

(124) Ver supra N.º 208.

También la hipoteca tuvo gran aplicación en Grecia, con peculiaridades que la diferenciaban de la forma como se hallaba establecida en el Derecho Romano. En éste, las hipotecas eran ocultas, porque no se daba ninguna publicidad al gravamen, y generales, porque con ellas quedaban gravados todos los bienes del deudor. En Grecia se innovó en cuanto a la clandestinidad: a los inmuebles dados en garantía se le hacían grandes marcas llamadas "opot" de donde precisamente viene la expresión hipoteca.

343. **Características. Enumeración.**—La hipoteca presenta interesantes características, cuyo estudio nos permitirá formarnos una idea precisa y completa de ella. Son las siguientes: es un derecho real; es un derecho inmueble; constituye una limitación del dominio; es un derecho accesorio; da origen a una preferencia; es indivisible, y constituye un principio de enajenación.

344. 1.° **Es un derecho real.**—El carácter de derecho real de la hipoteca lo dejamos enunciado al estudiar la definición. Por su parte, el artículo 577 la enumera entre esta clase de derechos. Pero como derecho real la hipoteca difiere de los demás derechos de igual naturaleza porque en éstos, trátase del dominio, del usufructo, de la prenda, de las servidumbres, hay una relación directa entre la cosa sobre la cual recae el derecho y su titular; ellos se ejercitan mediante el goce o tenencia de la cosa. Nada de esto acontece en la hipoteca, en la cual 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 (125).

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 artículo 2,428, que le permite perseguir la finca hipoteca en manos de quien se encuentre y a cualquier título que la haya adquirido.

345. 2.° **Es un derecho inmueble.**—El carácter inmueble de la hipoteca resulta claramente del artículo 580, ya que siempre se ejercita sobre un bien raíz. Por eso debemos descartar la opinión sosteni-

(125) Jossierand, o. c., N.º 1635, pág. 882; Luis Barriga Errázuriz, "La hipoteca de cosa ajena", Memoria, 1926, N.º 1, pág. 8.

da por algunos autores, como Demolombe, Duranton y Colmet de Santerre (126), que la califican de mueble o inmueble según la naturaleza de la obligación que la hipoteca esté garantizando. Por lo demás, esta opinión no es compartida en Francia por la mayoría de los autores, quienes reconocen la naturaleza inmueble que siempre tiene la hipoteca (127).

De esta característica de la hipoteca se siguen consecuencias interesantes, a saber: que su tradición se efectúa por la inscripción en el Conservador de Bienes Raíces (artículo 688); que para su renuncia se requiere capacidad de enajenar, y que su posesión puede ser amparada mediante las acciones posesorias (artículo 916).

346. 3.º Es un derecho accesorio. Obligaciones susceptibles de garantizarse con hipoteca.—El carácter accesorio de la hipoteca —común por lo demás a todas las cauciones— está reconocido expresamente por el artículo 46.

Supone ella, pues, la existencia de una obligación principal que le sirva de soporte, sea de dar, hacer o no hacer; pura y simple o sujeta a modalidades, como se desprende del artículo 2,427; determinada o indeterminada, como lo deja entrever la misma disposición; actual o futura, como lo dispone el artículo 2,413 al manifestar que la hipoteca puede constituirse “antes o después de los contratos a que accede”; emane de un contrato, de un cuasicontrato, de un delito, de un cuasidelito o de la ley.

Asimismo, son susceptibles de garantizarse con hipoteca no sólo las obligaciones civiles, sino también las naturales. Y con respecto a la garantía hipotecaria de esta última clase de obligaciones rigen los mismos principios que dejamos sentado al estudiar las demás cauciones (128). Esto es, si la hipoteca la constituye el deudor o un tercero para garantizar una obligación civil que después pasa a ser natural, subsiste la hipoteca con este mismo carácter en virtud del principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal; pero si la garantía la otorga un tercero cuando la obligación ya es natural, su obligación es civil perfecta como se desprende del artículo 1,472.

(126) Citados por Dalloz, o. c., sobre el artículo 2,118, N.º 61.

(127) Baudry Lacantinerie, o. c., tomo II, N.º 904, pág. 10; Laurent, o. c., tomo XXX, N.º 174, pág. 153.

(128) Ver supra N.º 13, 112 y 229.

347. Hipoteca que garantiza obligaciones indeterminadas en cuanto a su monto.—El Código francés establece en su artículo 2,132: “La hipoteca convencional no es válida sino en tanto que la suma por la cual ha sido consentido es cierta y determinada en el contrato”. De esta manera, en esa legislación se rechaza la validez de la hipoteca que garantiza obligaciones indeterminadas y se acepta ampliamente el principio de la especialidad de la hipoteca en cuanto a las obligaciones que ella garantiza. No pasa lo mismo en nuestro Código, ya que en él resulta fuera de toda duda que no obsta a la validez de la hipoteca el hecho de que las obligaciones aseguradas sean indeterminadas en cuanto a su monto. Así se desprende de varias de sus disposiciones.

