

## Informe en Derecho

### ESTUDIO SOBRE EL CENSO Y EL CENSO VITALICIO, PARTICULARMENTE EN LA RELACION QUE PUEDAN TENER CON HIPOTECAS CONSTITUIDAS SOBRE LA FINCA ACENSUADA

*Lorenzo de la Maza Rivadeneira*

Con motivo de la crisis que afecta a la agricultura nacional, en especial a la que se dedica a cultivos o explotaciones tradicionales, algunos abogados inteligentes y estudiosos de la Décima Región, para asegurar el futuro de clientes agricultores, en particular de hombres de trabajo de avanzada edad y de sus cónyuges, han concebido la idea de constituir censos o censos vitalicios sobre el fundo o fundos de su dominio, hipotecados, a bancos o a financieras.

Ha cobrado actualidad, entonces, la duda acerca de si el censo o el censo vitalicio se extingue por la enajenación en pública subasta de la finca vinculada a ellos, de un modo semejante al que contemplan los artículos 2428 del Código Civil y 492 del Código de Procedimiento Civil, es decir, por el modo principal de extinción de la hipoteca denominada "purga de la hipoteca".

---

Para contestar es necesario conocer lo que es el censo, darse cuenta de cuál es su verdadera naturaleza jurídica y no olvidar su especialísima estructura legal.

Lo que decimos y lo que diremos del censo se aplica también al censo vitalicio, en virtud de lo que dispone el inciso 2º del artículo 2279 del Código Civil.

Es cierto que el artículo 2480 del Código Civil dispone que "para los efectos de la prelación los censos debidamente inscritos serán considerados como hipotecas". De este precepto no puede desprenderse o concluirse que el censo se equipare en todo a la hipoteca, incluso en cuanto a sus modos de extinción. El propio artículo citado se encarga de establecer claramente lo contrario, al comenzar diciendo que "para los efectos de la prelación", y nada más que para ello, los censos serán considerados como hipotecas, si están debidamente inscritos.

Además, no debe olvidarse que la denominada "purga de la hipoteca" es un modo excepcional de extinguir la garantía hipotecaria de una obli-

gación principal. Por analogía no puede extenderse la aplicación de preceptos excepcionales, como son los artículos 2428 del Código Civil y 492 del Código de Procedimiento Civil, a materias o instituciones absolutamente ajenas al ámbito que les atribuye la ley, y a un derecho real que no es caución o garantía, ni, por lo mismo, accesorio.

Por lo que hace al artículo 763 del Código de Procedimiento Civil, que dispone que "la acción del censalista sobre la finca acensuada se rige por las disposiciones del presente Título", no establece, ni pudo establecer, que el censalista necesite en ciertos casos desposeer al tercer poseedor de la finca acensuada. Como veremos, nunca puede darse el caso de que la finca acensuada se encuentre en manos de un tercer poseedor, pues la obligación de pagar los réditos pesa siempre sobre la finca y su dueño actual (art. 2033). En cambio, el caso es frecuente tratándose de fincas hipotecadas, en razón de que la hipoteca es una garantía que incluso puede constituirse para caucionar obligaciones de personas diferentes que el dueño de la finca (art. 2414, inc. 2º del Código Civil). Dicho artículo 763 sólo establece el procedimiento a que el censalista debe sujetarse cuando persigue el pago del canon o renta sobre la finca acensuada, que es lo que debe ocurrir normalmente, como veremos, ya que la acción personal del censalista es limitada y excepcional.

---

El censo de nuestro Código Civil arranca su origen y tiene cierta semejanza con la enfiteusis del Derecho Romano. De éste pasó al Derecho Español antiguo, donde la enfiteusis o el denominado censo enfitéutico, aparecen consagrados y reglamentados en las Partidas y luego en las Leyes de Toro y en la Novísima Recopilación, legislación de donde tomaron la institución los Códigos Civiles dictados en España.

El Código Civil francés, en cambio, dictado cuando todavía estaban muy frescas las ideas de la Revolución Francesa, no conservó la institución.

En la antigua legislación de Europa continental aparecen reglamentados tres principales clases de censo: el enfitéutico o enfiteusis, el reservativo y el consignativo.

En la legislación española aparecen reglamentadas la enfiteusis y otras figuras análogas como la subenfiteusis, que prohíbe, y el foro, el subforo y el censo a primeras cepas.

El Mensaje de nuestro Código Civil nos da a entender que don Andrés Bello no habría sido partidario de mantener el censo. "Si por este medio", expresa, refiriéndose a los preceptos que permiten la reducción del

censo y a los que ponen límites a su división, "se consiguiese desalentar la imposición de capitales a censo, se habría logrado indirectamente un gran bien". De lo anterior se desprende que la circunstancia de haberse mantenido su reglamentación en el Código Civil aparece como el resultado de una transacción entre las ideas de Bello y las ideas tradicionales imperantes, apegadas a los mayorazgos y vinculaciones, en general, que la Constitución de 1828 pretendió abolir y que la de 1833 respetó, en cierto modo, disponiendo que no impedirían la enajenación de las propiedades sobre que descansan, "asegurándose a los sucesores llamados por la respectiva institución el valor de las que se enajenaron" (art. 153).

Obedeciendo a tales ideas tradicionales, el artículo 747 del Código Civil dispuso que los inmuebles actualmente sujetos a fideicomisos perpetuos, mayorazgos o vinculaciones "se convertirán en capitales acensuados", procediendo a reglamentar la institución del censo, reducido a una sola especie (exceptuado el vitalicio). Así lo expresó el Mensaje.

