

EFFECTOS DE DERECHOS REALES CONSTITUIDOS SOBRE EL BIEN HIPOTECADO CON POSTERIORIDAD A LA INSCRIPCION DE LA HIPOTECA

Sergio Rossel Cowper
Abogado

Se ha planteado el problema de establecer si los censos y usufructos constituidos con posterioridad a la inscripción de la hipoteca pueden perjudicar el derecho del acreedor hipotecario.

El artículo 2407 del Código Civil ha definido esta institución diciendo: "La hipoteca es un derecho de prenda constituido sobre inmuebles que no dejan por eso de permanecer en poder del deudor".

Para explicar esta definición se han aventurado diversas opiniones que, en general, coinciden en que tiene por objeto hacer resaltar el carácter real del derecho que confiere la hipoteca sobre el bien inmueble que es dado en garantía.

Así, don Rafael Mery Berisso, en su obra *Derecho Hipotecario* (Editorial Jurídica de Chile, 1958), página 23, expresa sobre este respecto:

"Considerando el derecho de prenda como la forma genérica de garantía real, el legislador ha definido la hipoteca como una modalidad de aquél, con lo cual no ha hecho sino repetir el concepto que al respecto contiene la Ley I del Título XIII de la Partida Quinta, que ya con anterioridad Bello había aceptado al estudiar el régimen vigente bajo las leyes españolas.

El artículo 2407 al definirla como un derecho de prenda no lo hace, sin embargo, en relación al concepto que sobre el contrato de prenda contiene el artículo 2384, sino en el de garantía real".

Esta explicación sobre la razón de ser de la definición parece extraña si se tiene en consideración que don Andrés Bello abandonó definiciones mucho más concretas en este respecto. Así, en el Proyecto de 1847 definía la hipoteca como: "un contrato accesorio, por el cual se obligan una o más cosas a la seguridad de un crédito, constituyéndose al acreedor un derecho real sobre dicha cosa o cosas" (art. 653); en el Proyecto de 1853 se dispone que es: "un derecho real, constituido por la ley o por una convención, sobre todos los bienes del deudor o sobre una o más fincas, para seguridad de una obligación civil" (art. 2573). En el Proyecto Inédito se contiene la actual definición, pero antes de entrar a ella se ensayaron diversas modificaciones al texto del artículo 2573, definiéndola como: "un derecho de preferencia" y luego como: "un derecho real". También contribuye a debilitar la solidez de la explicación, el que Bello tuvo a la vista la definición del artículo 2114 del Código Civil francés, que expresa: "La hipoteca es un derecho real sobre inmuebles afectados al cumplimiento de una obligación".

Por último, no se ve la necesidad de enfatizar por medio de la definición el carácter de derecho real de la hipoteca, utilizando el medio indirecto de

expresar "que es un derecho de prenda", cuando el artículo 577 del Código Civil enumera entre los derechos reales, expresamente el de hipoteca.

Por lo dicho parece más lógico pensar que, al definir el legislador a la hipoteca como un "derecho de prenda constituido sobre inmuebles", lo que pretendió fue destacar el origen histórico común de estas instituciones en el derecho antiguo, especialmente en el Romano.

En efecto, en el antiguo derecho Romano existía una fórmula común de garantía con bienes raíces o muebles, que consistía en que el deudor transfería el dominio fiduciario de los mismos al acreedor, obligándose éste a restituírle ese dominio una vez solucionada la obligación. Este sistema, de doble transferencia del dominio, se modificó, ideándose uno en virtud del cual se entregaba al acreedor la sola tenencia material del bien, confiriéndole el derecho de venderlo al vencimiento del crédito si no era reembolsado por el deudor. El nuevo mecanismo era más simple y protegía al deudor de una enajenación deshonesta del acreedor, ya que éste no era dueño. Por último se corrigió el inconveniente, tanto para el deudor como para el acreedor, de que el primero perdiera la tenencia del bien, con los consiguientes daños para éste y molestias para el acreedor, que debía cuidarlo, agregando a la figura un contrato de arrendamiento o un comodato precario, en virtud del cual el deudor conservaba la tenencia de la especie dada en garantía. De esta combinación de figuras nacieron la prenda y la hipoteca, posiblemente a fines del Imperio. Mediante ella se trató de conservar las ventajas de todas las instituciones mencionadas. Se dejó al deudor la propiedad y la tenencia del bien en el caso de los raíces y se dio al acreedor el derecho real que necesitaba, es decir, el derecho de vender el inmueble al vencimiento del crédito si no era satisfecho por el deudor, quien fuera el que lo detentara y a cualquier título, y de pagarse preferentemente con cargo al precio.

