



**UNIVERSIDAD DE CHILE**  
**Facultad de Derecho**  
**Departamento de Derecho Económico**

**LA CLÁUSULA DE GARANTÍA GENERAL  
HIPOTECARIA A LA LUZ DE LA LEY N° 20.555**

**Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales**

**MARIO ANDRÉS BUSTOS PONCE**

**PROFESOR GUÍA:**  
**JOAQUÍN MORALES GODOY**

**SANTIAGO DE CHILE**

**2015**

## TABLA DE CONTENIDO

	Página
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	1
<b>I. LA VALIDEZ DE LA CLÁUSULA GENERAL DE GARANTÍA HIPOTECARIA</b> .....	7
1. Generalidades.....	7
2. Cláusulas de Garantía General Hipotecaria.....	9
3. Problemas de validez de la Cláusula General de Garantía Hipotecaria.....	12
3.1 Problemas con la accesoriedad de la hipoteca respecto a la obligación principal.....	12
3.2. Problemas con respecto a la indeterminación del objeto en el contrato de hipoteca.....	14
3.3. Problemas respecto a la publicidad de la hipoteca.....	17
3.4. Problemas respecto al artículo 2431 del Código Civil.....	19
3.5. Problemas con la libre circulación de los bienes.....	20
4. Refutación de los principales argumentos que niegan validez a la Cláusula General de Garantía Hipotecaria.....	22
4.1. Refutación de argumentos en contra de la accesoriedad.....	22
4.2. Refutación de argumentos en torno a la indeterminación del objeto.....	28
4.3. Refutación de las críticas en base a la problemática de la especialidad de la hipoteca.....	30
4.4. Refutación de la falta de aplicación del artículo 2431 del Código Civil.....	32
4.5. Refutación de la aseveración de que la cláusula traba la libre circulación de los bienes.....	34
5. Argumentos a favor de la Cláusula General de Garantía Hipotecaria.....	36

<b>II. LA CLÁUSULA DE GARANTÍA GENERAL HIPOTECARIA A PARTIR DE LA LEY N°20.555</b>	<b>42</b>
1. La Cláusula de Garantía General Hipotecaria en la Relación de Consumo.....	42
1.1. Aspectos generales de la Relación de Consumo.....	42
1.2. La Cláusula de Garantía General Hipotecaria en los Contratos de Adhesión.....	46
1.3. Formas que toma la Cláusula de Garantía General Hipotecaria en las Relaciones de Consumo.....	50
1.4. Principales problemas de la Cláusula General de Garantía Hipotecaria en la Relaciones de Consumo.....	57
2. Nueva regulación de la Ley N°20.555 que modifica la Ley N°19.496.....	64
2.1. Fundamentos que motivan la reforma de la Ley N°20.555.....	64
2.2. Principio básico que sustenta a la Ley N° 20.555 en el Mensaje Presidencial.....	68
3. Descripción y análisis del inciso penúltimo del artículo 17-d introducido a la Ley N°19.496 por la Ley N°20.555.....	72
3.1. La Cláusula General de Garantía Hipotecaria no está prohibida por la Ley N°20.555.....	75
3.2. Requisitos del artículo 17-d, inciso penúltimo de la Ley N°20.555 introducido a la Ley N°19.496 para la inclusión de una Cláusula de Garantía General Hipotecaria.....	77
3.3. Alcance del artículo 17-d inciso penúltimo de la Ley N°20.555 introducido a la Ley N°19.496.....	80
1. Aplicación de la norma.....	80
2. Extinción de las cláusulas hipotecarias.....	84
4. Normativa complementaria respecto a la Cláusulas de Garantía General Hipotecaria.....	87
4.1. Las ventas atadas a partir de la Ley N°20.555.....	87
4.2. Reglamentos complementarios a la Ley N°20.555.....	89
4.3. La cláusula general de garantía hipotecaria en el contexto de las buenas prácticas comerciales.....	98
5. Falencias de la reforma introducida por la Ley N°20.555 respecto a la Cláusula General de Garantía Hipotecaria.....	101
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>113</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>118</b>

## RESUMEN

La presente obra tiene por objetivo determinar si con la modificación a la Ley N°19.496 por la Ley N°20.555, en especial con la introducción del artículo 17-D, la cláusula de garantía general hipotecaria sigue teniendo la validez que ha sido reconocida por la jurisprudencia y parte de la doctrina civil.

En efecto, se había cuestionado arduamente la validez de la cláusula de garantía general hipotecaria, pero había comenzado a asentarse su acogida. Por ello, es relevante determinar cómo cambia este panorama la modificación efectuada por la Ley N°20.555 a la Ley N°19.496, y si ello es suficiente para modificar el paradigma.

Para ello, estructuraremos la obra en dos partes. En la primera, se conceptualizará la cláusula de garantía general hipotecaria, efectuando una síntesis de los argumentos que se han dado a favor y en contra de la misma. Asimismo, analizaremos manuales jurídicos clásicos, como también algunos textos especializados sobre la materia, y fallos recientes de nuestros tribunales. La segunda parte de nuestra obra, revisa la modificación introducida por la Ley N°20.555 a la Ley N°19.496, su contexto, fundamentos, reglamentos y circulares afines. Para ello, se analizarán textos legales relevantes como también la historia del proyecto de la Ley N°20.555.

Al final, podremos aseverar, a modo de conclusión, que la modificación de Ley N°20.555 no afecta gravemente la validez de la cláusula de garantía hipotecaria, sino que sólo se limita a consagrar legalmente lo que las buenas prácticas comerciales en el ámbito bancario han ido construyendo en los últimos años sobre la misma.

## INTRODUCCIÓN

La hipoteca es una de las cauciones más efectivas que consagra nuestro ordenamiento civil, por cuanto permite al acreedor hipotecario asegurar el pago de su crédito con la finca gravada pudiendo perseguirla en manos de cualquier persona que la detenta para venderla en pública subasta y pagarse preferentemente con el producto de dicha realización. Además, la hipoteca permite al deudor (o al tercero que constituye la garantía) no ser privado del goce, e incluso de la disposición, del inmueble hipotecado.<sup>1</sup>

Por estas esenciales ventajas, la hipoteca es una de las cauciones más utilizadas en el mercado bancario y financiero. Por ello, en el tráfico jurídico han evolucionado mecanismos para agilizar la obtención de créditos hipotecarios, de manera de permitir la libre circulación de la riqueza.

Uno de los mecanismos para agilizar el tráfico hipotecario es la utilización de la cláusula general de garantía hipotecaria<sup>2</sup>. Efectivamente, la

---

<sup>1</sup> MERY, B.R. 1958. Derecho hipotecario: estudio de derecho civil y comparado. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 26p.

<sup>2</sup> DIEZ, D. R. 1997. La Hipoteca. Santiago, Editorial Jurídica ConoSur. 133p.

cláusula general de garantía hipotecaria permite, por un lado, al acreedor hipotecario obtener una caución que grava un inmueble para garantizar el cumplimiento de todas las obligaciones que eventualmente pueda contraer con su deudor, mientras que por otro lado, permite al deudor obtener variados créditos con dicho acreedor, sin que tenga que constituir una nueva hipoteca respecto de todas y cada una de ellas: la primera hipoteca cauciona todas las demás, por lo que se facilita la obtención de nuevos créditos, de forma que no se entraba la circulación del capital más allá de lo estrictamente necesario.<sup>3</sup>

Sin embargo, la cláusula general de garantía hipotecaria no ha estado exenta de críticas, las cuales provienen de una discusión de larga data. En efecto, existen diversos argumentos que tratan de negarle toda validez, mientras que existen otros que sostienen todo lo contrario.

Dicha discusión, si bien muy interesante, ha sido zanjada por la jurisprudencia que se ha inclinado paulatinamente por acogerla dentro de

---

<sup>3</sup> MILÉS C., S.S. 2010. La Cláusula de Garantía General Hipotecaria. Memoria de Licenciatura de Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 46p.

nuestro ordenamiento jurídico<sup>4</sup>. En esos términos, la validez de la cláusula de garantía general hipotecaria cada vez se consolida más entre nosotros.

En ese contexto, la Ley N°20.555 que modifica la Ley de protección de derechos de los consumidores (Ley N°19.496), introduce una disposición (en específico el artículo 17-d de la misma) que regula con mayor precisión la cláusula de garantía general hipotecaria en las relaciones de consumo. Efectivamente, esta norma dispone que no podrá incluirse en el contrato de mutuo otra hipoteca que no sea la que cauciona el crédito que se contrata.

En vista de esta nueva normativa, el paradigma respecto a la validez de la cláusula parece resultar no tan claro en las relaciones de consumo que están sometidas a la regulación del Derecho del Consumidor. De esta forma, ¿se puede seguir sosteniendo que entre nosotros la cláusula de garantía general hipotecaria es siempre válida en esta área del Derecho? Pareciera ser que no, o a lo menos, la afirmativa ya no es tan clara; y en caso de acogerla, ¿existen requisitos especiales para incorporarla en contratos de adhesión en las relaciones de consumo?

---

<sup>4</sup> DIEZ, D. R. op. cit., 133p.

En efecto, si bien la norma en comento no revive la discusión sobre la validez de la cláusula general de garantía hipotecaria en todo el ámbito del derecho privado, sí lo hace en el Derecho del Consumidor, por cuanto normalmente los contratos que se dan en esta área se enmarcan en los catalogados contratos de adhesión, en los cuales los consumidores están en la evidente desventaja negociadora frente al proveedor al no poseer la misma información que detenta éste respecto al servicio ofrecido.

Es por ello que, si bien en Derecho Civil la discusión sobre la validez de la cláusula general de garantía hipotecaria pareciera estar definida, bajo las actuales condiciones del mercado bancario y financiero sometidas a la regulación del Derecho del Consumidor, el cual a su vez está dentro de la órbita del Derecho Económico, ello no es tan claro, y por consiguiente, no podría aplicarse ampliamente esta cláusula en las relaciones de consumo, pues ello daría un tratamiento injusto a los consumidores de créditos hipotecarios, lo cual, para nuestro legislador no es tolerable. En consecuencia, la discusión de la validez de la cláusula en comento, en Derecho del Consumidor no está zanjada, e incluso, este da una respuesta que pareciera ser menos favorable a su inclusión en los contratos que regula.



Dicho lo anterior, podemos señalar que el objetivo general de esta obra es estudiar la validez de la cláusula general de garantía hipotecaria en el ámbito de los contratos de adhesión en el Derecho del Consumidor. Este objetivo es de una importancia fundamental, pues además de cambiar el paradigma respecto a la validez de la cláusula ya asentado en el Derecho Civil, es de enorme trascendencia práctica. En efecto, los créditos hipotecarios son de general aplicación en el mercado financiero, por lo cual determinar si las hipotecas pueden o no caucionar una o múltiples obligaciones impacta seriamente en la forma de otorgar dichos créditos, lo cual a su vez, repercute en la forma en que se estructura en sistema financiero.

Para concretizar este requisito general, esta obra se propone los siguientes objetivos específicos:

1. Conceptualizar la cláusula de garantía general hipotecaria.
2. Sistematizar las principales posiciones a favor y en contra de su validez que se han argüido en el derecho civil.
3. Identificar el comportamiento reciente que han tenido nuestros Tribunales de Justicia respecto a la validez de la cláusula.

4. Revisar las principales problemáticas de la cláusula de garantía general hipotecaria en el Derecho del Consumidor.

5. Analizar el estatuto especial del consumo en el ámbito financiero.

6. Estudiar la reforma introducida por la Ley N°20.555 en lo que respecta a la cláusula de garantía general hipotecaria

Luego de logrados estos objetivos, estaremos en condiciones de responder la pregunta central de esta obra: ¿sigue siendo válida la cláusula de garantía general hipotecaria en las relaciones de consumo? Preliminarmente sostenemos que la cláusula sigue siendo válida en los contratos de adhesión en las relaciones de consumo, pero su validez depende de los especiales requisitos que la ley exige al respecto y cuyo objetivo es proteger a los consumidores ante los eventuales abusos a que la inclusión de la cláusula pudiera dar lugar, por lo cual, no se puede sostener que se acoge ampliamente como en general se ha aceptado en el Derecho Civil.