Tenemos en primer lugar que, en conformidad al artículo 376, la fianza que por lo general está obligado a rendir el guardador para entrar en el ejercicio de su cargo puede sustituirse por una hipoteca suficiente, y esta hipoteca es de un monto indeterminado, ya que no se sabe si al terminar la guarda afectará responsabilidad al guardador, ni menos por consiguiente, a cuánto, traducido en pesos, va a alcanzar dicha responsabilidad (129).

En seguida, el artículo 2,427 se pone en el caso que la deuda garantizada “fuere ilíquida, condicional o indeterminada”.

Finalmente, el artículo 2,431 establece que “la hipoteca podrá limitarse a una determinada suma, con tal que así se exprese inequívocamente”. Con lo que, a contrario sensu, acepta que pueda estar indeterminado el monto de las obligaciones garantizadas. Por eso, el artículo 81 del Reglamento del Conservador de Bienes Raíces, al enumerar 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.

Con los antecedentes expuestos, no es extraño que, sin reticencia

(129) Fuera de este artículo tenemos el 155, según el cual, si la mujer pide la separación de bienes por el mal estado de los negocios del marido, éste puede oponerse a ella, dando hipoteca que asegure suficientemente los intereses de la mujer, hipoteca que también es de monto indeterminado.

Cabe observar que tanto el artículo 376 como el 155 se refieren a la hipoteca más no a la prenda. Ello está demostrando lo que dijimos con respecto a esta caución en el sentido de que mediante ella no pueden garantizarse obligaciones indeterminadas.

alguna, la doctrina (130) y la jurisprudencia acepten la validez de estas hipotecas. Así, por ejemplo, la Corte de Apelaciones de Concepción (131) y la Corte Suprema (132) han reconocido eficacia a la hipoteca que garantiza una cuenta corriente y los sobregiros que se puedan efectuar en ella, caso típico de hipoteca de monto indeterminado. También este último Tribunal ha reconocido valor a la hipoteca que garantiza los anticipos de dinero que hace una persona a otra por operaciones pendientes, aunque no se indique el monto de las obligaciones (133).

348. Hipoteca que garantiza obligaciones indeterminadas en cuanto a su naturaleza.—No obstante que se haya sostenido lo contrario (134), creemos que en nuestra legislación es perfectamente válida la hipoteca que asegura obligaciones indeterminadas en cuanto a su naturaleza. En efecto, el artículo 2,427 a que acabamos de referirnos se pone en el caso que la obligación sea ilíquida, condicional o "indeterminada", sin distinguir si la indeterminación sea en cuanto al monto o en cuanto a la naturaleza de ella, por lo que debe entenderse que comprende a ambas. Además, el inciso final del artículo 2,413 estatuye que la hipoteca puede otorgarse antes o después del contrato a que acceda. Y si el legislador expresamente permite que la hipoteca se otorgue antes del contrato a que accede, es porque acepta que esta hipoteca pueda garantizar obligaciones indeterminadas, futuras, ya que no se sabe cuáles y de qué naturaleza van a ser esas obligaciones.

349. Cláusula de garantía general hipotecaria.—En los préstamos que conceden los Bancos es frecuente que se estipule lo que se denomina la cláusula de garantía general hipotecaria, y que consiste en que el deudor hipoteca un predio como garantía, no sólo de la obligación que actualmente contrae, sino también de todas sus deudas futuras a favor del Banco.

(130) Fernando Alessandri, "La hipoteca en la legislación chilena", N.º 132, pág. 139.

(131) Sentencia de 14 de enero de 1931, "Revista de Derecho y Jurisprudencia", tomo XXX, segunda parte, sección segunda, pág. 65.

(132) Sentencia de 30 de octubre de 1934, "Revista de Derecho y Jurisprudencia", tomo XXXIV, segunda parte, sección primera, pág. 540.

(133) Sentencia de 30 de agosto de 1939, "Revista de Derecho y Jurisprudencia", tomo XXXVII, segunda parte, sección primera, pág. 258.

(134) F. Alessandri, o. c., N.º 130, pág. 138.

La eficacia de semejante cláusula ha sido discutida (135). Pero, en nuestro concepto, ella es perfectamente válida, en razón de encerrar una garantía de obligaciones futuras e indeterminadas, tanto en cuanto a su monto, como en cuanto a su naturaleza, y dichas garantías, como hemos visto en los números anteriores, son perfectamente válidas.

Esto no obstante, por la importancia práctica que reviste la cuestión examinemos los principales argumentos que se formulan en contra de la eficacia de la cláusula de garantía general.

Se dice que ella es nula por indeterminación del objeto, en conformidad al inciso 2.º del artículo 1.461, que establece: "La cantidad puede ser incierta con tal que el acto o contrato fije reglas o con tenga datos que sirvan para determinarla". Pero, como puede observarse a primera vista es muy poco afortunada la objeción, porque se confunde el objeto del contrato principal con el objeto de la hipoteca, es decir, del contrato accesorio. El objeto de la hipoteca no es la suma o sumas garantizadas con ella, sino el inmueble dado en garantía. Así lo veremos en el N.º 386, y así también lo reconocen los autores (136).