El origen histórico común relatado, que hace resaltar la definición del Código Civil, al expresar que la hipoteca es una prenda, permite sustentar que en ambas instituciones se trató de conservar para las garantías los atributos que confería originalmente el dominio del bien al *acreedor garantizado*, es decir, la facultad de "*vender lo que había recibido en el mismo estado jurídico y material*" en que lo había recibido, sin que se disminuyera su garantía por acto alguno del deudor, posterior a la constitución de ella. Puede decirse que lo hipotecado es el bien en el estado jurídico a la fecha de perfeccionamiento de la hipoteca. Esto se obtiene en el derecho actual, y en nuestro Código Civil, asignando a la hipoteca el carácter de real que confiere el derecho de persecución y venta en subasta judicial, la preferencia para pagarse sobre el precio de venta, la indivisibilidad de la hipoteca, la necesidad de que el constituyente tenga capacidad para enajenar, el derecho de exigir que se mejore la hipoteca si la finca se deteriora en forma de hacer peligrar la seguridad de la deuda, la circunstancia de que el arrendamiento afecta al acreedor hipotecario sólo cuando es anterior a la hipoteca y contratado por escritura pública inscrita, etc.

El derecho del acreedor de vender el bien que le ha sido dado en garantía en el estado jurídico que éste tenía al constituirse ésta, que es su fundamento y característica —al decir de los franceses, porque el bien está "afectado" a la extinción de la obligación—, tiene una consecuencia trascendental: que el propietario que da en hipoteca un bien raíz no puede realizar actos jurídicos posteriores a la constitución que afecten o disminuyan el derecho del acreedor. Troplong, consultado en materia de hipoteca por Bello, en su obra: "Droit Civil expliqué" (Edición Charles Hingray, París, 1854), Tomo Décimo, página 3,

comentando el artículo 2114 del Código de Napoleón, dice: "Y porque el inmueble está 'afectado' a la extinción de la obligación, debe concluirse que el deudor no puede gravarlo con otras obligaciones, en perjuicio del primer acreedor hipotecario".

Puede concluirse entonces que los actos del deudor posteriores a la garantía son inoponibles al acreedor, que tiene el derecho de ignorarlos o de perseguir el bien, o de cualquiera parte física del mismo, o del derecho de dominio, si éste es desmembrado por el deudor, en manos de quien lo detente y al título que sea.

Marcel Planiol y George Ripert, en su "Tratado Práctico de Derecho Civil Francés", Tomo Décimo, páginas 314 y 315 (Ed. Cultura S.A., 1946, traducción Mario Días Cruz), expresan:

"La hipoteca, eficaz contra todo el mundo, ya que todos han de respetar y sufrir su ejercicio, confiere a su titular todas las ventajas de las garantías reales: le confiere sobre el precio del inmueble afectado a su pago el derecho de preferencia que es el atributo esencial del derecho real y refuerza ese derecho de preferencia con el derecho de persecución, que se ejerce contra todos los poseedores del inmueble y que en suma no es más que la sanción del primero.

Hablando propiamente, la hipoteca no permite al acreedor actuar materialmente sobre la cosa, como podría hacerlo en virtud de los derechos reales ordinarios de propiedad, de servidumbre o de usufructo. *Lo que está sujeto a la acción del acreedor a título de garantía, lo que le está hipotecado y podrá ser vendido por él, es el DERECHO que el deudor tiene sobre la cosa . . .*"

Lo ya dicho y la cita presente permiten afirmar con confianza que si el deudor hipotecó la plena propiedad, es ésta la que puede vender su acreedor; por el contrario, si lo hubiere sido la nuda propiedad, sólo ella queda afectada por la hipoteca y el usufructo es oponible al acreedor; por ende, en el primer evento, habiéndose hipotecado la plena propiedad, no pueden afectar al acreedor los censos y usufructos posteriores constituidos por el deudor; siendo éstos desmembramientos del dominio, puede perseguirlos, como la propiedad misma y entera que le fue dada en hipoteca; tampoco pueden disminuir sus derechos las servidumbres o derechos de uso o habitación constituidos con posterioridad, los que, no pudiendo perseguirse por su naturaleza, le son inoponibles, en forma tal que deben cancelarse al subastarse la propiedad, pues el acreedor tiene el derecho de vender sin mengua alguna.

