

INSCRIPCIÓN, POSESIÓN Y DOMINIO: EL CASO CHILENO Y LA CALIFICACIÓN REGISTRAL DE LA “CLÁUSULA MALDITA O PERVERSA”¹.

Marco Antonio Sepúlveda Larroucau²

ABSTRACT

This article is divided in two chapters: I.- Inscription, possession and state property: the chilean case, one of the sooner modern Registry of America. II.- Recording examination of the “*damned or perverse clause*”, name what the advance expiration clause may be called under certain hypothesis.

RESUMEN

I.- El legislador chileno, con el objeto de alcanzar uno de los fines propuestos en el Mensaje con que se envió el Proyecto de Código Civil al Congreso Nacional - caminar “*aceleradamente a una época en que inscripción, posesión y propiedad serían términos idénticos*” (párrafo XXII) -, construyó un sistema registral inmobiliario sobre dos grandes pilares: a) la inscripción, precedida de un título, como única forma de efectuar la tradición del dominio y demás derechos reales inmuebles (inscripción constitutiva), con excepción de las servidumbres (inscripción declarativa); y b) la inscripción como requisito, garantía y prueba de la posesión de los mismos (inscripción constitutiva). Ello fue reforzado con las exigencias de inscribir las sentencias que declaran la prescripción adquisitiva (la que no procede en contra de título inscrito, sino en virtud de otro título inscrito), como requisito de oponibilidad, y los inmuebles hereditarios para que los herederos puedan disponer de ellos.

¹ Agradecemos a nuestro amigo, el abogado Manuel Godoy Sasaki, profesor del Programa 2012 de Derecho Registral Inmobiliario de la U. Gabriela Mistral, por su valiosa colaboración en la obtención de parte del material bibliográfico para preparar esta ponencia que será presentada en el XVIII Congreso CINDER, que se celebrará en Amsterdam – Holanda los próximos días 17, 18 y 19 de septiembre de 2012.

² Abogado, Master en Economía y Gestión para Abogados de la U. Gabriela Mistral (Santiago de Chile), Diplomado en el IX Curso Iberoamericano de Derecho Registral del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España y de la Universidad Autónoma de Madrid, Profesor Titular de Derecho Civil de las Universidades Central de Chile y Gabriela Mistral, Director y Profesor del Programa 2012 de Derecho Registral Inmobiliario de la U. Gabriela Mistral, Director Ejecutivo de la Academia Chilena de Derecho Registral (institución fundada por la Corporación Chilena de Estudios de Derecho Registral y la U. Gabriela Mistral), socio de Sepúlveda, Escudero & Cía. Ltda. – Abogados y autor de diversas publicaciones. masl@manquehue.net y masl@sepulvedayescudero.cl

Se utilizó la protección posesoria para proteger el dominio y, por razones de seguridad jurídica, el legislador extremó esta protección en el caso de los inmuebles, estableciendo una ficción de posesión (“*corpus*” y “*animus*”) a través de la inscripción.

El sistema registral chileno establecido en el año 1855 compatibiliza influencias romanas y germanas, sumado a los rasgos de originalidad que presenta el Código Civil a propósito de diversas instituciones.

II.- Dado que algunos de los efectos de la cláusula de vencimiento anticipado de la deuda suelen ser muy nocivos para el deudor, sumado a que en muchas ocasiones esta cláusula descansa en causales abusivas o de dudosa legalidad impuestas por una de las partes (la mayoría de las veces vía condiciones generales de la contratación), lo cual, además, puede conducir a la ejecución de la hipoteca; perfectamente, nos podríamos sentir tentados en bautizar a este pacto como la “*cláusula maldita o perversa*”.

Un aspecto que en Chile ha provocado dudas es el del inicio del cómputo de la prescripción extintiva. Para la solución de este problema la jurisprudencia de nuestros tribunales ha distinguido según si la cláusula se encuentra redactada en términos imperativos o facultativos.

Aquello que dice relación con la calificación de cláusulas abusivas que sirven de base para el vencimiento anticipado de la deuda y la eventual ejecución de la hipoteca que lo garantiza, es un tema que no ha sido objeto de análisis por nuestra doctrina y tribunales, y menos por nuestros conservadores de bienes raíces (registradores de la propiedad). Tampoco parece haberse vislumbrado por el legislador de la Ley N° 20.555 de 2011. A ello se suma la falta de claridad en los contornos de nuestra calificación registral. Lo mismo sucede con aquello que debe ser objeto de inscripción, donde en algunos casos se aprecia cierta confusión de parte de los propios operadores del sistema; por ejemplo, a propósito de ciertas prohibiciones voluntarias de enajenar.

Por otra parte, no estamos muy convencidos del verdadero aporte al combate de cláusulas abusivas que significa la llevanza en manos de los registradores de un Registro de Condiciones Generales de la Contratación, lo que, incluso, podría ser un síntoma de lo que podríamos llamar “*inflación registral*”.

Finalmente, en cuanto a la ejecución en Chile de la finca hipotecada, ésta no se encuentra sujeta a normas procesales especiales, quedando sometida a las reglas generales sobre realización de bienes inmuebles en el juicio ejecutivo, salvo en el caso del juicio especial hipotecario regulado en la Ley General de Bancos.

I.- INSCRIPCIÓN, POSESIÓN Y DOMINIO: EL CASO CHILENO.

El nombre de este capítulo no ha sido escogido al azar, ya que se encuentra tomado del párrafo XXII del Mensaje con que el Ejecutivo envió el proyecto de Código Civil chileno al Congreso Nacional. También, lo hemos escogido porque contribuye a poner las cosas en su justo lugar respecto del sistema de origen romano de transferencia “*inter vivos*” del dominio y constitución de otros derechos reales inmuebles, el cual, a nivel del Derecho Registral comparado suele ser satanizado, sin percibirse que las críticas, más bien, podrían atribuirse a la falta de innovación o timidez de aquellos legisladores que establecieron las bases de más de algún sistema registral comparado u otras razones respecto de las cuales no nos corresponde pronunciarnos. En todo caso, ello podría conducir a que en algún sistema en que se pretenda proteger a ultranza al tercer adquirente, lo cual siempre tiene fisuras, se haga en base a una estructura jurídica no del todo coherente. Esta es la razón porque en el anterior Congreso CINDER (Lima - Perú), cuando nos tocó moderar el primer panel, hicimos mención medio en broma y medio en serio a lo que llamamos la “*inscripción mágica*”, la cual podría ser la envidia del más famoso ilusionista, ya que entra al Registro una cosa y, de manera instantánea, aparece otra, es decir, un no dueño se transforma de inmediato en dueño, pudiendo prevalecer así una verdad formal por sobre la realidad. En definitiva, puede terminar peligrosamente fundándose el Registro en la apariencia.

Para que quede claro lo que hemos intentado explicar: no vemos coherencia en la construcción de aquellos sistemas jurídicos de inscripción declarativa que consagran el principio de fe pública registral.

Finalmente, hemos escogido este tema porque el sistema registral chileno de 1855 influyó de manera muy decisiva en el establecimiento de otros sistemas latinoamericanos. Esta influencia es consecuencia de aquella que tuvo el Código Civil chileno³ en diversos países. Los estudios sobre la materia demuestran que esta influencia asumió tres modalidades: “*en ocasiones fue adoptado pura y simplemente*”⁴; *en otros casos, fue utilizado como modelo*

³ “*El Código Civil de la República de Chile es un libro de derecho. Por supuesto que además es una ley, debido a que en su día fue sometido a ciertos trámites que la entonces vigente Constitución Política tenía establecidos como necesarios para que un texto adquiriere tal rango y empezare a constituir derecho vigente. Pero eso no lo sustrajo de su entidad primordial y sustantiva de libro jurídico, que ni siquiera ha de perder cuando alguna vez se lo derogue como ley*” (Guzmán, A.; Historia literaria del Código Civil de la República de Chile; Producciones Gráficas Ltda.; Santiago – Chile; 2005; 1ª edición; p. 9).

⁴ Así sucedió en Ecuador (1857), Colombia (1858), El Salvador (1859), Panamá (1860), Venezuela (rigió entre el 19 de abril de 1863 y el 8 de agosto del mismo año), Nicaragua (1871) y Honduras (1880).

principal para redactar los códigos nacionales⁵ y, finalmente, respecto de varios textos, constituyó una fuente importante, pero entre varias otras”⁶.

Por lo tanto, nos parece que vale la pena echar un vistazo a este sistema registral, aunque suene extraño, de fuerte tradición romana, pero, también, con gran influencia germánica; es decir, estamos en presencia de una mixtura de dos sistemas jurídicos, sumado a los rasgos originales que presenta nuestro Código Civil a propósito de diversas materias.

Las bases de la moderna legislación registral son coetáneas con la codificación, por lo que no se debe perder de vista la siguiente afirmación del profesor Bernardino Bravo Lira: *“la codificación gira en torno al utrumque ius, del que no logra desprenderse. Es cierto que tiene un sustrato común en la cultura jurídica romano – canónica en la que están formados los codificadores, pero no lo es menos que su punto de partida está en la nueva noción de código de la Ilustración”*. Según este mismo autor, *“entre los trabajos de codificación en los distintos países hay una estrecha vinculación, que la investigación rastrea penosamente. Como fondo común está el Derecho romano, que enseñaron los más destacados codificadores, como von Martini, Zeiller y Bello, en el que se formaron todos”⁷.*

En el caso de la influencia germánica, ésta aparece expresamente reconocida en el párrafo XXIII del Mensaje del Código Civil: *“La institución de la que acabo de hablaros se aproxima a lo que de tiempo atrás ha existido en varios estados de Alemania y que otras naciones civilizadas aspiran actualmente a imitar. Sus buenos efectos han sido ampliamente demostrados por la experiencia”*.

- EFECTOS SUSTANTIVOS DE LA INSCRIPCIÓN CHILENA.

En un principio, la inscripción chilena no sería garantía del dominio, toda vez que dejó subsistentes los derechos del verdadero propietario, que solamente podrían extinguirse

⁵ En Argentina Dalmacio Vélez Sarfield afirmó que lo utilizó como uno de sus modelos principales, que *“tanto aventaja a los códigos europeos”* (Oficio de remisión del primer libro del Código Civil al Ministro de Justicia, Culto e Instrucción Pública, Buenos Aires, 21 de junio de 1865). Sin embargo, el legislador argentino fue totalmente escéptico respecto de la utilidad de la legislación registral, según las palabras que recuerda el profesor Jorge Horacio Alterini: *“Para dar cumplimiento a leyes de esta importancia, se han dictado reglamentos más prolijos, se ha hecho un verdadero código del que nacerán más cuestiones que las que por esas leyes y reglamentos se han querido evitar. Basta ver la ley hipotecaria de España, los reglamentos que la acompañan, las explicaciones y comentarios que lleva, para comprender las dificultades a que dará ocasión todos los días”* (Cornejo, A.; Derecho registral; Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma; Buenos Aires – Argentina; 1994; p. VII).

⁶ Tapia, M., quien cita un notable trabajo de investigación de Bernardino Bravo Lira; en Código Civil 1855 – 2005; Editorial Jurídica de Chile; Santiago; 2005; 1ª edición; p. 51.

⁷ Bravo, B.; *“Puntales de la codificación en el Viejo y en el Nuevo Mundo (1797-1855) Tres grandes modelos: Von Martini en Austria, Portalis en Francia y Bello en Chile”*; en El Código Civil de Chile (1855 - 2005); Alejandro Guzmán Brito (editor científico); LexisNexis; Santiago – Chile; 2007; 1ª edición; p.p. 104 y 105.

consecuencialmente por la prescripción adquisitiva (usucapión). Desde esta perspectiva es que hay quienes atribuyen a nuestra inscripción un efecto declarativo⁸; sin embargo, nos parece que estas opiniones confunden, al menos desde un punto de vista estrictamente dogmático, el principio de inscripción con los efectos de la publicidad registral material⁹.

