

LA HIPOTECA¹

- **Concepto:**

Se define en el (Art 2407 CC) “*La Hipoteca es un derecho de prenda, constituido sobre inmuebles, que no dejan por eso de permanecer en poder del deudor*”.

Esta definición no es muy buena ya que no apunta a lo fundamental, sino que la compara con la prenda y olvida, por ejemplo, que la hipoteca es un derecho real y el hecho que puede tener carácter contractual y legal (hipoteca legal), etc., por lo tanto no es una definición satisfactoria.

Fernando Alessandri: La Hipoteca es un derecho real que se confiere a un acreedor sobre un inmueble de cuya posesión no es privado su dueño, para asegurar el cumplimiento de una obligación principal y en virtud del cual el acreedor al vencimiento de dicha obligación puede pedir que la finca gravada, en cualquier mano que se encuentre, se venda en pública subasta y se le pague con preferencia a todo otro acreedor.

Esta definición caracteriza a la hipoteca como un derecho y prescinde de su carácter contractual pues hay casos en que puede existir como derecho sin que haya contrato. Es el caso de la hipoteca legal contemplada en el art. 662 del CPC relativa a la adjudicación de bienes raíces en la partición (cuando a un comunero en la partición se le adjudica un bien raíz, se entiende constituida hipoteca sobre él para garantizar los alcances que resulten en su contra).

En algunas legislaciones de este siglo, por ejemplo CC Italiano de 1942; etiope de 1969, y el de Portugal de 1967, también se contempla esta hipoteca legal. En el Italiano y Etiope existe, además, hipoteca legal del enajenante sobre los inmuebles enajenados para garantizar el pago del precio y el cumplimiento de otras obligaciones derivadas del acto de enajenación.

¹ Preparado por Alejandra Aguad D., Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales

• ***Características del derecho real de hipoteca:***

1. Es un derecho real de los enumerados en relación al Art 577 CC y es un derecho real que normalmente será inmueble conforme al Art 580 CC " según la cosa en que ha de ejercerse". Sin embargo no será inmueble el D° de Hipoteca cuando el bien sobre el que recae es una nave o aeronave.

De esta característica se sigue que su tradición se efectúa por inscripción en el CBR y que su posesión puede ser amparada por las acciones posesorias.

2. Es un derecho accesorio o caución en términos del Art 46 C.C.

El Art 1442 C.C. señala que el contrato es accesorio cuando tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no pueda "subsistir" sin ella, y esto es así en la hipoteca.

Sin embargo, el art. 2413 inc final CC autoriza la existencia del contrato de hipoteca sobre obligaciones futuras, es decir, se concibe, pese a su carácter accesorio, la existencia de una hipoteca respecto de una obligación principal no nacida.

En términos generales, podemos sostener que la hipoteca puede garantizar obligaciones civiles o naturales puras y simples o sujetas a modalidad, determinadas o indeterminadas, presentes o futuras. (Art. 2427; 2413; 2431; 1472)

3. Constituye un principio de enajenación (o bien una enajenación condicional). Por ello, para hipotecar se requiere capacidad para enajenar y no pueden darse en hipoteca bienes embargados, porque su enajenación acarrea nulidad absoluta por objeto ilícito.

4. Es una limitación del dominio, por cuanto el titular no puede ejercer éste en forma plena. El Art 2427 CC es un ejemplo de que el dominio está limitado ya que el propietario no puede destruir el inmueble; no puede deteriorar la finca porque si la deteriora se hace exigible el crédito

o el reemplazo de la caución.

5. Otorga derecho de preferencia. Art 2470 (las causas de preferencia son sólo el privilegio y la hipoteca. Conforme al Art 2477 la tercera clase de créditos comprende los hipotecarios.

Las hipotecas entre si, se prefieren según el orden de sus fechas (de inscripción) , o sea la hipoteca más antigua prefiere a la más nueva, salvo que haya operado la llamada "Posposición de Hipotecas" que consiste en que un acreedor hipotecario más antiguo consienta en que su hipoteca tenga un grado inferior a un acreedor hipotecario más nuevo (es un acto unilateral que debe otorgarse por escritura pública y subinscribirse).

6. La hipoteca es indivisible, y la indivisibilidad de la hipoteca dice relación con 2 aspectos:

- a) En relación al inmueble
- b) En relación al crédito

a) *En relación al inmueble:*

- Se tienen 3 inmuebles garantizando \$100 millones, y cada uno de estos inmuebles responde por los \$100 millones. Por lo tanto es indivisible ya que cada inmueble responde por el total de la deuda, y el acreedor podrá perseguir el total de su crédito sobre los 3 inmuebles o sobre el que elija (Art. 1365. Impropiiedad en el lenguaje: Cuando habla de acción solidaria es acción indivisible)
- La acción hipotecaria se dirige contra el que posea en todo o en parte el inmueble hipotecado (Art. 1526 y 2408). En consecuencia, es indivisible en cuanto a que cada parte del bien garantiza el total del crédito de manera que si se subdivide el inmueble cada parte de este inmueble responde del total de la deuda.