Obviamente, el Código Civil no contiene una norma expresa sobre esta materia, pues ella emana de la naturaleza misma de la garantía hipotecaria, pero es aplicación de este principio la regla del artículo 2416, que preceptúa:

"El que sólo tiene sobre la cosa que se hipoteca un derecho eventual, limitado o rescindible, no se entiende hipotecarlo sino con las condiciones y limitaciones a que está sujeto el derecho, aunque así no lo exprese".

Lo expuesto significa que el que tiene un derecho pleno, sin limitación alguna, hipoteca tal derecho y es este derecho el que adquiere el acreedor garantizado.

La doctrina nacional es unánime al respecto:

Don Fernando Alessandri Rodríguez, en su memoria de prueba, año 1919, número 153, página 162, opina:

“Los derechos reales constituidos sobre la finca hipotecada con posterioridad al gravamen hipotecario no pueden perjudicar al acreedor, de modo que éste no está obligado a respetarlos y tiene derecho para pedir que la finca hipotecada se subaste libre de todo gravamen”.

El profesor don Manuel Somarriva Undurraga opina, en el N° 424, páginas 415 y 416, de su conocido “Tratado de las Cauciones”:

“La ley guarda silencio sobre la posibilidad de constituir otros derechos reales sobre el inmueble hipotecado, tales como las servidumbres y el usufructo. ¿Será ello posible? Con un poco de ligereza quizás podría contestarse afirmativamente, porque quien puede lo más puede lo menos, y si, como acabamos de ver, el propietario puede enajenar e hipotecar el inmueble, con mayor razón podrá constituir sobre él un usufructo o una servidumbre. 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, según acabamos de verlo; lo que no acontece lo mismo con la constitución de un usufructo, de una servidumbre, de un derecho 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 afecta al acreedor hipotecario, quien siempre podrá ejecutar las facultades que le da el carácter de tal prescindiendo de ellos”.

Rafael Mery, en su obra ya citada, página 328 N° 163, coincide con el profesor Somarriva, exponiendo:

“El citado artículo 2415 se limita a establecer, como ya señalamos, que el dueño del bien hipotecado conserva la facultad de enajenarlo o gravarlo.

Nada dispone, en forma explícita, con relación a la posibilidad de constituir sobre él derechos reales de goce.

Indiscutiblemente, la facultad dispositiva que conserva el propietario es amplia y, por consiguiente, comprende la de constituir tales derechos, calificados de limitaciones del dominio por el artículo 732.

Pero esta facultad debe entenderse sin perjuicio de los derechos del acreedor hipotecario anterior. Este puede solicitar la realización del valor de cambio del bien gravado, con prescindencia del usufructo, uso, habitación o servidumbre que se haya constituido con posterioridad a la inscripción de su título hipotecario”.

No cabe duda, entonces, que el derecho matriz del acreedor hipotecario, aquel que constituye la esencia de la garantía, desde el origen de ésta en Roma, es el de vender la especie dada en garantía, y no simplemente en cualquier estado, sino que en el mismo en que tenía cuando se constituyó la garantía, pues ése es el derecho que adquirió y no otro, y en la única forma en que la garantía puede realmente satisfacer lo que el acreedor tuvo en vista y le impulsó a celebrar el acto o contrato garantizado.

Este elemento esencial de la hipoteca como garantía se establece en el artículo 2424 del Código Civil, preceptuando:

“El acreedor hipotecario tiene para hacerse pagar sobre las cosas hipotecadas los mismos derechos que el acreedor prendario sobre la prenda”, es

decir, lo que se dispone en el artículo 2397: "El acreedor prendario tendrá el derecho de pedir que la prenda del deudor moroso se VENDA en pública subasta, para que con el producido se le pague...".

Siendo indiscutiblemente el derecho de vender esencial al contrato de garantía, y de vender la cosa tal como lo estaba al constituirse la garantía, es evidente que siempre goza de acción para obtener este fin. Es decir, de acción que le permite exigir judicialmente la venta, persiguiendo la cosa en manos de quien la tenga, al título que lo sea, ya sea de propietario, usufructuario, censuario, y haciendo caso omiso de los derechos de servidumbre, uso o habitación con que haya sido gravada.