Por lo que hace a los preceptos que reglamentan el censo y el censo vitalicio, es evidente que su redacción fue inspirada por las reglas que se conocían en la época sobre enfiteusis y censos. Sin embargo, don Andrés Bello no las copió, sino que en esta materia, como en tantas otras reglamentadas por el Código Civil, concibió soluciones suyas, que parecen originales.

Tal originalidad, sin embargo, lo llevó a reglamentar el censo entre los contratos, a continuación del arrendamiento, no obstante que claramente dispone que no es un contrato, sino que puede constituirse "por testamento, por donación, venta o de cualquier otro modo equivalente a éstos" (art. 2023).

Además, olvidó resolver la antigua controversia acerca de la naturaleza jurídica de la institución, esto es, acerca de si realmente el dominio de la cosa se halla repartido entre el censuario y el censalista, de manera que ambos son dueños, con dominios diferentes, o si sólo es dueño el censuario y el censalista tiene únicamente un derecho real en cosa ajena.

Tal controversia no debe parecerse exótica, toda vez que la posibilidad de un dominio dividido es una de las características del derecho privado inglés, tomada de una concepción medieval que admitía tal división. Incluso en nuestro siglo, una sentencia del Tribunal Supremo español de 28 de abril de 1934, declara que la enfiteusis es "cesión de un predio hecha en términos que implican división del dominio, con arreglo a la concepción medieval".

Es evidente que, de haberse consagrado la tesis del dominio dividido, no habría existido nunca duda acerca de que la "purga de la hipoteca" es inaplicable al censo.

La concepción de Bello parece haber sido la de considerar que el censo es derecho real en cosa ajena, como se desprende del artículo 579. Este precepto, sin embargo, induce a dudas acerca de los caracteres de tal derecho real, al considerarlo separado de los demás (que enumera en su artículo 577, inciso segundo), y al expresar que es derecho personal cuando se dirige en contra del censuario que no está en posesión de la finca acensuada; no pudiendo desprenderse ni de éste, ni de los demás preceptos del Código, que se trate de un derecho accesorio, es decir, de una caución o garantía que asegure el pago de una obligación personal de un crédito.

La indicada concepción, además, como veremos al tratar del censo en particular, hace inexplicable la dualidad real-personal que tendría el derecho generado, pues si bien se explica que el censuario constituyente del censo contraiga una obligación personal, a la vez que grava su finca con un derecho real a favor de un tercero, no resulta explicable que la obligación personal, la deuda que contrae, se extinga junto con la enajenación de la finca (salvo respecto de los réditos ya devengados mientras fue dueño) y que el adquirente de ésta, por la circunstancia de adquirirla, contraiga a la vez la obligación propter rem de pagar los cánones, incorporada a la posesión de la finca y la obligación personal o deuda que lo sujeta también al pago de los réditos o cánones, respondiendo con todos sus bienes del pago de éstos.

---

El censo es el gravamen a que el dueño de una finca sujeta a ésta de pagar a otra persona una renta o rédito, reconociendo el capital correspondiente y radicando en una finca suya la responsabilidad del rédito y del capital (art. 2022 del Código Civil).

El dueño de la finca, que debe ser un inmueble por naturaleza, rústico o urbano (art. 2024 del Código Civil), radica en la finca suya, la vincula o grava con la responsabilidad de pagar la renta o canon y recibe el nombre de censuario. El beneficiado con el censo, que debe recibir el rédito o canon, se denomina censalista. El rédito o renta recibe el nombre de canon (art. 2022, inc. 2º), y debe pagarse en dinero y no en frutos de la finca acensuada (art. 2028), porque el capital correspondiente al canon debe estimarse siempre en dinero (art. 2025). El pago de la renta o canon debe hacerse anualmente, salvo que se establezcan otros períodos de pago en el acto constitutivo (art. 2032).

Como ya expresamos, aunque el censo aparece en el Código Civil tratado o reglamentado entre los contratos (inmediatamente después que el arrendamiento), puede o no constituirse mediante contrato, como se

encarga de explicarlo el artículo 2023, disponiendo que el censo puede constituirse por testamento (lo que excluye la idea de contrato), por donación o venta o de cualquier otro modo equivalente a éstos. Lo que ocurre es que el dueño de la finca constituye sobre ella el censo, radica en la finca la necesidad jurídica de pagar la renta o canon y el reconocimiento del capital correspondiente a ésta, conforme a la relación entre capital y canon, que no puede exceder del cuatro por ciento en el censo ordinario (art. 2026), pero que no tiene tal limitación en el censo vitalicio (arts. 2268 y 2283), pues la ley no determina proporción alguna entre la pensión y el precio o capital representativo de la primera.

Tal radicación en la finca de la responsabilidad de pagar el canon y de reconocer el correspondiente capital es el acto de constitución de una carga real, que puede expresarse en cualesquiera de las formas indicadas por la ley. Sólo tiene una solemnidad esencial: la constitución siempre debe constar en escritura pública, la que debe inscribirse en el competente Registro (art. 2027), que es el Registro de hipotecas y gravámenes (arts. 32, inc. 2º, y 52, Nº 2, del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces) del departamento en que esté situada la finca (art. 54 del mismo Reglamento). Sin esta solemnidad no se genera y nace el derecho real del censo, radicado en la finca y vinculado a ella. Sólo podría llegar a existir una obligación personal en los términos y con las consecuencias nacidas del testamento o del contrato que haya servido de título a la constitución (art. 2027). Si el censo tiene como título una compraventa, ésta debe constar en escritura pública (art. 1801, inc. 2º).