Por lo tanto, cada uno de los inmuebles, y cada parte del inmueble hipotecado responderá por el total de la deuda (indivisibilidad en relación al inmueble).

b) *En relación al crédito:*

- No importa lo que se haya pagado del crédito o cual sea el saldo de la deuda, ya que no se puede pedir el alzamiento de la hipoteca mientras no se haya satisfecho íntegramente la deuda.
- Si hay varios acreedores hipotecarios y el deudor le paga su cuota a cada uno de ellos, no puede pedir la cancelación proporcional del gravamen.
- Si fallece el acreedor dejando varios herederos, cada uno de ellos puede perseguir el total de la finca hipotecada para pagarse de su parte o cuota en el crédito.

Cabe hacer presente que la indivisibilidad no es de la esencia de la hipoteca sino de la naturaleza, de manera que el acreedor puede renunciar a este derecho que sólo a él beneficia.

De otro lado, la indivisibilidad de la hipoteca no se comunica a la obligación principal que garantiza, la que puede ser divisible o indivisible.

♦ ***Cómo se adquiere el derecho real de hipoteca***

a) Por tradición, mediante su inscripción conservatoria en el Registro de Hipotecas y Gravámenes. Las indicaciones que debe contener la inscripción hipotecaria están contenidas en el artículo 2432.

b) Por prescripción adquisitiva: Art. 2498 y 2512. Habrá prescripción ordinaria o extraordinaria según haya posesión regular o irregular del derecho.

c) Por sucesión por causa de muerte: Como consecuencia del carácter accesorio de la hipoteca, si el crédito que garantiza la adquiere el heredero o legatario, también pasa a sus manos el derecho de hipoteca. (en tal caso, adquiere el derecho sin necesidad de inscripción conservatoria)

d) Por la cesión del crédito garantizado con hipoteca (Art. 1906) Como

consecuencia de su carácter accesorio.

e) Por subrogación en el crédito hipotecario (Art. 1612). También es consecuencia del carácter accesorio de la hipoteca.

- ***Clasificación de la hipoteca***

- A) Convencional, legal o judicial.**

La hipoteca como tal es siempre convencional, en cuanto a que la forma de constituir la es a través de un contrato. Sin embargo, la obligación de constituir hipoteca puede emanar de la convención, de la ley (Art. 89; 374; 775 C.C.) o de una resolución judicial (755; 1315 C.C.; 291 del CPC, etc.)

- B) Celebrada por el deudor o por un tercero**

Una persona puede asegurar, a través de la hipoteca, una obligación propia; o un tercero puede hipotecar, para seguridad de una obligación ajena, un bien propio. Esta distinción está señalada en el Art. 2430 que establece las reglas aplicables a quien hipoteca un bien raíz para seguridad de una obligación ajena.

Lo normal cuando se hipoteca un inmueble para seguridad de una obligación ajena, será que no se afecte todo el patrimonio, sino que sólo el bien raíz que se hipoteca. Es decir, el acreedor no tiene la acción que emana del derecho de prenda general sobre el patrimonio del tercero, sino sólo tiene la acción real que emana de la hipoteca.

- ***Características del contrato de hipoteca.***

1. Contrato unilateral: Por regla general, en el contrato de hipoteca sólo resulta obligado el constituyente (deudor o tercero). La obligación consiste en transferir al acreedor el derecho real de hipoteca.

Sin embargo de lo anterior, la hipoteca puede ser bilateral si el acreedor a su vez contrae alguna obligación. Por ejemplo, si ofrece al tercero una remuneración a cambio de que éste constituya el gravamen o si concede al deudor rebaja de intereses o una prórroga del plazo.

2. Contrato accesorio: Pues supone la existencia de una obligación principal a la que está garantizando. Esto no se opone a que la hipoteca se otorgue antes del contrato al que accede; pues la definición del art. 1442 apunta a que no pueda “subsistir” sin una obligación principal, y no a que no pueda “nacer” sin una obligación principal.

3. Puede ser gratuito u oneroso: Este punto es discutido y confuso entre los autores, pues el contrato de hipoteca es uno de los casos en que podemos afirmar la existencia de utilidad para ambos contratantes y sin embargo el gravamen, por regla general, es para sólo uno de ellos. Hay utilidad clarísima para el acreedor hipotecario pero también la hay para el constituyente quien logra, por ejemplo, el crédito de dinero que necesita gracias a que hipoteca el inmueble. En este caso, sólo este último sufre el gravamen. Sin embargo, si la hipoteca la constituye después que se le ha concedido el crédito, no reportaría utilidad alguna al deudor.