También se argumenta que en conformidad a los artículos 2.432 y 81 del Reglamento del Conservador de Bienes Raíces 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, demostrándose así su improcedencia. El razonamiento es más aparente que real. La letra del artículo 2.413 no deja dudas en cuanto a que la hipoteca puede otorgarse antes o después del contrato; luego entonces, la exigencia del artículo 2.432 hay que interpretarla racionalmente en el sentido de que debe cumplirse con ella cuando el contrato que se garantiza se haya celebrado antes o coetáneamente con la hipoteca, pero no cuando aquél sea un contrato

(135) Pablo Langlois Délano, dedica su Memoria de Licenciado, "La cláusula de garantía general hipotecaria", 1933, a demostrar la validez de la cláusula. Germán Riesco, en un interesante artículo publicado en la "Revista de Derecho y Jurisprudencia", (tomo XXVII, segunda parte, sección primera, pág. 630), como comentario a un fallo de la Corte Suprema, es también de la misma opinión. En cambio, F. Alessandri (o. c., N.º 129, pág. 138), estima lo contrario, pero sin demostrarlo, porque se limita a decir: "En nuestro concepto, la hipoteca constituida para asegurar el cumplimiento de todos los contratos que se puedan celebrar con una persona, carece de valor legal en la legislación chilena".

(136) Germán Riesco, artículo citado.

futuro. Así también lo entiende Pablo Langlois, expresándose en los siguientes términos: "Del examen comparativo de los artículos 2,413 " y 2,432 N.º 2.º, y aplicando las reglas de interpretación del artículo 22, se llega a la conclusión de que la exigencia del segundo 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" (137).

En relación con el artículo 2,413, se ha pretendido que si bien él, autoriza para otorgar la hipoteca antes que se celebre el contrato principal, en cambio la inscripción sólo podría hacerse una vez celebrado este contrato. Semejante interpretación no se encuadra con la letra de la citada disposición, ni menos con la historia de su establecimiento. En efecto, en el Proyecto de Código de 1846 el inciso 5.º del artículo 645 establecía: "Si (la hipoteca) se otorgare antes (del contrato principal) no tendrá valor, ni se entenderá correr, sino desde la fecha " del contrato a que acceda; o desde la fecha de la anotación, si " fue " re posterior a la del contrato". En seguida, en el Proyecto de 1853, artículo 2 605 inciso final, con referencia a la hipoteca se dice que "podrá asimismo otorgarse en cualquier tiempo antes o después de los contratos a que acceda". Y, finalmente, el inciso final del artículo 2,413 del Código actual reza: "Podrá asimismo otorgarse en cualquier " tiempo antes o después de los contratos a que acceda, y correrá " desde que se inscriba".

Como se ha hecho notar (138) la evolución del artículo 2,413 a través de los distintos Proyectos del Código deja de manifiesto que la hipoteca de obligaciones futuras tiene valor desde que ésta se inscribe —lo que puede hacerse de inmediato,— y no sólo desde que se contraen estas obligaciones. Para convencerse de ello, basta con observar que en el Proyecto de 1846, Bello, influenciado por las ideas del Derecho Romano y del Derecho Francés, aceptaba la doctrina contraria; en el Proyecto de 1853 nada decía al respecto, y, por último, en el artículo 2,413, abandonado la idea primitiva, autoriza la inscripción de inmediato.

Confirma la interpretación que hemos dado al inciso final del artículo 2,413 la relación que existe entre él y el resto de la disposición.

(137) O. c., N.º 38, pág. 54.

(138) Gerián Riesco, comentario citado, y Pablo Langlois, o. c., N.º 35, pág. 50.

En efecto, sus incisos anteriores se ponen en el caso que se constituya una hipoteca bajo condición y desde o hasta cierto día, y dispone que la hipoteca valdrá desde que se cumpla la condición o desde que llegue el día, pero que su fecha se contará desde la inscripción. Y, en realidad, la hipoteca que garantiza contratos futuros es verdaderamente condicional, porque su eficacia depende en definitiva del valor de estos contratos; pero, una vez celebrados, opera con efecto retroactivo y su fecha será la de la inscripción.

Por lo demás, el carácter accesorio de la hipoteca no obsta a que la garantía nazca antes de los contratos cuyo cumplimiento asegure, como también lo establece el artículo 2,339 para la fianza. Confirma esta apreciación el artículo 1,442, pues, como dice Pablo Langlois, "Contrato accesorio es el que no puede "subsistir" sin una obligación " principal. El término subsistir se refiere a algo que ya existe y que " sigue existiendo a pesar de haberse producido una nueva circuns- " tancia. El Diccionario lo presenta como un sinónimo de permane- " cer, durar. De manera que usual y gramaticalmente (no olvidemos " que don Andrés Bello fué un gramático) el contrato accesorio no " puede seguir existiendo si la obligación principal desaparece, pero " podría émpezar a existir antes que la obligación principal nacie- " ra" (139).

Como puede verse con la exposición que antecede, los argumentos que se hacen contra la eficacia de la cláusula de garantía general carecen de valor. En su defensa puede agregarse todavía que de los distintos Proyectos de Código se desprende que don Andrés Bello se apartó en esta materia del Código francés y siguió al Derecho español, donde semejante cláusula es válida. Esto lo demuestra la sentencia de la Corte Suprema de 31 de julio de 1860 (140), que lleva la firma de los magistrados don José Gabriel Palma y don Manuel J. Cerda, miembros de la Comisión redactora y revisora del Código en la cual se reconoce la validez de la cláusula de garantía general.