Las razones que tuvo nuestro legislador para proceder en tal sentido son conocidas y muy entendibles: por una parte, no poner trabas a las primeras inscripciones y, por otra, evitar largos y costosos conflictos respecto de la acreditación del dominio. Sin embargo, llama profundamente la atención que, a pesar de la historia fidedigna del establecimiento del Código Civil, de la claridad de las ideas expresadas en su Mensaje y de la interpretación armónica de sus principios y normas jurídicas, especialmente registrales; luego de más de ciento cincuenta años, haya quienes no comprendan o acepten que ello fue solamente un régimen inicial y transitorio.

No obstante la concepción original, el legislador nacional, a través de la construcción de un sistema muy afinado y de gran coherencia normativa planificó que se llegaría “*aceleradamente a una época en que inscripción, posesión y dominio serían términos idénticos*” (párrafo XXII del Mensaje del Código Civil); sistema que, fundamentalmente, se construye de la siguiente manera:

- **La inscripción es la única forma de efectuar la tradición¹⁰ de los derechos reales inmuebles.**

⁸ Así, por ejemplo, en Fundación Fernando Fueyo Laneri (Estudios sobre reformas al Código Civil y el Código de Comercio. Cuarta parte. Derecho Registral Inmobiliario; Editorial Jurídica de Chile; Santiago; 2003; 1ª edición; p. 315), donde se afirma con desmesurada exageración y, a nuestro entender, equivocadamente que “*en el actual sistema, el Registro no es fuente de derechos reales, porque como hemos expresado, la inscripción no tiene valor constitutivo por regla general, salvo en el caso de la hipoteca, sino que - en cuanto a sus efectos - es meramente declarativa de efectos sui generis*”. Daniel Peñailillo Arévalo sostiene que “*nuestra inscripción es constitutiva en su función, pero no en sus efectos*” (Peñailillo, D.; “*Sistemas de transferencia de bienes y protección del tráfico*”; en Estudios de Derecho Privado. Libro homenaje al profesor Gonzalo Figueroa Yáñez; Fundación Fernando Fueyo Laneri; Editorial Jurídica de Chile; Santiago; 2008; 1ª edición; p. 417) y el Conservador de Bienes Raíces Nelson Gutiérrez afirma que “*nuestro sistema registral es constitutivo no convalidatorio, pero no del dominio sino de la posesión. Por ello en el sistema chileno la inscripción es constitutiva en cuanto a su función y declarativa en cuanto a sus efectos*” (Gutiérrez, N.; “*Sistema registral chileno. Historia, orígenes e implantación*”; en Registradores de España; N° 57; noviembre-diciembre 2010; Colegio de Registradores; Madrid; p. 33).

⁹ En este mismo sentido Manuel Godoy Sasaki, quien estima contradictoria la opinión de la Fundación Fueyo Laneri (Godoy, M.; Principios de Derecho registral Inmobiliario. Breve análisis del caso chileno. Memoria para optar al grado de licenciado ciencias jurídicas; Universidad Arturo Prat; Iquique – Chile; 2010; p. 67).

¹⁰ “*Los antiguos, enseña Funaioli, siempre reacios a las lucubraciones doctrinales, creadores de las normas particulares que, de vez en cuando, imponía la práctica, fueron constantemente en la tradición (trans-datio, Lex Acilia, rep. 54) una pura y simple transferencia de la cosa*”. “*El profesor Funaioli prosigue su demostración aduciendo que la naturaleza posesoria de la tradición romana (transmisión de possessio y no de propiedad), resulta clara de un examen de las fuentes*”. “*Es verdaderamente, abrumador el número de pasajes del Digesto en que se usa la expresión tradere possessionem y tradere possessionis; toda una serie de textos justinianos*

Se sigue la teoría romana del título y el modo o del efecto personal del contrato (así, por ejemplo, lo confirman los artículos 675 y 1824 del Código Civil¹¹), adoptando la inscripción el carácter de constitutiva de derechos reales (artículos 679 y 686 del Código Civil¹²). A este respecto el Mensaje del Código Civil señala lo siguiente: *“En cuanto al dominio, uso y goce de los bienes, se han introducido novedades que tienden a importantes y benéficos resultados. Según el proyecto que os presento, la tradición del dominio de bienes raíces y de los demás derechos reales constituidos en ellos, menos los de servidumbre, deberá hacerse por inscripción en un registro semejante al que ahora existe de hipotecas y censos que se refundirá en él”* (párrafo XVIII). *“La transferencia y transmisión del dominio, la constitución de todo derecho real, exceptuadas las servidumbres, como he dicho, exige una tradición; y la única forma de tradición que para estos actos corresponde es la inscripción en el Registro Conservatorio. Mientras ésta no se verifica, un contrato puede ser perfecto, puede producir obligaciones y derechos entre las partes, pero no transfiere el dominio, no transfiere ningún derecho real, ni tiene respecto de terceros existencia alguna”* (párrafo XXI).

Lo expresado dice relación con el aspecto central del llamado principio de inscripción. Según el español Ramón María Roca Sastre, *“el principio de inscripción hace referencia al papel que desempeña la inscripción en la mecánica de la constitución, transmisión, modificación y extinción de los derechos reales sobre inmuebles”*¹³. En este mismo sentido su compatriota José Manuel García García señala que este principio es el que *“determina el*

habla exclusivamente de traditio para referirse a la posesión” (citado por Pescio, V.; Manual de Derecho Civil. De la copropiedad, de la propiedad horizontal y de la posesión; tomo IV; Editorial Jurídica de Chile; Santiago; 1978; p.p. 288 y 289).

¹¹ Artículo 675: *“Para que valga la tradición se requiere un título traslativo de dominio, como el de venta, permuta, donación, etc.*

Se requiere además que el título sea válido respecto de la persona a quien se confiere. Así el título de donación irrevocable no transfiere el dominio entre cónyuges”.

Artículo 1824: *“Las obligaciones del vendedor se reducen en general a dos: la entrega o tradición, y el saneamiento de la cosa vendida.*

La tradición se sujetará a las reglas dadas en el Título VI del Libro II”.

¹² Artículo 679: *“Si la ley exige solemnidades especiales para la enajenación, no se transfiere el dominio sin ellas”.*

Artículo 686: *“Se efectuará la tradición del dominio de los bienes raíces por la inscripción del título en el Registro del Conservador.*

De la misma manera se efectuará la tradición de los derechos reales de usufructo o de uso constituidos en bienes raíces, de los derechos de habitación o de censo y del derecho de hipoteca.

Acerca de la tradición de las minas se estará a lo prevenido en el Código de Minería”.

¹³ Citado por Manzano, A y Manzano, Ma; Instituciones de Derecho Registral Inmobiliario; Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España; Madrid; 2008; p. 542.

valor de la inscripción respecto a la constitución, transmisión, modificación o extinción del derecho real inmobiliario”¹⁴.

Es en el Proyecto de Código Civil de 1853 donde comienza a perfilarse la idea de someter la propiedad raíz al Registro. Según su artículo 822, la tradición podía ser real o simbólica (inscripción)¹⁵.

Este Proyecto nos merece algunos comentarios:

1.- Es obra de don Andrés Bello López y fruto de largos y meditados años de trabajo. A este respecto el profesor Alejandro Guzmán Brito comenta que, “*como consecuencia de su trabajo precedente, hacia octubre de 1852, Bello estuvo en condiciones de ofrecer un proyecto completo de código al gobierno, que éste mandó publicar por decreto de 26 de ese mes. El codificador obtuvo, empero, que se retrasara la impresión por razones que transmitió verbalmente al presidente Montt, y que, por ende, desconocemos; así que la impresión solo comenzó a principios de diciembre de 1853, y quedó consumada por libros entre enero y marzo de 1853, en cuatro tomos*”¹⁶.

2.- Se lee en él la siguiente nota de Bello: “*Art. 826, inc. 2° - Este medio ha parecido mui preferible al de la lei 1, C., De donat, i l. 8, tít. 30, P. 3 - Se supone que habrá en cada departamento un rejistro de esta especie, que puede agregarse al de las hipotecas especiales. Por lo pronto, puede hacerse anejo al cargo de Anotador de Hipotecas el de Conservador de los Bienes Raíces. Una lei especial dictará las formalidades i requisitos de este nuevo rejistro. Se ha querido preparar por este medio una institución que se halla establecida hoy día con los mejores efectos en varios estados europeos*”.

3.- Tradicionalmente, se ha dicho entre nosotros que el sistema registral chileno se basa en una ley prusiana del siglo XVIII, pero se aprecia cierta confusión en nuestros autores

¹⁴ García, J.; Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario; Editorial Civitas S.A.; Madrid - España; 1988; tomo I; p. 539.

¹⁵ A este respecto, el artículo 823 prescribía lo siguiente: “*La real de las cosas corporales muebles se hace pasándolas de mano a mano; la de las inmuebles, entrando en ellas el que la recibe, a presencia del que las entrega; manifestándose en el uno la voluntad de transferir, i en el otro la de adquirirlo*”. El artículo 826 agregaba lo siguiente: “*Se podrá también efectuar la tradición de las heredades y casas, registrando la escritura pública de enajenación en la competente oficina del Conservador de Bienes Raíces y firmando el Conservador la partida, junto con ambas partes o sus apoderados*” (inciso 1°). “*Transferido de este modo el dominio, no podrá pasar a tercero sino de la misma manera*” (inciso 2°). El artículo 828 disponía lo siguiente: “*Las cosas incorporales no admiten tradición verdadera; pero hace veces de tradición el ejercicio del derecho por una parte i la ciencia i paciencia de este ejercicio por otra*”. Y el artículo 829 cerraba el Título VI, del Libro II, expresando que “*los derechos de herencia, usufructo, uso, habitación; los de servidumbres prediales, i el de censo, admiten la tradición simbólica por instrumento público, registrado según el art. 826*”. En el caso de la hipoteca convencional, el artículo 2601 prescribía que “*la hipoteca especial deberá además ser registrada en la oficina de hipotecas; sin este requisito no tendrá valor alguno ni se contará su fecha sino desde la de la anotación o rejistro*” (Amunátegui, M.; Andrés Bello. Obras completas; tomo cuarto; Proyecto de Código Civil; segundo tomo; Editorial Nascimento; Santiago - Chile; 1932; p.p. 198 y 199).

¹⁶ Citado en Guzmán, A.; op. cit.; p. 50.

al identificarla; así, por ejemplo, en la obra de Antonio Vodanovic H., se señala que *“Bello concibió esta institución inspirándose en la Ley prusiana de 1872 y en el Registro de Hipotecas que, conforme a la legislación española, existía en nuestro país”*¹⁷; advirtiéndose un error evidente en esta afirmación, ya que tal ley es de fecha posterior a nuestro Código Civil. En cambio, Elías Mohor Alborno¹⁸, al igual que Bruno Caprile Biermann¹⁹, hacen referencia a una Ley prusiana de 1772, de la cual no hemos podido encontrar información²⁰.