De ahí que la escritura pública y también la inscripción en el Conservador de Bienes Raíces constituyen solemnidades de la constitución del censo, sin las cuales no llega a existir el derecho real. De ahí también que la circunstancia de que sea necesaria la inscripción no significa que el censo pueda equipararse y considerarse semejante a la hipoteca, aplicándoseles las mismas reglas. Al inscribirse la hipoteca se está generando una obligación y derecho real accesorio, encaminado a garantizar una obligación principal, sin la cual no puede existir; mientras que al inscribirse el censo se inscribe la constitución misma de éste, que subsiste por sí solo y que no puede caducar sino por las causas expresamente determinadas por la ley. Así lo dijo la Corte Suprema ya en 1906, en sentencia publicada en el tomo cuarto, sección 1ª, página 65, de la Revista de Derecho y Jurisprudencia.

Debidamente constituido el censo mediante la correspondiente escritura pública inscrita en el competente Registro, el bien raíz queda vinculado y sujeto a la necesidad de pagar el rédito anual al censalista o beneficiario, necesidad jurídica que pesa sobre cualquiera que sea dueño

de la finca. Esta obligación se traslada del dueño anterior al nuevo que adquiera la finca, "sigue siempre al dominio de la finca acensuada", como expresa el artículo 2033, y alcanza aun a los cánones o réditos devengados antes de la adquisición de la finca por el nuevo dueño.

El censalista tiene acción personal en contra del censuario dueño de la finca o que dejó de ser dueño, para cobrarle los cánones o réditos que se devengaron mientras fue dueño. Puede hacerse efectiva la acción sobre todos los bienes del deudor indicado, en virtud del derecho de prenda general, fuera de lo que dispone así el artículo 2033. No se explica la acción personal en contra del censuario que dejó de ser dueño, si no fue él quien constituyó el censo, sino que se trata de un adquirente posterior de la finca. No se explica que por adquirir una finca acensuada, además de la obligación *propter rem* que la grava, se contraiga una obligación personal, que no se tuvo la voluntad de contraer.

El censalista tiene acción real para perseguir el pago de los réditos o cánones sobre la finca acensuada, sacando ésta a remate, si es necesario, para cobrar los cánones o réditos devengados en cualquier tiempo. Se trata de una obligación *propter rem*, que pesa sobre la finca y su dueño actual (art. 2034).

La situación del dueño de la finca acensuada es la inversa de la que corresponde al censalista. El que fue censuario, como antiguo dueño de la finca, debe los cánones devengados durante el tiempo en que fue dueño. Es una obligación personal, una deuda suya, que puede perseguirse sobre todos sus bienes (art. 2034). Como ya explicamos, tal obligación personal o deuda no se explica cuando el antiguo censuario, que no fue el primitivo constituyente, enajena la finca.

El actual dueño, que por lo mismo es censuario, debe los cánones o réditos devengados antes de ser dueño, de cuyo pago sólo responde con la finca acensuada de que es actual dueño (art. 2034). Es una obligación *propter rem*, que afecta a la finca misma.

El censuario actual, dueño de la finca, debe los cánones o réditos que se devenguen mientras sea dueño, de los cuales responde con la finca y con todos sus bienes (art. 2034). No se explica que por el hecho de adquirir el dominio de la finca contraiga obligación personal o deuda suya, además de la obligación *propter rem* que afecta a la finca acensuada.

La concepción de Bello, la dualidad derecho real y personal, induce a dudas y dificultades que no existirían de haberse aceptado la concepción tradicional de un dominio dividido.

Aparece así el censo originando, a la vez, un derecho real y un derecho personal, como expresa el artículo 579. Es derecho real para hacer efectivo el pago del canon en contra del actual dueño de la finca acen-

suada. Es derecho personal, para hacer efectivo ese mismo pago en contra del actual dueño de la finca, que queda sujeto a tal pago con todos sus bienes, como ya expresamos, y también para hacer efectivo el pago de los réditos devengados antes de la adquisición de la finca por un nuevo dueño, en contra del dueño anterior que la transfirió (art. 2034). Este dueño anterior queda obligado al pago con todos sus bienes.

En otras palabras, en contra del dueño actual de la finca o predio acensuado, el derecho real y el personal se confunden, con la única diferencia de que, si no se hace efectivo el pago sobre la finca, al cobrar al dueño y exigirle el pago sólo se ejercita una acción personal. En contra del anterior dueño de la finca, que ya dejó de ser dueño y de poseerla, sólo existe acción personal y únicamente para el cobro y pago de los cánones o réditos devengados mientras fue dueño.

En la hipoteca, por originar un derecho accesorio, no ocurre así. Quien deja de ser dueño y de poseer la finca queda liberado de que pueda cobrarsele la obligación garantizada con aquélla, salvo que sea el deudor de la obligación principal o que sea codeudor solidario o subsidiario da esta misma obligación principal.

En el censo, como vimos, el censuario que dejó de ser dueño continúa obligado al pago de los cánones devengados mientras fue dueño como deudor personal; el que adquiera la finca, después de constituido el censo, contrae una obligación personal (fuera de la *propter rem*, incorporada a la finca) respecto de los cánones devengados mientras sea dueño y queda sujeto a la acción real del censalista sobre la finca acensuada, respecto de los cánones devengados en cualquier tiempo.