Otro antecedente en favor de la cláusula en estudio lo da el hecho de haber sido ella puesta en práctica por primera vez por el Banco de Valparaíso, a iniciativa de su abogado don Enrique Cood, quien,

(139) Pablo Langlois, Comentarios a una sentencia, "Revista de Derecho y Jurisprudencia", tomo XXXIV, segunda parte, sección segunda, pág. 50.

(140) Gaceta de los Tribunales de 1860, pág. 346, N.º 1440.

como se sabe, fué amigo y alumno de don Andrés Bello y también profesor de Derecho Civil (141).

Finalmente, el legislador de los últimos tiempos también estima que esta cláusula es válida. Así queda de manifiesto con la dictación de la ley 4,287, sobre prenda de valores mobiliarios a favor de los Bancos, donde expresamente se acepta la cláusula de garantía general prendaria. Ante este hecho, con razón dice Germán Riesco: "¿Por qué el legislador, cuando cuidaba de desarrollar el crédito bancario, no dictó para la hipoteca un precepto que permitiera constituir la, como la prenda, en garantía de obligaciones futuras e indeterminadas? Sencillamente porque ya existían los artículos 2,413 y 2,431 del Código Civil" (142).

Con los antecedentes expuestos, no extrañará que la Corte Suprema (143) y la Corte de Apelaciones de Santiago (144), reiteradamente hayan reconocido la eficacia de la cláusula de garantía general, no obstante que la Corte de Apelaciones de Talca (145) y con más persistencia la de Concepción (146), hayan declarado lo contrario.

(141) Pablo Langlois, "La cláusula de garantía general hipotecaria", N.º 14, pág. 24.

(142) Comentario citado.

(143) Sentencias de 11 de noviembre de 1929, Gaceta de los Tribunales de 1929, tomo 2.º sentencia N.º 32, pág. 170 y "Revista de Derecho y Jurisprudencia", tomo XXVII, segunda parte, sección primera, pág. 630; de 30 de octubre de 1934; Gaceta de los Tribunales de 1934, 2.º semestre, sentencia N.º 30, pág. 137 y "Revista de Derecho y Jurisprudencia", tomo XXXIV, segunda parte, sección primera, pág. 540 y de 14 de enero de 1939, "Revista de Derecho y Jurisprudencia", tomo XXXVI, segunda parte, sección primera, pág. 500 y Gaceta de los Tribunales de 1939, 1.º semestre, sentencia N.º 10, pág. 98.

(144) Sentencias de 26 de diciembre de 1866, Gaceta de los Tribunales de 1866, sentencia N.º 43, pág. 24; 20 de diciembre de 1888, Gaceta de los Tribunales de 1888, tomo 2.º, sentencia N.º 3063, pág. 1058 y de 7 de junio de 1937, Gaceta de los Tribunales de 1937, 1.º semestre, sentencia N.º 85, pág. 343 y "Revista de Derecho y Jurisprudencia", tomo XXXIV, segunda parte, sección segunda, pág. 49.

(145) Sentencias de 12 de septiembre de 1900, Gaceta de los Tribunales de 1900, tomo 2.º, sentencia N.º 2048, pág. 139, y de 23 de abril de 1936, Gaceta de los Tribunales de 1936, sentencia N.º 110, pág. 476. Sin embargo esta Corte acepta la validez de la cláusula de garantía general en sentencia de 8 de mayo de 1906, Gaceta de los Tribunales de 1906, sentencia N.º 224, pág. 369.

(146) Sentencias de 20 de octubre de 1925, Gaceta de los Tribunales de 1925, tomo 2.º, sentencia N.º 120, pág. 610; de 16 de octubre de 1929, Gaceta de los Tribunales de 1929, tomo 1.º, sentencia N.º 82, pág. 374 y "Revista de Derecho y Jurisprudencia", tomo XXX, segunda parte, sección segunda, pág. 72.

Creemos que la cláusula en estudio garantiza aún las obligaciones contraídas por el deudor después que se desprende del dominio del inmueble hipotecado. Para pensar así nos fundamos en que la hipoteca es un derecho real, y, como tal da derecho de persecución contra terceros poseedores; en seguida porque como en la inscripción hipotecaria se deja constancia de la cláusula de garantía general, el tercero tiene conocimiento de su existencia, y, finalmente, porque si en virtud de la enajenación del inmueble hipotecado no quedaren afectos al gravamen los créditos que con posterioridad adquiriera el acreedor, resultaría que por un acto propio del deudor disminuiría la garantía y le sería suficiente a éste desprenderse del inmueble para libertarse del cumplimiento de sus obligaciones.

Tampoco existiría objeto ilícito, y menos por lo tanto nulidad, si el inmueble hipotecado es embargado por terceros y con posterioridad al embargo el deudor contrae para con el acreedor nuevas deudas, porque la hipoteca se ha perfeccionado con la inscripción, esa es su fecha, y no la del momento en que se celebra el contrato; y al practicarse la inscripción no ha existido embargo que afecte a la validez del gravamen.