Reitera este derecho emanado de la hipoteca misma, lo que no habría sido necesario, el inciso primero del artículo 2428 del Código Civil, que preceptúa: "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". No importa quién fuere el que posee la cosa o un derecho sobre ella o cualquiera sea el título: usuario, habitador, censualista, título de servidumbre, usufructuario, el acreedor hipotecario siempre tiene el derecho de perseguirla, a fin de pedir que se venda y con su producto se le pague lo que su deudor le adeuda. Naturalmente, que se venda en el estado en que tenía cuando le fue dada en garantía --que fue el que contempló para recibirla como tal--.

Tal como la ya citada doctrina nacional es unánime en esta materia, desde 1919, en que escribió don Fernando Alessandri, pasando por 1946, en que lo hizo don Manuel Somarriva Undurraga, y llegando a 1958 en que lo hizo el señor Mery Berisso, se puede citar en la misma forma la doctrina francesa, pues al decir de Mery, en su obra ya citada, página 22:

"Las notas de Bello a las diversas disposiciones de los proyectos de 1853 e Inédito, dan cuenta de la influencia de los Códigos Civiles de Francia, Luisiana y Prusia, especialmente el primero, con los comentarios de Rogron y Troplong. El proyecto de García Goyena sirve de fuente inmediata a no pocas disposiciones, al igual que la legislación vigente".

Troplong, en su obra ya citada, Tomo XIII, N^o 776, pág. 305, expone:

"El derecho de persecución no permite que el deudor dañe por actos de enajenación los derechos hipotecarios del acreedor inscrito.

Así, si el usufructuario que me ha dado su usufructo en hipoteca lo vende, yo tendré mi derecho de persecución en contra del adquirente; lo mismo si aquel que tiene la propiedad plena enajena el usufructo, esta distracción de una parte de la cosa no acarreará perjuicios al acreedor hipotecario, que podrá perseguir el usufructo en manos del tercero; porque el usufructo es una parte de la cosa que por sí misma es susceptible de hipoteca, y que, estando afectada mientras estaba junta con lo principal, permanece gravada, aun cuando se la separa para pasar a otras manos. Debemos decir lo mismo de la enajenación que se haga de un derecho de superficie sobre la cosa hipotecada, o bien de una estipulación por medio de la cual el deudor propietario del inmueble otorga una enfiteusis a un tercero, en perjuicio del acreedor hipotecario, que verá disminuido por ello el valor de su garantía. En todos estos casos, habrá enajenación de una parte del inmueble hipotecado; y como la hipoteca es tota in toto et tota quilibet parte, el acreedor podrá, por el ejercicio del derecho de persecución, reclamar el total del crédito".

Los autores Baudry-Lacantinerie y Lóyens, en su obra "Tratado teórico y práctico de Derecho Civil" (L. Larose y L. Tenin, 1906), página 306, N° 2045, exponen:

"Aquel que constituye una hipoteca se obliga a no hacer nada que cause daño al derecho del acreedor hipotecario; sólo puede constituir derechos reales gravados con la carga de la hipoteca. El acreedor hipotecario, siempre que haya cumplido las formalidades de publicidad prescritas por la ley, puede desconocerlos, porque ellos no le son oponibles. Basta que la copia del acto constitutivo sea posterior a la inscripción de la hipoteca para que el acreedor hipotecario tenga la facultad de embargar la plena propiedad del inmueble y de proseguir su ejecución.

El actuará en contra del constituyente; no tiene que preocuparse del tercero adquirente, en contra del cual no necesita accionar, pues sus derechos le son inoponibles".

Es tal la firmeza del derecho del acreedor hipotecario, aceptado por la doctrina francesa, que Marcel Planiol, en su "Tratado Elemental de Derecho Civil" (Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1923), Tomo Décimo, N° 2727, página 855, llega a opinar:

"El usufructuario cuyo derecho ha sido hipotecado, no puede hacer nada que dañe a su acreedor hipotecario. Por ejemplo, si él renuncia a su usufructo en beneficio del nudo propietario, esta renuncia es inoponible al acreedor hipotecario, y respecto de él el usufructo se reputará existente y continuará ficticiamente hasta su término natural".

Marcel Planiol y George Ripert, en su obra ya citada, Tomo 13, página 397, N° 1074, explican:

"1) Por definición, el derecho de persecución supone que el inmueble hipotecado ha sido objeto de una enajenación; pero no toda enajenación la origina necesariamente. Ello depende de la naturaleza de lo que se ha enajenado: Si es la propiedad misma del inmueble hipotecado, o un derecho real inmobiliario susceptible de ser vendido en subasta, el derecho de persecución se produce y será ejercido en forma normal, que es el embargo practicado contra el adquirente y que lleva a la venta por adjudicación.