Si se siguió de cerca una ley prusiana, tiene que haber sido aquella promulgada por Federico II el 20 de diciembre de 1783 y que, precisamente, constituye un hito esencial en la evolución del Derecho Registral Inmobiliario²¹. Sin embargo, al menos en este Proyecto que comentamos, más bien, se aprecia la influencia del Código Civil prusiano de 1794, depositario de dos fuerzas en tensión: la romanística y la germánica. El español Antonio Pau Pedrón, en un interesante y conocido trabajo acerca del sistema inmobiliario alemán, nos dice que el *“legislador (prusiano) cedió a la poderosa fuerza romanística en materia de adquisición del dominio, exigiendo ‘título y modo’, y no supo resistir la exigencia autóctona, que imponía considerar la inscripción como un ‘modo de adquirir’. De esta manera se llega a un sistema ecléctico, que considera como ‘modos’ tanto la entrega como la inscripción”*²².

4.- Don Andrés Bello López introduce una innovación que será importante para nuestro futuro sistema registral: sin abandonar la concepción romana del título y el modo, reconoce la inscripción como una forma simbólica de tradición, es decir, no considera a aquella como un modo de adquirir distinto a ésta.

¹⁷ Vodanovic, A.; Curso de Derecho Civil. Los bienes y los derechos reales. Explicaciones basadas en las clases de los profesores de la Universidad de Chile Arturo Alessandri Rodríguez y Manuel Somarriva Undurraga, redactadas, ampliadas y puestas al día por Antonio Vodanovic H.; Editorial Nascimento; Santiago - Chile; 1974; 3ª edición; p. 358.

¹⁸ Mohor, E.; “El Sistema Registral Chileno: Reformas e implicancias”; en revista electrónica Fojas; edición n° 26 - abril de 2010; <http://fojas.conservadores.cl>

¹⁹ Caprile, B.; “Por la reforma del sistema registral chileno”; en Estudios de Derecho Civil VII. Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Viña del Mar 2011; Facultad de Derecho Adolfo Ibáñez; Legal Publishing Chile; p. 250. En esta misma cita a pie de página se dice que *“El Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes raíces fue dictado el 27 de junio de 1857”*, siendo su fecha correcta el 24 de junio de 1857.

²⁰ Solo hemos podido encontrar la siguiente referencia: *“El registro público fue introducido en virtud de edictos reales de 1693 y 1704, más no parece que estos edictos tuvieran una gran aplicación práctica. De hecho, fueron revocados pocos años después y restablecidos en 1772, aunque sin alcanzar vigencia”* (Díez-Picazo, L.; Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. III. Las relaciones jurídico – reales. El Registro de la Propiedad. La posesión; Editorial Aranzadi S.A.; Navarra – España; 2008; 5ª edición; p. 347).

²¹ Según Sergio Enrique Rossel Ricci, “sin lugar a dudas Prusia era para esos tiempos el ejemplo más insigne de una legislación registral moderna. Federico II había dado su célebre Ordenanza de 20 de diciembre de 1783 con la que organizó el sistema cuyas bases habían sido establecidas por la Ordenanza Hipotecaria de 1722” (Rossel, S.; *“El carácter constitutivo de la inscripción chilena”*; en revista electrónica Fojas; edición n° 24 – julio de 2009; <http://fojas.conservadores.cl>).

²² Pau, A.; *“Panorama del sistema inmobiliario alemán”*; en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario; España; julio – agosto 1982; n° 551; p. 956. Este mismo trabajo se puede consultar, también, en Pau, A.; La publicidad registral; Centro de Estudios Registrales; Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España; Madrid; 2001; p.p. 37 a 125.

Luego, en el Proyecto Inédito de Código Civil²³, aparece claramente delineado el sometimiento de la propiedad raíz al Registro. Elimina la tradición real de los inmuebles, dándole su artículo 826 la redacción al actual artículo 686: “*Se efectuará la tradición del dominio de los bienes raíces por la inscripción del título en el Registro del Conservador.*”

De la misma manera se efectuará la tradición de los derechos de usufructo o de uso constituidos en bienes raíces, de los derechos de habitación o de censo y del derecho de hipoteca (la única diferencia está en que el artículo 826 hablaba de “hipoteca especial”).

Acerca de la tradición de las minas se estará a lo prevenido en el Código de Minería”.

Lo ocurrido en este Proyecto, a lo menos, nos merece una par de comentarios:

1.- Los cambios introducidos en materia de inscripción nos conducen a una gran interrogante: ¿cuál o cuáles de los comisionados, entre los que estaba Bello, verdaderamente incidió en la concepción definitiva del sistema registral chileno? Nos parece que es un estudio que se encuentra pendiente entre nosotros²⁴.

2.- Se aprecian ciertos rasgos comunes con la legislación del Imperio Austríaco, cuya evolución legislativa es paralela a la prusiana²⁵. Según Antonio Pau Pedrón, la Ley Hipotecaria de 22 de abril de 1794 gravita en torno a la eficacia constitutiva de la inscripción y el Código Civil de 1811 (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für das Kaisertum Osterreichs*) es menos ambicioso que el Código prusiano, “*pues se limita a las materias civiles, y más coherente con la legislación hipotecaria vigente a la sazón, pues reitera la eficacia constitutiva de lo que denomina Einverleibung; según el artículo 431: ‘Para la transmisión del dominio de bienes inmuebles debe inscribirse el contrato de adquisición en*

²³ “El proyecto editado en 1853 fue sometido a no menos de dos análisis completos en el seno de la Comisión Revisora. Frutos de este examen fueron también al menos dos nuevos proyectos. Uno de ellos corresponde al que conocemos con el nombre de ‘Proyecto Inédito’. Alejandro Guzmán Brito agrega que “*tal denominación le fue impuesta por Miguel Luis Amunátegui Reyes (1862 - 1949), sobrino del discípulo y biógrafo de Andrés Bello, Miguel Luis Amunátegui Aldunate (1828 - 1888), para editarlo en 1890 como tomo XIII de las Obras completas del codificador. Fue un nombre mal escogido, porque nunca estuvo destinado a la publicación, y porque al tiempo de ser editado dejaba de ser ‘inédito’.* Aunque no sabemos cuándo se lo dio por terminado en el interior de la Comisión Revisora, podríamos convencionalmente fijar el año 1854, y así una denotación más correcta haría referencia a ese año, en correlación con los años 1853, en que fue editado el proyecto que se examinaba, y 1855, en que se hizo lo propio con el proyecto final” (Guzmán, A; op. cit.; p. 54).

²⁴ Recientemente, con gran satisfacción, hemos tomado conocimiento que el profesor del Programa 2012 de Derecho Registral Inmobiliario de la Universidad Gabriela Mistral, Santiago Zárata González, ha presentado a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Católica de Valparaíso un proyecto de tesis doctoral titulado “*Orígenes históricos del Registro Inmobiliario chileno*”.

²⁵ Bernardino Bravo Lira, refiriéndose a la codificación, reclama ante una falta de visión de conjunto “*que comprenda al mundo hispánico en su totalidad, desde la Península Ibérica a Filipinas y deje ver las verdaderas dimensiones de esta vertiente de la codificación así como sus relaciones con la centroeuropea y la francesa*” (Lira, B.; op. cit.; p. 104).

los libros públicos destinados a ello. Esta inscripción recibe el nombre de *Eiverleibung* o *Intabulatio*²⁶. Se sigue la doctrina del título y el modo.

En consecuencia, basándonos en la historia del Código Civil y en las diversas fuentes y opiniones doctrinarias que nuestro codificador tuvo a la vista y, especialmente, en los variados órdenes de cosas en que innovó y en aquellas otras que supo adaptar a nuestra realidad, no podemos estar de acuerdo con Antonio Pau Pedrón, quien, no obstante señalar que se podría introducir en España la inscripción constitutiva con una fórmula como la del “*artículo 686 del Código Civil chileno*”, opina que es de una técnica legislativa muy deficiente, ya que “*la inscripción constitutiva no es una variedad de la tradición, sino un sustitutivo de la tradición. Lo que pretende la inscripción constitutiva es precisamente eliminar la tradición por su ineficacia publicitaria*”²⁷.

No obstante que, actualmente, nuestro sistema registral tiene deficiencias que deben ser corregidas, la anterior no es una de ellas. Se trata de una innovación o adaptación, si se prefiere esto último, respecto del sistema romano de título y modo. Nuestro legislador, pensando en todos los beneficios que traería al régimen de derechos reales inmuebles, quiso simbolizar la tradición únicamente con la inscripción (tan simbólica de tradición es la inscripción como, por ejemplo, puede serlo la “*suscriptio instrumenti*” que recoge el artículo 1462 del Código Civil español²⁸). No solo simbolizó la tradición, sino que la hizo solemne, tal como se encargó de advertirlo en el artículo 679: “*Si la tradición exige solemnidades especiales para la enajenación, no se transfiere el dominio sin ellas*”. Por lo demás, no tiene nada de extraño, ya que es coincidente con el fenómeno histórico de la progresiva espiritualización de la tradición, es decir, de una institución que evolucionó a través de los tiempos; si fuere del caso interpretar las instituciones con estricto apego a sus concepciones originales, tampoco podríamos hablar de tradición, ya que en el Derecho Romano ésta surge vinculada a la posesión y no a la adquisición de derechos reales²⁹.

Nos parece que tal crítica se basa en una óptica muy germánica, pero nuestro legislador, no obstante tener a la vista el Derecho Germánico, no era germano ni tampoco

²⁶ Pau, A.; “*Panorama del sistema inmobiliario alemán*”; op. cit.; p. 957. Este mismo autor agrega que “*la actividad legislativa de Prusia y Austria estimula rápidamente a las pequeñas e inquietas cortes alemanas y a los múltiples cantones suizos: en el lustro que va desde 1851 a 1856 se promulgan ocho leyes hipotecarias en Alemania y, entre 1831 y 1850, se publican las normas registrales de cada uno de los estados de la Confederación Helvética*” (ibídem; p. 957).

²⁷ Pau, A.; *La publicidad registral*; op. cit.; p. 383.

²⁸ Se pueden consultar las formas de tradición del Código Civil español en Diez-Picazo, L. y Gullón, A.; *Sistema de Derecho Civil*; volumen III; *Derecho de Cosas y Derecho Inmobiliario Registral*; Editorial Tecnos S.A.; Madrid – España; 1987; 2ª reimpresión; 3ª edición; p.p. 71 a 73.

²⁹ Véase cita 10.

pretendió serlo. Lo que intentamos decir aparece mejor expresado en el párrafo III del Mensaje: *“Desde luego concebiréis que no nos hallábamos en el caso de copiar a la letra ninguno de los códigos modernos. Era menester servirse de ellos sin perder de vista las circunstancias peculiares de nuestro país. Pero en la que éstas no presentaban obstáculos reales, no se ha trepidado en introducir provechosas innovaciones”*.

- **La inscripción es requisito, garantía y prueba de la posesión de los inmuebles³⁰.**

También, es en el Proyecto Inédito de Código Civil donde se da a la inscripción, por primera vez, un rol jurídico en relación con la posesión de los inmuebles.

Esta triple función de la inscripción posesoria, que se conoce como la *“Teoría de la posesión inscrita”*, se encuentra establecida en las siguientes normas del Código Civil:

1.- Como requisito: artículos 696 y 724³¹.

Carlos Aguirre Vargas, refiriéndose a la idea de que la posesión se adquiere mediante la inscripción, explica que *“es una idea persistente, que el legislador no se ha contentado con expresar una vez, porque sabe que va a innovar todo un orden jurídico cuyo alcance es difícil de comprender”*³².

2.- Como garantía: artículos 726, 728, 729, 730 y 2505³³.