350. Derecho que el artículo 2,431 concede al deudor en caso de hipoteca indeterminada.—El artículo 2,431 establece que: “La hipoteca podrá limitarse a una determinada suma, con tal que así se exprese inequívocamente; pero no se extenderá en ningún caso a más del duplo del importe conocido o presunto de la obligación principal, aunque así se haya estipulado. El deudor tendrá derecho para que se reduzca la hipoteca a dicho importe; y reducido se hará a su costa una nueva inscripción, en virtud de la cual no valdrá la primera sino hasta la cuantía que se fijare en la segunda”.

Para estudiar acertadamente el derecho que este artículo confiere al deudor para pedir la reducción de la hipoteca es necesario distinguir tres casos.

Se otorga una hipoteca señalándose expresamente su límite; digamos, hasta \$ 100,000. En este caso, la garantía por capital e intereses no puede exceder de dicha suma.

Se constituye hipoteca para caucionar una obligación determinada que produce intereses. Por ejemplo, Pedro, para responder al préstamo de \$ 100,000 que le hace Juan, le hipoteca un inmueble; agre-

guemos que pasa el tiempo, Pedro no paga y los solos intereses suben a \$120,000. ¿Podría Pedro pedir que la hipoteca se redujere a \$ 200,000? En otros términos, en la expresión obligación principal que usa el artículo 2,421 ¿se comprende sólo el capital, o también los intereses? Nos parece inconcuso, y así se ha fallado (147), que en el caso propuesto el deudor no podría solicitar la reducción. La solución contraria haría fuego con el artículo 2,491, según el cual "los intereses concurrerán hasta la extinción de la deuda, y se cubrirán con la preferencia que corresponda a sus respectivos capitales".

Si la hipoteca garantiza obligaciones indeterminadas, como sucede cuando existe cláusula de garantía general el deudor puede, en virtud del derecho que le confiere el artículo 2 431, solicitar en cualquier momento que se limite la hipoteca al duplo del importe conocido o presunto de la obligación principal a esa fecha. De este modo, si el deudor tiene para con un Banco una deuda de \$ 30,000 que ha recibido en mutuo y además \$ 20,000 por sobregiros en la cuenta corriente, podrá pedir que se limite la hipoteca a \$ 100,000, a pesar de haberse estipulado la referida cláusula.

Ante la negativa del acreedor para reducir la hipoteca, no le quedaría al deudor sino recurrir a la justicia, y su pretensión se tramitaría en conformidad a las reglas del juicio ordinario, en virtud de lo dispuesto en el artículo 3.º del Código de Procedimiento Civil. Asimismo, tendría que recurrirse a los Tribunales si deudor y acreedor no se ponen de acuerdo sobre el "importe presunto" de la obligación principal.

El derecho que confiere el artículo 2,431 sólo puede ejercitarlo el deudor y no otros acreedores, como ser los acreedores hipotecarios posteriores. Así lo ha resuelto la Corte Suprema (148).

Limitada la hipoteca, ya sea de común acuerdo por acreedor y deudor o en virtud de una resolución judicial ante la reticencia del primero para aceptarla, se practica una nueva inscripción, a costa del deudor, en virtud de la cual no vale la primera sino hasta la cuantía que figure en la segunda. Esta nueva inscripción no constituye tradición del derecho de hipoteca, porque esta función la ha llenado la inscripción primitiva, sino que es una medida de publicidad.

(147) Corte Suprema, sentencia de 19 de noviembre de 1904, "Revista de Derecho y Jurisprudencia", tomo II, segunda parte, sección primera, pág. 217.

(148) Sentencia citada en la nota anterior.

351. **Consecuencias que se siguen de ser la hipoteca un derecho accesorio.**—Del carácter accesorio de la hipoteca se derivan consecuencias de gran importancia. Ellas de una manera general, se traducen en decir que la hipoteca sigue la misma suerte del crédito que garantiza. Por eso es que, extinguida la obligación, también se extingue la hipoteca; que, a la nulidad de aquélla, se sigue la nulidad de ésta; que toda modalidad que afecta a la obligación principal se refleja en la hipoteca; que, en conformidad al artículo 2,516, la acción hipotecaria prescribe conjuntamente con la acción que emana de la obligación principal; y, finalmente, que dondequiera 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, y con su ingreso a la sociedad conyugal en los casos que indica el artículo 1,725 (149).

352. **¿Puede la hipoteca que garantiza un crédito traspasarse a otro? Caso de la novación.**—De acuerdo con lo dicho tenemos que, extinguida la obligación principal, también se extingue la hipoteca. Sin embargo, excepcionalmente si aquélla se extingue por la novación, la hipoteca puede subsistir, cuando en conformidad al artículo 1,642 acreedor y deudor convengan expresamente en su reserva. Producida esta situación, hasta cierto punto la hipoteca pierde su carácter accesorio, porque se desvincula de la obligación que primitivamente garantizó y pasa a asegurar una nueva obligación. La posibilidad de hacer reserva de las hipotecas viene desde antiguo, y como dice Giorgi: “Al sancionarla el Código no ha hecho más que rendir homenaje a las tradiciones” (150).