2) Si la enajenación consiste en un derecho inmobiliario separado del inmueble y que no sea susceptible de ser embargado y vendido en subasta por separado, el acreedor puede ejercer su derecho hipotecario sin apelar al derecho de persecución: en ese caso, la enajenación no le perjudica, y conserva el derecho de embargar íntegramente el inmueble en poder del deudor, como si éste no hubiese enajenado cosa alguna".

En el número 1075 de la misma obra, agregan:

"Enajenaciones totales del inmueble. Dan lugar al derecho de persecución las enajenaciones que consistan en un derecho inmobiliario susceptible de ser embargado y vendido en subasta; son las enajenaciones que consistan en la plena propiedad, el usufructo, o que tengan por objeto la constitución de un derecho de enfiteusis; el derecho adquirido por el tercero poseedor podrá ser expropiado en él.

Por otra parte, es indiferente que lo haya adquirido a título oneroso o gratuito, y por cualquier causa, sea por venta, permuta donación o legado".

Por último, en el N° 1081 de la misma obra, se expone:

“En ciertos supuestos la enajenación no puede dar lugar al derecho de persecución propiamente dicho, ya que se contrae a un derecho inmobiliario separado del inmueble, que constituye un desmembramiento de la propiedad y no es susceptible de ser embargado y vendido por separado en subasta pública. Tales son los casos en que el propietario del inmueble hipotecado ha constituido en la finca, bien una servidumbre predial, bien un derecho de uso o de habitación (art. 2204); hay que agregar a los casos antes señalados aquel en que la enajenación es de la medianería de un muro.

En los supuestos de este género, el embargo de la cosa enajenada es imposible, pero los derechos del acreedor hipotecario no quedan por ello sacrificados: en efecto, el deudor no ha podido afectar los derechos de su acreedor, no ha podido disminuir el valor de la prenda en perjuicio de las hipotecas antes inscritas; los actos por él realizados no son por tanto alegables frente a los acreedores hipotecarios anteriores, y éstos tendrán derecho a pedir que el bien en poder del deudor sea vendido como libre de esas cargas. En tal caso la enajenación no da origen al derecho de persecución propiamente dicho, puesto que este derecho consiste en la facultad de embargar el inmueble en poder del adquirente; pero, en el fondo, es un modo indirecto de llegar al mismo resultado: como no pueden hacer vender contra un tercero adquirente lo que se les ha transmitido, los acreedores lo hacen vender como perteneciente aún al deudor, lo que en todo caso lleva a considerar como todavía dentro del patrimonio del deudor un valor que en realidad ha salido ya del mismo. En la práctica, se trata de una enajenación de ese género; se hace incluir en el piego de cargas una cláusula en que se indica la supresión del derecho enajenado. Por ello se comprende el peligro que existe para los terceros en hacer que se les constituyan derechos reales sobre inmuebles ya hipotecados: corren el riesgo de verlos desaparecer el día en que los acreedores ejerzan su hipoteca”.

Louis Josserand, en su obra “Derecho Civil” (Bosch y Cía. Editores, 1951, traducción Santiago Cunchillos y Manterola), página 670, expone:

“El propietario puede también gravar el inmueble hipotecado con derechos reales: nuevas hipotecas, servidumbres; pero estos derechos no son oponibles al acreedor hipotecario, que se antepondrá a los causahabientes posteriores, y podrá embargar y hacer vender el inmueble sin tener en cuenta la servidumbre ulteriormente constituida; respecto a él, el inmueble está libre de cargas; puede embargar el inmueble tal cual le había sido hipotecado”.

Beudant, en Cours de Droit Civil Français (Pousseau y Cie. Editeurs, 1938), Tomo IV, pág. 514, opina:

“Mas si el inmueble ha sido hipotecado antes de la constitución del usufructo, la hipoteca afecta la plena propiedad, la deuda grava la cosa misma. El inmueble va a ser embargado a requerimiento del acreedor hipotecario, el nudo propietario pierde el capital y el usufructuario el goce”.