Es por eso que antes expresamos que nunca será necesario, ni posible, desposeer al dueño de la finca ejercitando la acción real. Esta acción real, que se ejercita sobre la finca, sólo puede deducirse en contra del dueño actual, pues por ser dueño de la finca se encuentra sujeto a la necesidad de pagar el rédito o canon y de reconocer, en su caso, el capital correspondiente. Dejando de ser dueño, deja de quedar obligado al pago de los réditos o cánones, salvo aquellos que vencieron o se devengaron mientras fue dueño. Pero, respecto de éstos, sólo tiene una deuda propiamente tal y para su cobro sólo existe acción personal. El censalista tiene acción en contra del censuario constituido en mora, aunque deje de poseer la finca (art. 2033), pero tal acción es personal y sólo relativa a los cánones devengados mientras fue dueño del predio o finca.

---

La constitución del censo vitalicio se sujeta a las reglas del censo ordinario, a todas ellas, en cuanto le fueren aplicables (art. 2279, inc. 2°)

y también a las reglas de la renta vitalicia, que señala el artículo 2283, pero sólo a éstas taxativamente señaladas.

Al respecto, es necesario tener presente que el censo ordinario es perpetuo, porque si no se constituye con cargo de transmisión forzosa (arts. 2044 y siguientes), el censalista puede disponer de su derecho de percibir el canon por acto entre vivos o por testamento o lo transmitirá abintestato, según las reglas generales (art. 2043). Todo ello porque la obligación o carga de pagar los réditos sigue siempre al dominio de la finca acensuada (art. 2033), extinguiéndose por la destrucción completa de ésta, incluso con desaparición del suelo (art. 2041).

El censo vitalicio, en cambio, siempre es temporal, porque sólo puede durar mientras sobrevivan el censalista o censualistas, en los términos de los artículos 2266, 2281 y 2282.

La renta vitalicia, en este caso del censo vitalicio, se adquiere gravando una finca dada con la carga de pagar la renta vitalicia, finca que debe pasar con esta carga a todo el que la posea (art. 2279, inc. 1º). La carga de pagar la renta debe pesar sobre una finca, de acuerdo con el precepto indicado, es decir, sobre un bien raíz por naturaleza; la pensión o renta sólo puede consistir en dinero (arts. 2267, inc. 2º, y 2283).

Además, es necesario pagar un precio por la adquisición de la renta (arts. 2267 y 2283), precio que, tratándose del censo vitalicio, sólo puede consistir en la transferencia de una finca, de un bien raíz por naturaleza (art. 2279). La transferencia debe constar en escritura pública e inscribirse en el competente Registro (arts. 2279, inc. 2º, y 2027). Si no se paga un precio por la renta, no existe contrato aleatorio, sino una donación o legado, sin perjuicio de que se apliquen las demás reglas pertinentes (arts. 2283 y 2278). Dichos preceptos dejan en claro que la renta vitalicia no siempre es contrato, ya que puede adquirirse por sucesión por causa de muerte, en cuyo caso el título es un testamento.

El censo ordinario y el censo vitalicio, fuera de la diferencia ya señalada de ser perpetuo el primero y temporal el segundo, tienen otra diferencia importante.

El censo ordinario es redimible, es decir, se puede liberar a la finca de la carga impuesta sobre ella, depositando el capital correspondiente a la orden del juez, que lo declara redimido y ordena inscribir la redención en el competente Registro. El censalista, sin embargo, queda obligado a constituir de nuevo el censo, sobre otra finca, con el capital consignado (art. 2038). Es decir, el censalista, el acreedor de los cánones, no puede hacer suyo el capital consignado, olvidándose de sus sucesores, sino que tiene la obligación de destinarlo a la constitución de un nuevo censo. Para este solo afecto el juez pondrá a su disposición el capital consignado a su orden.

Es facultativo para el censuario redimir o no el censo. No puede obligársele a ello, ni aun estipulándolo así en la constitución del censo (art. 2030). Nueva confirmación de la perpetuidad del censo ordinario encontramos en esto como en lo anterior.

El censo vitalicio, por lo mismo que es temporal, es irredimible y no admite división ni reducción (art. 2280). La finca sólo queda con la carga de pagar la renta mientras vivan los beneficiarios de ésta, pasando con tal carga a todo el que la posea y adquiera, como dice el artículo 2279.

Como vemos, también genera una obligación propter rem que se hace efectiva sobre la finca acensuada, pues es consecuencia del derecho real que se adquiere sobre ésta.

Atendida la perpetuidad del censo ordinario, en que la finca queda siempre con la carga, con la obligación propter rem de pagar los cánones o réditos, obligación que siempre sigue al dominio de la finca acensuada (art. 2033) y que persigue a su dueño como si fuera una maldición; y atendido que, aunque se redima a la finca del censo, siempre el censalista queda obligado a constituir un nuevo censo con el capital correspondiente que se ha consignado a la orden del juez (art. 2038) y que éste no ordenará entregar sino con la finalidad indicada, ignoramos cómo puede sostenerse que el censo ordinario termina por el sistema denominado de "purga de la hipoteca", establecido exclusivamente para esta garantía.

La hipoteca se extingue por la purga de ella, mediante la pública subasta de la finca hipotecada, porque es garantía, porque es derecho accesorio, que al extinguirse no afecta la subsistencia de la obligación principal caucionada.