Pero si bien es posible hacer la reserva, es necesario tener presente las limitaciones consignadas en los artículos 1,642 y 1,643, y que son los siguientes: ella no vale en cuanto la segunda obligación exceda a la primera, porque la solución contraria podría perjudicar a los acreedores hipotecarios posteriores, y aún a los valistas; si los bienes hipotecados pertenecen a terceros, se requiere el consentimiento de éstos para que ella valga, solucionado así nuestro legislador un punto que en el Código francés es muy discutido; si la novación se opera

(149) Sobre estos puntos ver *infra* N.º 413, 414, 415, 460 y 467.

(150) O. c., tomo VII, N.º 423, pág. 495.

por la substitución de un nuevo deudor, no puede hacerse la reserva en los bienes del nuevo deudor ni aún con su consentimiento, lo que significa que la hipoteca no puede saltar de un bien a otro; y, finalmente, si hay varios deudores solidarios, la reserva sólo afecta a aquél respecto del cual se produce la novación, pero si los bienes hipotecados pertenecen a los otros deudores, para que sea posible la reserva es necesario que éstos accedan expresamente a la segunda obligación.

Los autores franceses se muestran en desacuerdo acerca de si en la novación por cambio de deudor puede hacerse reserva de las hipotecas que éste haya constituido, aún sin su consentimiento (151). Don Andrés Bello, en los primeros Proyectos de Código, solucionaba expresamente la cuestión exigiendo dicho consentimiento (152). A pesar de que en el Código que nos rige no prosperó la disposición de los Proyectos, es evidente que debe llegarse a la misma conclusión. Para pensar así basta considerar que en virtud de la novación el primitivo deudor queda desligado de toda responsabilidad, pasa a ser un tercero, y, dado esto, para hacer reserva de hipotecas en sus bienes se requiere su consentimiento.

La posibilidad de que en la novación pueda hacerse reserva de las hipotecas ha llevado a algunos autores franceses a sostener como regla general que es posible traspasar la hipoteca de un crédito a otro, aun cuando no intervenga novación. Planiol y Ripert dicen al respecto: "Pero si en nuestro derecho francés la hipoteca es necesariamente el accesorio de un crédito, ello no impide que pueda ser transferida del crédito que garantiza a otro" (153). Baudry Lacantinerie (154) y Josserand (155) se expresan en términos semejantes. Por el contrario, Aubry et Rau (156) y Laurent (157) no comparten esta opinión.

En nuestro Derecho, creemos que no es posible sostener esta teoría. En primer término, porque no existe una disposición semejante a la contenida en el artículo 9.º de la ley francesa de 23 de marzo de 1855, que permite a la mujer casada ceder su hipoteca legal y que es

(151) Al respecto ver Dalloz, o. c., sobre el artículo 1,279, N.º 4.º, 5.º y 6.º.

(152) Artículo 13 del Título de la novación del Proyecto de 1841, y artículo 161 del Proyecto de 1866.

(153) O. c., tomo XII, N.º 338, pág. 322.

(154) O. c., tomo II, N.º 904, pág. 10.

(155) O. c., tomo II, N.º 1639, pág. 884.

(156) O. c., tomo III, pág. 741.

(157) O. c., tomo XXXI, N.º 324 y 325, págs. 297 y siguientes.

precisamente uno de sus más sólidos fundamentos. En seguida, el argumento basado en la posibilidad de hacer la reserva en la novación que Baudry Lacantinerie aduce en los siguientes términos: "Lo que las partes pueden hacer en una novación porque no podrían hacerlo en toda otra convención bajo el imperio de una legislación donde la libertad de contratar no tiene otro límite que el orden público, las buenas costumbres o las prohibiciones de la ley?", no lo consideramos de mayor fuerza, sino que, por el contrario, el hecho de que en este caso el legislador haya autorizado el traspaso de las hipotecas de un crédito a otro, está indicando que por regla general ello no es posible.

353. Breve reseña de la hipoteca en el Derecho Alemán.—

(158). El carácter de derecho accesorio que entre nosotros tiene la hipoteca nos lleva a decir dos palabras sobre la manera como se encuentra organizada en Alemania, donde en ciertos casos tiene vida propia e independiente.

En la legislación alemana existen diversos tipos de hipoteca. En primer lugar, la llamada hipoteca de seguridad o de garantía, que es necesariamente accesorio, pues supone un crédito a la cual accede. Esta hipoteca no constituye una fuente de crédito, sino que se emplea para garantizar obligaciones determinadas, por ejemplo las que puedan derivarse para el tutor o curador como consecuencia de la administración de los bienes del pupilo.

En seguida tenemos la hipoteca que se denomina de tráfico o negociable, que representa el tipo común de hipoteca. En ella se desvirtúa un tanto el carácter accesorio, porque si bien en su nacimiento accede a un crédito, después se independiza de él al transformarse en hipoteca del propietario, o sobre sí mismo, a la cual luego nos referiremos.

Finalmente existe la deuda territorial o agraria, llamada también hipoteca abstracta, cuya principal característica consiste en dar origen a una relación netamente real. El que la constituye no contrae obligación personal de ninguna especie; obliga únicamente el bien hipotecado, quedando el resto de su patrimonio a salvo de toda responsabilidad, lo que le permite con su garantía obtener nuevos créditos. En ella hay

(158) Las ideas que expresamos de este punto las hemos tomado de Nussbaum "Derecho hipotecario alemán".

por lo tanto una desvinculación absoluta y total de la hipoteca con respecto al crédito que pueda garantizar, pues al inscribirla el propietario en el Registro no garantiza ninguna obligación.