En todo caso, la única importancia práctica que tiene esta clasificación es para los efectos de la acción pauliana. A este respecto el legislador dio expresa solución al tema en el art. 2468, asimilando la hipoteca a los contratos onerosos.

4. Es un contrato solemne: La hipoteca es un contrato solemne, pues requiere de escritura pública (Art.2409).

Se discute el papel que cumple en este caso la inscripción hipotecaria: ¿es solemnidad o es tradición?

Por un lado, se ha sostenido que por lo dicho en el Art. 2410, la inscripción también es solemnidad de la hipoteca al decir la disposición "*...sin este requisito no tendrá valor alguno*".

Ésta es la opinión tradicional, actualmente abandonada por lo siguiente: Si sostenemos que es nula la hipoteca que no se inscribe, y asumimos que siempre media un tiempo entre la escritura pública y la inscripción llegaríamos al absurdo de sostener que entonces habría una conversión del acto nulo.

La tesis actual sostiene que la intención del legislador fue que la tradición de los derechos reales se realice por la inscripción, y para la hipoteca creó un registro especial para ello.

Los argumentos de texto para sustentar esta tesis son los siguientes:

a) El Art. 2411 señala el valor de las hipotecas constituidas en el extranjero siempre que se inscriban en Chile. Conforme a esta norma, los contratos hipotecarios celebrados en país extranjero son válidos antes de la inscripción, pero no da el derecho real de hipoteca sin la inscripción.

b) Art. 2419 le da valor a la hipoteca sobre bienes futuros; por lo que se le está dando valor al contrato de hipoteca antes de la inscripción. La hipoteca se inscribe en la medida que el deudor adquiriera los bienes, y el contrato de hipoteca vale aún antes de esta inscripción.

c) El Art. 2410 se refiere al derecho real de hipoteca y no al contrato de hipoteca. (La norma dice que su fecha es la de la inscripción. No puede, entonces, referirse sino al derecho real de hipoteca y no al contrato; pues la fecha de este último es de la escritura pública)

d) El mensaje del C.C. se refiere claramente a que la tradición de los derechos reales se hace mediante la inscripción. No hay razón para otorgar un tratamiento diverso al derecho real de hipoteca.

- ***Requisitos especiales de validez del contrato de hipoteca.***

A. *Bienes susceptibles de darse en hipoteca (ART.2418)*

1. Bienes raíces que se posean en propiedad o en usufructo (Recordar el conflicto con la prendas especiales, en cuanto a los inmuebles por destinación).

En el caso del usufructo, lo que se hipoteca es el derecho de usufructo y no el inmueble en sí mismo. Por la realización de la hipoteca, el acreedor hipotecario podrá embargar el usufructo y de esa forma percibir los frutos.

2. La nuda propiedad sobre bienes raíces, por cuanto el Art. 2416 admite que se hipoteque una cosa sobre la cual se tiene un derecho eventual limitado o rescindible. Además, el Art. 2418 no distingue.

Si la nuda propiedad se consolida en propiedad plena, la hipoteca recae sobre toda la propiedad. (Art. 2421, la hipoteca se extiende a todos los aumentos que reciba la cosa hipotecada)

3. La propiedad fiduciaria: El Art. 757 establece la posibilidad de hipotecar la finca con las limitaciones que la misma disposición señala. Se requiere que se cumplan los mismos trámites que en la tutela y curatela, o si no, la hipoteca no es oponible al fideicomisario.

4. El comunero tiene derecho a hipotecar su cuota. Si los bienes cuya cuota se hipoteca se adjudican al comunero que las hipotecó, la hipoteca subsiste. Pero la hipoteca caduca si, en definitiva, el inmueble cuya cuota se hipoteca se le adjudica a otro comunero. Se produce aquí la caducidad de la hipoteca (Art. 2417), por aplicación del efecto retroactivo de la partición. El Art.1344 y 718 categóricamente expresan el efecto declarativo de la partición. (En estos casos, es como si el comunero hubiese hipotecado una cosa ajena, pues se entiende que nunca ha sido dueño).

Una vez adjudicado el inmueble al comunero que hipotecó, ¿la hipoteca afecta el total del inmueble o sólo su cuota?. Por regla general, sólo debiera afectar la cuota que tenía al momento de hipotecar, salvo que haya hipotecado la totalidad del inmueble, a la luz del artículo 2416.