Los hermanos Mazeaud, en Lecciones de Derecho Civil (Ediciones Jurídicas Europa América, 1962, traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo), Parte III, volumen II, página 134, N° 471, expresan:

“El derecho de persecución consiste en la posibilidad de embargar y rematar el inmueble hipotecado que esté en poder de un tercero adquirente. Así pues, no puede ejercerse aquél, al menos en este aspecto, cuando el derecho enajenado o constituido no sea susceptible de ser vendido en pública subasta; tal es el caso del derecho de uso y del derecho de habitación o no es cesible aisladamente, como es el caso de las servidumbres y de la medianería. ¿Qué particularidades presenta el derecho del acreedor hipotecario cuando se ejerce sobre tales derechos cedidos por el deudor? El acreedor no podrá embargar aisladamente el derecho cedido, pero podrá embargar y rematar el inmueble en su integridad, como si ese derecho no existiera, como si el inmueble no estuviera gravado con esa servidumbre o con esos derechos reales; el pliego de cargas indicará que ese derecho será inoponible al adjudicatario. El tercero adquirente de la servidumbre, del uso, de la habitación o de la medianería no tendrá sino el expediente de una repetición contra el propietario”.

Los autores franceses citados no tratan el problema del censo, porque si bien le son aplicables los mismos principios ya expuestos, sabido es que el censo, como institución desapareció durante la Revolución Francesa y no fue acogido en el Código de Napoleón; por ende, los comentaristas del Código y los autores modernos franceses no necesitan tocar el punto. Por ello, para encontrar tratada específicamente esta materia, es necesario remontarse a los juristas anteriores a la revolución; indiscutiblemente, de ellos, Pothier es el más adecuado, por la influencia que tuvo en los legisladores del Código de Napoleón y a través de este Código en el nuestro, y por la conocida afección de don Andrés Bello a utilizar a Pothier como fuente de la redacción de las normas que, en definitiva, aceptó nuestro legislador y constituyen el Código Civil chileno.

En “Oeuvres de Pothier, Contenant Les Traités du Droit Français” (Béchet Ainé, Libraire, Paris, 1825), Tomo Octavo, página 545, se lee:

“Que si el propietario de la heredad hipotecada, después de la constitución de la hipoteca, la dona a título de censo, de enfiteusis, o de renta territorial, la acción debe intentarse en contra del detentador que la tiene en virtud de cualquiera de dichos títulos, censo, enfiteusis o renta territorial, y no contra el señor deudor del censo o renta; porque aquel que la tiene a esos títulos es verdaderamente propietario y poseedor de la heredad de la cual detenta el dominio útil; el señor del censo, de la enfiteusis o de la renta territorial, no posee propiamente la heredad, sino el derecho que ha retenido respecto de ella”.

De todo lo expuesto, especialmente de las citas de los autores nacionales y franceses, no cabe duda alguna que tanto el usufructo como el censo constituidos después del perfeccionamiento de la garantía hipotecaria no pueden afectar los derechos del acreedor hipotecario y que dichos gravámenes deben caer frente a su acción, a fin de que no sufra deterioro la garantía, que le reste el valor que tenía al momento de constituirse y que fue lo que indujo al acreedor a contratar, aceptando dicha garantía. La constitución de estos gravámenes, o más bien los derechos que emanan de ellos, son inoponibles al acreedor hipotecario y, a mayor abundamiento, en cuanto tengan existencia propia, como desmembramientos de la propiedad plena, son afectados por la hipoteca constituida antes de su nacimiento, como cualquier parte física del bien raíz, pues sólo son parte jurídica del dominio mismo que está íntegramente gravado; es decir, se originan hipotecados.

En relación con la materia, existen dos sentencias, que son las siguientes:

La primera de ellas fue dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago y aparece publicada en la Gaceta de 1882, N° 2398, página 1341, y en lo medular dispone que:

“si el censalista, citado a remate público del fundo gravado, nada dice, no se opone a la enajenación ni solicita prelación para pagarse de lo que se le adeuda por dicho censo, el subastador compra la cosa libre de todo gravamen. Porque el censo, como derecho real, está en todo equiparado a la hipoteca, y así como ésta no tiene efecto contra terceros que hayan adquirido en remate público el fundo gravado después de haber sido citados personalmente a la subasta, así también ocurre en el censo”.

La jurisprudencia no es de gran utilidad, porque en la causa no se planteó la concurrencia del derecho de un acreedor hipotecario frente a un censo constituido con posterioridad, sino que el caso de un acreedor valista que citó al juicio al censalista de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 2428 del Código Civil. Los jueces consideraron aplicable al caso la citada norma del Código, exclusivamente por ser el censo un derecho real; no dieron otra razón. La materia es sumamente discutible, pues el artículo 2428 contiene la norma general de la persecución, lo cual habría sido innecesario en virtud del mismo carácter real de la hipoteca, y lo hace precisamente para establecer una excepción a este efecto, cual es la liberación a favor del tercero que adquiere en pública subasta, previa citación del acreedor hipotecario.