Una variante de la deuda agraria o territorial es la renta agraria, en la cual la hipoteca no garantiza una suma de dinero que deba pagarse de una vez, sino cantidades que deban solventarse periódicamente.

Hace un instante nos referimos a la hipoteca del propietario o hipoteca sobre sí mismo que existe en Alemania y que constituye una de las características fundamentales del régimen hipotecario que impera en ese país. Para el acreedor hipotecario es de gran importancia el grado o rango que tenga su hipoteca. Como se comprenderá, no le es indiferente que ella sea de primer, segundo o tercer grado. Pues bien, las legislaciones que se han inspirado en el Derecho Romano consagran el sistema del rango progresivo de las hipotecas, en el cual, extinguida por cualquier causa la hipoteca de grado superior, pasa a ocupar su sitio la de grado inferior. Fundamentalmente contra este principio va la hipoteca de propietario o sobre sí mismo que nos preocupa. Al legislador alemán le mereció críticas el sistema romano, porque en él el acreedor de grado inferior sin hacer o sacrificar nada obtiene un beneficio al mejorar su rango, beneficio que es todavía menos merecido si se toma en consideración que por lo general al facilitar dinero en segunda o tercera hipoteca lo hace en condiciones más gravosas para el deudor que si éste le hubiere dado primera garantía hipotecaria. Por eso es que en la legislación alemana la hipoteca tiene un rango fijo, determinado, invariable. En ella, extinguida una hipoteca de grado superior, no mejora la situación de las inferiores. ¿Y qué pasa entonces con el puesto que queda vacante?: lo conserva el propietario con el carácter de hipoteca sobre sí mismo, que deja de ser accesoria porque no accede a ningún crédito, y el dueño del inmueble la puede utilizar en el futuro para la obtención de nuevos créditos.

Varias son las aplicaciones que recibe en el Derecho alemán la hipoteca del propietario. Principalmente se produce: si el dueño del inmueble paga al acreedor; cuando éste la renuncia; y si, pasados diez años sin que el acreedor ejercite su derecho el dueño del inmueble, entabla un procedimiento judicial tendiente a obtener la cancelación de la inscripción hipotecaria.

En la legislación francesa y en la nuestra no existe esta clase de

hipoteca. Sin embargo, ella parcialmente puede reemplazarse estipulando en el contrato hipotecario lo que se denomina la "cláusula de preferencia", mediante la cual el dueño del inmueble se reserva el derecho de contratar una nueva hipoteca que tenga prioridad sobre la ya constituida. Decimos parcialmente porque para ello se necesita de una estipulación de las partes y la cual bien puede que el acreedor no esté llano a consentir: en cambio, en el Derecho alemán la hipoteca del propietario se produce ipso jure (159).

354. 4.º Constituye una limitación del dominio.—A pesar de que el artículo 732 no enumera a la hipoteca entre las limitaciones del dominio, es evidente que tiene este carácter. En efecto, a virtud de su constitución el propietario del inmueble no puede ejercer su derecho de dominio en forma absoluta; no puede destruir el inmueble, ni gozar de él en términos que lesionen los derechos del acreedor hipotecario, porque entonces recibiría aplicación el artículo 2,427, al que más adelante nos referiremos.

Por eso la idea de Demolombe de negarle esta característica no ha tenido eco entre los tratadistas. Para pensar así, este autor se funda en que la hipoteca como derecho real no da origen a una relación directa entre el acreedor y la cosa. Pero, como observa Baudry Lacantinerie (160), esa razón no es suficiente, porque hay servidumbres negativas como la de no edificar más allá de cierta altura, que tampoco entrañan una relación entre la cosa y el titular del derecho, y sin embargo nadie niega que sean una limitación del dominio. Además, como dice este mismo autor el dominio no es sino la suma de los derechos reales, y es incuestionable entonces que al desprenderse el propietario del derecho de hipoteca está limitando su derecho.

355. 5.º Constituye un principio de enajenación.—Si como acabamos de ver el propietario al gravar sus bienes con hipoteca se desprende de parte del dominio, es evidente que ella encierra un prin-

(159) En este número nos hemos limitado a consignar las novedades que presenta el derecho hipotecario alemán en cuanto la hipoteca ha perdido su carácter accesorio, que es el punto en estudio; pero en realidad contiene también otros aspectos muy interesantes, como por ejemplo, la existencia de la cédula hipotecaria que por lo general va anexa a la hipoteca, y que hace muy fácil y práctica la cesibilidad del derecho de hipoteca, por su endoso y aún por la simple entrega.

(160) O. c., tomo II, N.º 894, pág. 2.

cipio de enajenación, o, como decía Bello, una enajenación condicionada. De esta característica se deducen consecuencias interesantes, que más adelante estudiaremos. Tales como que para hipotecar se requiere capacidad para enajenar, y que no pueden darse en hipoteca los bienes embargados, porque su enajenación trae consigo objeto ilícito y por ende nulidad absoluta.