Puede suceder que el comunero a quien se ha adjudicado el inmueble, que no es quien ha hipotecado su cuota, consienta en la hipoteca, y en tal caso, ésta subsistirá. En este caso, el

consentimiento del comunero debe ser dado por escritura pública, tomándose razón de ella al margen de la inscripción hipotecaria.

Finalmente, puede suceder que quien se adjudique el inmueble cuya cuota se ha hipotecado no sea un comunero sino un tercero extraño a la comunidad. ¿Subsiste o caduca la hipoteca?. La doctrina y jurisprudencia entienden que en tal caso subsiste la hipoteca, pues no se presenta la razón de caducidad que veíamos anteriormente. En efecto, si es un tercero el adjudicatario, la adjudicación no constituye un título declarativo, sino traslativo de dominio, y la hipoteca es un gravamen real que sigue el inmueble donde quiera que vaya.

En el caso de la Ley de copropiedad inmobiliaria se establece que las unidades de un condominio pueden hipotecarse libremente sin necesidad de acuerdo de la Asamblea de Copropietarios y esa hipoteca grava automáticamente los derechos que le correspondan en los bienes de dominio común, quedando amparados por la misma inscripción.

5. Hipoteca sobre bienes futuros: Se admite la futureidad del objeto en materia de hipoteca (Art.2419). Al hipotecarse los bienes futuros aún no existe la hipoteca como derecho real - ya que para ello es necesaria la inscripción - pero sí como contrato, y de él nace para el acreedor el derecho de hacer inscribir los bienes a medida que el deudor los adquiera.

La ley de copropiedad inmobiliaria autoriza para constituir hipoteca sobre una unidad del condominio en construcción (cuando uno compra en verde). Se archiva provisionalmente un plano en el CBR en que se singularizan las unidades conforme al permiso de construcción de la Dirección de Obras Municipales (DOM). 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 corresponden sobre los bienes comunes sin necesidad de nueva escritura ni inscripción, desde que la DOM otorga el certificado que lo declara al condominio acogido al régimen de copropiedad inmobiliaria.

6. Las naves de más de 50 toneladas de registro.

7. Hipoteca de bienes respecto de los cuales se tiene un derecho eventual, limitado o rescindible. Se entiende hipotecarla con las limitaciones y condiciones a que está sujeto el derecho (aplicación del principio de que nadie puede transferir más derechos que los que tiene)

Si se rescinde o anula el derecho del constituyente es obvio que se rescinde o anula en derecho de hipoteca, ya que la nulidad judicialmente declarada produce efectos respecto de terceros de buena y de mala fe. No sucede lo mismo en caso de rescisión por lesión enorme, pues en tal caso, es el comprador quien debe entregar la cosa previamente purificada. (Es una forma de proteger a los terceros, quienes difícilmente pueden saber si se ha producido o no lesión enorme).

En caso de resolución del derecho del constituyente, hay que aplicar la norma del art. 1491; esto es, que por la resolución del derecho del constituyente se extingue la hipoteca si el acreedor hipotecario estaba de mala fe. (cuando la condición consta en el título inscrito u otorgado por escritura pública).

8. Hipoteca de cosa ajena: La jurisprudencia tradicionalmente ha venido sosteniendo que la hipoteca de cosa ajena adolece de nulidad absoluta. Ello, haciendo aplicación de los artículos 2414 y 2418.

Creemos que no puede inferirse de estas disposiciones legales que para la validez de la hipoteca se requiera dominio de parte del constituyente. Por regla general, los actos sobre cosa ajena son válidos y cuando el legislador ha querido que sean nulos, así lo ha dicho expresamente (por ejemplo, el legado de cosa ajena. Art. 1107).

Otro argumento es que el derecho de hipoteca puede adquirirse por prescripción (Art. 2498). De conformidad al art. 2512, el derecho de hipoteca se rige, en cuanto a su prescripción, por las mismas normas que el dominio, lo que equivale a decir que puede adquirirse por prescripción ordinaria y extraordinaria. De aceptarse la tesis de la nulidad de la hipoteca sobre cosa ajena, nunca podría adquirirse por prescripción ordinaria, ya que su posesión carecería de

justo título.

Los efectos de la hipoteca sobre cosa ajena son similares a los efectos de la venta de cosa ajena. Entre las partes, la tradición no hace adquirir al acreedor el derecho de hipoteca, sino que sólo la posesión de ese derecho. Respecto del dueño del inmueble, el gravamen constituido le es inoponible, y podrá pedir directamente que se cancele la inscripción hipotecaria, mientras el acreedor no haya adquirido el derecho por prescripción.