El censo, en cambio, es una institución principal, en que el derecho generado no accede a otro derecho o a una obligación principal y que no constituye una garantía, sino una especie de modalidad del dominio que se tiene sobre la finca acensuada.

La verdad es que el censo, conforme a su origen y a la tradición medieval, no es un derecho real diferente del dominio, sino que es el mismo dominio sujeto a la modalidad de soportar la carga de pagar los cánones o réditos. Lo anterior, si no se acepta el dominio dual del censuario y del censalista, en que ambos son dueños de dominios con atributos diferentes, tesis que el Código parece no haber aceptado, como ya expresamos antes.

---

En contra de la tesis que sostenemos se puede argumentar que es regla de buen sentido y, por lo mismo, también aplicable en Derecho Civil,

que nadie puede dar más de lo que tiene y que, por tanto, si yo tengo una finca gravada con hipoteca, sólo puedo transferirla con ese gravamen, sujeta a esa carga y a las consecuencias de ella.

Quien así lo sostenga demuestra ignorar la situación del dueño de una finca hipotecada, antes de que el acreedor ejercite la acción hipotecaria.

Ese dueño puede enajenar y gravar el bien hipotecado (art. 2415), no obstante cualquiera estipulación en contrario. La expresión "enajenarlos" comprende lo mismo la transferencia del dominio que la constitución de derechos reales sobre la finca hipotecada. También es regla de buen sentido y principio de interpretación, que quien puede lo más puede lo menos. Si el dueño de la finca hipotecada puede transferir su dominio sobre ella, también puede constituir derechos reales sobre la misma.

Mientras el deudor de la obligación principal no incurra en mora, el acreedor hipotecario no tiene ningún derecho y, por lo mismo, el dueño de la finca hipotecada puede disponer libremente de ella, como lo dispone el artículo 2415.

Tal facultad del dueño de la finca gravada con hipoteca no significa dejar en completo desamparo al acreedor hipotecario, puesto que la ley le confiere los derechos señalados en el artículo 2427. Las expresiones "se perdiere o deteriorare", que emplea este precepto, comprenden lo mismo los daños o menoscabos materiales que el dueño infiera al predio hipotecado, como el arranque de plantaciones, que los menoscabos o daños jurídicos, como podría ser la constitución de derechos reales sobre el predio o la enajenación de sus derechos de agua.

En todos esos casos, el acreedor hipotecario puede solicitar que se le mejore la hipoteca, constituyéndola, además, sobre otros predios; que se le otorgue otra seguridad o caución semejante, como fianzas o codeudas solidarias adicionales y, en defecto de ambas cosas, puede demandar el pago inmediato de la deuda líquida, de la obligación principal, aunque esté pendiente el plazo, o puede impetrar providencias conservativas, si la deuda fuere ilíquida, condicional o indeterminada. En el último caso se produce la caducidad del plazo, de un modo semejante a la caducidad del artículo 1496.

Si los gravámenes o derechos reales constituidos por el dueño del predio hipotecado, después de inscrita la hipoteca, fueran inoponibles al acreedor hipotecario, no tendría sentido ni aplicación el artículo 2415 y estaría absolutamente de más el artículo 2427.

¿Es equitativa esta solución? En la época en que el Código Civil fue dictado y hasta hace algunos años, indudablemente lo era. Ningún mutuante o prestamista entregaba dinero con garantía hipotecaria, sino hasta concurrencia del treinta o cuarenta por ciento del valor o precio

de tasación de la finca hipotecada. Por otra parte, la hipoteca sólo constituye una garantía, de modo que aunque el dueño de la finca hipotecada la pierda, deteriore o menoscabe, siempre subsiste la acción personal en contra del deudor principal o directo, acción que puede ejercitarse sin necesidad de deducir la acción hipotecaria.

En los últimos años la regla no ha dejado de ser equitativa. Lo que ha ocurrido es que los bancos y financieras han otorgado préstamos excesivos, no siempre a deudores de verdadera solvencia, atendido el monto de los préstamos y el verdadero valor o precio de los bienes hipotecados. A ello se ha unido la circunstancia de haberse aceptado legalmente el cobro de intereses en porcentajes que siempre se habían considerado usurarios; la aceptación legal del anatosismo, es decir, que los intereses produzcan intereses, y la incitación a contraer préstamos en dólares, dando seguridad de que nuestra moneda no sería devaluada con relación a la de Estados Unidos de Norteamérica.

Por lo demás, la proporción entre el capital y los réditos, que en el censo ordinario no puede exceder del cuatro por ciento al año (art. 2026), hace que la constitución de un censo sobre una finca ya gravada con hipoteca no implique un menoscabo o deterioro grave de ésta, sino en una proporción insignificante, si se atribuye a la hipoteca su verdadero sentido de garantía de préstamo otorgado a un deudor solvente y con un margen suficiente de seguridad.

---

Lo expresado también es aplicable al censo vitalicio, no obstante que no es perpetuo, sino temporal, porque la carga de pagar la renta debe pasar a todo el que posea o adquiera la finca, como dispone expresamente el artículo 2279, sin que importe o signifique nada que la adquisición se haga en venta privada o en remate público.

Es cierto que, en este caso, tiene menor valor el argumento del reducido porcentaje del capital que significa la constitución del censo, puesto que tratándose del vitalicio, es libre a los contratantes establecer la pensión que quieran y la ley no determina proporción alguna entre la pensión y el precio (arts. 2268 y 2283).