³⁰ En el artículo 715 del Código Civil se reconoce implícitamente que las cosas incorpóreas pueden ser objeto de posesión, lo que conforme a la opinión mayoritaria entre nosotros queda circunscrito a los derechos reales, excluyéndose los personales. *“El punto de partida fijado por Paulo en cuanto solo las cosas corporales podían ser objeto de posesión, fue, en el decir de Butera, superado por el pretor y por la jurisprudencia romana, que introdujeron la cuasi-posesión de los derechos, esto es, la juris possessio. Butera agrega que la distinción entre possessio y quasi-possessio aparecen en Gayo, I, IV, 139, y de cuya autenticidad no puede dudarse. Los textos que en el Derecho Romano se refieren a la posesión de los derechos, no son numerosos pero sí los suficientes para demostrar que la quasi-possessio es obra de la jurisprudencia romana”* (Pescio, V.; op. cit.; p. 227).

³¹ Artículo 696: *“Los títulos cuya inscripción se prescribe en los artículos anteriores, no darán o transferirán la posesión efectiva del respectivo derecho, mientras la inscripción no se efectúe de la manera que en dichos artículos se ordena; pero esta disposición no regirá sino respecto de los títulos que se confieran después del término señalado en el reglamento antedicho”*. Este artículo plasma con especial nitidez las ideas expresadas con tanta claridad en el Mensaje del Código Civil respecto del nuevo sistema inmobiliario que se establece para nuestro país: la falta de inscripción no solo significa que no ha habido tradición, sino que, además, no se adquiere *“la posesión efectiva del respectivo derecho”*.

Artículo 724: *“Si la cosa es de aquellas cuya tradición debe hacerse por inscripción en el Registro del Conservador, nadie podrá adquirir la posesión de ella sino por este medio”*.

³² Citado por Pescio, V.; op. cit.; p. 276.

³³ Artículo 726: *“Se deja de poseer una cosa desde que otro se apodera de ella con ánimo de hacerla suya; menos en los casos que las leyes expresamente exceptúan”*. La principal excepción, seguramente la única a la época de la promulgación del Código Civil, la constituyen los inmuebles inscritos.

Artículo 728: *“Para que cese la posesión inscrita es necesario que la inscripción se cancele, sea por voluntad de las partes o por una nueva inscripción en que el poseedor inscrito transfiere su derecho a otro o por decreto judicial. Mientras subsista la inscripción, el que se apodera de la cosa a que se refiere el título inscrito no adquiere posesión de ella ni pone fin a la posesión existente”*.

La última disposición legal no acepta la llamada “*usucapio contra tabulas*”, solo permitiendo la “*secundum tabulas*”. Tal como observa Antonio Vodanovic H, “*es un simple corolario del artículo 728, que impide adquirir la posesión de inmuebles inscritos por actos de apoderamiento material. Se explica que el artículo 2505 sea consecuencia lógica del artículo 728, porque si conforme a éste no se puede poseer, tampoco se podrá prescribir, como quiera que la prescripción tiene por fundamento a la posesión*”³⁴.

De las normas anteriores no pasa inadvertido que uno de los mecanismos utilizados por el legislador para fomentar la inscripción fue establecer la posibilidad de pérdida de la posesión no inscrita por acto de apoderamiento o usurpación de un tercero. A este respecto Tomás A. Ramírez Frías explica que, “*la ley se pronuncia a favor del usurpador para castigar la desidia del poseedor que, pudiendo haber inscrito su título para seguridad de su derecho, no lo ha inscrito sin embargo (art. 100 del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces), y también porque, tratándose de un simple estado de hecho, la ley prefiere al que actualmente se encuentra en goce de la cosa, conforme a un tradicional principio de derecho universal*”³⁵.

3.- Como prueba: artículo 924³⁶.

Dentro de la denominada “*Teoría de la posesión inscrita*”, esta última norma legal es esencial, ya que, habiendo durado un año completo la inscripción, establece una verdadera presunción de derecho a favor del poseedor inscrito y, como afirma Humberto Trucco, “*en derecho lo que no se prueba es como si no existiera*”³⁷.

Para que el sistema opere a plenitud, además, los artículos 717 y 2500 del Código Civil han establecido la agregación o accesión de posesiones que permite al poseedor añadir a

Artículo 729, a “*contrario sensu*”: “*Si alguien, pretendiéndose dueño, se apodera violenta o clandestinamente de un inmueble cuyo título no está inscrito, el que tenía la posesión la pierde*”.

Artículo 730: “*Si el que tiene la cosa en lugar y a nombre de otro, la usurpa dándose por dueña de ella, no se pierde por una parte la posesión ni se adquiere por otra; a menos que el usurpador enajene a su propio nombre la cosa. En este caso la persona a quien se enajena adquiere la posesión de la cosa y pone fin a la posesión anterior.*

Con todo, si el que tiene la cosa en lugar y a nombre de un poseedor inscrito, se da por dueño de ella y la enajena, no se pierde por una parte la posesión ni se adquiere por otra, sin la competente inscripción”.

Artículo 2505: “*Contra un título inscrito no tendrá lugar la prescripción adquisitiva de bienes raíces o derechos reales constituidos en éstos, sino en virtud de otro título inscrito, ni empezará a correr sino desde la inscripción del segundo*”.

³⁴ Vodanovic, A.; op. cit.; p. 575.

³⁵ Citado en Trucco, H.; “*Teoría de la posesión inscrita dentro del Código Civil chileno*”; en Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales; Imprenta Cervantes; Santiago - Chile; año VII; 1910; p. 146.

³⁶ Artículo 924: “*La posesión de los derechos inscritos se prueba por la inscripción, y mientras ésta subsista y con tal que haya durado un año completo, no es admisible ninguna prueba de posesión con que se pretenda impugnarla*”.

³⁷ Trucco, H.; op. cit.; p. 134.

la suya la de sus antecesores; eso sí, con sus calidades y vicios, lo que tiene particular importancia en materia de prescripción adquisitiva.

No obstante lo dispuesto en las normas precedentemente citadas y las ideas expresadas con tanta claridad en el Mensaje del Código Civil, no han faltado quienes han puesto en duda la afirmación de que la inscripción constituye requisito, garantía y prueba de la posesión de los inmuebles. Sin embargo, nos parece evidente que todos los antecedentes conducen a concluir que la doctrina seguida por nuestro Código Civil es aquella que se conoce como la de la “*inscripción ficción o simbólica*” (en contraposición a la doctrina de la “*inscripción garantía*”³⁸). Descansa en la ficción de que la inscripción representa la concurrencia de los dos elementos constitutivos de la posesión: “*corpus*” y “*animus*”; ficción que es invulnerable si ha durado un año completo. Por lo tanto, la inscripción no solo es símbolo de la transferencia del dominio, sino también de adquisición de la posesión.

Como muy bien lo expresa Fernando Atria Lemaitre, lo característico de esta doctrina “*es que ella elimina de la posesión la facticidad. Para ser poseedor no es necesario ni suficiente detentar la cosa como dueño o actuar respecto de ella como solo lo hace el dueño: es suficiente y necesario ser titular de la inscripción conservatoria respectiva*”³⁹.

Esta doctrina encuentra sólido fundamento en lo expresado en el propio Mensaje del Código Civil: “*La inscripción es la que da la posesión real efectiva; y mientras ella no se ha cancelado, el que no ha inscrito su título, no posee; es un mero tenedor. Como el Registro Conservatorio está abierto a todos, no puede haber posesión más pública, más solemne, más indisputable, que la inscripción. En algunas legislaciones la inscripción es una garantía, no sólo de la posesión, sino de la propiedad; más para ir tan lejos hubiera sido necesario obligar a todo propietario, a todo usufructuario, a todo usuario de bienes raíces a inscribirse justificando previamente la realidad y valor de sus títulos; y claro está que no era posible obtener este resultado, sino por medio de providencias compulsivas, que producirían multiplicados y embarazosos procedimientos judiciales, y muchas veces juicios contradictorios, costosos y de larga duración. No dando a la inscripción conservatoria otro carácter que el de una simple tradición, la posesión conferida por ella deja subsistentes los*

³⁸ La inscripción es garantía de un hecho que debe existir en la realidad: la posesión, con la concurrencia efectiva de sus dos elementos constitutivos, es decir, la tenencia material con ánimo de señor o dueño. Si faltan estos elementos la inscripción es algo vacío, es una “*inscripción de papel*”, denominación que se debe a Leopoldo Urrutia (véase en Revista de Derecho y Jurisprudencia; Doctrina; tomo XXXI). Tal como lo explica Victorio Pescio V., “*la idea básica o central es que la calidad de inmueble de la cosa no altera la naturaleza jurídica del fenómeno denominado posesión...; de suerte que la inscripción conservatoria no puede tener otros alcances que los de favorecer y proteger ese estado de hecho, que no puede ser reemplazado por ninguna ficción*” (Pescio, V.; op. cit.; p.p. 360 y 361).

³⁹ Atria, F.; “*Derechos reales*”; en Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez; Chile; 2005; p. 71.

derechos del verdadero propietario, que solamente podrían extinguirse por la competente prescripción” (párrafo XXI).

Hay unas palabras de Manuel Amorós Guardiola que nos parece que se avienen de muy buena manera con aquello que parece haber estado en la mente de nuestro legislador civil: *“La posesión es la forma primaria y más normal de exteriorizar el derecho que se tiene sobre una cosa. Pero algunas veces la seguridad derivada de esa publicidad posesoria - más sencilla, pero más tosca - no basta para garantizar las necesidades del tráfico; otras no se acopla a la propia naturaleza de los bienes - muebles o inmuebles -; otras, en fin, no es posible – hipoteca, derechos sin posesión, etc. -. Entonces se arbitra la publicidad formal de los registros públicos, más intensa, pero también más compleja”*⁴⁰.

En definitiva, nuestro legislador utilizó la protección posesoria para proteger el dominio (conforme al artículo 700 del Código Civil, el poseedor es reputado dueño, mientras otro no justifique lo contrario) y, por indudables razones de seguridad jurídica, extremó esta protección en el caso de los inmuebles, estableciendo una ficción de posesión (“*corpus*” y “*animus*”) a través de la inscripción.

- **Se establece la necesidad de inscribir las sentencias que declaran la prescripción adquisitiva de derechos reales inmuebles; de lo contrario, no valdrá contra terceros (artículo 2513 del Código Civil).**
- **En una norma que nos parece notable para la época (1855), se establece la obligatoriedad de la inscripción de los inmuebles hereditarios para que los herederos puedan disponer de ellos (artículo 688 del Código Civil).**

En base a toda la construcción jurídica precedentemente descrita, se expresa en el Mensaje del Código Civil que todos los bienes raíces, *“a no ser los pertenecientes a personas jurídicas, al cabo de cierto número de años se hallarán inscritos y al abrigo de todo ataque. La inscripción sería desde entonces un título incontrastable de propiedad, obteniéndose así el resultado a que otros querían llegar desde luego, sin que para ello sea necesario apelar a medidas odiosas, que producirían sacudimiento en toda la propiedad territorial”* (párrafo XXI).

⁴⁰ Amorós, M.; Estudios jurídicos; Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España; Madrid; 2009; p. 525.

Luego de más de ciento cincuenta años de nuestro sistema registral inmobiliario, parece ser que lo anterior se ha cumplido, ya que son escasos los juicios que versan sobre inmuebles no inscritos.

Por otro lado, en virtud de todo lo que hasta aquí hemos expuesto, en un trabajo anterior⁴¹ concluimos que don Andrés Bello López (en caso que efectivamente se pudiere defender la tesis de que nuestro sistema registral es obra exclusiva suya), en un inicio, concibió una inscripción conservatoria de carácter híbrido, es decir, constitutiva en cuanto a que ella es esencial para la adquisición o constitución de los derechos reales inmuebles, y de efectos simplemente declarativos en cuanto dejó a salvo los derechos del verdadero dueño, según el principio de que *“nadie puede transferir más derechos de los que tiene”* (artículo 682 del Código Civil, que recoge el principio romano *“nemo plus iuris”*), ya que podían aparecer propietarios cuyos derechos no estuvieren inscritos. Pero todo ello, según se dijo, apuntando a una época en que la inscripción sería prueba directa del dominio.