B. Personas que pueden hipotecar

1. El propio deudor, y
2. Un tercero

En cuanto a la capacidad, quien hipoteca debe tener facultad de enajenar, puesto que la hipoteca constituye un principio de enajenación. En cuanto al acreedor hipotecario basta que tenga capacidad para obligarse. Respecto a los incapaces, el legislador ha tomado ciertas precauciones. (Respecto del hijo de familia en el art. 255, y respecto del pupilo en el art. 393.)

El mandato para hipotecar requiere de poder especial. Art. 2143.

C. Solemidades

Se requiere de escritura pública aunque la obligación principal no la requiera.

En el contrato de hipoteca hay menciones especiales que debe contener la escritura pública (Arts. 2432 y 2433), cuya omisión no necesariamente acarrea la nulidad del contrato (salvo el N° 5 del 2432), siempre y cuando se puedan deducir del contrato mismo.

Como hemos visto, la inscripción de la escritura pública no es solemnidad, sino la forma de hacer la tradición del derecho real de hipoteca.

• ***La Especialidad de la Hipoteca***

Se dice que la hipoteca es especial desde 2 puntos de vista:

- a) Porque se refiere a un inmueble perfectamente determinado e individualizado tanto en

la escritura pública como en la inscripción hipotecaria. Art. 2432 N° 3

b) En cuanto a la obligación, ya que ésta debiera, al menos teóricamente, estar perfectamente determinada. La obligación principal respecto de la cual accede el contrato de hipoteca debe estar aparentemente determinada. Art 2432 N°2.

Esta situación es más bien aparente que real ya que existen varias disposiciones que permiten que esta obligación no este perfectamente determinada ni en cuanto a su naturaleza ni en cuanto a su monto:

- El Art 2427 CC que se refiere al deterioro de la finca para la seguridad de la deuda, y entre otros efectos a la caducidad del plazo, admite la hipoteca sobre una deuda ilíquida, condicional o indeterminada.
- El Art 2419 CC que se refiere a las hipotecas sobre bienes futuros.
- El 2413 que establece que la hipoteca puede otorgarse en cualquier tiempo, antes o después de los contratos a que acceda.

De lo anterior, se sigue la plena eficacia de la cláusula de garantía general hipotecaria.

• ***Cláusula de Garantía General Hipotecaria:***

Consiste en que un sujeto establece, para los efectos de garantizar presentes y futuras obligaciones con determinada persona, una hipoteca con garantía general; por lo tanto afecta un bien determinado al cumplimiento de sus obligaciones presentes y futuras para con un acreedor determinado.

Esto permite fluidez en las operaciones comerciales, pues permite la movilidad en términos crediticios de relaciones comerciales.

El derecho real de hipoteca, aún para garantizar las obligaciones futuras, se entiende constituido desde la inscripción; de manera que si el inmueble hipotecado es embargado por terceros y con posterioridad al embargo el deudor adquiere nuevas deudas para con el acreedor hipotecario, no habría objeto ilícito en dicha hipoteca; pues esta se ha perfeccionado con la inscripción.

- ***EFFECTOS DE LA HIPOTECA:***

- A. *Respecto del dueño de la propiedad hipotecada.*

La hipoteca constituye una limitación en el dominio y como tal no pueden ejercerse sus facultades de dueño de modo absoluto. Sin embargo la facultad que puede ejercer el dueño en la propiedad hipotecada son bastantes amplias:

- a. *Antes de ejercerse la acción hipotecaria*

Estando la deuda garantizada con hipoteca, y antes que se dirija acción contra la finca hipotecada, el dueño goza de la facultad de usar, gozar y disponer de ella. Incluso, el Art 2415 establece la nulidad de todo pacto destinado a limitar la facultad de disposición del dueño de un bien raíz hipotecado. Esto se justifica ya que en nada perjudica al acreedor que el deudor enajene el bien, pues la hipoteca subsiste y tiene derecho de persecución.

También puede constituir otras hipotecas sobre el mismo inmueble, que en nada perjudica al primer acreedor, pues tiene preferencia por el orden de las fechas.

El problema se plantea con el resto de los derechos reales: ¿puede constituir un usufructo o un derecho de habitación o una servidumbre?. La respuesta sería afirmativa si pensamos en el principio de quien puede lo más puede lo menos. Sin embargo, esto no es tan así. En efecto, la ley permite enajenar o hipotecar el inmueble hipotecado pues ello en nada perjudica al acreedor. No sucede lo mismo si el deudor constituye un usufructo sobre el inmueble, pues ello disminuye el valor de la garantía, causándole al acreedor un perjuicio evidente.

También puede administrar libremente la propiedad hipotecada.

Antes del ejercicio de la acción hipotecaria, la única situación especial en torno a la facultad de disposición material (y no jurídica), del dueño dice relación con que no puede deteriorar la finca hipotecada, aún por caso fortuito.