El acreedor hipotecario, en esta situación, tiene numerosos medios de defensa.

En primer lugar tiene los medios que le franquea el artículo 2427, incluso el ejercicio de la acción personal en contra del deudor.

En segundo lugar dispone de la acción de simulación, en caso que sea visible y muy grande la desproporción entre la pensión y el precio que se paga por ella, resultando cierto o verosímil que la constitución del censo vitalicio es simulada.

En tercer lugar dispone de la acción de nulidad fundada en el fraude a la ley y en la ilicitud de la causa, ya que podría considerarse contraria a las buenas costumbres la constitución de una renta vitalicia con el propósito de burlar al acreedor, por existir previamente constituidas hipotecas sobre la misma finca (art. 1467). Podría aparecer claro que el censo vitalicio se constituye con el preciso y determinado objeto de burlar al acreedor hipotecario, a la vez que para escapar a la estricta aplicación de la ley.

En cuarto lugar dispone de la acción pauliana o revocatoria, en los términos del artículo 2468, destinada a que se declare la inoponibilidad del censo vitalicio constituido por el dueño de la finca hipotecada, en fraude de los derechos de su acreedor o acreedores.

La ley otorga al acreedor todos los medios de defensa indicados, precisamente debido a la amplitud de las facultades que tiene el dueño de la finca hipotecada, como dueño, antes del ejercicio de la acción hipotecaria, facultándolo para enajenarla, como dice el artículo 2415. Fuera de que no puede ponerse en duda la amplitud de la regla del artículo 2279, al disponer que la finca gravada con el censo vitalicio debe pasar con esta carga a todo el que la posea o adquiera, sin distinguir la forma en que la adquiera, ni se puede olvidar que el censo vitalicio, por tener duración limitada a la vida del censualista o censualistas, no deja por eso de constituir un censo, es decir, una carga que persigue a la finca sin que importe quien sea su dueño, ni la forma en que la adquirió.

Debe recordarse que el censo, ordinario o vitalicio, no es una garantía, ni tiene como título un contrato accesorio, pudiendo incluso constituirse por testamento y adquirirse por sucesión por causa de muerte. Pensamos, por eso, que viene a ser una especie de modalidad del dominio que se tiene sobre la finca, alterando los efectos normales de ese dominio, las consecuencias ordinarias de la propiedad que corresponde al censuario. Al parecer, don Andrés Bello no quiso expresarlo así, pero lo consideró como un derecho real, aparte de los demás que enumeró en el artículo 577, inciso segundo, a la vez que derecho personal. Resulta innegable que ello constituye una alteración de la naturaleza y efectos normales de los derechos reales.

Es por eso que debemos considerar que la necesidad que pesa sobre el censuario de pagar los cánones y de reconocer el capital correspondiente (lo que también rige respecto del censo vitalicio, según el artículo 2279, inciso 2º) constituye una de las denominadas "obligaciones propter rem", es decir, de aquellas que sujetan al dueño de un bien a determinadas prestaciones a favor de ciertas personas determinadas, pero que no constituyen obligaciones, en el verdadero y jurídico sentido de esta

expresión, ya que no constituyen un vínculo jurídico entre personas determinadas, sino una facultad que se otorga a ciertas personas de hacer efectivas determinadas prestaciones sobre un bien determinado, persiguiéndolas con relación al dueño de ese bien, mientras es dueño y como consecuencia de su dominio sobre el mismo bien. La situación aparece bien nítida en las servidumbres. Por ejemplo, tratándose de la obligación de concurrir a los costos de un cerramiento (art. 842), o de concurrir a la construcción y reparación de cercas divisorias comunes (art. 846) o respecto de las obligaciones derivadas de la medianería (arts. 851 y siguientes). También resulta nítida tratándose del derecho de uso o de habitación sobre una heredad o predio rústico determinado (arts. 811 y 817).

Es también por todo lo anterior que no divisamos razón alguna para extender por analogía al censo la aplicación de preceptos excepcionales, como son los artículos 2428 del Código Civil y 492 del Código de Procedimiento Civil, exclusivamente aplicables a la garantía hipotecaria, en razón del carácter accesorio que tiene y en la cual la extinción de la garantía accesoria no acarrea la de obligación principal.

La tesis de quienes sostienen que el dueño de la finca hipotecada no la puede gravar con derechos reales, antes de que el acreedor hipotecario la persiga, ejercitando la acción hipotecaria, tesis mantenida entre nosotros por Fernando Alessandri (*La Hipoteca en la Legislación Chilena*, pág. 160) y por Manuel Somarriva (*Tratado de las Caucciones*, pág. 415), sólo constituye una repetición de la doctrina de los autores franceses, los que la tomaron de Aubry et Rau (tomo tercero, N° 286, pág. 699). Olvidan que el censo no fue considerado por el Código Civil francés y que, atendidos los caracteres especiales de este derecho en el nuestro, no resulta lícito aplicarle todo lo que se pueda expresar de los demás derechos reales.

Según esta doctrina, se sostiene que los derechos reales constituidos por el dueño de la finca hipotecada (salvo hipotecas), con posterioridad a la inscripción de ésta, no serían oponibles a los acreedores hipotecarios. Es posible que en algunos casos así sea, pero la inoponibilidad no se produce de pleno derecho, sino que es necesario hacerla valer en juicio con el objeto de probar el efectivo perjuicio del acreedor hipotecario. Ordinariamente deberá ejercitarse una acción pauliana, siempre que concurren los requisitos del artículo 2468.