La conclusión anterior, tal como nos lo observó un Registrador de la Propiedad de España, el director y profesor del IX Curso Iberoamericano de Derecho Registral, Ángel Valero Fernández-Reyes, resulta poco comprensible. Tiene razón, pero tal afirmación la hicimos a partir de una clasificación, según la función y efectos de la inscripción⁴² en la que se basan algunos autores nacionales⁴³, la que reconocemos que conduce a conclusiones confusas, ya que mezcla el principio de inscripción con los efectos de la publicidad material. Efectivamente, la inscripción es constitutiva o declarativa, pero no puede ser ambas cosas a la vez.

En realidad y para ser precisos, lo que nuestro legislador civil concibió fue una inscripción de eficacia constitutiva, pero que no produce efectos convalidantes⁴⁴.

- ¿A DÓNDE CONDUCE TODO LO ANTERIOR?

A partir de las normas citadas y de ciertos principios registrales, especialmente el de legalidad y el de tracto sucesivo, es posible concluir que la inscripción chilena hoy en día constituye plena prueba del dominio o de la titularidad del respectivo derecho real inmueble,

⁴¹ Ello, con ocasión de nuestro trabajo preparado en el IX Curso Iberoamericano de Derecho Registral, titulado *“El principio de prioridad en el sistema registral inmobiliario chileno comparado con el español”*; publicado en Cuadernos del Seminario Carlos Hernández Crespo; Centro de Estudios Registrales; Decanato Autonómico de Madrid; España; enero - marzo 2010; n° 25; p.p. 29 a 50.

⁴² Esta clasificación se puede ver en Fundación Fernando Fueyo Laneri; op. cit.; p.p. 64 a 71.

⁴³ Véanse estas opiniones en cita 8.

⁴⁴ Artículo 1689 del Código Civil: *“La nulidad judicialmente pronunciada da acción reivindicatoria contra terceros poseedores; sin perjuicio de las excepciones legales”*.

lo que no obsta a que judicialmente se pueda demostrar lo contrario (presunción “*iuris tantum*”). Esta afirmación no es pacífica, especialmente a consecuencia de los efectos iniciales ya descritos de nuestra inscripción y de una interpretación muy literalista de la definición de acción reivindicatoria (según el artículo 889 del Código Civil, “*la reivindicación o acción de dominio es la que tiene el dueño de una cosa singular, de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituírsela*”)⁴⁵, es decir, completamente desligada de las normas y principios registrales; lo que lleva a sostener, según se suele enseñar en nuestras cátedras de Derecho Civil y conforme se ha venido escribiendo por un gran número de autores desde hace tiempo, que la inscripción solo es prueba de la posesión⁴⁶. Es decir, se termina poniendo de cargo del titular registral la prueba de la veracidad de la misma, lo que parece inaceptable e insólito.

Si esto último es efectivo, desde ya proponemos que se le cambie el nombre al “*Registro de Propiedad*” por el de “*Registro de Posesión*” y que se le explique a todos aquellos que acceden a la oficina del conservador de bienes raíces que con suerte esta inscripción acredita posesión; de lo contrario el Estado de Chile nos mantendrá engañados a todos. En efecto, jamás se puede olvidar que el Registro es un medio oficial (organizado por el Estado) para satisfacer la seguridad en las relaciones jurídicas; es el Estado el que para este efecto organiza esta clase de publicidad (de naturaleza jurídico registral).

Por otra parte, podría pensarse que un defecto de nuestro sistema es la causalidad de nuestra inscripción. Sin embargo, su construcción y coherencia permite a abogados especializados (analizan, además, ciertos aspectos extra registrales), prácticamente en menos

⁴⁵ Daniel Peñailillo Arévalo es lapidario a este respecto: “*Tratándose de inmuebles, el sistema registral que, teóricamente tendría que conducir a facilitar la prueba del dominio y, por tanto, fortalecer la protección al dueño, por los caracteres que adoptó entre nosotros, no ha producido ese resultado (como ya ha podido apreciarse en el relato sobre su organización y funcionamiento). Como escueto resumen de lo manifestado allí, dirigido ahora al conflicto reivindicatorio, debe recordarse que la inscripción no prueba dominio (solo posesión, y ni eso según algunos); con frecuencia no hay coincidencia entre la descripción del predio en el Registro y sus caracteres reales; suele ocurrir que ambos litigantes (reivindicante y demandado) presentan inscripción a su respectivo nombre (porque el sistema no logra evitar las llamadas inscripciones paralelas y ‘de papel’), lo que – al menos aparentemente – deja a la controversia con dos poseedores (inscritos); y (tal vez lo más sensible): cuando el reivindicante – en su afán de exhibir sus mayores y mejores antecedentes – acompaña inscripción a su nombre, se expone el congénito debate del valor de la inscripción en cuanto símbolo de la posesión, que permanece con resultado impredecible, y que, aquí se traduce en una capital disyuntiva: si tiene posesión inscrita, entonces ¿no será un dueño o poseedor, cuya demanda, por tanto, debe ser rechazada*” (Peñailillo, D.; Los bienes: La propiedad y otros derechos reales; Colección Manuales Jurídicos; Editorial Jurídica de Chile; Santiago; 2006; 4ª edición; p. 234. Siguiendo esta misma línea crítica Bruno Caprile Biermann, sostiene que “*el sistema registral chileno es uno de escasa legalidad, ya que no supone un examen acucioso de la validez de los títulos que se presentan, ni tampoco la titularidad efectiva de los derechos de quienes aparecen en tales registros. Digámoslo con todas sus letras, para escándalo de los legos y asombro de los estudiantes de los primeros años de derecho: la inscripción de dominio no acredita que su titular sea el dueño del inmueble, no lo deja a cubierto de nulidades del título que le dio origen ni de eventuales acciones reivindicatorias*” (Caprile, B.; op. cit.; p. 255).

⁴⁶ Así, por ejemplo, Antonio Vodanovic H. en op. cit.; p.p. 349 y 350.

de cuarenta y ocho horas⁴⁷, efectuar los respectivos estudios de títulos. Por lo tanto, esta es una clara demostración empírica de que los sistemas causales, en la medida que tengan una construcción dogmáticamente sólida y coherente, además de eficientes, pueden ser justos, tanto para el verdadero titular del respectivo derecho real como para el tercer adquirente. La causalidad es otro aspecto que algunos han satanizado hablando de “*largos y costosos estudios*”, es decir, de una “*verdadera prueba diabólica o infernal de la titularidad*”, lo que es muy probable en sistemas altamente imperfectos. Al menos en Chile, parece razonable que toda reforma deba ir encaminada, principalmente, a hacer más eficiente y seguro (por ejemplo, la inscripción del derecho real de servidumbre debiese ser constitutiva) el estudio de los títulos, debiendo contribuir los avances telemáticos a facilitar el acceso a la información que se requiera para ello.

Es indudable que nuestro sistema registral, luego de más de ciento cincuenta años, requiere de ciertos perfeccionamientos. Resulta francamente lamentable que todo posible cambio, normalmente, pase por la discusión de ciertos aspectos orgánicos y algunos muy puntuales de carácter procedimental o de técnica registral (por ejemplo, la adopción del folio real como la “*gran solución o novedad*”, sin perjuicio de que lo estimamos preferible al de folio personal); ninguno de carácter sustantivo o, bien, se suelen olvidar otros aspectos muy importantes.

En lo anterior hay responsabilidad de todos los sectores: de los gobiernos que proponen reformas, pero que no parecen tener cabal comprensión de toda la problemática registral, sumado a fuerzas en tensión derivadas de influencias anglosajonas y latinas, y de ciertas visiones meramente económicas que no siempre son complementarias con la seguridad jurídica, especialmente preventiva; de los legisladores, cuyo aporte ha sido nulo hasta la fecha y de nuestra Corte Suprema, la que a pesar de tener bajo su tuición a notarios y conservadores de bienes raíces, tampoco ha efectuado importantes contribuciones. No pueden dejarse de lado a los propios conservadores, cuyas propuestas suelen ser solo reactivas e insuficientes ante vientos de reformas. Finalmente, la contribución de nuestra doctrina civil al fortalecimiento del sistema registral, también, ha sido bastante pobre (sus interpretaciones y conclusiones, incluso, suelen debilitar los verdaderos efectos de la inscripción), lo que tampoco ha sido muy enriquecido por la jurisprudencia de nuestros tribunales. En parte, esto último encuentra explicación en la falta de especialistas en Derecho Registral Inmobiliario (ya no resulta aceptable que se imparta la cátedra de “*Bienes*” o “*Derechos Reales*” o que se

⁴⁷ Es el tiempo promedio que los bancos suelen exigir a sus abogados para el estudio de los títulos.

escriba respecto de ellos, al menos de aquellos que se encuentran sujeto a registro, sin tomarse debidamente en consideración esta disciplina), lo que nos plantea una última interrogante: ¿quién o quienes son los expertos asesores que se consultan cuando se estudian posibles reformas en tan importante materia?

II.- CALIFICACIÓN REGISTRAL DE LA “CLÁUSULA MALDITA O PERVERSA”.

En tiempos de crisis una cláusula contractual que cobra gran relevancia es aquella que provoca el vencimiento anticipado de la deuda, la cual suele estar garantizada con una hipoteca, lo que, en definitiva, se puede traducir en una ejecución, también, anticipada de esta última. Dicho de otra forma, tal cláusula contractual puede llegar a tener trascendencia jurídico real.

Esta cláusula de vencimiento anticipado, que también se puede denominar de “*aceleración*” o de “*caducidad convencional*”, en nuestro país provoca importantes efectos jurídicos; tales como:

1.- El acreedor puede exigir el cumplimiento del total de la deuda y el deudor debe pagarla.

2.- Puede operar la compensación legal.

3.- Suele constituir en mora al deudor respecto de la deuda total, lo que significa que comienzan a devengarse intereses penales, habitualmente equivalentes a la tasa máxima convencional⁴⁸. A ello debe agregarse que en nuestro país el anatocismo (cobro de intereses sobre intereses) está expresamente permitido en el artículo 9° de la Ley N° 18.010 sobre operaciones de crédito de dinero⁴⁹.

⁴⁸ Artículo 6°, inciso 4°, de la Ley N° 18.010: “No puede estipularse un interés que exceda en más de un 50% al corriente que rija al momento de la convención, ya sea que se pacte tasa fija o variable. Este límite de interés se denomina interés máximo convencional”. En el último tiempo en nuestro país se ha estado analizando la posibilidad de bajar este máximo. El artículo 8°, inciso 1°, de la misma ley agrega lo siguiente: “Se tendrá por no escrito el pacto de intereses que exceda el máximo convencional, y en tal caso los intereses se reducirán al interés corriente que rija al momento de la convención”. Y el artículo 16 de esta ley dispone lo que sigue: “El deudor de una operación de crédito de dinero que retarda el cumplimiento de su obligación, debe intereses corrientes desde la fecha del retardo y a las tasas que rijan durante ese retardo, salvo estipulación en contrario o que se haya pactado legalmente un interés superior”.

⁴⁹ Artículo 9° de la Ley N° 18.010: “Podrá estipularse el pago de intereses sobre intereses, capitalizándolos en cada vencimiento o renovación. En ningún caso la capitalización podrá hacerse por períodos inferiores a treinta días.

