

CALIFICACIÓN REGISTRAL DE LA “CLÁUSULA MALDITA O PERVERSA”

Marco Antonio Sepúlveda Larroucau¹

Profesor
Universidad Gabriela Mistral

En primer lugar, debemos advertir que esta ponencia² es parte del trabajo que expusimos en el XVIII Congreso CINDER (Centro Internacional de Derecho Registral), realizado en Amsterdam – Holanda los días 17, 18 y 19 de septiembre de 2012. Habida consideración de la grave crisis financiera que afecta a Europa, uno de los dos temas centrales de este congreso fue el de la ejecución hipotecaria, incluyéndose diversos aspectos relacionados con ella; como, por ejemplo, el de las cláusulas abusivas.

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.

¹ Abogado, Master en Economía y Gestión para Abogados de la U. Gabriela Mistral, 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@sepulvedayescudero.cl y masl@manquehue.net.

² Presentada a las IX Jornadas de Derecho Civil “en homenaje a los 30 años de la Facultad de Derecho de la Universidad Gabriela Mistral” (18 de octubre de 2012).

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 convencional³. A ello debe agregarse que en nuestro país el anatocismo (cobro de intereses sobre intereses) está expresamente permitido en el artículo 9º de la Ley N° 18.010 sobre operaciones de crédito de dinero⁴.
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)⁵.

³ Artículo 6º, inciso 4º, 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 8º, inciso 1º, 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”.

⁴ Artículo 9º 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”.

⁵ 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.

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”⁶, donde

La acción ejecutiva se convierte en ordinaria por el lapso de tres años, y convertida en ordinaria durará solamente otros dos”.

⁶ 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).

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.

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)⁷.

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° 6.214-09 (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*

⁷ 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/hernandez-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.

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 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”⁸.

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*

⁸ Véase también Corte Suprema 21 de Septiembre de 2011 (Banco de Chile con Ortiz Flores, Ciro) en Gaceta Jurídica N° 375; LegalPublishing Chile; Santiago; 2011; p. 399.

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"*⁹.

- **Calificación de cláusulas abusivas que establecen causales de vencimiento anticipado de la deuda y de ejecución anticipada de la hipoteca que la garantiza. Especial referencia a la prohibición voluntaria de enajenar o "cláusula de no enajenar"**.

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.

⁹ Gaceta Jurídica N° 202; Editorial Jurídica ConoSur Ltda.; Santiago - Chile; 1997; p. 25.

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).

Nos parece que un caso en que es inevitable la calificación registral es aquel indicado en el inciso 5° del nuevo artículo 17 D que 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 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 real¹⁰. 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, 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 escrita¹¹, por lo que

¹⁰ 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.

¹¹ 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; 1993; tomo XC; n° 1; segunda parte; sección primera; p. 43).

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 vulnerando¹².

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"*¹³.

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

¹² 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).

¹³ En Chile, en el artículo 5º n° 1 de la Ley N° 19.439, publicada en el Diario Oficial de 31 de enero de 1996, se 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 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"*.

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).

- **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, se establecen ciertas normas especiales en los artículos 103 a 109 de la Ley General de Bancos¹⁴ (por ejemplo, solo se admiten como excepciones el pago de la deuda, la prescripción y no empecerle el título al ejecutado, y deben oponerse dentro de los cinco días siguientes a la resolución que decreta el remate la entrega en prenda pretoria al banco acreedor), procedimiento que el artículo 2º de la Ley N° 19.439 de 1996 hace aplicable a los contratos de mutuo hipotecario endosable, 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 pago¹⁵; así, por ejemplo, Manuel Somarriva Undurraga y Raúl Diez Duarte¹⁶.

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). En cambio, tratándose del procedimiento especial hipotecario de la Ley General de Bancos, el mínimo del primer remate es fijado por el juez a propuesta del banco y no puede ser inferior al capital adeudado, dividendos insolutos, intereses

¹⁴ 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).

¹⁵ 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*".

¹⁶ Díez, R.; La hipoteca; Editorial Jurídica Consorsur Ltda.; Santiago - Chile; 1997; p.p. 401 y 402.

penales, costas judiciales y primas del seguro que recarguen la deuda (artículo 104)¹⁷.