Pero esa misma afirmación de que serían inoponibles al acreedor hipotecario los derechos reales constituidos por el dueño de la finca hipotecada, después de inscrita la hipoteca y antes de ejercerse la acción hipotecaria por el acreedor, demuestra que no es aplicable al censo la denominada "purga de la hipoteca". Esta sólo tiene justificación en el

caso de la constitución de hipotecas sucesivas y varias sobre la finca, para lo cual el dueño está expresamente autorizado por el artículo 2415. No tendría razón la indicada "purga", tratándose de otros derechos reales, ya que se sostiene que serían inoponibles a los acreedores hipotecarios anteriores.

La doctrina de la inoponibilidad de pleno derecho pugna con las facultades amplias de disposición que el artículo 2415 concede al dueño de la finca hipotecada, antes de que se ejercite la acción hipotecaria. Pugna también con el precepto del artículo 2427, destinado, precisamente, a prestar protección al acreedor hipotecario respecto de los menoscabos o deterioros materiales o jurídicos resultantes de actos del dueño de la finca. ¿Qué sentido tiene este precepto y cuál sería su objeto, si el dueño de la finca no puede gravarla con derechos reales? Si éstos no son oponibles al acreedor hipotecario para qué existe ese artículo 2427, respecto del cual hay acuerdo, en nuestra doctrina y en la francesa, de que se refiere lo mismo a los deterioros y menoscabos materiales que a los resultantes de actos jurídicos o contratos.

---

Pongámonos en el caso de que sea el censalista quien ejercita acción real en contra del censuario constituido en mora de pagar cánones o réditos ya devengados.

Ya sabemos que el censalista, en este caso, no necesita, nunca, proceder al desposeimiento respecto del actual dueño de la finca acensuada, porque sólo éste tiene la obligación propter rem de pagar dichos cánones, ya que tal obligación pasa a los sucesivos adquirentes sin necesidad de estipulación alguna, sea que adquieran en venta privada o en pública subasta ordenada por el juez (arts. 2033 y 2279). La ley no distingue.

Como a la acción real del censalista se aplica el procedimiento de la acción de desposeimiento (art. 763), sin que sea posible el desposeimiento, como ya explicamos, resulta que debe notificar al censuario, dueño y poseedor de la finca, para que la abandone o proceda a pagar. Sea que la abandone o que no lo haga, habrá necesidad de proceder al remate de la finca en pública subasta y, quien la adquiera en el remate, quedará ipso jure convertido en censuario, obligado al pago de todos los cánones ya devengados y de los que se devenguen mientras sea dueño, lo que deberá considerarse y establecerse en las bases del remate. Es lo que resulta de los artículos 2033 y 2279.

El remate de la finca acensuada no tendrá otro efecto, respecto del censalista o beneficiario del censo, que permitirle obtener el pago de los cánones ya devengados. El precio del remate, en la parte no afectada por

ese pago de réditos devengados, deberá percibirlo el censuario que deja de serlo por la venta y sobre él deben hacer efectivos sus derechos sus acreedores, sean hipotecarios, privilegiados o valistas.

Como es natural, el censalista obtendrá el pago de los cánones devengados en cuanto el precio del remate sea suficiente para ello, habida consideración de la preferencia de que puedan gozar los demás acreedores. Su preferencia es la de un simple acreedor hipotecario, conforme dispone el artículo 2480. Puede ocurrir, por lo mismo, que no obtenga el pago de los cánones devengados antes del remate. En cuanto a los que se devenguen con posterioridad, el nuevo dueño de la finca, que la adquirió en el remate, tendrá la obligación propter rem de proceder a su pago.

Se notará, entonces, que la acción real del censalista no se dirige, ni tiene por objeto, nunca, la percepción del capital representativo de los réditos o cánones. Ello resulta claro si recordamos que el censuario no puede ser obligado a redimir el censo (art. 2030), consignando el capital correspondiente, y que el censo vitalicio no es redimible.

---

Si nos colocamos en el caso de que la acción real sea deducida por un acreedor hipotecario, debemos distinguir si la inscripción de éste es posterior o anterior a la del censo.

Si es posterior, en la ejecución respectiva, las bases del remate deben considerar el gravamen que pesa sobre la finca, hipotecada y acensuada, de pagar los réditos ya devengados y los que se devenguen en el futuro. El adquirente en el remate, ipso jure se convertirá en censuario y quedará obligado al pago de dichos cánones.

Si la inscripción del acreedor hipotecario es anterior a la del censo, también deberá considerar en las bases del remate el censo que pesa sobre la finca hipotecada. El censo aparecerá en el respectivo certificado de gravámenes.

Respecto de los cánones devengados antes del remate, este acreedor hipotecario concurrirá con el censalista en cuanto al pago de dichos cánones, de la misma manera que con los demás acreedores, es decir, habida consideración de que él goza de una preferencia de tercera clase y que, dentro de esta clase, gozará o no de preferencia para pagarse con el producto del remate, de acuerdo con lo que dispone el artículo 2480 del Código.

Respecto de los cánones que se devenguen después del remate, el adquirente o comprador se convierte ipso iure en censuario y, como dueño de la finca acensuada, queda obligado al pago de los réditos o cánones que se devenguen con posterioridad.