**CAPITULO I**

**LA VALIDEZ DE LA CLÁUSULA DE GARANTÍA GENERAL**

**HIPOTECARIA**

**1. Generalidades**

El artículo 2407 del Código Civil define la hipoteca como “un derecho de prenda, constituido sobre un inmueble que no deja de permanecer en poder del deudor”. Sin embargo, esta definición es confusa por cuanto no distingue entre el contrato y el derecho real de hipoteca.<sup>5</sup>

En efecto, por un lado el contrato hipotecario es “una convención en virtud de la cual una persona concede a otra un derecho de hipoteca sobre un bien inmueble para garantizar una deuda propia o ajena”<sup>6</sup>. Asimismo, la hipoteca “Es un derecho real, que recae sobre un inmueble, que no por ello deja de pertenecer a su dueño, que se constituye para garantizar el cumplimiento de una obligación principal otorgando a su titular el derecho

---

<sup>5</sup> DIEZ, D. R. 1997. La Hipoteca. Santiago, Editorial Jurídica ConoSur. 31p.

<sup>6</sup> MERY, B.R. 1958. Derecho hipotecario: estudio de derecho civil y comparado. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 137p.

de perseguir la finca en manos de quien quiera que la tenga (y a cualquier título que la posea), sacarla a venta en pública subasta y pagarse preferentemente con el producto del remate”<sup>7</sup>

A su vez, el artículo 46 del Código Civil señala que la hipoteca es una caución. Además, el contrato de hipoteca es un contrato accesorio según el artículo 1442 del mismo Código. Por último, el derecho real de hipoteca es un derecho real de garantía, lo cual significa que está entre aquellos “que permiten utilizar la cosa indirectamente, por su valor de cambio, contienen la facultad de lograr, con auxilio de la justicia, su enajenación para obtener con el producto una prestación incumplida (prenda, hipoteca).”<sup>8</sup>

De lo anterior, se entiende que el derecho real de hipoteca como caución tiene por objetivo asegurar el cumplimiento de una obligación principal. Asimismo, el contrato de hipoteca, debido a su carácter de accesorio, tiene por objetivo asegurar el cumplimiento de una obligación principal de manera que no puede subsistir sin ella.

---

<sup>7</sup> MILÉS C., S.S. 2010. La Cláusula de Garantía General Hipotecaria. Memoria de Licenciatura de Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 10p.

<sup>8</sup> PEÑAILILLO, A.D. 2007. Los Bienes, la Propiedad y otros Derechos Reales. 4° Ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 20 p.

Es decir, toda la base de la institución hipotecaria descansa en la existencia de una obligación principal que se ha de garantizar, por lo cual es de importancia vital definir sobre qué clase de obligaciones pueden constituirse una hipoteca.

## **2. Cláusulas de Garantía General Hipotecaria**

Como hemos señalado, la hipoteca es una caución que garantiza el cumplimiento una o más obligaciones. Sin embargo, nuestro Código Civil no señala los requisitos, características, montos o naturaleza que deben reunir estas obligaciones garantizadas.

En tales términos, se puede entender que el catálogo de obligaciones que pueden ser garantizadas con hipoteca es amplio.<sup>9</sup> Ello ha llevado a sostener que se pueden garantizar hipotecariamente obligaciones futuras e indeterminadas; por lo demás, ciertas disposiciones de nuestro Código Civil llevan a inclinarse por la afirmativa, como por ejemplo, sus artículos 2413, 2419, 2427, 2431, 2432 entre otros.<sup>10</sup>

---

<sup>9</sup> SOMARRIVA, U.M. 1943. Tratado de las Cauciones. Santiago, Editorial Nascimento. 314p.

<sup>10</sup> DIEZ, D. R. op.cit., 138p

En razón de lo anterior, cabe la pregunta ¿se puede garantizar con hipoteca obligaciones que una parte pueda eventualmente contraer a futuro?; o en términos más generales ¿vale la hipoteca en garantía de obligaciones indeterminadas? Dada la falta de expresa mención del Código Civil a este respecto, se ha suscitado una larga y documentada discusión doctrinal y jurisprudencial al respecto.

La cláusula por la cual se caucionan obligaciones con el carácter de futuras y/o indeterminadas es denominada ampliamente como cláusula de garantía general hipotecaria.

Si bien se han dado varias definiciones de esta cláusula<sup>11</sup>, una de las más completas es la siguiente: “La cláusula de garantía general hipotecaria es un elemento accidental del contrato hipotecario, que integrando la posibilidad de caucionar obligaciones futuras e indeterminadas, permite al deudor garantizar con hipoteca todas las obligaciones que contraiga y vaya a contraer en el futuro para con su acreedor, cualquiera sea el monto o naturaleza de ellas, siempre y cuando quepan dentro de los términos del

---

<sup>11</sup> Véase RIEGO, Germán. Comentario al fallo de la Corte Suprema de 11-XI-1929, causa caratulada “Banco de Chile con González”, Revista de Derecho y Jurisprudencia, t XXVII, SEC. 1ª., 630 p. LANGLOIS., D. P. 1933. La Cláusula de Garantía General Hipotecaria. Memoria de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 17p. UGARTE, G. J.J. La Nulidad de la Cláusula General de Garantía Hipotecaria, Revista de Derecho y Jurisprudencia, LXXXVIII, N°3, 1991.

pacto.”<sup>12</sup>, o en términos más simples, es aquella estipulación en que “el deudor hipoteca un predio como garantía, no sólo de las obligaciones que actualmente contrae, sino también de todas sus deudas futuras a favor del Banco.”<sup>13</sup> De igual forma, la jurisprudencia la ha definido como aquel “pacto que se estipula en un contrato de hipoteca, en el sentido de que el bien gravado no sólo resguarda las obligaciones actualmente existentes sino también las futuras, cuyo monto y naturaleza se desconocen y todas aquéllas en las que el deudor pueda tener responsabilidad directa e indirecta.”<sup>14</sup>

Su amplia aplicación se explica en virtud de sus ventajas, las cuales se intensifican en el mercado financiero y bancario. En efecto, “por una parte, el acreedor hipotecario, generalmente una institución bancaria o financiera, obtiene con antelación a la celebración de un contrato, una caución que asegura el cumplimiento de las responsabilidades adquiridas por el deudor. En seguida, el deudor ve facilitado su acceso al crédito. Una vez constituida la hipoteca con cláusula de garantía general, al deudor hipotecario no le será necesario ofrecer nuevas cauciones para obtener nuevos créditos. Así, evita

---

<sup>12</sup> MILÉS C. op.cit., 10p

<sup>13</sup> SOMARRIVA, U.M. 1943. Tratado de las Cauciones. Santiago, Editorial Nascimento. 314p.

<sup>14</sup> C. Suprema, 09 diciembre 2010, rol N°4498-2009, [www.poderjudicial.cl](http://www.poderjudicial.cl).

demoras de varios días que sin ningún problema podrían resultar en la pérdida de alguna oportunidad de negocios.”<sup>15</sup> En otras palabras, la cláusula de garantía general hipotecaria agiliza las transacciones mercantiles y el acceso rápido al crédito, lo cual es compartido por la jurisprudencia reciente que ha señalado que “La cláusula en comento, indudablemente, está dirigida a favorecer el desarrollo del crédito, permitiendo que la garantía no cubra únicamente una obligación existente, sino también una futura eventual.”<sup>16</sup>

### **3. Problemas de validez de la Cláusula General de Garantía Hipotecaria**

Si bien se han dado innumerables argumentos a favor y en contra de la validez de la cláusula de garantía general hipotecaria, sistematizaremos los más relevantes al respecto.

3.1 Problemas con la accesoriedad de la hipoteca respecto a la obligación principal: Como vimos, el contrato hipotecario es accesorio en atención al artículo 1442 del Código Civil y, en consecuencia, tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal de manera que no puede subsistir sin ella. A su vez, el derecho real de hipoteca es

---

<sup>15</sup> MILÉS C. op.cit., 46 p.

<sup>16</sup> C. Suprema, 23 marzo 2012, rol N°6311-2012, [www.poderjudicial.cl](http://www.poderjudicial.cl).



accesorio porque ello “es una consecuencia de su carácter de derecho de garantía.”<sup>17</sup> Por lo demás, la accesoriedad de la hipoteca se desprende expresamente de su carácter de caución en razón del artículo 46 del Código Civil.

Una de las clásicas características que se le atribuye a la accesoriedad de la hipoteca es que esta “no puede nacer válidamente si no existe con anterioridad una relación obligacional que le sirva de base.”<sup>18</sup> Es decir, la hipoteca depende la obligación principal para su generación, permanencia y extinción.

Efectivamente, cuando se trata de obligaciones indeterminadas, el contrato hipotecario no accede a ninguna obligación principal, por cuanto ésta no existe. Así, se ha sostenido que: “la hipoteca –el contrato hipotecario y el derecho real de hipoteca- es accesorio; y que depende absolutamente de la obligación principal para su nacimiento, para su extinción y para su permanencia en el ser; y que los defensores de la cláusula de garantía general se han visto forzados a desconocer ya

---

<sup>17</sup> MERY, B. op.cit. 37 p.

<sup>18</sup> *Ibíd.* 39 p.

abiertamente, ya con ciertas matizaciones el carácter accesorio de la hipoteca.”<sup>19</sup>

Por último, respecto del contrato hipotecario, del artículo 1442 del Código Civil fluye claramente que debe existir una obligación a que este acceda. En efecto, la palabra “subsistir” que ocupa dicha norma, debe ser entendida como “Subsistir en sí mismo es lo propio de la subsistencia, subsistir en otro, lo propio del accidente, de lo accesorio, que no tiene consistencia para ser en sí y se refiere completa y omnímodamente a un ser distinto, en el cual subsiste como su sujeto.”<sup>20</sup>

3.2. Problemas con respecto a la indeterminación del objeto en el contrato de hipoteca: El contrato hipotecario es accesorio, de manera que debe tener una obligación principal que le sirva de base. En ese sentido, si bien es cierto que el Código Civil no da reglas propias respecto al objeto del contrato hipotecario, su objeto debe cumplir con los requisitos establecidos en los artículos 1460 y siguientes del mismo, y sabemos que toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas que se trata de dar, hacer o no hacer.

---

<sup>19</sup> UGARTE G., J.J. La nulidad de la Cláusula de Garantía General Hipotecaria. Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LXXXVIII N°3, 1991.4p.

<sup>20</sup> Ibíd. 4p.

En razón de ello, se sostiene que el objeto jurídico del contrato de hipoteca es la garantía que le otorga al acreedor para asegurar el cumplimiento de la obligación principal, cual es, el derecho real de hipoteca. En efecto, “El derecho de hipoteca es, pues, el objeto del contrato de hipoteca, porque es la cosa que en él se trata de dar, desde que la dación es tanto la transferencia del dominio como la constitución de un derecho real distinto del mismo.”<sup>21</sup>

En seguida, el objeto del derecho real de hipoteca no es otro que la obligación principal que se garantiza con él; su objeto no es otro que caucionar dicha obligación. Así, “la obligación caucionada con su propio objeto viene a ser el objeto de la garantía; que ésta es elemento esencial del derecho real de hipoteca, y que, a su vez, dicho derecho es el objeto del contrato hipotecario.”<sup>22</sup>

En base a esta concatenación entre el objeto del contrato hipotecario y el objeto del derecho real de hipoteca, se podría sostener que el contrato hipotecario debe cumplir un doble requisito respecto al objeto.

---

<sup>21</sup> *Ibíd.* 7p.

<sup>22</sup> *Ibíd.* 7p.

En efecto, el objeto directo del contrato es el derecho real. Dado que este último es una cosa, debe estar determinada, en razón del artículo 1461 del Código Civil. Sobre este punto, se sostiene que el derecho real debe estar perfectamente determinado, y esa determinación “supone la precisión de qué obligación u obligaciones concretas se caucionan”<sup>23</sup> y en consecuencia, al ser las hipotecas derechos reales de garantía, “no pueden ser pensados ni queridos o consentidos en concreto, sin referencia a una obligación principal suficientemente determinada como para poder existir”<sup>24</sup> Luego, para determinar el objeto del derecho real, se debe revisar el objeto del mismo, es decir, la obligación principal.