El Art 2427 señala que si la finca se deteriora en término de no ser suficiente para la seguridad de la deuda el acreedor tendrá derecho:

- * que se le mejore la garantía hipotecaria
- * que se le de otra seguridad equivalente
- * en defecto de las anteriores, que se le pague de inmediato la deuda (caducidad del plazo)

b. Después de ejercida la acción hipotecaria.

Desde que el acreedor hipotecario ejerce la acción hipotecaria y embarga el bien, cesa la facultad de disposición completamente. Art 1464 N°3 CC. Como la hipoteca se extiende a los inmuebles por destinación y adherencia, tampoco puede enajenarlos o disponer de ellos de modo alguno.

B. Efectos de la hipoteca en relación al Acreedor.

a) Extensión de la hipoteca

Art. 2420, 2421, 2422 y 2423.

1. A los inmuebles por destinación: Los que existan al tiempo de constituirse la hipoteca y los que pasen a tener dicho carácter con posterioridad, siempre que sean del dueño del inmueble hipotecado. Art. 2420 (En todo caso, el dueño puede enajenarlos y de esa forma desafectarlos de la hipoteca)

2. A los inmuebles por adherencia: Si el dueño del suelo enajena separadamente los inmuebles por adherencia, éstos pasan a ser muebles por anticipación (571) y dejan de estar afectos a la hipoteca. Si el deudor vende la producción de una viña perteneciente a la finca hipotecada y se embarga la finca por el acreedor hipotecario después de la venta pero antes de que se separen materialmente los frutos, el acreedor tiene derecho a la producción vendida ya que la tradición de los frutos no se verifica mientras no se separen los frutos pendientes del inmueble (Art. 685)

3. A los aumentos y mejoras que sufra el bien hipotecado. (ya sea por la naturaleza o por la mano del hombre). Por ejemplo, si se hipoteca la nuda propiedad y luego se consolida con el usufructo. Si las mejoras son introducidas por un tercero, que tiene derecho a retirarlas sin detrimento del inmueble, la hipoteca no se extiende a esas mejoras.

4. Al precio de la expropiación del inmueble hipotecado.

5. A la indemnización debida por los aseguradores del inmueble hipotecado. Se produce aquí una subrogación real en la cual el monto del seguro pasa a reemplazar el bien hipotecado. Para ello, el acreedor hipotecario debe notificar judicialmente al asegurador de la existencia de la hipoteca para que se abstenga de realizar el pago de la indemnización al deudor; ya que no hay aquí una acción oblicua. En la práctica esto se soluciona exigiendo al deudor que ceda la póliza de seguro al acreedor (es el beneficiario de la póliza) (Art. 555 del C. De Comercio: La cosa que es materia del seguro es subrogada por la cantidad asegurada para el efecto de ejercitar sobre ésta los privilegios e hipotecas constituidas sobre aquella).

6. A las pensiones devengadas por el arrendamiento del bien hipotecado. Este derecho lo tendrá cuando ejercite la acción hipotecaria mediante el embargo del inmueble hipotecado.

b) Derechos del Acreedor Hipotecario

Son 3 derechos:

1. Venta (Art. 2424 y 2397)
2. Persecución (Art. 2428)
3. Preferencia (Art. 2470 y 2477)

1. Derecho de venta:

El derecho de venta consiste en la facultad que tiene el acreedor para obtener el remate de la finca hipotecada y pagarse con el producto de la realización del bien. Art 2424 que establece similitud del D° del acreedor hipotecario con el del acreedor prendario (Art 2397 CC).

Con relación al derecho de venta, al igual que en la prenda, debemos estudiar el denominado “pacto comisorio” o la “lex comisorio”. El pacto comisorio puede definirse como aquel por el cual las partes convienen que si el deudor, dentro de cierto tiempo, no retira la cosa dada en prenda o hipoteca, cancelando la deuda, la cosa pasa, transcurrido el plazo, de pleno derecho e irrevocablemente al dominio del acreedor en pago de la deuda.

El inciso 2° del art. 2397 prohíbe expresamente el pacto comisorio en la prenda. El alcance de esta disposición, que también se aplica a la hipoteca, es el de prohibir el pacto comisorio con su característica de condicional que transforma la prenda o hipoteca en una venta también condicional, y que condena los actos y contratos que permitan al acreedor quedarse con la cosa hipotecada a virtud de una estipulación preexistente y por acto de su propia voluntad, es decir, sin mediar el consentimiento del deudor.

2. Derecho de persecución:

El acreedor goza de 2 acciones:

- La Acción Personal para dirigirse contra el deudor de la obligación.
- La Acción Real para perseguir la finca hipotecada.