356. 6.º Da origen a una preferencia.—El legislador ha creado la hipoteca como una garantía y ella no sería completa si el acreedor hipotecario no gozara de preferencia para el pago. Por eso es que el artículo 2,470 señala precisamente la hipoteca entre las causales de preferencia y el artículo 2,477 dice que la tercera clase de créditos comprende los hipotecarios. Si bien el legislador es el que consagra la preferencia de que gozan los créditos hipotecarios, en cambio es la voluntad del deudor la que da nacimiento a esta preferencia al constituir hipoteca a favor de un acreedor, rompiéndose así el equilibrio que debe reinar entre los acreedores. El legislador permite que se produzca esta desigualdad porque mediante la hipoteca le es posible al deudor conseguir créditos; sin ella, tal cosa le sería imposible.

357. 7.º Es indivisible.—En virtud del principio de la indivisibilidad de la hipoteca, que consagran los artículos 1,526 y 2,408, 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. Según esto, la indivisibilidad puede mirarse a través del inmueble dado en garantía o desde el punto de vista del crédito garantizado.

Con relación al inmueble, el principio de la indivisibilidad recibe diversas manifestaciones. Así, si son varios los inmuebles hipotecados, el acreedor a su arbitrio podrá perseguirlos a todos ellos o al que elija, como lo reconoce la Corte Suprema en uno de sus fallos (161), y el propio legislador en el artículo 1,365, al decir: "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

(161) Sentencia de 19 de julio de 1907, "Revista de Derecho y Jurisprudencia", tomo IV, segunda parte, sección primera, pág. 328.

“ble contra sus coherederos por la cuota que a ellos toque en la deuda”. La impropiedad de la expresión “acción solidaria” que usa el artículo es manifiesta, pues no se trata de una acción de esta naturaleza, sino de una acción indivisible.

En seguida, de acuerdo con el artículo 1,526, idea que repite el artículo 2,408, 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.

La Corte Suprema ha tenido oportunidad de aplicar el principio de la indivisibilidad al resolver que en un juicio ejecutivo no son admisibles las peticiones del deudor que el bien hipotecado se subaste en lotes (162), y del segundo acreedor hipotecario para que el primer acreedor se pague proporcionalmente con los distintos inmuebles dados en garantía (163).

Desde el punto de vista del crédito que garantiza la hipoteca, el principio de la indivisibilidad también recibe aplicaciones interesantes. Es en su virtud que conforme al artículo 1,526, si queda una parte insoluta del crédito, por pequeña que sea subsiste la totalidad de la garantía hipotecaria; que si hay varios acreedores hipotecarios y el deudor le paga su cuota a cada uno de ellos, no puede solicitarle la cancelación proporcional del gravamen (164), y que si fallece el acreedor dejando varios herederos, cada uno de ellos por su parte o cuota en el crédito puede perseguir el total de la finca hipotecada.

El carácter indivisible que tiene la hipoteca consagrado por el legislador para que la garantía sea más eficaz, es de su naturaleza y no de su esencia. De esta circunstancia y del hecho que se haya establecido en beneficio del acreedor, se deduce que éste puede renunciarlo (165). Pero el deudor no podría prevalerse de la indivisibilidad y exi-

(162) Sentencia de 2 de mayo de 1928, “Revista de Derecho y Jurisprudencia”, tomo XXVI, segunda parte, sección primera, pág. 162.

(163) Sentencia de 12 de agosto de 1864, Gaceta de los Tribunales de 1864, sentencia N.º 1467, pág. 532.

(164) Así lo ha resuelto la Corte Suprema en la sentencia citada en la nota 457.

(165) Corte Suprema, sentencia de 19 de julio de 1907, “Revista de Derecho y Jurisprudencia”, tomo IV, segunda parte, sección primera, pág. 328.

gir al acreedor que persiguiera conjuntamente todas las propiedades hipotecas (166).

La indivisibilidad de la hipoteca no se comunica a la obligación principal, la cual será divisible o indivisible atendiendo a sus propios elementos. Así lo estiman unánimemente los autores y la jurisprudencia (167).

Aplicación interesante del principio de que no obstante la indivisibilidad de la hipoteca la obligación principal puede ser divisible, es lo relacionado con la prescripción del crédito. Porque interrumpida la prescripción con respecto a uno de los herederos del deudor, no se interrumpiría respecto de los otros que podrían llegar a prescribir, con lo cual, de acuerdo con el artículo 2,516, también se extinguiría respecto a éstos la acción hipotecaria, y no le sería lícito ejercitar su acción contra el poseedor del inmueble sino por la parte de la deuda que no se hubiere extinguido por la prescripción (168).

índice

(166) F. Alessandri R., o. c., N.º 18, pág. 22 y sentencia citada en la nota anterior.

(167) Laurent, o. c., tomo XXX, N.º 177, pág. 158; F. Alessandri R., o. c., N.º 19, pág. 23 y Corte Suprema, sentencia de 26 de octubre de 1916, "Revista de Derecho y Jurisprudencia", tomo XIV, segunda parte, sección primera, pág. 302, donde se estudia detenida y acertadamente la cuestión.

(168) F. Alessandri, o. c., N.º 19, pág. 25.