Ahora bien, si la obligación es indeterminada el contrato hipotecario (o el contrato principal al cual acceda este) por definición no la determina, ni tampoco da reglas para determinarla, no cumpliéndose entonces con el requisito de determinación del objeto establecido en el mencionado artículo 1461. Luego, el contrato hipotecario que contenga una cláusula general de garantía hipotecaria es nulo absolutamente por falta de objeto.

---

<sup>23</sup> *Ibíd.* 8p.

<sup>24</sup> *Ibíd.* 8p.

De esta forma, se sentencia que: “Una prenda o una hipoteca constituidas para garantizar universalmente las obligaciones entre un acreedor y un deudor es inválida, pues, por indeterminación del objeto en cuanto al género propio al que pertenece”<sup>25</sup>

3.3. Problemas respecto a la publicidad de la hipoteca: En nuestro sistema las hipotecas son públicas<sup>26</sup>, por lo que cualquier persona puede revisar el Registro de Hipotecas y Gravámenes del Conservador de Bienes Raíces correspondiente para cerciorarse si la finca en cuestión está o no gravada con hipotecas.

Por lo anterior, la función de publicidad de la inscripción hipotecaria es que todos aquellos que pretendan adquirir la finca hipotecada, o constituir en su favor créditos hipotecarios, deben saber específica y determinadamente qué gravámenes hipotecarios soporta el inmueble. Todo esto no se cumple en hipotecas con cláusula de garantía general pues, ¿cuál es la carga hipotecaria que en definitiva soportará la finca gravada?<sup>27</sup>

---

<sup>25</sup> BRITO., G. A. 2010. Universalidad, generalidad y especialidad en la prenda y la hipoteca. En: JORNADAS NACIONALES de Derecho Civil. 2010. Olmué, Chile, Universidad Adolfo Ibáñez, Facultad de Derecho. [320-355] 336p.

<sup>26</sup> MEZA, B.R. 2006. Manual de Derecho Civil, de las fuentes de las obligaciones, vol.2. 10° Ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 156p.

<sup>27</sup> UGARTE G., op.cit., 17p.

Se sostiene además que desde esta perspectiva, “de ser válidas las hipotecas de carácter universal y en que no se determina la naturaleza de las obligaciones garantizadas, se podrían producir fraudes mediante la fabricación por deudores inescrupulosos en perjuicio de sus acreedores, de pagarés u obligaciones *ad hoc*, créditos que no habrían figurado en la inscripción hipotecaria.”<sup>28</sup>

Esto se vincula íntimamente con la especialidad de la hipoteca (consagrado en el artículo 2432 del Código Civil), principio que, según parte de la doctrina<sup>29</sup>, también se ve vulnerado por la cláusula general de garantía hipotecaria. Al respecto, se sostiene que “Esta nulidad es consecuencia del hecho de que los principios de publicidad y especialidad de hipoteca son complementarios: no puede la hipoteca ser realmente pública, es decir, tener publicidad, si no es especial, tanto en cuanto al inmueble afectado como en cuanto al crédito que se garantiza.”<sup>30</sup>

---

<sup>28</sup> BRITO. G. op.cit., 337p.

<sup>29</sup> UGARTE G., op.cit., 16p.

<sup>30</sup> *Ibíd.* 14p.

3.4. Problemas respecto al artículo 2431 del Código Civil: Esta norma establece que: “La hipoteca podrá limitarse a una determinada suma, con tal que así se exprese inequívocamente; pero no se extenderá en ningún caso a más del duplo del importe conocido o presunto de la obligación principal, aunque así se haya estipulado.”

Así, esta norma contiene dos preceptos. El primero se refiere a que puede limitarse la responsabilidad hipotecaria con tal que se así se exprese; el segundo precepto señala que en ningún caso dicha responsabilidad excederá del duplo del importe conocido o presunto de la obligación principal.

De ello, se sostiene que “El segundo precepto del artículo 2431 contiene pues un límite legal de orden público porque no puede ser derogado por la voluntad de las partes (...)”<sup>31</sup>

Esto significa que toda hipoteca debe señalar el monto de la obligación que garantiza, o a lo menos, datos que permitieren determinarlo, para saber cuál es su monto real o presunto. Ello es indispensable para establecer el límite de la responsabilidad hipotecaria y el artículo 2431 debe cumplirse a

---

<sup>31</sup> *Ibíd.*11p.

todo evento, pues no está a disposición de las partes, ya que la finalidad de esta norma es “facilitar la libertad y circulación del suelo”<sup>32</sup>, el cual no es un mero interés renunciable por los contratantes.

En esos términos, la cláusula general de garantía hipotecaria contendría un defecto fundamental que la haría ineficaz, pues al no existir una obligación principal determinada o determinable, no se podría limitar la responsabilidad hipotecaria.

En caso de obligaciones indeterminadas y en que la determinación mediante los datos propios del acto o contrato u otra fuente no puede hacerse aún por depender de hechos futuros, se vulneraría el espíritu de la ley en el sentido de no poder establecerse un límite a la responsabilidad hipotecaria.

3.5. Problemas con la libre circulación de los bienes: Este último problema emana del artículo 2415 del Código Civil, el cual reza así: “El dueño de los bienes gravados con hipoteca podrá siempre enajenarlos o hipotecarlos, no obstante cualquiera estipulación en contrario.” El fundamento de este precepto, es que “se trata de una norma de orden

---

<sup>32</sup> *Ibíd.*14p.



público: el legislador ha querido que el dueño de la cosa hipotecada pueda siempre enajenarla y volver a hipotecarla, velando por el principio de la libre circulación de los bienes, por el fomento al crédito, y porque en la hipoteca no se lesione la justicia conmutativa, privándose al dueño de la facultad de disposición, capital en el derecho de dominio.”<sup>33</sup>

En ese sentido, se sostiene que la cláusula de garantía general hipotecaria pugna con dicho razonamiento “ya que nadie o muy pocos querrán comprar un bien hipotecado por obligaciones indeterminadas en su naturaleza y monto, y que podrán constar de instrumentos privados emanados de su vendedor; ni querrá nadie aceptar una hipoteca posterior a otra que caucione obligaciones semejantes.”<sup>34</sup>

Luego, una cláusula general de garantía hipotecaria en los hechos eliminaría la comerciabilidad de la finca gravada, dada la inconveniencia práctica para terceros de trabar relaciones jurídicas con ella.

---

<sup>33</sup> *Ibíd.* 17p.

<sup>34</sup> MILÉS C. *op.cit.*, 78p.

#### **4. Refutación de los principales argumentos que niegan validez a la Cláusula General de Garantía Hipotecaria.**

Diremos ahora breves palabras sobre las principales refutaciones que se han dado a los argumentos señalados en la sección precedente.

4.1. Refutación de argumentos en contra de la accesoriedad: Como vimos, se sostiene que la cláusula general de garantía hipotecaria es nula por contravenir la accesoriedad de la hipoteca. Sin embargo, se han dado una serie de argumentos para subsanar este problema.

En primer lugar, el Código Civil en su artículo 2413 permite la hipoteca de obligaciones futuras, por lo cual esta puede ser perfectamente indeterminada pues se trataría de una garantía sujeta a condición<sup>35</sup>, cual es, que la obligación futura exista, estando las obligaciones condicionales permitidas. Desde ese punto de vista, “el artículo 2413 permite expresamente el otorgamiento de hipoteca bajo cualquier condición”.<sup>36</sup>

---

<sup>35</sup> SOMARRIVA, U. op.cit., 317 p

<sup>36</sup> MILÉS C. op.cit., 48p.

De esta manera, “La hipoteca tendrá plena validez desde su inscripción, lo que puede hacerse inmediatamente después de haberse celebrado, sin esperar que se contraiga la obligación principal.”<sup>37</sup>

A su vez, se sostiene que la accesoriedad del contrato hipotecario sólo se circunscribe a determinar sus formas de extinción, de manera que extinguida la obligación principal, se extingue el contrato. En efecto, “la hipoteca es un contrato accesorio que depende de la obligación principal sólo en cuanto a su extinción. En consecuencia, puede existir antes del nacimiento de ella. Una conclusión distinta nos llevaría a establecer una contradicción en los artículos 2413 y 2434.”<sup>38</sup>

Por tanto, en su constitución, permanencia y naturaleza jurídica, el contrato hipotecario tiene una estructura distinta y perfectamente diferenciable de la obligación principal. En otras palabras, “el contrato accesorio no puede seguir existiendo si la obligación principal desaparece pero podría a empezar a existir antes de que la obligación principal naciera.”<sup>39</sup>

---

<sup>37</sup> C. Suprema, 03 junio 2013, rol N°1404-2013, [www.poderjudicial.cl](http://www.poderjudicial.cl).

<sup>38</sup> MILÉS C. op.cit., 50p.

<sup>39</sup> SOMARRIVA, U. op.cit., 317p.

Lo anterior se reafirma en la redacción que ocupa el artículo 1442 del Código Civil al definir el contrato accesorio. En efecto, en dicha norma el legislador ocupa la palabra “subsistir”, la cual según la Real Academia Española significa “mantener la vida, seguir viviendo”<sup>40</sup>, y por lo tanto, “es evidente que sólo lo que ya se encuentra con vida puede mantenerse en ese estado”<sup>41</sup>. De esta forma, es de fácil entendimiento el hecho de que un contrato hipotecario puede otorgarse con antelación a la obligación principal, pero no puede mantenerse con vida si es que ella no nace. Esta interpretación es la más coherente, pues de ordinario el sentido natural y obvio de las palabras se encuentra en el Diccionario de la Real Academia Española<sup>42</sup> y aún no se han dado argumentos contundentes para desconocerlo. Por ello, es bastante clara en la idea de subsistir como sólo mantener la vida de algo, pero no necesariamente de crearla.

De igual forma ha señalado la jurisprudencia que: “Lo particular de la obligación accesorio no es que requiera para existir de una obligación principal en la cual sustentarse, sino que la obligación principal es necesaria

---

<sup>40</sup> REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. [en línea] <http://lema.rae.es/drae/?val=Subsistir> [consulta: 11 diciembre 2013]

<sup>41</sup> MILÉS C. op.cit., 53p.

<sup>42</sup> Véase VODANOVIC, H.A. 2001. Manual de Derecho Civil, parte preliminar y general, vol. 1. 2ª ed. Santiago. Editorial Jurídica Conosur. 72p.

para su subsistencia, como lo señala el artículo 1442 del Código de Bello al definir que el contrato es accesorio “cuando tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no pueda subsistir sin ella”.

“Por su parte el artículo 2427 del Código Civil permite que la cláusula de garantía general hipotecaria, de uso corriente en el sistema bancario y cuyo objetivo es garantizar con un bien raíz las deudas futuras que se contraigan con un banco.”<sup>43</sup>

Nosotros estimamos que esta es la interpretación correcta, por lo cual creemos, que la accesoriedad de la hipoteca respecto a la obligación principal solo tiene relevancia para efectos extintivos, mas no para determinar su generación, estructura y naturaleza. Por ello, concordamos plenamente con el hecho de que “las legislaciones civiles modernas tienden a reaccionar contra este verdadero dogma jurídico, que Langlois Délano elocuentemente lo califica como fetichismo hipotecario.”<sup>44</sup>

Un corolario interesante de que la accesoriedad se refiere sólo a la extinción de la hipoteca es el que sigue: Aún cuando una cláusula esté

---

<sup>43</sup> C. Suprema, 27 septiembre 2012, rol N° 2310-2010, [www.poderjudicial.cl](http://www.poderjudicial.cl).