En razón de que el artículo 2428 contiene una norma de excepción es fácil rebatir su aplicación al caso del censo, amén de que es una regla establecida sólo en el Título XXXVIII del Libro IV del Código. A mayor abundamiento, puede sostenerse que cuando la ley quiso darle al censo un tratamiento similar o igual al de las hipotecas, al establecer las normas de la prelación de créditos, artículo 2480, dictó norma expresa, diciendo que: “Para los efectos de la prelación (¡solamente!) los censos debidamente inscritos serán *considerados* como hipotecas”; luego, a falta de norma expresa, no tiene por qué el censo ser considerado como hipoteca.

La segunda sentencia fue dictada por la Corte Suprema y aparece publicada en la Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 4º, sec. 1ª, página 65. En ella se concluye que:

“Si bien la escritura de constitución de censo debe inscribirse como la hipoteca, los derechos de usufructo, uso, habitación, las servidumbres y otros gravámenes semejantes, esta circunstancia no significa que las disposiciones legales referentes a estas últimas instituciones sean aplicables a aquéllas”.

Esta jurisprudencia no afecta el fondo de la tesis sustentada en este trabajo, porque el litigio se planteó entre un censalista y un censuario, es decir, no hubo concurrencia de un acreedor hipotecario con un censo constituido con posterioridad.

En el caso, un censuario sostenía en contra del censalista que el censo había terminado porque en un remate judicial de la propiedad se había citado al censalista y a los acreedores hipotecarios de conformidad a lo dispuesto en el artículo 2428 del Código Civil y que, por ende, la propiedad había quedado libre de todos los gravámenes que la afectaban. La Corte Suprema llegó a la conclusión contraria a la precedente de la Corte de Apelaciones y falló

que el mecanismo del mencionado artículo era propio de la hipoteca e inaplicable al censo.

Como la tesis desarrollada no se basa en la aplicación del artículo 2428 del Código Civil, sino que en la circunstancia de que el censo constituido con posterioridad a la hipoteca nace hipotecado y no puede dañar el derecho del acreedor hipotecario de vender lo que recibió, es decir, la propiedad libre del gravamen del censo o de cualquier otro derecho real posterior, la sentencia citada no la afecta. Precisamente, la sentencia en cuestión, refiriéndose al censo en concurrencia con una hipoteca posterior, contiene una consideración que es favorable, pues expresa: Que prescindiendo aún de todas las consideraciones que preceden, suponiendo todavía aplicable a los censos la ya aludida disposición del artículo 2428 del Código Civil, la sentencia recurrida al confirmar sin modificación alguna la de primera instancia hace suyo el hecho establecido en ésta en el inciso d) del considerando 3º, de que "en el presente caso se trata de un censo debidamente inscrito con fecha anterior a las de las hipotecas en virtud de las cuales fue rematado el fundo acensuado", y, *por consiguiente, no sería posible aceptar en derecho que ese censo pudiera sufrir menoscabo alguno por gravámenes que con posterioridad se le hubiesen impuesto al mismo predio acensuado*. Es precisamente lo que se ha argumentado, que la hipoteca no puede sufrir menoscabo por un derecho real, el censo o cualquier otro, constituido con posterioridad a ella.

Dados los principios que se han enunciado, cabe plantearse la forma que tiene el acreedor hipotecario de intentar sus acciones cuando la propiedad ha sido gravada con censo o usufructo posterior al perfeccionamiento de la garantía.

Primeramente, con respecto al censo. En la hipótesis en que el deudor hipotecario grava la finca con un censo, transfiriendo la propiedad de la misma, reservando para sí el carácter de censalista y adoptando el de censuario el que adquiere la propiedad, obligándose a pagar la renta a cambio del precio de la compraventa que existe entre ambos, constituyendo dicho precio el capital reconocido, productor de la renta.

En el caso descrito, el deudor hipotecario ha transferido el dominio del bien que dio en garantía; en su carácter de censalista tiene un derecho personal en contra del adquirente para que le pague la renta como censuario y un derecho real sobre el bien raíz que garantiza el cumplimiento de la obligación del censuario.