Los intereses capitalizados con infracción a lo dispuesto en el inciso anterior se consideran interés para todos los efectos legales y especialmente para la aplicación del artículo precedente.

Los intereses correspondientes a una operación vencida que no hubiesen sido pagados se incorporarán a ella, a menos que se establezca expresamente lo contrario”.

4.- Comienza a correr la prescripción extintiva de las acciones de cobro, lo que adquiere particular importancia respecto de ciertas acciones ejecutivas de muy breve plazo (por ejemplo, un año en el caso de las acciones emanadas de letras de cambio y pagarés)⁵⁰.

Dado que algunos de los efectos precedentemente enunciados suelen ser muy nocivos para el deudor, sumado a que en muchas ocasiones la cláusula de aceleración descansa en causales abusivas o de dudosa legalidad (por ejemplo, infracción de una prohibición de enajenar, cualquier embargo o disminución de la solvencia del deudor, incumplimiento de prestaciones accesorias y falta de inscripción de la hipoteca por razones no imputables al constituyente) impuestas por una de las partes (la mayoría de las veces vía condiciones generales de la contratación), lo cual, como se dijo, puede conducir a la ejecución de la hipoteca; perfectamente, nos podríamos sentir tentados en bautizar a este pacto como la “*cláusula maldita o perversa*”.

Para qué decir si se trata de préstamos otorgados para la adquisición de inmuebles durante épocas de “*burbujas inmobiliarias*”⁵¹, donde podría llegarse, incluso, a comprometer la responsabilidad universal del deudor vía el derecho de garantía general de los acreedores, no obstante haberse ejecutado la hipoteca.

⁵⁰ La regla general en materia de prescripción extintiva la establece el artículo 2515 del Código Civil: “*Este tiempo es en general de tres años para las acciones ejecutivas y de cinco para las ordinarias. La acción ejecutiva se convierte en ordinaria por el lapso de tres años, y convertida en ordinaria durará solamente otros dos*”.

⁵¹ De inmediato se nos viene a la mente la llamada “*crisis subprime*”, que se transformaría en la mayor crisis global desde los años 30, cuyas primeras señales de alerta las dio en Estados Unidos, a mediados de 2007, el desaparecido banco de inversiones Bear Stern (se especializaba en carteras de hipotecas “*subprime*”) y que tuvo su punto más álgido el 15 de septiembre de 2008 con la quiebra de Lehman Brothers. Sin embargo, su inicio se puede fijar a mediados del 2006, cuando los precios de las propiedades en Estados Unidos llegaron a su máximo y comenzaron a caer estrepitosamente (algunos recuerdan a un entonces desconocido economista, Nouriel Roubini, señalando en septiembre de ese año ante el FMI que la caída sería brutal, que “*el fin ya estaba aquí*”). Según las explicaciones de diversos economistas chilenos, se habían generado grandes cantidades de crédito hipotecario para financiar la adquisición de propiedades a precios ridículos (algunos financiaban el 100% de propiedades caras), otorgados muchas veces a personas más allá de sus posibilidades, lo que se vio incentivado por la mantención de una tasa de interés excesivamente baja por la FED. A su vez, surgieron instrumentos financieros complejos y de alto riesgo que se vendieron a incautos y ambiciosos a precios de bajo riesgo. El rompimiento de la burbuja encadenó el derrumbe del mercado de instrumentos financieros. Además de prácticas cuestionables (por ejemplo, ejecutivos irresponsables más preocupados de sus bonos que de maximizar la riqueza de los accionistas), fallaron los controles, ya que no solo hubo falta de entendimiento de los compradores de productos financieros, sino también de directivos de bancos, auditores y clasificadores de riesgo. En paralelo al sobreendeudamiento privado, se pone de manifiesto el endeudamiento de muchos países, no solo a consecuencia del rescate del sistema financiero, sino, también, por el desmedido gasto fiscal, lo que ha permitido a muchas sociedades vivir más allá de sus verdaderas capacidades. En definitiva, la crisis *subprime* – financiera fue el detonador de una situación más compleja de acumulación de deuda por muchos años (privada y pública) a niveles insostenibles; un diseño defectuoso de la Eurozona; problemas demográficos y, respuestas insuficientes y tardías, que ha traído al presente los excesos de sistemas financieramente insostenibles y moralmente corruptos (Pulso; Las lecciones a cinco años de la crisis subprime (reportaje de Jonás Preller); Santiago – Chile; 23 de julio de 2012; p.p. 4 a 13; www.pulso.cl).

Según nuestra jurisprudencia, *“la cláusula de aceleración es el nombre que la doctrina nacional ha dado al pacto en virtud del cual las partes convienen anticipar el cumplimiento de una obligación que se ha diferido en el tiempo, en el evento que el deudor incurra en algunas de las situaciones fácticas previamente acordadas. Su efecto es producir la caducidad del plazo que el deudor tenía para satisfacer la deuda, lo que implica que la obligación se hace exigible en ese momento y, por lo mismo, el acreedor puede ejercer todas las acciones que el ordenamiento jurídico le confiere para obtener el pago íntegro de su acreencia, pero siempre respetando las normas que regulan la prescripción extintiva”* (Corte de Apelaciones de Santiago, 25 de agosto de 2005)⁵².

Dos aspectos de la misma cláusula y otro relacionado con ella nos interesa comentar:

- **Momento de inicio de la prescripción extintiva.**

En general, nuestra jurisprudencia ha distinguido según si la cláusula se encuentra redactada en términos imperativos o facultativos. Así, por ejemplo, la Corte Suprema, en sentencia de 29 de julio de 2011, rol n° 6214-09 (HNS Factoring Sociedad Anónima con Servicios y Asesorías K Limitada), dijo lo siguiente: *“Conforme al principio de la autonomía de la voluntad, las partes pueden pactar una cláusula de aceleración, que es aquella en que las partes convienen anticipar el cumplimiento de una obligación que se ha diferido en el tiempo, cuando el deudor incurre en alguna de las situaciones fácticas previamente acordadas. El efecto que genera su ejercicio envuelve la caducidad del plazo que el deudor tenía para satisfacer la deuda, lo que significa que la obligación en ese momento se hace exigible y, por lo mismo, el acreedor está facultado para ejercer todas las acciones que el ordenamiento jurídico le confiere tendientes a lograr el pago de su acreencia. La referida cláusula de aceleración puede estipularse en forma imperativa o facultativa; que en el caso en estudio, ésta se convino en términos facultativos, lo que se traduce en que mientras no intervenga voluntad del acreedor no se hace exigible la totalidad del crédito.*

En la situación en análisis se ha establecido que el acreedor no hizo uso de la cláusula de aceleración, que el demandado dejó de pagar las cuotas desde diciembre del año 2000 en adelante y fue notificado el 17 de abril de 2006, por lo que solo era posible – como

⁵² Citada por Hernández, G. y Lathrop, F.; *“Prescripción extintiva y cláusula de aceleración: visión jurisprudencial”*; en La razón del Derecho; Revista interdisciplinaria de ciencias jurídicas; N° 2; 2011; p. 4 (<http://www.larazondelderecho.com/pdf/hernández-lathrop.pdf>). Véase también *“Del pacto o cláusula de aceleración”*; en Cautiones reales. Prenda e hipoteca. Serie jurisprudencia; Editorial Metropolitana; Santiago – Chile, 2008; p.p. 81 a 99.

lo hizo el fallo en estudio – acoger la excepción de prescripción opuesta por el demandado pero en el carácter de parcial, pues el término para declarar la prescripción solo se inicia desde el vencimiento de cada cuota en que se fraccionó la obligación”⁵³.

En el mismo sentido, la Corte Suprema, en sentencia de 8 de julio de 2010, rol n° 344-09 (Banco de Crédito e Inversiones con Canepa Barros, Ximena), había dicho lo siguiente: *“La cláusula de aceleración puede extenderse valiéndose de formas verbales imperativas o facultativas, de manera que en el primer caso, verificado el hecho del retardo o la mora, la obligación se hará íntegramente exigible independientemente que el acreedor manifieste su voluntad en orden a ejercer el derecho que le confiere la estipulación y, en el segundo, esa total exigibilidad dependerá del hecho que el titular de la acreencia exprese su intención de acelerar el crédito. En la especie la cláusula tiene el carácter de imperativa, de lo cual se infiere la consecuencia innegable que desde la fecha del incumplimiento, el plazo ya no será impedimento para que el acreedor pueda accionar, ya que es exigible la obligación y se le permite perseguir al deudor desde esa fecha, por lo que, además, comienza a correr el plazo de la prescripción extintiva”.*

Un criterio distinto a los anteriores es aquel contenido en el voto disidente de otra sentencia de la Corte Suprema, de 14 de abril de 1997 (Banco Concepción con Contreras Gajardo, María). La doctrina de este fallo fue *“que si bien es cierto que toda cláusula de aceleración es establecida a favor del acreedor, para facilitar y hacer más rápida la cobranza de total de un crédito que puede constar de numerosas cuotas a plazos más o menos largos, ello no significa en modo alguno que no sea posible, eventualmente, que produzca efecto a favor del deudor, en especial en materia de prescripción extintiva del crédito”.* En cambio, en el voto de minoría del Ministro Efrén Araya Vergara se sostuvo que *“no es dable pretender que el acreedor, en caso de mora del deudor en el pago de las cuotas esté obligado a entablar un juicio para cada una ni que por el hecho de invocar la cláusula de aceleración en alguno de los cobros comience a correr en su contra el plazo de prescripción extintiva”.* *“Que, por lo demás, no parece éticamente aceptable que la omisión del acreedor de usar estrictamente la cláusula de aceleración – pasividad que frecuentemente se debe a su ánimo generoso de no urgir a su deudor para la satisfacción de la acreencia, se esgrima en su contra para privarlo de lo suyo y que el deudor se aproveche de su propio incumplimiento”⁵⁴.*

⁵³ Véase, también, Corte Suprema 21 de Septiembre de 2011 (Banco de Chile con Ortiz Flores, Ciro) en Gaceta Jurídica N° 375; LegalPublishing Chile; Santiago; p. 399.

⁵⁴ Gaceta Jurídica N° 202; Editorial Jurídica ConoSur Ltda.; Santiago - Chile; 1997; p. 25.

- **Calificación de cláusulas abusivas que establecen causales de vencimiento anticipado de la deuda y de ejecución anticipada de la hipoteca que la garantiza.**

En primer lugar, debemos advertir que se trata de un tema que no ha sido objeto de mayor análisis por nuestra doctrina y tribunales, y menos por nuestros conservadores de bienes raíces. A ello se suma la falta de claridad en los contornos de nuestra calificación registral. Lo mismo sucede con aquello que debe ser objeto de inscripción, donde en algunos casos se aprecia cierta confusión de parte de los propios operadores del sistema.

La norma fundamental en esta materia es el artículo 13 del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces, de 24 de junio de 1857 (fue dictado por expreso mandato del artículo 695 del Código Civil): *“El Conservador no podrá rehusar ni retardar las inscripciones: deberá, no obstante, negarse, si la inscripción es en algún sentido legalmente inadmisibles; por ejemplo, si no es auténtica o no está en papel competente la copia que se le presenta; si no está situada en el departamento o no es inmueble la cosa a que se refiere; si no se ha dado al público el aviso prescrito en el artículo 58; si es visible en el título algún vicio o defecto que lo anule absolutamente, o si no contiene las designaciones legales para la inscripción”*. Se trata de una causal genérica y bastante imprecisa, ilustrada con algunos ejemplos.