<sup>44</sup> DIEZ, D. R. op.cit., 131p

redactada en términos muy amplios, debiera entenderse de que la hipoteca se extingue en cuanto se hayan extinguido todas las obligaciones que vinculaban al deudor para con su acreedor. Si ésta se extingue, y no existen otras obligaciones a las cuales se les pueda hacer extensible la garantía, la hipoteca también lo hace pues ya no hay obligación alguna que garantizar.<sup>45</sup>

La jurisprudencia reciente<sup>46</sup> tiende a aceptar que el carácter accesorio de la cláusula implica que esta se extingue si no hay obligaciones ni siquiera futuras a las que eventualmente pueda caucionar. En efecto, las obligaciones futuras e indeterminadas de las cláusulas deben estar sujetas “a los parámetros de previsibilidad que expresen las partes; pero, qué sucede si éstos nada dicen al respecto, una posibilidad sería la de entender que esa obligación futura podría esperarse *ad infinitum*, de suerte que se estuviera esperando su acaecimiento por siempre y, como alternativa a esto, emerge la de concebir un término a dicha espera.

Enfrentado a lo anterior, el razonamiento basado en la certeza jurídica vinculada al instituto de la prescripción liberatoria y en la interpretación restrictiva asociada a los gravámenes que, en cuanto tales, inciden en la

---

<sup>45</sup> BRITO., G. op.cit., 338p.

<sup>46</sup> C. Suprema, 23 marzo 2012, rol N°6742-2011, [www.poderjudicial.cl](http://www.poderjudicial.cl).

libre circulación de los bienes, llama a inclinarse por la segunda hipótesis. Esto implica concluir que será el lapso máximo de diez años previsto en nuestro ordenamiento civil aquel llamado a zanjar un conflicto como el planteado en el presente juicio y que, atendidas todas las circunstancias narradas precedentemente, procedía aplicar ante la falta de acreditación de obligaciones actuales que sirvieran a la continuidad de la caución cuya extinción y alzamiento se demandaron.”<sup>47</sup> Es decir, la cláusula de garantía general se extingue después de haber fallado la condición de que existan las obligaciones a caucionar en el tiempo máximo de prescripción que señala la ley, cual es, 10 años.”<sup>48</sup>

Como veremos en el siguiente capítulo, el problema de la extensión temporal de la cláusula de garantía general hipotecaria ha sido solucionado en Derecho del Consumidor, a través del artículo 17-d de la Ley N° 20.555 introducido a la Ley N° 19.496.

---

<sup>47</sup> C. Suprema, 19 octubre 2010, rol N° 2349-2009, [www.poderjudicial.cl](http://www.poderjudicial.cl).

<sup>48</sup> Este criterio ha sido sostenido por la Corte Suprema. Véase, C. Suprema, 23 marzo 2012, rol N° 6311-2012, [www.poderjudicial.cl](http://www.poderjudicial.cl).

4.2. Refutación de argumentos en torno a la indeterminación del objeto: Como vimos, se dice que la cláusula general de garantía hipotecaria recae en una obligación absolutamente indeterminada por lo cual no satisface los requisitos del artículo 1461 del Código Civil. Dado que la obligación principal es el objeto del derecho real de hipoteca, y este es a su vez, el objeto del contrato hipotecario, en ninguno de ellos se satisface los requisitos del objeto.

Para subsanar este problema, es preciso determinar cuál es, en definitiva, el objeto tanto del contrato hipotecario como del derecho real de hipoteca. La teoría que acoge la validez de la cláusula de garantía general señala que el objeto del contrato de hipoteca es el derecho real de hipoteca. A su vez, el objeto del derecho real de hipoteca es el inmueble que se otorga en garantía. En efecto, “el inmueble –más precisamente el derecho de propiedad o usufructo, según corresponda- no es el objeto del contrato, sino de la hipoteca en cuanto derecho real.”<sup>49</sup> Lo anterior significa que esta postura sostiene que el objeto del derecho real de hipoteca es el inmueble gravado y no la obligación indeterminada a la que accede, por lo que este sí tiene un objeto determinado, cual es, precisamente el inmueble. A su vez,

---

<sup>49</sup> MERY, B. op.cit., 112p.



como el derecho real tiene objeto determinado, también lo tiene el contrato hipotecario, por lo cual es irrelevante la indeterminación de la obligación; “por tanto, jamás, la indeterminación de la obligación garantizada ya sea en cuanto a la naturaleza ya sea en cuanto a su monto, podrá significar la nulidad de la hipoteca por falta de objeto.”<sup>50</sup>

Se reafirma lo anterior con lo siguiente: “El objeto de los contratos principales se irá determinando a medida que dichos contratos se celebren, pero el objeto del contrato hipotecario está siempre determinado de antemano en el derecho real de hipoteca, cuyo objeto es a su vez el inmueble.”<sup>51</sup>

Por tanto, si el contrato y el derecho real tienen objeto determinado, se satisfacen los requisitos de los artículos 1461 y siguientes del Código Civil, por lo que la refutación a la validez de la cláusula por indeterminación del objeto, nos parece insostenible.

---

<sup>50</sup> MILÉS C. op.cit., 70p.

<sup>51</sup> Ibíd.70 p.

4.3. Refutación de las críticas en base a la problemática de la especialidad de la hipoteca: A este respecto, quienes intentan privar de validez a la cláusula de garantía general hipotecaria sostienen que las hipotecas deben ser especiales y públicas, y para ello se basan en la exigencia de la inscripción conservatoria señalada en el artículo 2432 N°2 del Código Civil.

A este respecto, se debe señalar que si bien el artículo 2432 N°2 exige determinación del contrato al que accede la hipoteca, dicha norma se debe coordinar con otras disposiciones que regulan la institución, en especial, el artículo 2413 del Código Civil que permite otorgar hipotecas antes o después de la constitución del contrato principal. En consecuencia, “la exigencia del artículo 2432 hay que interpretarla racionalmente en el sentido de que debe cumplirse con ella cuando el contrato que se garantiza se haya celebrado antes o coetáneamente con la hipoteca, pero no cuando aquél sea un contrato futuro.”<sup>52</sup>. Dicho de otra forma, “el verdadero sentido de este precepto es que será necesario cumplir con este requisito sólo cuando el contrato que se garantiza se haya celebrado antes o

---

<sup>52</sup>SOMARRIVA, U. op.cit., 316p.

coetáneamente con la hipoteca, pero no cuando se trate de un contrato que haya de ser celebrado en el futuro.”<sup>53</sup>

Además, las normas anteriores deben interpretarse a la luz del artículo 2427 del Código Civil, el cual permite hipotecas de obligaciones indeterminadas, con lo que la jurisprudencia ha referido que: “Lo preceptuado en los artículos 2427 y 2431 del Código Civil permiten concluir que la garantía hipotecaria es posible aunque sea indeterminada la cuantía de lo caucionado e, incluso, indefinida la naturaleza de la obligación que se garantiza.”<sup>54</sup>

Estimamos que es esta la posición correcta, por cuanto las disposiciones de la ley deben interpretarse en atención a su contexto, de manera de que entre todos los preceptos haya la debida correspondencia y armonía, tal como señala el artículo 21 del Código Civil. En consecuencia, armonizando todas las normas anteriormente señaladas, llegamos a la conclusión de que la cláusula de garantía general hipotecaria es válida.

---

<sup>53</sup> MILÉS C. op.cit., 55p.

<sup>54</sup> C. Suprema, 19 octubre 2010, rol N° 2349-2009, [www.poderjudicial.cl](http://www.poderjudicial.cl).

Por lo demás, en Derecho Comparado “las legislaciones civiles que establecen en forma exagerada en sus hipotecas convencionales el principio de especialidad, consignan la inconsecuencia de admitir hipotecas legales generales en relación a la deuda garantizada, como ocurre con la legislación civil francesa.”<sup>55</sup>

4.4. Refutación de la falta de aplicación del artículo 2431 del Código Civil: Esta norma establece una prohibición de orden público en virtud de la cual, la responsabilidad hipotecaria en ningún caso puede extenderse a más del duplo del importe conocido o presunto de la obligación principal, teniendo el deudor siempre el derecho para que se reduzca la responsabilidad hipotecaria a dicho importe.

Esta argumentación se refuta pensando en que el artículo 2431 cobra relevancia cuando se quiere hacer efectiva la responsabilidad hipotecaria y no antes, por lo cual, no interesa que la obligación sea determinada o determinable al tiempo de constituirse la hipoteca, sino que lo sea al tiempo de ejercer la acción hipotecaria, lo cual no puede acontecer sino cuando las obligaciones caucionadas han nacido volviéndose determinadas o

---

<sup>55</sup> DIEZ, D. R. op.cit., 131p

determinables. En efecto, “respecto de aquellas obligaciones por completo indeterminadas, como ocurre con las obligaciones futuras garantizadas con una hipoteca con cláusula de garantía general, cabrá determinar el duplo una vez que estas hayan adquirido existencia y sean conocidas.”<sup>56</sup>

Por lo anterior, el artículo 2431 del Código Civil no obsta a la validez de la cláusula de garantía general hipotecaria. Cuando se haga efectiva la responsabilidad hipotecaria la obligación garantizada ya será determinada o determinable de manera que puede ser perfectamente calculado el duplo de su importe para efectos de limitar la responsabilidad hipotecaria.

Por último, si se acoge la cláusula de garantía general hipotecaria, el artículo 2431 antes mencionado debe interpretarse como un límite legal en especial para las hipotecas constituidas con dicha cláusula, para así delimitar la responsabilidad del deudor; es decir, en vez de servir como argumento para negarle valor, es una norma que la complementa y la hace operativa.

---

<sup>56</sup> MILÉS C. op.cit., 77p.

4.5. Refutación de la aseveración de que la cláusula traba la libre circulación de los bienes: El artículo 2415 del Código Civil permite disponer de la finca no obstante estar gravada con hipoteca. El propósito de dicho precepto es mantener el inmueble dentro del tráfico jurídico permitiendo su libre circulación. En esos términos, la cláusula general de garantía hipotecaria atenta contra la libre circulación de la finca gravada por cuanto implicaría un gravamen indeterminado que desalentaría la constitución de nuevas hipotecas sobre la misma, o futuras adquisiciones por parte de terceros.

Sin embargo, el riesgo de un gravamen eventual y excesivo que implicaría la constitución de hipoteca con cláusula de garantía general no es tal, pues la responsabilidad hipotecaria está siempre limitada al duplo de la obligación principal en atención al artículo 2431 anteriormente mencionado, por lo cual, los terceros sabrán cuál es el límite máximo del gravamen. Así “determinada de esa manera la responsabilidad hipotecaria, no habrá problema para que un tercero acepte una hipoteca de segundo grado, sobre el bien de que se trata, o compre dicho inmueble.”<sup>57</sup>

---

<sup>57</sup> *Ibíd.* 79p.

Además, cabe recordar que todas las hipotecas entre nosotros son públicas, por lo cual “los terceros contratantes están advertidos tanto de la existencia de la hipoteca como de su extensión a través de la respectiva inscripción hipotecaria.”<sup>58</sup>

Por lo demás, la cláusula de garantía general hipotecaria tiene amplia aplicación en las prácticas contractuales y no se vislumbra que sea un factor que entorpezca las relaciones jurídicas y la libre circulación de los bienes. En efecto, “la utilización de la cláusula, lejos de coincidir con aquella predicción, la ha desmentido. Ha resultado en una espléndida manera de potenciar el crédito, no ha entorpecido la circulación de los bienes, ni ha cerrado las puertas a nuevos acreedores, ya que en la mayoría de los casos, el valor de los inmuebles es suficiente para caucionar las necesidades de crédito ordinarias de los deudores.”<sup>59</sup>

Es más, al contrario de entorpezcar el comercio, la jurisprudencia ha fallado que la cláusula de garantía general ha tenido una función totalmente

---

<sup>58</sup> *Ibíd.* 79p.

<sup>59</sup> *Ibíd.* 48p.

contraria al sostener que “la cláusula en comento, indudablemente, está dirigida a favorecer el desarrollo del crédito (...)”<sup>60</sup>

## **5. Argumentos a favor de la Cláusula General de Garantía**

### **Hipotecaria**

Además de los argumentos anteriormente expuestos, se han dado otros para confirmar la cláusula en nuestro derecho, y por los cuales estimamos que la cláusula es válida. Señalaremos los más importantes:

1. El artículo 2431 del Código Civil, señala que la hipoteca puede limitarse a una suma determinada con tal que así se exprese, “con lo que, a contrario sensu, acepta que pueda estar indeterminado el monto de las obligaciones garantizadas.”<sup>61</sup> En base a ello, sostenemos incluso que la regla general es la indeterminación de la hipoteca respecto a la obligación caucionada.