Esta situación no tiene importancia mientras la finca hipotecada permanezca en poder del deudor directo, pues en tal caso ambas acciones se dirigen en un mismo procedimiento en contra del deudor.

Esto adquiere importancia sólo en la medida que el predio pase a poder de un 3° o

cuando quien ha constituido la hipoteca ha sido un tercero. Aquí debemos distinguir claramente entre la acción personal y la acción real.

El Art. 2428 CC establece claramente que la hipoteca da al acreedor el D° de perseguir la finca hipotecada sea quien fuere que la posea. Es decir se puede perseguir la finca hipotecada de manos de terceros poseedores. En general, es un tercero poseedor todo aquel que es dueño del inmueble gravado y que no se ha obligado personalmente al pago de la deuda.

Pero podemos encontrarnos con distintas situaciones que hay que analizar:

- El que ha adquirido una finca con un gravamen ya existente o pre-existente.
- El que ha hipotecado un inmueble propio para seguridad de una deuda ajena. En este caso, hay que sub-distinguir:
 - Si no se ha obligado personalmente, hay sólo una acción real (procede derecho de persecución).
 - Si se ha obligado personalmente, lo que requiere de pacto expreso, ya no es un 3°, y por lo tanto, habrá acción personal y real contra él. Art 2414 y Art 2430 inc 1° CC. (se le perseguirá de la misma manera que al deudor personal)
- El fiador hipotecario: La hipoteca que otorga el fiador puede tener por objeto garantizar la obligación principal o bien garantizar su propia obligación subsidiaria. El art. 2430 inc. 2° se refiere a este segundo caso. En cualquier evento, habiéndose constituido en fiador, el acreedor no puede ejercer el derecho de persecución, pues el fiador no es un tercero poseedor, pues se ha obligado personalmente, aunque de manera subsidiaria.

En todo caso, el tercer poseedor, sea que se haya obligado personalmente o no, no goza de beneficio de excusión. Salvo, el caso del fiador hipotecario, cuando la hipoteca se ha constituido para garantizar su propia obligación subsidiaria.

La acción para dirigirse contra los terceros poseedores de la finca hipotecada (que es la forma de hacer efectivo el derecho de persecución) se llama "**acción de desposeimiento**". Es

una acción especialmente regulada en los Arts. 758 a 763 CPC, que comienza con la notificación que se hace al tercer poseedor de la finca hipotecada, para que dentro del plazo de 10 días haga u opte por alguna de las 3 alternativas siguientes:

1) Pague íntegramente la deuda, en cuyo caso se subroga en la hipoteca y se podrá dirigir contra el deudor principal. Art. 2429 inc. 2° en relación al N° 3° del art.1610.

2) Abandone la propiedad hipotecada y la ponga así a disposición del acreedor, para que la remate y se pague con el producto de la realización. Art. 2.426

3) Si no hace nada de lo anterior, se dirigirá contra el tercer poseedor de la finca hipotecada un juicio, ordinario o ejecutivo, según la naturaleza del título en que conste la obligación principal garantizada, destinado a rematar la propiedad hipotecada.

El tercero poseedor que es desposeído o ha abandonado la finca, tiene acción de perjuicios en contra del deudor. Art. 2429 inc. final.

¿Cuándo cesa el derecho de persecución?

Cuando se produce una causal legal de pérdida de la propiedad, cual es, la expropiación por causa de utilidad pública. También cesa en el evento de que la propiedad sea rematada en pública subasta con los requisitos exigidos por la ley. Esta es la denominada PURGA DE LA HIPOTECA (Art.2428).

3. Derecho de preferencia.

Los créditos hipotecarios son de tercera clase, gozan de una preferencia para su pago, cuyas características principales son: es una preferencia especial, lo que significa que sólo se puede invocar en el inmueble dado en garantía y no en otros bienes del deudor; es renunciable, tiene que ser alegada y no todo el monto del crédito goza de preferencia, sino que hasta lo que se logra pagar con el producido del bien, y el saldo constituye un crédito de quinta clase (valista) (Arts. 2470 y 2477).

Lo normal es que la preferencia se haga efectiva sobre el precio de la subasta del bien hipotecado. Pero puede suceder que se haga efectiva sobre el monto del seguro o sobre la indemnización por la expropiación

Las hipotecas se prefieren de acuerdo al orden de su fecha de inscripción (la primera será la más antigua, y la fecha se determina por su anotación en el repertorio.)

◆ **EXTINCIÓN DE LA HIPOTECA**

1) ***Por vía consecucional.*** Extinción de la obligación principal.