- **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 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 Díez 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"*¹⁸.

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).

Las obligaciones derivadas de préstamos hipotecarios con emisión de letras de crédito se entienden líquidas siempre que en la respectiva escritura se haga referencia a las tablas de desarrollo de la deuda, aprobadas por la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras y protocolizadas en una notaría (artículo 111).

¹⁷ Al tenor del inciso 2º del artículo 106, en las enajenaciones que se efectúen en estos juicios hipotecarios especiales, no tendrá aplicación lo dispuesto en los números 3º y 4º del artículo 1464 del Código Civil y el juez decretará sin más trámites la cancelación de las interdicciones y prohibiciones que afecten al predio enajenado, aun cuando hubieren sido decretadas por otros tribunales.

¹⁸ Díez, R.; op. cit.; p. 403.

- **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 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 clase¹⁹.

Por último, el inciso 1° del artículo 106 de la Ley General de Bancos, respecto de los préstamos hipotecarios con emisión de letras de crédito, viene a aclarar una antigua discusión doctrinaria²⁰ que se ha planteado en torno al artículo 1962 del Código Civil²¹, al disponer que

¹⁹ Así, por ejemplo, se puede consultar en Ramos, R.; De las obligaciones; LexisNexis; Santiago – Chile; 2004; 1ª edición; p.p. 484 a 497.

²⁰ Esta discusión se puede consultar en Sepúlveda, M.; Estudio de títulos de inmuebles; Editorial Metropolitana; Santiago – Chile; 2002; p.p. 143 a 156.

²¹ Artículo 1962: "Están obligados a respetar el arriendo:

1°. *Todo aquel a quien se transfiere el derecho del arrendador por un título lucrativo;*

2°. *Todo aquel a quien se transfiere el derecho del arrendador, a título oneroso, si el arrendamiento ha sido contraído por escritura pública; exceptuados los acreedores hipotecarios;*

3°. *Los acreedores hipotecarios, si el arrendamiento ha sido otorgado por escritura pública inscrita en el Registro del Conservador antes de la inscripción hipotecaria.*

los subastadores de inmuebles no estarán obligados a respetar los arrendamientos que los afecten, salvo que éstos hayan sido otorgados por escritura pública inscrita en el conservador de bienes raíces con antelación a la hipoteca del banco o autorizados por éste.

BIBLIOGRAFÍA

- Díez, Raúl; La hipoteca; Editorial Jurídica ConoSur Ltda.; Santiago – Chile; 1997.
- Gaceta Jurídica Nº 202; Editorial Jurídica ConoSur Ltda.; Santiago – Chile; 1997.
- Gaceta Jurídica Nº 375; LegalPublishing Chile; Santiago; 2011.
- Hernández, Gabriel y Lathrop, Fabiola; *“Prescripción extintiva y cláusula de aceleración: visión jurisprudencial”*; en La razón del Derecho; Revista interdisciplinaria de ciencias jurídicas; Nº 2; 2011; p. 4 (<http://www.larazondelderecho.com/pdf/hernandez-lathrop.pdf>).
- Lecaros, José Miguel; Las cauciones reales. Prenda e hipoteca; Editorial Metropolitana; Santiago – Chile; 2009; 2ª edición.
- 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; 1993; tomo XC; nº 1.
- Sepúlveda, Marco Antonio; Estudio de títulos de inmuebles; Editorial Metropolitana; Santiago – Chile; 2002.
- Sepúlveda, Marco Antonio; *“La cláusula de no enajenar”*; en Temas de Derecho Inmobiliario; Editorial Metropolitana; Santiago – Chile; 2008.
- Sepúlveda, Marco Antonio; *“La cláusula de no enajenar”*; en Derechos reales. Principios, elementos y tendencias (coordinador Gabriel de Reina Tartiere); Heliasta; Buenos Aires – Argentina; 2008.

El arrendatario de bienes raíces podrá requerir por sí solo la inscripción de dicha escritura”.

Serie jurisprudencia; *"Del pacto o cláusula de aceleración"*; en
Cauciones reales. Prenda e hipoteca; Editorial Metropolitana;
Santiago – Chile, 2008.