Sin perjuicio de ello, aún cuando la hipoteca pueda ser indeterminada, la responsabilidad hipotecaria estará siempre determinada en razón del artículo 2431 del Código Civil. De esta manera, “Si la hipoteca garantiza obligaciones indeterminadas, como sucede cuando existe cláusula de

---

<sup>60</sup> C. Suprema, 23 marzo 2012, rol N° 6311-2012, [www.poderjudicial.cl](http://www.poderjudicial.cl).

<sup>61</sup> SOMARRIVA, U. op.cit., 313p.



garantía general el deudor puede, en virtud del derecho que le confiere el artículo 2431, solicitar en cualquier momento que se limite la hipoteca al duplo del importe conocido o presunto de la obligación principal a esa fecha.”<sup>62</sup>

2. Uno de los requisitos que debe tener la inscripción hipotecaria es la de consignar “la suma determinada a que se extienda la hipoteca en el caso del artículo precedente” según el artículo 2432 N°4 del Código Civil. Dado que esta norma se remite al artículo precedente, se debe armonizar con este.

De esta forma, sólo será exigible la determinación de la obligación principal en cuanto se haya determinado ésta en el contrato hipotecario, pero si ello no ha acontecido, esta exigencia de la inscripción no es aplicable. Este razonamiento se reafirma al revisar el texto del artículo 81 N°4 del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces, que exige determinación de la obligación caucionada sólo “en caso de haberse limitado a determinada cantidad.”

3. Desde un punto de vista histórico, nuestro Código Civil se aparta de la legislación francesa que se rige estrictamente por la especialidad de la

---

<sup>62</sup> *Ibíd.* 320p.

hipoteca, inspirándose, por contrario, en el derecho español, el cual, da acogida a las hipotecas sobre obligaciones indeterminadas. Así, se sostiene que “de los distintos Proyectos de Código se desprende que don Andrés Bello se apartó en esta materia del Código francés y siguió el Derecho español, donde semejante cláusula es válida.”<sup>63</sup>

En efecto, la norma francesa en general dispone que “La hipoteca convencional no es válida sino en cuanto la suma por la cual se consiente es cierta y está determinada en el instrumento (...)”<sup>64</sup> Entre nosotros, no hay disposición legal alguna de semejante tenor, razón por la cual, no hay aplicación estricta de la especialidad hipotecaria.

4. El artículo 2413 del Código Civil señala que la hipoteca puede ser otorgada antes de la obligación principal, por lo cual es perfectamente válido caucionar obligaciones futuras, bajo la condición de que esta llegue a existir, aún cuando actualmente se encuentren indeterminadas. Por ello, se ha fallado que “la cláusula de garantía general hipotecaria, no sólo está

---

<sup>63</sup> SOMARRIVA, U. op.cit., 317p.

<sup>64</sup> Citado por UGARTE G., op.cit., 10p.

reconocida como una práctica bancaria habitual, sino que el propio legislador la autorizó (...)”<sup>65</sup>

5. El artículo 2427 del Código Civil señala que: “Si la finca se perdiere o deteriorare en términos de no ser suficiente para la seguridad de la deuda, tendrá derecho el acreedor a que se mejore la hipoteca, a no ser que consienta en que se le dé otra seguridad equivalente; y en defecto de ambas cosas, podrá demandar el pago inmediato de la deuda líquida, aunque esté pendiente el plazo, o implorar las providencias conservativas que el caso admita, si la deuda fuere ilíquida, condicional o indeterminada”. Luego, esta disposición expresamente avala la validez de la cláusula de garantía general hipotecaria entre nosotros.

El artículo 2427 del Código Civil sólo habla de obligación indeterminada, “sin distinguir si la indeterminación sea en cuanto al monto o en cuanto a la naturaleza de ella, por lo que debe entenderse que comprende ambas”<sup>66</sup>, y de igual manera “el legislador civil tampoco aborda en concreto la noción de obligaciones futuras”<sup>67</sup>. Luego, la norma ampara

---

<sup>65</sup> C. Suprema, 17 julio 2013, rol N° 3380-2013, [www.poderjudicial.cl](http://www.poderjudicial.cl).

<sup>66</sup> SOMARRIVA, U. op.cit., 314p.

<sup>67</sup> C. Suprema, 19 octubre 2010, rol N° 2349-2009, [www.poderjudicial.cl](http://www.poderjudicial.cl).

que la indeterminación pueda recaer en los bienes o las obligaciones, estando vedado al intérprete distinguir.

6. A propósito de la validez de los títulos ejecutivos compuestos, la Corte Suprema reafirma la aceptación por parte de la doctrina y de la jurisprudencia de la cláusula de garantía general: “De este modo se ha sostenido que la complementación o integración de títulos ejecutivos no la prohíbe la ley, la que no exige que todos los requisitos que deban dar mérito ejecutivo a un título deban constar en él, exigencia que de existir haría perder finalidad y eficacia jurídica en este ámbito a instituciones reconocidas en nuestra legislación, como por ejemplo, las hipotecas constituidas para garantizar obligaciones de terceros, o las otorgadas antes de los contratos a que acceden y que permite el artículo 2413 del Código Civil, o el de aquellas hipotecas que contienen la cláusula de “garantía general hipotecaria” ya aceptada en la doctrina y jurisprudencia de nuestros tribunales de justicia”<sup>68</sup>

---

<sup>68</sup> C. Suprema, 27 diciembre 2000, G. J. N°246, p. 71-72; C. Suprema, 03 junio 2013, rol N° 1404 2013, [www.poderjudicial.cl](http://www.poderjudicial.cl).

Por todas las razones expuestas, podemos concluir que “hoy en día, la jurisprudencia ha resuelto el conflicto inclinándose por darle validez a la cláusula, pero la doctrina no ha cesado en las críticas y defensas en torno a este tema.”<sup>69</sup> Existen además variadas sentencias recientes a favor de la cláusula, las cuales han sido citadas en los apartados anteriores.<sup>70</sup>

---

<sup>69</sup> MILÉS C. op.cit., 6 p.

<sup>70</sup> C. Suprema, 27 diciembre 2000, G.J. N° 246, p. 71-72; C. Suprema, 17 julio 2013, rol N°3380-2013, [www.poderjudicial.cl](http://www.poderjudicial.cl); C. Suprema, 14 enero 2011, rol N°7338-2009, [www.poderjudicial.cl](http://www.poderjudicial.cl); C. Suprema, 16 marzo 2011, rol N° 5948-2009, [www.poderjudicial.cl](http://www.poderjudicial.cl).

## **CAPITULO II**

### **LA CLÁUSULA DE GARANTÍA GENERAL HIPOTECARIA A PARTIR DE LA LEY N°20.555**

#### **1. La Cláusula de Garantía General Hipotecaria en la Relación de Consumo**

##### 1.1. Aspectos generales de la relación de consumo

Podemos definir las relaciones de consumo como “aquellas que se establecen entre proveedores profesionales de bienes o servicios y las personas que contratan dichos bienes o servicios para destinarlos a la satisfacción de sus propias necesidades (consumidores finales)”<sup>71</sup>. En nuestro caso, el banco o institución financiera es el proveedor, mientras que el cliente del servicio toma el lugar de consumidor.

---

<sup>71</sup> FERNANDEZ, F.F. 2003. Manual de Derecho Chileno de Protección al Consumidor. Santiago, Editorial LexisNexis. 3p.

Dado el carácter de profesionalidad de la institución financiera frente a un cliente que no lo es, se manifiestan las problemáticas propias de la relación de consumo: asimetría de la información, desigualdad en la capacidad de negociación entre las partes, y costos de transacción adversos para el consumidor.<sup>72</sup>

Veremos a continuación algunos aspectos de estos problemas:

- Asimetría de la información: La institución financiera cuenta con toda la información respecto al producto que está ofreciendo, lo cual se hace más patente al tratarse de servicios bancarios y/o financieros, pues dada la complejidad técnica de los vocablos utilizados en estas áreas, estos serán prácticamente ininteligibles para el cliente medio. Además, es la institución financiera la que conoce los riesgos que está asumiendo al contratar con el consumidor por lo que puede adoptar los mecanismos más idóneos para aminorarlos, mientras que el consumidor ordinario carece de información similar que le permita equilibrar la situación en su favor.

---

<sup>72</sup>FERNANDEZ, F.op.cit., 4 p.

En nuestro caso, el proveedor otorga un servicio financiero (de ordinario un mutuo hipotecario) caucionándolo a su favor con una cláusula de garantía general hipotecaria, lo cual le permite salvaguardar eficazmente sus intereses. Sin embargo, normalmente el consumidor no conoce con precisión el gravamen que se le está solicitando y las amplias prerrogativas que le está dando a la institución en su perjuicio. Es más, se sostiene que “si los consumidores se encontraran informados acerca de los efectos de la cláusula de garantía hipotecaria, es decir, conociendo los riesgos que implica, posiblemente desaparecerían de los mutuos hipotecarios.”<sup>73</sup>

- Desigualdad en la capacidad de negociación: Las partes no están en igual condición para negociar las cláusulas del contrato. En efecto, normalmente el contrato (junto con la cláusula de garantía general hipotecaria), sus condiciones y obligaciones correlativas entre las partes, son fijados unilateralmente por la institución financiera, teniendo el consumidor sólo la facultad de aceptarlo o rechazarlo en su totalidad.

---

<sup>73</sup> PAÑELLA, D.R. 2012. Análisis del Contrato de Mutuo Hipotecario a la luz de la ley N°19.496, sobre la protección de los derechos de los consumidores. Santiago, Ediciones de la Fundación Fernando FueyoLaneri. 17p.



Además, dado que la cláusula de garantía general hipotecaria es un accesorio al servicio contratado, el consumidor normalmente omitirá discusión al respecto, pues si lo hace, va a perder la oportunidad de obtener el producto ofrecido por la institución financiera en su integridad.

- Costos de transacción adversos: Si hubiese divergencia sobre cualquier asunto derivado de la ejecución del contrato, el consumidor normalmente preferirá llegar a un acuerdo con la institución financiera antes de enfrascarse en un costoso y largo procedimiento judicial para hacer valer sus derechos.

Estas son las principales razones por las cuales el Derecho del Consumidor trata de eliminar la desigualdad de las partes en las relaciones de consumo.

Dado que las cláusulas de garantías generales hipotecarias, no escapan de dichos problemas, también debieran ser reguladas por el legislador más allá de su acogida en el Derecho Civil. En efecto, aplicada esta cláusula en contratos propios de la relación de consumo, se ha sostenido (en una postura, que adelantamos, no compartimos) que: “Es una cláusula abusiva que atenta contra las exigencias de la buena fe, lo anterior porque excede el

ámbito del contrato y no se puede modificar posteriormente su contenido”<sup>74</sup>, por lo cual es menester una regulación legal, y así reconciliar las posturas al respecto.

## 1.2. La Cláusula de Garantía General Hipotecaria en los Contratos de Adhesión

En las relaciones de consumo es de general aplicación que una de las partes proponga un contrato redactado unilateralmente por ella a la otra, de manera que esta última sólo puede aceptarlo o rechazarlo en su integridad. Estas estipulaciones se enmarcan dentro de la categoría contractual del contrato de adhesión, el cual está definido en el artículo 1° de la Ley sobre Protección de Derechos de los Consumidores (Ley N°19.496) como “aquel cuyas cláusulas han sido propuestas unilateralmente por el proveedor sin que el consumidor, para celebrarlo, pueda alterar su contenido”. También, puede ser conceptualizado como “aquel cuyas cláusulas son dictadas o redactadas por una sola de las partes. La otra se limita a aceptarlas en bloque, adhiriendo a ellas.”<sup>75</sup> Los servicios bancarios y financieros (con

---

<sup>74</sup> PAÑELLA, D.R. op. cit., 37p.