2) ***Por vía principal o directa (ART.2434)***

a) Por resolución del derecho constituyente (ART.2416),

Si el constituyente deja de ser dueño de la propiedad, porque se resuelve su derecho, esta resolución opera con efecto retroactivo y dará acción en contra del acreedor hipotecario que estaba de mala fe.

b) Por llegada del plazo o el evento de la condición. Art. 2413.

c) Por la confusión entre el acreedor de la hipoteca y el titular del dominio.

d) Por destrucción o pérdida total de la cosa hipotecada, sin perjuicio de los derechos del acreedor (ART.2427).

e) Por expropiación. Pero al mismo tiempo opera una subrogación real.

f) Por renuncia de la garantía hipotecaria. La que debe constar por escritura pública y anotarse al margen de la garantía hipotecaria.)

g) Por purga de la hipoteca.

Es la situación que contempla el inciso 2° del art. 2428. Conforme a esta norma, el acreedor hipotecario no puede perseguir la finca hipotecada contra el tercero que la haya adquirido en pública subasta ordenada por el juez.

◆ ***Requisitos para la purga de a hipoteca***

- 1) Que se trate de una subasta ordenada por el juez.
- 2) Que los acreedores hipotecarios sean citados.
- 3) Que el remate se efectúe transcurrido el término de emplazamiento a contar de la última citación al acreedor hipotecario.
- 4) Que se consigne el dinero del remate a la orden del tribunal.

La consecuencia de lo anterior es que si el producto del remate no alcanza a cubrir el monto de los créditos y el monto garantizado por la hipoteca, ésta desaparece y el juez mandará a cancelar las inscripciones hipotecarias.

El acreedor que no ha sido citado conserva su hipoteca, de manera que podrá seguirla de manos del adjudicatario en la subasta. En este caso, el que compró el inmueble en la subasta se subroga en los derechos de los acreedores que se pagaron con el precio del remate. Esto significa, que el acreedor hipotecario omitido no mejora de grado por este hecho, sino que queda en el mismo lugar o posición que tenía al efectuarse el primer remate, ya que el lugar de los acreedores hipotecarios que se pagaron con el precio de la subasta para a ocuparlo el tercero adquirente, en virtud de la subrogación del N° 2 del art. 1610.

◆ ***Derechos que conforme al CPC tiene el acreedor hipotecario de grado preferente.***

El Art. 492 del C.P.C. complementó el art. 2428, permitiendo al acreedor hipotecario de grado preferente optar entre pagarse con el producto del remate o conservar su hipoteca. Si el acreedor hipotecario de grado preferente, transcurrido el término de emplazamiento, nada

dice, se entiende que opta por pagarse con el producto del remate.

◆ **Requisitos**

a) Debe tratarse de un acreedor hipotecario de grado preferente al acreedor hipotecario que solicita el remate. (aunque también es aplicable cuando el remate es provocado por un acreedor sin ningún derecho preferente)

b) Debe existir plazo pendiente para el pago de su crédito.

◆ **Cancelación de la inscripción hipotecaria**

Es una consecuencia de la extinción de la hipoteca; de manera que la cancelación de la inscripción puede provenir de la extinción de la obligación principal, de la renuncia que el acreedor haga de la garantía, que se materializará mediante una escritura de cancelación, o de un decreto o sentencia judicial que la ordene.

ANTICRESIS

Es un contrato por el cual se entrega una cosa raíz al acreedor para que se pague con sus frutos (Art. 2435).

◆ **Características**

1. Debe haber entrega material
2. No constituye derecho real
3. Es un contrato accesorio en cuanto es una forma de garantizar el pago con los frutos.
4. Es un contrato real (El Art. 2437 mal usa la expresión tradición).
5. Es unilateral: la única obligación que genera es la de devolver la cosa; puede ser

sinalagmático imperfecto cuando causa perjuicio al acreedor.

6. Es indivisible (Art. 2444)

◆ ***Bienes que pueden darse en anticresis***

1. Bienes raíces (también bienes muebles en materia judicial).
2. Los bienes deben producir frutos.
3. Deben ser de propiedad de un deudor o de un tercero que acepte la anticresis.
4. No hay problema en que el inmueble esté hipotecado o pueda ser hipotecado después (Art.2439).

◆ ***Derechos del acreedor***

1. Retener la cosa hasta el pago total (ART.2442).
2. Imputar los frutos de la cosa primero a intereses y luego a capital (Art. 2443).
3. Derecho al abono de las mejoras que haya efectuado en la cosa.

◆ ***Obligaciones del acreedor***

Restituir y conservar la cosa (Art. 2440).

El deudor tiene derechos y obligaciones cuales son, las de exigir la restitución de la cosa y su conservación, y pagar los daños, perjuicios y mejoras.

◆ ***ANTICRESIS JUDICIAL o PRENDA PRETORIA***

Arts. 500 y siguientes del CPC.