El acreedor hipotecario debe perseguir la propiedad de manos de un tercer poseedor y, por ende, debe ejercer su acción de persecución propiamente tal, ya que no demanda a su deudor, que en la hipótesis es el censalista.

En este caso la acción de persecución se ejerce en la forma dispuesta por el Título XVIII del Libro III del Código de Procedimiento Civil, pues el propio epígrafe del mismo expresa que se trata de la Acción de Desposeimiento contra terceros poseedores de la finca hipotecada o acensuada; se enfrenta a un poseedor que no es el deudor. Sin embargo, se plantea el problema de que la propiedad está gravada con el censo en beneficio del deudor que dejó de ser poseedor y se transformó en censalista.

El derecho del censalista es inoponible al acreedor hipotecario, por haber sido constituido después del perfeccionamiento de la hipoteca, lo que está aceptado por el artículo 760 del Código de Procedimiento Civil, que expresa que:

“Efectuado el abandono o el desposeimiento de la finca perseguida, se procederá conforme lo dispuesto en los artículos 2397 y 2424 del Código Civil, sin necesidad de citar al deudor personal”.

Por ende se debe vender la propiedad que es lo que indican los artículos 2397 y 2424 del Código Civil, con lo cual se da cumplimiento al principal derecho del acreedor hipotecario y la venta debe efectuarse libre del censo, porque no estaba constituido a la fecha de la hipoteca y es inoponible al acreedor; por esto debe pedirse al juez que ordene cancelar la inscripción del censo. Puede, sin embargo, y lo autoriza el propio artículo 760, citarse al deudor principal, censualista, a fin de que sea oído en los trámites de tasación y subasta. Debe tenerse presente que esta citación no es porque tenga derecho a oponerse a la cancelación del censo, pues la propia ley dice que la propiedad se vende como lo indican los artículos 2397 y 2424 del Código Civil y estos artículos subentienden que el acreedor ejerce su derecho de vender en la forma en que le fue hipotecada la propiedad. El artículo 2397 dice que se vende “la prenda” y ésta es el bien, en el estado jurídico que tenía cuando se pidió la garantía. Lo mismo para la hipoteca, según el artículo 2424 citado.

En segundo lugar con respecto al usufructo. En la hipótesis de que el deudor haya dado en usufructo el bien hipotecado, después del perfeccionamiento de la garantía, el acreedor ejecuta al nudo propietario que es su deudor y embarga la nuda propiedad e intenta la acción de desposeimiento en contra del usufructuario, basándose en que éste es poseedor de un usufructo, derecho real que debe abandonar para que el acreedor se haga pago, porque se originó hipotecado. Es necesario sostener que la acción de desposeimiento procede no sólo contra el poseedor de la finca hipotecada, sino que también, contra los poseedores de derechos reales que la gravan. En el caso de juicios separados contra el nudo propietario y del usufructuario, es indispensable pedir la acumulación de autos, a fin de lograr un remate simultáneo de la nuda propiedad y del usufructo. Es factible pedirlo, por lo dispuesto en el numerando 1º del artículo 92 del Código de Procedimiento Civil, ya que ambas acciones emanan directa e inmediatamente del hecho de que tanto la propiedad como el usufructo están gravados por la misma hipoteca.

En el caso inverso al de la hipótesis propuesta, es decir, si el deudor hipotecario enajena la nuda propiedad conservando el usufructo, correspondería intentar la acción de desposeimiento en contra del nudo propietario, por ser poseedor de una finca hipotecada y embargar en juicio ejecutivo separado el usufructo, pidiendo la acumulación de los autos, como ya se ha dicho, para lograr el remate conjunto de ambos derechos y así obtener que se cumpla el objetivo de que el acreedor pueda vender lo que recibió en hipoteca, es decir, la plena propiedad*.

* Sobre este tema, véanse los informes anteriores publicados en esta Revista. Vol. 9 Nº 3 (septiembre-diciembre 1982), págs. 547, ff. “Si la venta de un inmueble en pública subasta ordenada por el juez a instancias de un acreedor hipotecario, libera o no al inmueble del censo vitalicio que lo grava”, de Sergio GAETE ROJAS, y el Vol. 10 Nº 2 (mayo-agosto 1983), págs. 475, ff. “Estudio sobre el censo y el censo vitalicio, particularmente en relación que pueden tener con hipotecas constituidas sobre la finca censuada”, de Lorenzo DE LA MAZA RIVADENEIRA.