<sup>75</sup> SANTA MARÍA, L.J. 2005. Los contratos, parte general, vol. I. 4ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 150 p.

inclusión de las cláusulas de garantía general hipotecarias) normalmente se estipulan en esta categoría de contratos.

En general, los contratos de adhesión rompen con la igualdad entre los contratantes, tanto en la negociación como en el manejo de la información relevante del producto contratado, existiendo en consecuencia, un “desequilibrio del poder de negociación de los contratantes”<sup>76</sup>. En efecto, el peligro de estos contratos es la incorporación de cláusulas que desequilibran la conmutatividad de las prestaciones en perjuicio del consumidor, ya sea gravándolo en exceso, o disminuyendo o exonerando de responsabilidad del proveedor, entre otras.

Si bien desde el punto de vista de la libertad contractual, es cuestionable la figura de los contratos de adhesión como contratos propiamente tales<sup>77</sup>, no es menos cierto que son un efectivo instrumento para reducir los costos de transacción y negociación de la fase precontractual.<sup>78</sup> Por ello, la Ley N° 19.496 los tolera como contratos y los regula. En efecto, respecto a los contratos de adhesión

---

<sup>76</sup> *Ibíd.* 152p.

<sup>77</sup> *Ibíd.* 153p.

<sup>78</sup> WAHL., S.J. 2006. Los contratos de adhesión: Normas de equidad en las estipulaciones y en el cumplimiento. *En:* LA PROTECCIÓN de los derechos de los consumidores en Chile. Santiago, Chile, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho. [59-77] 59p.

“contemporáneamente no se pone en duda su naturaleza de contratos, en tanto que acuerdo de voluntades generador de obligaciones para quienes concurren a él, pero se admite universalmente que deben ser objeto de regulación legal para evitar que el predisponente imponga condiciones inicuas al adherente.”<sup>79</sup>

La Ley N°19.496 si bien acoge la legalidad de los contratos por adhesión, no desconoce el riesgo cierto del abuso a los que puede dar lugar por parte de aquel contratante que redacta el contrato, lo cual puede dar lugar a la inclusión en los mismos de cláusulas abusivas, es decir, “aquellas que por una modificación unilateral del contrato, a cualquier estipulación del mismo faculte -en este caso- a la empresa bancaria a condicionar, modificar, suprimir, restringir o alterar las condiciones contractuales que fueron objeto de la conversión, al solo arbitrio de la misma, y que de tal acción se irroguen perjuicios para los consumidores”<sup>80</sup> y que en consecuencia, generan un desequilibrio entre las prestaciones del consumidor y el proveedor.<sup>81</sup>

---

<sup>79</sup> FERNANDEZ, F.F. op.cit., 44 p.

<sup>80</sup> PAÑELLA, D.R. op.cit., 17p.

<sup>81</sup> WAHL., S.J. op. cit. 61p.

Por ello, el artículo 16 de dicha ley establece un catálogo de cláusulas abusivas cuya inclusión en los contratos está sancionada con la nulidad. Esta norma consagra un sistema cerrado de cláusulas abusivas, y por consiguiente, “tendrán tal carácter sólo aquellas que expresamente describe el artículo 16.”<sup>82</sup>

Hasta antes de la modificación introducida a la Ley N° 19.496 por la Ley N° 20.555, la introducción de cláusulas de garantía general hipotecaria no contravenía expresamente la ley, por cuanto no estaba regulada explícitamente. Esto era además avalado por la jurisprudencia que reconoce la validez de la cláusula, y paulatinamente la doctrina también se inclinó por la afirmativa.

Sin embargo, en una relación de consumo, se sostiene que la cláusula de garantía general hipotecaria puede tornarse en abusiva, pues podría transformarse en un gravamen totalmente desproporcionado respecto a lo que el consumidor está recibiendo a cambio.

Dado que estas cláusulas normalmente se enmarcan dentro de contratos de adhesión, el consumidor estaría compelido a aceptarlas si desea

---

<sup>82</sup> FERNANDEZ, F.F. op.cit., 45 p.

contratar el servicio que le interesa, por lo que sólo debería tolerarlas. En ese sentido, se sostiene que esta cláusula “entra en contradicción con el artículo 3 letra a) de la Ley sobre Protección de los Derechos de los Consumidores que establece para el cliente el derecho a la libre elección de los bienes y servicios, lo que no se produce a causa de esta cláusula.”<sup>83</sup>

### 1.3. Formas que toma la Cláusula de Garantía General Hipotecaria en las Relaciones de Consumo

Usualmente las instituciones financieras redactan cláusulas de garantía generales hipotecarias en sus contratos de adhesión. En estos, la fuente de las obligaciones caucionadas estará normalmente determinada por cuanto estas nacen de uno o más contratos determinados (por ejemplo, “todas las obligaciones que emanen de cierto contrato de mutuo”).

Sin perjuicio de lo anterior, se ha señalado que dentro de la práctica bancaria no son pocos los contratos en que se estipulan estas cláusulas en términos universales, pues “el deudor se obliga por obligaciones presentes y futuras aun cuando al momento de suscribir el contrato estas carezcan de

---

<sup>83</sup> *Ibíd.* 38p.

objeto.”<sup>84</sup> Esta universalidad se daría cuando la cláusula caucione todas las obligaciones que el consumidor adquiriera con la institución financiera, con independencia de una fuente determinada.<sup>85</sup>

Las hipótesis más relevantes en donde se encontraba esta cláusula eran las siguientes:

1. Contratos de cuenta corriente: Cuando una institución financiera celebra un contrato de cuenta corriente con su cliente, puede exigirle a este que otorgue un bien en hipoteca para garantizar el pago del saldo a favor de ella que resulte al tiempo de terminación del contrato, en atención al artículo 615 del Código de Comercio, el cual establece al respecto que: “El saldo puede ser garantido con hipotecas en el acto de celebración del contrato.” De esta forma, “el artículo citado evidencia que si se puede constituir la hipoteca en el acto del contrato, se garantizará un saldo que aún no existe.”<sup>86</sup> En efecto, “esta cláusula procede para caucionar obligaciones contraídas por el comitente en virtud de un contrato de cuenta corriente de

---

<sup>84</sup> PAÑELLA, D.R. op.cit., 38p.

<sup>85</sup> Como por ejemplo: “A fin de garantizar al Banco del Estado de Chile el cumplimiento de cualquier obligación que [deudor] haya contraído o contrajere en el futuro con dicho Banco...”, o cuando la cláusula está redactada así: “...y también de cualquiera otra obligación que por cualquier causa o motivo adeude o llegare a adeudar al Banco, sea directa o indirectamente, como deudor principal o como obligado a su pago, como fiador, codeudor solidario, avalista o de otra manera, o como consecuencia de renovaciones, reprogramaciones, prórrogas o ampliaciones del plazo de dichas obligaciones...”. PAÑELLA, D.R. op.cit., 34-35p.

<sup>86</sup> MILÉS C. op.cit., 37p.

crédito, garantizando no sólo los préstamos ya contraídos sino también los que contraigan en el futuro a través del mismo contrato, cubriendo también los sobregiros, aunque todos los actos relacionados con la cuenta corriente fueren celebrados en instrumento privado, como ocurre con todos los contratos y actos jurídicos bancarios, cualquiera fuere su monto o cuantía.”<sup>87</sup>

Esta es una clara cláusula de garantía general hipotecaria, la cual se extiende a una obligación eventual, que sólo se genera si a la terminación del contrato de cuenta corriente existe un saldo a favor del banco.

Se sostiene que “como comúnmente esta cláusula se pacta en forma conjunta con un contrato de cuenta corriente bancaria de crédito, su redacción es por lo general la siguiente: “En garantía de las obligaciones que con motivo de este contrato contraiga el comitente, como asimismo de los sobregiros que se originan, y con el fin de garantizar también los préstamos, documentos de letras y toda otra obligación, ya sea directa o

---

<sup>87</sup> DIEZ, D. R. op.cit., 139p



indirecta, presente o futura, que tenga a favor del Banco, don N.N. constituye hipoteca sobre el inmueble de su propiedad, etc.”<sup>88</sup>

2. Ventas atadas: Los bancos e instituciones financieras al prestar un servicio al cliente, normalmente le hacían contratar otros servicios no solicitados e incluso, no informados cabalmente al tiempo del contrato; es decir, se incurría en la práctica de ventas atadas. En ese sentido, la venta atada está “referida en términos generales, como aquella operación en que, para la adquisición de un determinado producto o servicio financiero, se exige la contratación de otros productos o servicios de manera imperativa.”<sup>89</sup> En nuestro caso, antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 20.555 para acceder a un crédito hipotecario se acostumbraba que “uno de los requisitos es ser cliente; pero si no se tiene esa calidad para su aprobación es necesario también adquirir productos tales como: cuenta corriente, línea de crédito, tarjetas de crédito, etc.”<sup>90</sup>

---

<sup>88</sup> MERY, B. op.cit., 109p.

<sup>89</sup> GUÍA DE alcance jurídico ventas atadas y ventas conjuntas [en línea] [http://www.sernac.cl/wp-content/uploads/2012/11/Gu%C3%ADa-de-Alcance-Jur%C3%ADdico-Venta-Atada-v.final\\_.pdf](http://www.sernac.cl/wp-content/uploads/2012/11/Gu%C3%ADa-de-Alcance-Jur%C3%ADdico-Venta-Atada-v.final_.pdf) [consulta 12 enero 2014] 2p.

<sup>90</sup> PAÑELLA, D.R. op.cit., 13p.

Por ello, la cláusula de garantía general hipotecaria caucionaba no sólo el producto solicitado por el consumidor, sino que todas aquellas obligaciones derivadas de los servicios conexos que este se vio forzado a contratar para poder optar al servicio que efectivamente le interesaba.

Hasta antes de la entrada en vigencia de la Ley N°20.555, no se prohibían las ventas atadas, y por lo tanto, si existía una cláusula de garantía general hipotecaria esta podía entenderse que caucionaba todos los servicios contratados (incluso los “atados”). Esto se reafirmaba con las precisiones hechas a las circulares N° 3.505 y N° 3.506 de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras por la circular N° 3.514 del 15 de noviembre de 2010, en cuya virtud “se regula la posibilidad de condicionar la tasa de interés de los créditos hipotecarios a la mantención de otro producto bancario. Sólo se permite que las empresas bancarias ofrezcan créditos hipotecarios cuya tasa de interés esté condicionada a la contratación de un único otro producto tal como una cuenta corriente, una cuenta vista o una tarjeta de crédito, en la cual se pacte un pago automático del correspondiente dividendo del crédito”<sup>91</sup>. Esto significa que en estos

---

<sup>91</sup>LA TERCERA, 2010, SUPERINTENDENCIA AUTORIZA a bancos a mantener la “venta atada” de productos asociados a un crédito. [en línea] La Tercera en Internet. 15 de noviembre, 2010.

créditos hipotecarios no se prohibían las ventas atadas, sino que sólo se regulaba su procedencia bajo los supuestos y formas que señalaba dicha circular.

3. Créditos Hipotecarios: En virtud de una cláusula de garantía general hipotecaria se cauciona con hipoteca las obligaciones que se generaran en virtud de un contrato, y las demás obligaciones que en lo sucesivo contrajese el consumidor con dicha institución financiera. A este respecto, la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras define al crédito hipotecario como “un préstamo a mediano o largo plazo que se otorga para la compra, ampliación, reparación o construcción de una vivienda, compra de sitios, oficinas o locales comerciales, o para libre disponibilidad. La propiedad adquirida queda en garantía a favor del Banco para asegurar el cumplimiento del crédito. Los plazos a los cuales se otorgan estos créditos son de varios años, lo cual debe ser informado dentro de las características del crédito, debido a que hacen variar los costos y tasas de interés.”<sup>92</sup>

---

<http://www.latercera.com/noticia/negocios/2010/11/655-307573-9-superintendencia-autoriza-a-bancos-a-mantener-la-venta-atada-de-productos.shtml> [consulta 11 enero 2014]

<sup>92</sup>SUPERINTENDENCIA DE BANCOS E INSTITUCIONES FINANCIERAS [en línea] <http://www.sbif.cl/sbifweb/servlet/Biblioteca?indice=6.3.1&idCategoria=558>, [consulta 05 marzo 2014]

Precisando lo anterior, el artículo 2° del Decreto N°42 del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, que aprueba el Reglamento sobre Información al consumidor de créditos hipotecarios<sup>93</sup> define al crédito hipotecario como “El producto financiero en virtud del cual una parte denominada proveedor, entrega o se obliga a entregar una cantidad cierta de dinero a otra parte denominada consumidor, que se obliga a pagarla en cuotas y en un plazo determinado, incluyendo la suma de dinero que resulte de la aplicación de una tasa de interés establecida al momento de su contratación, y a asegurar el pago constituyendo una hipoteca sobre el inmueble adquirido u otro que lo garantiza, y cuya finalidad es la adquisición, construcción, ampliación o reparación de inmuebles o la libre disposición del dinero entregado por el Proveedor.