No obstante que entre nosotros es una discusión pendiente si el conservador de bienes raíces se encuentra facultado para calificar cláusulas meramente obligacionales, so pretexto que podrían llegar a tener incidencia en una eventual ejecución de la hipoteca, se debe poner especial atención en la normativa contenida en la reciente Ley N° 20.555 (publicada en el Diario Oficial de 5 de diciembre de 2011), que modifica la Ley N° 19.496, sobre protección de los derechos de los consumidores, para dotar de atribuciones en materias financieras, entre otras, al Servicio Nacional del Consumidor (SERNAC); ya que el nuevo artículo 17 E establece la posibilidad de *“solicitar la nulidad de una o varias cláusulas o estipulaciones que infrinjan el artículo 17 B”* (esta nulidad podrá declararse por el juez en caso de que el contrato pueda subsistir con las restantes cláusulas o, en su defecto, el juez podrá ordenar la adecuación de las cláusulas correspondientes; sin perjuicio de las indemnizaciones a que hubiere lugar). Y el inciso 5° del nuevo artículo 17 D prohíbe en los créditos hipotecarios, en cualquiera de sus modalidades, *“incluir en el contrato de mutuo (préstamo) otra hipoteca que no sea la que cauciona el crédito que se contrata, salvo solicitud escrita del deudor efectuada*

por cualquier medio físico o tecnológico". En estos casos, al tenor del propio artículo 13 del Reglamento precedentemente citado, parece ineludible la calificación registral.

En lo que respecta a la cláusula de vencimiento anticipado la ley es bastante pobre, ya que solo se limita a decir que los contratos de adhesión de servicios de cualquier producto financiero deberán especificar *"las causales que darán lugar al término anticipado del contrato por parte del prestador, el plazo razonable en que se hará efectivo dicho término y el medio por el cual se comunicará al consumidor"* (artículo 17.B.b).

Un aspecto que jamás nos ha dejado de llamar la atención en nuestro país y que venimos criticando desde hace mucho tiempo, es el acceso al Registro de aquellas prohibiciones de enajenar que son totalmente habituales en nuestros contratos de hipoteca y que, además, su infracción se vincula contractualmente con la cláusula de aceleración del crédito. La razón es muy sencilla y se encuentra expresamente señalada en el artículo 2415 del Código Civil: *"El dueño de los bienes gravados con hipoteca podrá siempre enajenarlos o hipotecarlos, no obstante cualquiera estipulación en contrario"*.

Curiosamente y a pesar de los términos meridianamente claros de esta norma legal, durante mucho tiempo se discutió entre nuestros conservadores si, existiendo una prohibición voluntaria inscrita, debía o no inscribirse, por ejemplo, una transferencia del inmueble hipotecado y afectado por la prohibición. En cambio, nosotros hemos planteado que el verdadero foco de la discusión es otro, ya que nos parece que no puede tener acceso al Registro una prohibición jurídicamente inocua, es decir, sin ninguna trascendencia jurídico real⁵⁵. Incluso, podría llegar a calificarse de publicidad registral engañosa, ya que el ciudadano común, confiando en los efectos propios de los registros jurídicos podría llegar a conclusiones legalmente erróneas; por ejemplo, que efectivamente está impedido de transferir o hipotecar nuevamente el inmueble. La publicidad registral no está dirigida exclusivamente a los especialistas del Derecho, quienes, también, pueden ser víctimas de confusiones.

Tan cierto es lo anterior, que recordamos que en una ocasión, específicamente en un postítulo de Derecho Inmobiliario, una abogada muy conocida y de dilatada trayectoria en la banca chilena, al nosotros señalar que la prohibición voluntaria inscrita no podía impedir la inscripción de una transferencia de dominio o la constitución de una nueva hipoteca, se apresuró en hacernos ver que olvidábamos que la infracción de la prohibición convencional,

⁵⁵ Por ejemplo, así se puede ver en Sepúlveda, M.; *"La cláusula de no enajenar"*; en Temas de Derecho Inmobiliario; Editorial Metropolitana; Santiago – Chile; 2008; p.p. 56 a 68 y en Sepúlveda, M.; *"La cláusula de no enajenar"*; en Derechos reales. Principios, elementos y tendencias (coordinador Gabriel de Reina Tartiere); Heliasta; Buenos Aires – Argentina; 2008; p.p 203 a 213.

también, estaba vinculada a la cláusula de aceleración del crédito, por lo que el banco estaba facultado para hacerla efectiva; la prohibición estaba inscrita y nadie podía desconocerla.

Ante semejante afirmación, respondimos que el banco, en nuestra opinión, no podía acelerar el crédito en base a una causal que el Derecho no le reconoce eficacia. En efecto, el citado artículo 2415 del Código Civil permite “*siempre*” transferir el inmueble o hipotecarlo, “*no obstante cualquier estipulación en contrario*”, es decir, cualquier estipulación en contrario no se encuentra amparada por nuestro ordenamiento jurídico. Si bien es cierto que esta estipulación no se encuentra expresamente sancionada con la nulidad, no lo es menos que el artículo 2415 del Código Civil no le reconoce ningún valor, es jurídicamente inocua, es como si no estuviese escrita⁵⁶, por lo que tampoco su infracción podría justificar la ejecución de la cláusula de vencimiento anticipado de la deuda.

De lo contrario se podría llegar a configurar un verdadero fraude a la ley, ya que amparándose en este caso en el arbitrio de la libertad contractual y con el pretexto de que la norma legal citada no prohíbe expresamente pactar la prohibición voluntaria, bajo la amenaza del vencimiento anticipado de la deuda y eventual ejecución de la hipoteca que la cauciona, se terminaría inhibiendo al propietario del inmueble de aquello que “*siempre*” le permite realizar el artículo 2415 del Código Civil. Además, este artículo es una de las tantas manifestaciones positivas del principio fundante de nuestro Código Civil – “*el de libre circulación de los bienes*” -, el cual también se estaría vulnerando⁵⁷.

Finalmente, queremos manifestar nuestras dudas respecto de los verdaderos beneficios que aporta, en el combate a las cláusulas abusivas, la registración (depósito) de las condiciones generales de la contratación, lo que, más bien, podría ser un síntoma de lo que podríamos llamar “*inflación registral*”⁵⁸.

⁵⁶ Corte Suprema, 15 de abril de 1993 (Banco Unido de Fomento con Morrison, Dolly): “*Del claro tenor del artículo 2415 del Código Civil, al que se debe recurrir de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 19 del mismo cuerpo legal, aparece que dicho precepto no prohíbe la cláusula de prohibición de gravar y enajenar, solo prevé que en el evento que se imponga, el dueño puede siempre hipotecarlos o enajenarlos*” (Revista de Derecho y Jurisprudencia; Editorial Jurídica de Chile; Santiago; tomo XC; segunda parte; sección primera; p. 43).

⁵⁷ Corte Suprema, 21 de septiembre de 1983 (Banco de Concepción con Calderón López, Zoraida Amanda): “*La cláusula voluntaria de la referencia no es aceptada en general, ni por la doctrina, ni por la jurisprudencia, puesto que mediante la cláusula se priva el dominio de la condición esencial de este derecho, de poder su titular disponer libremente de lo suyo, sacando prácticamente los bienes del comercio humano, lo que contraría las normas consideradas de orden público, en cuanto cada cual puede disponer de lo suyo sin otra limitación que la impuesta por la ley*” (cita Westlaw Chile: j4720/1983).

⁵⁸ En Chile, en el artículo 5° n° 1 de la Ley N° 19.439, publicada en el Diario Oficial de 31 de enero de 1996, establece lo que podríamos denominar un “*germen*” de Registro de Condiciones Generales de la Contratación: “*Las instituciones autorizadas para otorgar préstamos hipotecarios mediante mutuos hipotecarios endosables o con emisión de letras de crédito y aquellas autorizadas para celebrar contratos de arrendamiento con promesa de compraventa de acuerdo con las normas de la Ley N° 19.281, podrá utilizar el siguiente procedimiento en el otorgamiento de las escrituras públicas que den cuenta de los contratos respectivos: 1. Todas las cláusulas de*

Nos parece bastante más eficiente, como control de carácter general y preventivo de las relaciones jurídicas de consumo, la existencia de un organismo técnico facultado por ley para revisar la legalidad de los contratos de adhesión, especialmente frente a fenómenos de contratación masiva. Precisamente, es lo que se pretende en Chile con la implementación del “Sello SERNAC” a los contratos de adhesión de servicios y productos financieros, incluidos los créditos hipotecarios (artículo 55 de la Ley N° 19.496); cuyo reglamento (Decreto Supremo N° 41 del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo) fue publicado en el Diario Oficial el 13 de julio de 2012. Según el considerando 3° de este último cuerpo legal, el sello permitirá informar a los consumidores “*que los contratos de adhesión que cuenten con dicho sello se ajustan a la Ley de Protección del Consumidor y a los reglamentos dictados conforme a ella, en virtud de la constatación previa que efectuará SERNAC; que los proveedores de servicios y productos financieros que tienen el referido sello cuentan, además, con un servicio de atención al cliente; y que el consumidor podrá recurrir a un mediador o a un árbitro financiero que resuelva las controversias, quejas o reclamaciones, si considera que el servicio de atención al cliente no ha respondido satisfactoriamente sus consultas o reclamos por cualquier producto o servicio financiero del proveedor que se otorga en virtud de un contrato de adhesión con Sello Sernac*”.

En todo caso, dado el carácter voluntario de este sello (17.B.f y 55 de la Ley N° 19.496), tendremos que esperar un tiempo para observar bien lo que sucede.

Lo anteriormente expresado no obsta a que el control preventivo pueda ser complementado a través de la calificación registral, especialmente en el caso de cláusulas abusivas contenidas en contratos de crédito hipotecario. Para ello tendría que existir un registro “*on line*” de cláusulas declaradas abusivas por los tribunales, el que en el caso de Chile, sin duda, debiera estar a cargo del SERNAC.

- **Breve referencia a la ejecución hipotecaria.**

El Código Civil reconoce al acreedor hipotecario tres importantes derechos relacionados con la ejecución hipotecaria: venta (artículo 2424), persecución (artículo 2428) y preferencia (artículos 2470 y 2477).

carácter general podrá estar contenidas en una escritura pública otorgada especialmente al efecto por el arrendador promitente vendedor o mutuante, e inscrita en el Registro de Hipotecas y Gravámenes del conservador de bienes raíces respectivo”.

- **Derecho de venta.**

La ejecución de la finca hipotecada no se encuentra sujeta a normas procesales especiales, quedando sometida a las reglas generales contenidas en el Código de Procedimiento Civil sobre realización de bienes inmuebles en el juicio ejecutivo (el crédito deberá constar en un título ejecutivo). Sin embargo, tratándose de aquellos préstamos hipotecarios con emisión de letras de crédito que otorgan los bancos, se establecen ciertas normas especiales en los artículos 103 a 109 de la Ley General de Bancos⁵⁹, procedimiento que el artículo 2º de la Ley N° 19.439 de 1996 hace aplicable a los contratos de mutuos hipotecarios endosables, los que solo pueden ser otorgados por entidades autorizadas por ley, especialmente bancos y compañías de seguros.

La acción real hipotecaria, tal como ya se dijo, es compatible con el derecho de garantía general de los acreedores consagrado en el artículo 2465 del Código Civil, lo que se encarga de expresar el artículo 2425 del mismo Código. También la doctrina, tanto a propósito de la prenda como de la hipoteca, ha aceptado la posibilidad de convenir daciones en pago⁶⁰; así, por ejemplo, Manuel Somarriva Undurraga y Raúl Díez Duarte⁶¹.