Pensamos que los que plantean el problema que nos ocupa olvidan que la acción real del censalista no tiende, nunca, a obtener el pago del capital correspondiente o representativo de los réditos, sino solamente el pago de los cánones ya devengados. Ello porque el censuario no puede ser obligado, aunque se estipule, a redimir el censo (art. 2030), es decir, no puede obligárselo a convertir el censo en un capital en dinero correspondiente al monto de los cánones o réditos periódicos, o representativo de éstos.

Es fundamental tener presente que el dueño de la finca acensuada, cualquiera que sea el modo como la adquiera, siempre tendrá incorporado al dominio de la finca, como obligación propter rem, la carga de pagar los réditos o cánones periódicos. Por consiguiente, el problema respecto de las hipotecas constituidas sobre la finca acensuada, antes o después de la constitución del censo, se reduce al pago de los cánones ya devengados a la fecha del remate. Respecto de tal pago rige la regla del artículo 2480 y el censalista tendrá la misma preferencia que pudiera corresponder a un acreedor hipotecario.

---

Lo antes expuesto permite darse cuenta de que el desmedro o menoscabo de la finca ya hipotecada no tiene gran significación, por el hecho de que el dueño constituye un censo sobre ella, pasando a ser censuario a la vez que dueño de la finca hipotecada, en especial si recordamos los medios de defensa que la ley otorga al acreedor de la obligación principal, garantizada con la hipoteca.

El problema tampoco puede presentarse cuando el censuario resuelve redimir el censo, es decir, consignar el capital correspondiente a la orden del juez (art. 2038), porque tal consignación dejará liberada a la finca del censo constituido en ella, pero no la dejará liberada de la hipoteca antes constituida sobre la misma.

Y para este único efecto que el artículo 2022 establece que el constituyente del censo debe "reconocer el capital correspondiente", es decir, el capital cuyo cuatro por ciento al año produzca los réditos o cánones que deben pagarse periódicamente.

El reconocimiento del "capital correspondiente" tiene importancia para hacer posible la redención y la constitución del nuevo censo de reemplazo, que establece el artículo 2038, inciso tercero.

También tiene importancia para los efectos de la reducción o traslación del censo, de que se ocupa el artículo 2037. Pero este mismo precepto demuestra que es perfectamente posible y válida la constitución de un censo sobre una finca ya gravada con hipoteca, como aparece del in-

ciso tercero de dicho artículo 2037, que nos habla de los "censos e hipotecas especiales con que estuviere ya gravada la finca".

Todavía, el Código limita el derecho del censuario: no le permite redimir si debe cánones atrasados, es decir, cuando se encuentra en mora de pagar los réditos o cánones ya devengados. Así lo establece el artículo 2039. Y el artículo 2040 agrega que el censo no puede redimirse por partes.

Finalmente, el "reconocimiento del capital" tiene importancia para el efecto de la división del censo, de que trata el artículo 2036. Pero la división no obliga a pagar ese capital, sino a calcularlo con relación al valor de las hijuelas en que se divida la finca acensuada, para el efecto de que a ninguna toque menos de "un escudo", pues si así llega a ocurrir, el censo no podrá dividirse y cada hijuela será responsable de todo él.

Todos estos casos no son posibles respecto del censo vitalicio, que no admite redención, ni división, ni reducción (art. 2280).

Tiene lugar, en cambio, la regla de que la acción real del censalista, beneficiario de la renta, sólo se puede ejercitar para el cobro de rentas ya devengadas, persiguiendo para tal objeto la finca acensuada, cualquiera que sea su dueño y de cualquier modo que la haya adquirido.

Lo ya dicho acerca del censo ordinario se aplica al vitalicio, porque éste se rige por las reglas de aquél, en cuanto le fueren aplicables, con las salvedades notables de que el censo vitalicio, como dijimos, no es susceptible de reducción, de división, ni de traslación (arts. 2279 y 2280).

Por consiguiente, aunque la constitución de censos vitalicios sobre fincas ya gravadas con hipoteca tiene mayor significación que la constitución de censos ordinarios, no constituye un menoscabo notable o grave de la finca hipotecada, a menos que se trate de un deudor principal sin solvencia y que la garantía hipotecaria haya sido insuficiente desde su constitución, por exceso del préstamo o de la tasación de la garantía.

Quedan, además, al acreedor hipotecario todos los medios encaminados a la defensa de su derecho, a los cuales ya nos referimos.

---

En resumen, el dueño de una finca puede constituir sobre ella un censo o un censo vitalicio, aunque la finca se encuentre ya hipotecada.

El acreedor hipotecario no puede impedirlo, porque antes de ejercitar la acción hipotecaria no tiene ningún derecho, mientras el deudor principal no incurra en mora, y el dueño de la finca tiene dominio pleno de ella, pudiendo enajenarla o gravarla (art. 2415).

Si los gravámenes constituidos por el dueño implican deterioro de la finca, el acreedor hipotecario tiene los medios de defensa que le otorga el artículo 2427, conforme antes indicamos.

Si el propietario de la finca hipotecada abusa de sus facultades de tal, también ya indicamos los principales medios de defensa que tienen los acreedores hipotecarios, los cuales, además, conservan íntegramente su acción personal en contra del deudor.

Lo que no nos parece admisible es que se aplique al censo el modo de extinguir la hipoteca denominado "purga" de ella, que es propio y específico de la hipoteca, basado en el carácter accesorio que tiene.