También es crédito hipotecario el que tiene por objeto refinanciar créditos hipotecarios preexistentes y el que se otorga para los objetos señalados en este artículo mediante la emisión de letras de crédito, según lo dispuesto en el Decreto con Fuerza de Ley N° 3 del Ministerio de Hacienda, de 1997, que contiene el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley General de Bancos, al cual le serán aplicables las disposiciones de este

---

<sup>93</sup>En adelante Decreto 42.

reglamento compatibles con la regulación contenida en leyes especiales y normas dictadas conforme a ellas.”

#### 1.4. Principales problemas de la Cláusula General de Garantía Hipotecaria en las Relaciones de Consumo

En primer lugar, debemos señalar que en las relaciones de consumo, la cláusula de garantía general hipotecaria, entra en conflicto con ciertas disposiciones propias del Derecho del Consumidor. En efecto, se sostiene que estas cláusulas infringen los artículos 3° letras a) y b), y el artículo 16 letra g) de la Ley N° 19.496, y además, el artículo 2415 del Código Civil.<sup>94</sup>

Relevaremos de este análisis el artículo 2415 del Código Civil por cuanto ya fue revisado en el capítulo precedente, centrándonos en consecuencia con los problemas que tienen las cláusulas de garantía general hipotecaria a la luz del Derecho del Consumidor.

1. En primer lugar, debemos determinar si la cláusula general de garantía hipotecaria vulnera el artículo 16 letra g) de la Ley N° 19.496, esto es, la causal genérica o de clausura<sup>95</sup> de las cláusulas abusivas sancionadas por dicha ley. En efecto, esta causal es del siguiente tenor: “En contra de las

---

<sup>94</sup>PAÑELLA, D.R. op.cit., 37p.

<sup>95</sup>WAHL., S.J. op. cit. 68p.

exigencias de la buena fe, atendiendo para estos efectos a parámetros objetivos, causen en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para las partes se deriven del contrato.”

Estimamos que aún cuando esta causal es de aplicación amplia, la cláusula general de garantía hipotecaria no se encuentra subsumida dentro de ella. Para ello, nos basamos en las siguientes razones:

- En primer lugar, para que una cláusula se encuentre dentro del ámbito de aplicación de esta causal, debe contravenir “la buena fe objetiva y, por otro lado, la mantención de cierto equilibrio en las prestaciones”<sup>96</sup>, por lo cual, “el juez debería en definitiva juzgar si la cláusula cuestionada defrauda o no las legítimas expectativas que un hombre razonable y prudente, en la posición y circunstancias del consumidor, debió haberse formado al tiempo de contratar.”<sup>97</sup>

En esos términos, la cláusula general de garantía hipotecaria, si bien puede presentar hipótesis de abuso hacia el consumidor, no es menos cierto que en tanto no afecte la buena fe objetiva<sup>98</sup> no puede ser considerada como abusiva, pues si el consumidor es informado de sus alcances y es

---

<sup>96</sup> *Ibíd.* 69p.

<sup>97</sup> *Ibíd.*

<sup>98</sup> TAPIA, R.M. 2002. *Contratos por Adhesión: Ley N° 19.496*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 86.

incorporada al contrato por su propia manifestación de voluntad (como ocurre con la actual regulación hecha por la Ley N°20.555) no vulnera sus legítimas expectativas. Por lo demás, como hemos dicho, la incorporación de estas cláusulas puede presentar ventajas para ambos contratantes, por lo cual tampoco se vislumbra que necesariamente exista un desequilibrio en las prestaciones recíprocas.

En segundo lugar, la noción de cláusula abusiva se basa en el abuso a las buenas costumbres “no en el sentido que le atribuyó la moral cristiana, sino como un límite frente a los excesos en las economías de mercado, como los que provienen del aprovechamiento indebido de información privilegiada o de una posición del poder de mercado.”<sup>99</sup> Sin embargo, como vimos la jurisprudencia no ve a las cláusulas de garantía general hipotecaria necesariamente como un exceso de la posición dominante, sino que sostiene, por el contrario, que “la cláusula en comento, indudablemente, está dirigida a favorecer el desarrollo del crédito, permitiendo que la garantía no cubra únicamente una obligación existente, sino también una futura eventual.”<sup>100</sup>

---

<sup>99</sup>TAPIA, R.M. op. cit. 68p.

<sup>100</sup>C. Suprema, 19 octubre 2010, rol N° 2349-2009, [www.poderjudicial.cl](http://www.poderjudicial.cl).

Por último, la cláusula de garantía general hipotecaria no vulnera el artículo 16 letra g) de la Ley N°19.496, por cuanto a pesar de la amplitud de la causal, “parece tener un reducido campo de aplicación en el contexto de nuestro sistema jurídico, en que son escasas las oportunidades en que un órgano administrativo revisa y autoriza los términos de un contrato en ejecución de sus facultades legales.”<sup>101</sup> Ello porque el inciso final de la causal en comento establece que “se presumirá que dichas cláusulas se encuentran ajustadas a exigencias de la buena fe, si los contratos a que pertenecen han sido revisados y autorizados por un órgano administrativo en ejecución de sus facultades legales.”

A este respecto, la jurisprudencia ha sostenido invariablemente la validez de la cláusula, pronunciándose en consecuencia por su acogida. Ahora bien, cuando la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras se pronunció al respecto<sup>102</sup> no la rechazó, sino que sólo exigió que en su incorporación al contrato concurriera la voluntad del consumidor; de igual orientación es la regulación efectuada por la Ley N°20.555.

---

<sup>101</sup>WAHL., S.J. op. cit. 70p.

<sup>102</sup> Véase circular N°3.505 de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras de 22 de septiembre de 2010 que establece parámetros de buenas prácticas de contratación en los ámbitos bancarios y financieros.



Por tanto, la cláusula de garantía general hipotecaria ha sido reconocida y autorizada tanto por la jurisprudencia y la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras.

- En segundo lugar, la cláusula de garantía general hipotecaria podría infringir los artículos 3° letras a) y b) de la Ley N°19.496.

La letra a) de la norma en comento señala entre los derechos de los consumidores el de “La libre elección del bien o servicio. El silencio no constituye aceptación en los actos de consumo.” En virtud de ello, se reconoce “que el principio de libre competencia asegura que los consumidores dispongan de diversas alternativas de elección”<sup>103</sup>, lo cual no se cumplía cuando se incorporaba una cláusula de garantía general hipotecaria en un contrato de adhesión por cuanto esta es impuesta dentro del contrato, sin que el consumidor pudiera manifestar su conformidad o disconformidad con ella para efectos de excluirla del contrato.

Con la dictación de la Ley N°20.555, este problema desaparece pues como veremos, su artículo 17-d exige que para que esta cláusula se incluya en el contrato, el consumidor debe optar por su incorporación de manera que si falta su voluntad expresa sobre la misma, esta no se puede incluir.

---

<sup>103</sup>FERNANDEZ, F.F. op.cit., 16 p.

A su vez, la letra b) del artículo 3° de la Ley N° 19.496 establece que: “El derecho a una información veraz y oportuna sobre los bienes y servicios ofrecidos, su precio, condiciones de contratación y otras características relevantes de los mismos, y el deber de informarse responsablemente de ellos.” En virtud de ello, “el proveedor, en observancia del principio de buena fe, debe proporcionarle información completa, veraz y oportuna de los antecedentes que inciden en la toma de la decisión por parte del consumidor”<sup>104</sup> Actualmente, esta norma no entra en contradicción con la incorporación de la cláusula de garantía general hipotecaria en un contrato de adhesión, por cuanto la Ley N°20.555 se basa en la entrega de toda la información pertinente al consumidor a efectos de contratar, y así eliminar la asimetría de información. Efectivamente, son variadas las disposiciones (que mencionaremos más adelante) que imponen deberes para el proveedor en orden a informar de lo que se está ofreciendo al consumidor. Por tanto, el consumidor, a partir de la entrada en vigencia de la Ley N° 20.555, tiene las herramientas para conocer en qué consiste una cláusula de garantía general, sus características y alcances.

---

<sup>104</sup> *Ibíd.*

Por tanto, estimamos que en las relaciones de consumo, la cláusula general de garantía hipotecaria no infringe abiertamente ninguna disposición de la Ley N°19.496. Sin embargo, ello no implica desconocer que eventualmente pueda tornarse abusiva para el consumidor, por lo cual esta debe regularse, pero no prohibirse. En efecto, dada la alta concentración del mercado bancario<sup>105</sup>, se pueden dar hipótesis en las cuales aún con las modificaciones introducidas por la Ley N°20.555, el consumidor tolere la inclusión de una cláusula general de garantía hipotecaria, al no existir una multiplicidad de proveedores en el mercado a los cuales recurrir; esta concentración del mercado bancario puede ser utilizada como instrumento por las entidades bancarias para imponer abusivamente una cláusula general hipotecaria, aún contra texto expreso de la ley. Así por ejemplo, si los principales bancos establecieran en sus contratos de mutuos hipotecarios alguna de las cláusulas en estudio, el consumidor ordinario la toleraría y suscribiría el contrato pues sabría que la competencia no le ofrecería contratos diversos.

---

<sup>105</sup> PAÑELLA, D.R. op.cit., 15p.

## **2. Nueva regulación de la Ley N°20.555 que modifica la Ley N°19.496**

### 2.1. Fundamentos que motivan la reforma de la Ley N°20.555

En nuestro país, la relación de consumo se comenzó a regular de forma legal y orgánica con la entrada en vigencia de la Ley N° 19.496 de Protección de los Derechos de los Consumidores promulgada el 07 de marzo de 1997.

La Ley N°19.496 si bien es la norma fundamental en el actual Derecho del Consumidor, se hacía insuficiente para la regulación eficaz de las relaciones de consumo en los ámbitos bancarios y financieros. Por ello, el mensaje de la Ley N°20.555 expresa que: “En particular, hemos constatado la existencia de estas asimetrías en el mercado de servicios financieros para particulares, donde las atribuciones actuales del Servicio Nacional del Consumidor no han sido suficientes para resolverlas.”<sup>106</sup>

Precisamente, la Ley N° 19.496 original no se detenía a regular problemáticas propias de las relaciones de consumo de los mercados bancarios y financieros, por lo cual proliferaban una serie de reclamos en

---

<sup>106</sup>HISTORIA DE la ley N° 20.555 [en línea] <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1032865> [consulta 06 febrero 2014] 6p.

este ámbito, los cuales “se fundamentaban principalmente en el incumplimiento de las cláusulas contractuales, el desconocimiento de las condiciones de contratación y/o de información relevante, cobros indebidos y políticas abusivas en materia de cobranza extrajudicial.”<sup>107</sup>

Dado lo anterior, estos aspectos, “requerían una revisión urgente por parte de la autoridad y un marco legal adecuado que ayudara a paliar la grave asimetría de la información existente entre el consumidor y el proveedor de productos y servicios financieros”<sup>108</sup>.

Tratando de suplir la insuficiencia en la regulación legal al respecto, diversos órganos administrativos se habían hecho cargo de esta materia con el fin de equilibrar la posición de los contratantes, dictando una serie de directrices con dicho objetivo. El más prolífico órgano administrativo respecto de esta materia es la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras.