El inmueble se rematará en pública subasta, previa publicación de avisos y tasación. La tasación será la que figure en el rol de avalúos vigente para el pago del Impuesto Territorial (lo determina el Servicio de Impuestos Internos), salvo que el ejecutado solicite que se haga una nueva tasación (artículo 486, inciso 1º, del Código de Procedimiento Civil).

- **Derecho de persecución.**

Mientras la finca hipotecada permanece en poder del deudor de la obligación caucionada con hipoteca, la acción personal derivada de la obligación principal y la acción real hipotecaria se confunden, separándose, en cambio, en caso que la finca pertenezca a un

⁵⁹ Se ha sostenido por nuestra jurisprudencia que se trata de “*un procedimiento ejecutivo y no declarativo*”. También, se ha dicho que “*es un procedimiento especial, que no altera los principios del debido proceso y justificado por la naturaleza de los créditos que caucionan las hipotecas y razones de interés superior como lo es cautelar los intereses de los inversionistas que han colocado sus dineros, representados en letras de crédito a las que dan lugar esta clase de operaciones hipotecarias*” (Lecaros, J.; Las cauciones reales. Prenda e hipoteca; Editorial Metropolitana; Santiago – Chile; 2009; 2ª edición; p. 364).

⁶⁰ La pregunta ha sido formulada a propósito de lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 2397 del Código Civil (resulta aplicable a la hipoteca en virtud de lo dispuesto en el artículo 2424 del mismo Código): “*Tampoco podrá estipularse que el acreedor tenga la facultad de disponer de la prenda o de apropiársela por otros medios que los aquí señalados*”.

⁶¹ Díez, R.; La hipoteca; Editorial Jurídica Consorsur Ltda.; Santiago – Chile; 1997; p.p. 401 y 402.

tercero. En virtud del derecho de persecución la acción hipotecaria deberá dirigirse contra este último.

Procesalmente, el derecho de persecución se concreta a través de la “*acción de desposeimiento*”, regulada en los artículos 758 a 763 del Código de Procedimiento Civil. El juicio de desposeimiento podrá ser ordinario (lato conocimiento) o ejecutivo, según sea la calidad del título que sirva de fundamento a la acción. Por esta razón Raúl Diez Duarte, basándose en la jurisprudencia de los tribunales, señala que “*en consecuencia no puede sostenerse que por el solo hecho de constar en escritura pública la hipoteca constituya título ejecutivo*”. “*El título ejecutivo de todo juicio hipotecario debe ser doblemente ejecutivo, porque ... la escritura pública de hipoteca, ... además de la hipoteca, debe consignar una obligación principal, que debe ser líquida y actualmente exigible*”⁶².

Sin embargo, tratándose del procedimiento especial hipotecario de la Ley General de Bancos, según el artículo 107, éste se aplica tanto en el caso de cobro al deudor personal del banco, como en los casos de los artículos 1377 del Código Civil (herederos del deudor) y 758 del Código de Procedimiento Civil (tercer poseedor de la finca hipotecada).

- **Derecho de preferencia.**

Las causas de preferencia en Chile son dos: los privilegios y la hipoteca, la que pertenece a la tercera clase de créditos. Las hipotecas prefieren según el orden de su inscripción en el Registro de Hipotecas y Gravámenes.

En caso de concurso general, los acreedores hipotecarios no están obligados a aguardar los resultados para proceder a ejercer sus acciones contra las respectivas fincas; bastará con que consignen o afiancen una cantidad prudencial para el pago de los créditos de la primera clase en la parte que sobre ellos recaiga, y que restituyan a la masa lo que sobrare después de cubiertas sus acciones (artículo 2479 del Código Civil).

El privilegio más importante lo constituyen los créditos de primera clase establecidos en el artículo 2472 del Código Civil: costas judiciales que se causen en interés general de los acreedores, expensas funerales necesarias del deudor difunto, gastos de enfermedad del deudor, gastos generados en la quiebra del deudor, remuneraciones de los trabajadores y las asignaciones familiares, cotizaciones de seguridad social, artículos necesarios de subsistencia suministrados al deudor y su familia durante los últimos tres meses, indemnizaciones legales

⁶² *Ibídem*; p. 403.

y convencionales de origen laboral, y los créditos del Fisco por los impuestos de retención y de recargo. Diversas normas de nuestro ordenamiento jurídico regulan los requisitos y la extensión de cada uno de estos créditos de primera clase⁶³.

Santiago de Chile, 28 de agosto de 2012.

⁶³ Así, por ejemplo, se puede consultar en Ramos, R.; De las obligaciones; LexisNexis; Santiago – Chile; 2004; 1ª edición; p.p. 484 a 497.

BIBLIOGRAFÍA

- Amorós, Manuel; Estudios jurídicos; Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España; Madrid; 2009.
- Amunátegui, Miguel; Andrés Bello. Obras completas; tomo cuarto; Proyecto de Código Civil; segundo tomo; Editorial Nascimento; Santiago - Chile; 1932.
- Atria, Fernando; “*Derechos reales*”; en Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez; Chile; 2005.
- Bravo, Bernardino; “*Puntales de la codificación en el Viejo y en el Nuevo Mundo (1797-1855) Tres grandes modelos: Von Martini en Austria, Portalis en Francia y Bello en Chile*”; en El Código Civil de Chile (1855 - 2005); Alejandro Guzmán Brito (editor científico); LexisNexis; Santiago – Chile; 2007; 1ª edición.
- Caprile, Bruno; “*Por la reforma del sistema registral chileno*”; en Estudios de Derecho Civil VII. Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Viña del Mar 2011; Facultad de Derecho Universidad Adolfo Ibáñez; Legal Publishing Chile.
- Cornejo, Américo; Derecho registral; Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma; Buenos Aires – Argentina; 1994.
- Díez, Raúl; La hipoteca; Editorial Jurídica Consosur Ltda.; Santiago – Chile; 1997.
- Díez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio; Sistema de Derecho Civil; volumen III; Derecho de Cosas y Derecho Inmobiliario Registral; Editorial Tecnos S.A.; Madrid – España; 1987; 2ª reimpresión; 3ª edición.
- Díez-Picazo, Luis; Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. III. Las relaciones jurídico – reales. El Registro de la Propiedad. La posesión; Editorial Aranzadi S.A.; Navarra – España; 2008; 5ª edición.
- Fundación Fernando Fueyo Laneri; Estudios sobre reformas al Código Civil y el Código de Comercio. Cuarta parte. Derecho Registral Inmobiliario; Editorial Jurídica de Chile; Santiago; 2003; 1ª edición.
- Gaceta Jurídica N° 202; Editorial Jurídica ConoSur Ltda.; Santiago – Chile.
- Gaceta Jurídica N° 375; LegalPublishing Chile; Santiago.
- García, José; Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario; Editorial Civitas S.A.; Madrid - España; 1988; tomo I.

- Godoy, Manuel; Principios de Derecho Registral Inmobiliario. Breve análisis del caso chileno. Memoria para optar al grado de licenciado ciencias jurídicas; Universidad Arturo Prat; Iquique – Chile; 2010
- Gutiérrez, Nelson; “*Sistema registral chileno. Historia, orígenes e implantación*”; en Registradores de España; N° 57; noviembre - diciembre 2010; Colegio de Registradores; Madrid.
- Guzmán, Alejandro; Historia literaria del Código Civil de la República de Chile; Producciones Gráficas Ltda.; Santiago – Chile; 2005; 1ª edición.
- Hernández, Gabriel y Lathrop, Fabiola; “*Prescripción extintiva y cláusula de aceleración: visión jurisprudencial*”; en La razón del Derecho; Revista interdisciplinaria de ciencias jurídicas; N° 2; 2011; p. 4 (<http://www.larazondelderecho.com/pdf/hernández-lathrop.pdf>).
- Lecaros, José Miguel; Las cauciones reales. Prenda e hipoteca; Editorial Metropolitana; Santiago – Chile; 2009; 2ª edición.
- Manzano, Antonio y Manzano, Ma. del Mar; Instituciones de Derecho Registral Inmobiliario; Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España; Madrid; 2008.
- Mohor, Elías; “*El Sistema Registral Chileno: Reformas e implicancias*”; en revista electrónica Fojas; edición n° 26 - abril de 2010; <http://fojas.conservadores.cl>
- Pau, Antonio; “*Panorama del sistema inmobiliario alemán*”; en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario; España; julio – agosto 1982; n° 551.
- Peñailillo, Daniel; Los bienes: La propiedad y otros derechos reales; Colección Manuales Jurídicos; Editorial Jurídica de Chile; Santiago; 2006; 4ª edición.
- Peñailillo, Daniel; “*Sistemas de transferencia de bienes y protección del tráfico*”; en Estudios de Derecho Privado. Libro homenaje al profesor Gonzalo Figueroa Yáñez; Fundación Fernando Fueyo Laneri; Editorial Jurídica de Chile; Santiago; 2008; 1ª edición.
- Pescio, Victorio; Manual de Derecho Civil. De la copropiedad, de la propiedad horizontal y de la posesión; tomo IV; Editorial Jurídica de Chile; Santiago; 1978.
- Pulso (diario financiero); Las lecciones a cinco años de la crisis subprime (reportaje de Jonás Preller); Santiago – Chile; 23 de julio de 2012; p.p. 4 a 13; www.pulso.cl
- Ramos, René; De las obligaciones; LexisNexis; Santiago – Chile; 2004; 1ª edición
- Revista de Derecho y Jurisprudencia; Editorial Jurídica de Chile; Santiago; tomo XC.

- Rossel, Sergio.; “*El carácter constitutivo de la inscripción chilena*”; en revista electrónica Fojas; edición n° 24 – julio de 2009; <http://fojas.conservadores.cl>.
- Sepúlveda, Marco.; “*La cláusula de no enajenar*”; en Temas de Derecho Inmobiliario; Editorial Metropolitana; Santiago – Chile; 2008.
- Sepúlveda, Marco.; “*La cláusula de no enajenar*”; en Derechos reales. Principios, elementos y tendencias (coordinador Gabriel de Reina Tartiere); Heliasta; Buenos Aires – Argentina; 2008.
- Sepúlveda, Marco.; “*El principio de prioridad en el sistema registral inmobiliario chileno comparado con el español*”; en Cuadernos del Seminario Carlos Hernández Crespo; Centro de Estudios Registrales; Decanato Autonómico de Madrid; España; enero - marzo 2010; n° 25.
- Serie jurisprudencia; “*Del pacto o cláusula de aceleración*”; en Cauciones reales. Prenda e hipoteca; Editorial Metropolitana; Santiago – Chile, 2008.
- Tapia, Mauricio; Código Civil 1855 – 2005; Editorial Jurídica de Chile; Santiago; 2005; 1ª edición.
- Trucco, Humberto; “*Teoría de la posesión inscrita dentro del Código Civil chileno*”; en Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales; Imprenta Cervantes; Santiago - Chile; año VII; 1910.
- Urrutia, Leopoldo; “*Vulgarización sobre la posesión ante el Código Civil chileno*” (fuente: RDJ, doctrina, tomo XXXI); en Doctrinas esenciales. Bienes (director Raúl Tavolari Oliveros); Revista de Derecho y Jurisprudencia; Editorial Jurídica de Chile; 2010.
- Vodanovic, Antonio; Curso de Derecho Civil. Los bienes y los derechos reales. Explicaciones basadas en las clases de los profesores de la Universidad de Chile Arturo Alessandri Rodríguez y Manuel Somarriva Undurraga, redactadas, ampliadas y puestas al día por Antonio Vodanovic H.; Editorial Nascimento; Santiago - Chile; 1974; 3ª edición.