Sin embargo, estas regulaciones administrativas no fueron suficientes para eliminar las problemáticas propias de las relaciones de consumo en

---

<sup>107</sup> LORENZINI., B. J. 2012. Sernac financiero: Fundamentos y perspectivas. Revista de Derecho, Escuela de Postgrado N° 2 Universidad de Chile: 267-282. 267p.

<sup>108</sup> *Ibíd.*

materias financieras y bancarias, y ello se hace patente en lo que ya aseveraba el SERNAC en la cuenta de la Gestión de los años 2005 a 2010 al indicar que: “Los reclamos ante Sernac contra proveedores que comercializan productos crediticios representan uno de cada cuatro del universo total de reclamos formulados por los consumidores ante este organismo.”<sup>109</sup>; razón por la cual, el SERNAC presentó denuncias a la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras para investigar los abusos en los mercados bancarios y financieros, en especial respecto a las cláusulas abusivas que contenían los contratos de adhesión redactados por las instituciones propias de este mercado”.<sup>110</sup>

Por un lado, la insuficiencia de una regulación legal en materia de relaciones de consumo en ámbitos financieros y bancarios se hizo aún más patente cuando se hicieron públicos algunos casos emblemáticos en que se infringió la Ley N°19.496 como aquel que llevó el SERNAC contra Cencosud Administradora de Tarjetas S.A. (año 2006), o el iniciado por CONADECUS en contra del Banco Estado (año 2002), o el llevado por el SERNAC contra multitienda La Polar (año 2011). En efecto, “si bien los

---

<sup>109</sup> SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR .Gestión 2005-2010 y Perspectivas de futuro. Disponible en: <<http://www.SERNAC.cl/acercade/Cuenta%20de%20gestión%202005-2010.pdf>> [consulta: 27 enero 2014].

<sup>110</sup> Ibíd.

casos anteriores se iniciaron por infracciones a la normativa general de Protección al Consumidor, no es menos cierto que, atendidas sus características, alertaron al legislador en orden a la necesidad de contar con reglas específicas en la materia que protegieran al consumidor financiero, quien no tiene otra alternativa que acceder al crédito bajo las condiciones que ofrezca el proveedor del respectivo producto o servicio financiero.”<sup>111</sup>

Por otro lado, si bien la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras ofrecía una regulación a favor del equilibrio en las relaciones de consumo, su función principal es la de mantener un correcto sistema bancario y financiero, por lo cual, no es el organismo idóneo para regular problemáticas de las relaciones de consumo. Por ello, el mensaje presidencial del proyecto de ley que en definitiva se transformaría en la Ley N° 20.555 sostiene que: “En este contexto, si bien las superintendencias y organismos públicos con atribuciones fiscalizadoras a cargo de velar por el cumplimiento de las referidas leyes especiales han ido desarrollando, en coordinación con el Servicio Nacional del Consumidor, plataformas destinadas a recibir y tramitar los reclamos de los consumidores, el objeto que constituye la preocupación primordial de esas superintendencias y

---

<sup>111</sup>LORENZINI, B. J., op.cit. 269

organismos es el que dice relación con el desarrollo de la actividad económica que les corresponde supervisar, lo que no siempre es coincidente con los intereses del consumidor. Este objeto, en cambio, lo tiene y lo satisface el Servicio Nacional del Consumidor.”<sup>112</sup>

Por ello, la Ley N°20.555, tiene por objetivo “dotar de atribuciones específicas en materias financieras al Servicio Nacional del Consumidor (Sernac) y establecer una serie de nuevos estándares y exigencias que los proveedores necesariamente debían cumplir.”<sup>113</sup>

## 2.2. Principio básico que sustenta a la Ley N° 20.555 en el Mensaje Presidencial

El mensaje del Ejecutivo al Legislativo en que se sometía a tramitación el proyecto que se convertiría en la Ley N° 20.555 fue bastante explícito al fundamentar la necesidad de contar con una mayor regulación de las relaciones de consumo en los mercados bancarios y financieros.

---

<sup>112</sup>HISTORIA DE la ley N° 20.555 [en línea] <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1032865> [consulta 27 enero 2014] 7p.

<sup>113</sup>LORENZINI, B. J., op.cit. 267p.



Para ello, el mensaje de la Ley N° 20.555 parte de la siguiente premisa: “Las empresas tienen incentivos para prestar un mejor servicio a sus clientes cuando los consumidores están bien informados y cuentan con una variedad de opciones comparables de donde elegir”<sup>114</sup>, por ello, (continúa el mensaje al parlamento) “consideramos indispensable fortalecer la protección del consumidor de servicios financieros, de telecomunicaciones y de transporte público de pasajeros, entre otros, a través de la dotación de mayores atribuciones y competencias al referido Servicio Nacional del Consumidor, perfeccionando la entrega de información y realizando estudios que reduzcan las asimetrías de información. Estas atribuciones servirán también en otros mercados regulados de similares características al financiero.”<sup>115</sup>

Es decir, la hipótesis basal de la Ley N°20.555 es que al eliminar la asimetría de la información en las relaciones de consumo, compeliendo a los bancos e instituciones financieras a otorgar información, haría que los consumidores se encuentren en una mejor posición de negociación, ya que

---

<sup>114</sup> HISTORIA DE la ley N° 20.555 [en línea] <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1032865> [consulta 27 enero 2014] 5p.

<sup>115</sup> *Ibíd.*

se incentivaría una real y efectiva competencia entre los proveedores, evitando los abusos de estos.

Lo expuesto significa que a juicio del Ejecutivo la mejor forma de eliminar los problemas derivados de las relaciones de consumo es eliminar las asimetrías en la información. Así, sostiene, entre otras cosas, que “en el convencimiento de que la mejor forma de proteger a los consumidores es mejorando la información a la que pueden acceder para la toma de sus decisiones de consumo, se busca que las empresas que promocionan y dan a conocer sus productos por Internet informen acerca de los precios y características esenciales de éstos, facilitando así el acceso a la información de los consumidores.”<sup>116</sup> En esos términos, el mensaje al proyecto de la Ley N°20.555 plantea que el problema fundamental de las relaciones de consumo en los ámbitos bancarios y financieros es la asimetría de la información, de manera que subsanada esta, se incentivaría una mayor y mejor contratación de los servicios propios del sector.

---

<sup>116</sup> *Ibíd.*

En efecto, la Ley N°19.496 en su artículo 3° exigía que se suministrase información básica comercial al consumidor. Sin embargo, en las relaciones de consumo en los ámbitos bancarios y financieros la norma era insuficiente por cuanto “esta asimetría de información, constatada siempre entre consumidores y proveedores se acrecienta en el mercado financiero atendida su complejidad.”<sup>117</sup> Por tanto, se hacía manifiesta “la existencia de estas asimetrías en el mercado de servicios financieros para particulares, donde las atribuciones actuales del Servicio Nacional del Consumidor no han sido suficientes para resolverlas.”<sup>118</sup>

Haciéndose cargo de lo anterior, el proyecto presentado por el ejecutivo tiene entre sus primeros objetivos específicos el de: “Mejorar las condiciones para que los consumidores puedan acceder a la información sobre los productos y servicios que se les ofrecen, principalmente mejorando los canales de información a través de Internet”<sup>119</sup> y “ampliar las atribuciones del Servicio Nacional del Consumidor para requerir información más detallada y adicional a la comercial básica, para que pueda

---

<sup>117</sup> LORENZINI, B. J., op.cit. 267

<sup>118</sup> *Ibíd.* 6p.

<sup>119</sup> HISTORIA DE la ley N° 20.555 [en línea] <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1032865> [consulta 27 enero 2014] 9p

desarrollar estadísticas, informes y comparaciones útiles para los consumidores de toda clase de bienes y servicios.”<sup>120</sup>

Por lo anterior, diversos artículos introducidos a la Ley N°19.496 por la Ley N°20.555 establecen una lista de elementos que deben ser informados al consumidor al tiempo de contratar y que exceden por mucho, a la información básica comercial que contenía el texto anterior de la Ley N°19.496. Ello porque, como dijimos, la Ley N°20.555 postula que superada la asimetría de información, se eliminarían los abusos en las relaciones de consumo en los ámbitos bancarios y financieros, al fomentarse la competencia entre proveedores.

### **3. Descripción y análisis del inciso penúltimo del artículo 17-d introducido a la Ley N°19.496 por la Ley N°20.555**

El inciso penúltimo del artículo 17-d introducido a la Ley N°19.496 por la Ley N°20.555 señala textualmente que: “En el caso de los créditos hipotecarios, en cualquiera de sus modalidades, no podrá incluirse en el contrato de mutuo otra hipoteca que no sea la que cauciona el crédito que se contrata, salvo solicitud escrita del deudor efectuada por cualquier medio

---

<sup>120</sup> Ibid.

físico o tecnológico. Extinguidas totalmente las obligaciones caucionadas con hipotecas, el proveedor del crédito procederá a otorgar la escritura de cancelación de la o las hipotecas, dentro del plazo de quince días hábiles.”

En primer lugar, debemos señalar que este artículo 17-d, en general, preceptúa el deber de los proveedores de servicios financieros de comunicar información relevante respecto al servicio contratado, el derecho de los consumidores a exigir dicha información, la prohibición de los proveedores financieros de alterar los precios y tarifas de los servicios financieros proveídos y la regulación de la forma de terminación anticipada de los servicios financieros por parte del consumidor.<sup>121</sup>

En segundo lugar, como ya señalamos, la Ley N°20.555 parte de la hipótesis de que al eliminar la asimetría de información en los ámbitos bancarios y financieros, se eliminan los eventuales abusos a que se pudiera dar lugar en estos rubros al fomentarse la competencia entre proveedores. Por lo tanto, se introducen a la Ley N°19.496 deberes de información hacia los consumidores, hacia el SERNAC y hacia otras autoridades judiciales o

---

<sup>121</sup> Véase GOLDENBERG., S. J. 2013. Artículo 17-d. Comunicación periódica de información al consumidor en los contratos de adhesión de productos financieros. En: La Protección de los derechos de los consumidores. 2013. Santiago, Chile, Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho. Editorial Thomson Reuters. [419-429]

administrativas. Precisamente, es la entrega de información por parte de los proveedores financieros el eje matriz de los nuevos artículos 17-a, 17-b, 17-c, 17-d, 17-g, entre otros. Así, se sostiene que: “El otorgamiento de la mayor cantidad de información posible a esta suerte de consumidor calificado por la complejidad del contrato celebrado parece una obsesión de la Ley N°20.555.”<sup>122</sup>

De esta manera, la Ley N°20.555, trata de suplir las falencias propias de las relaciones de consumo bancarias y financieras “intentando reforzar los derechos de información y eliminar los abusos en numerosas prácticas de los proveedores en esta área del mercado (...)”<sup>123</sup>

Por lo anterior, las disposiciones introducidas por la Ley N° 20.555 (incluido el inciso penúltimo del artículo 17-d anteriormente citado) a la Ley N°19.496, deben interpretarse y armonizarse como un conjunto normativo cuya finalidad es dotar de mayor información a los consumidores en las relaciones de consumo.

---

<sup>122</sup> GOLDENBERG., S. J. op.cit., 422p.

<sup>123</sup> LORENZINI., B. J., op.cit. 267.

### 3.1. La Cláusula General de Garantía Hipotecaria no está prohibida por la Ley N°20.555

En virtud del artículo 17-d introducido a la Ley N°19.496 por la Ley N° 20.555, podemos advertir que la cláusula de garantía general hipotecaria no está terminantemente prohibida en las relaciones de consumo. En efecto, si existe solicitud escrita del deudor en virtud de la cual este manifieste su voluntad de que el bien otorgado en garantía hipotecaria caucione varias obligaciones, la cláusula tendrá plena validez.

Esta aseveración, aplicando una interpretación a contrario sensu del texto legal, nos permite llegar a la conclusión de que es una norma imperativa de requisitos, pero no prohibitiva.<sup>124</sup> Ello porque, si bien el carácter negativo de la redacción del texto, si concurre la voluntad del deudor la cláusula es válida. En otras palabras, la ley ordena que si se pretende incorporar una cláusula general de garantía hipotecaria en un contrato de adhesión, debe concurrir consentimiento expreso del deudor.

Con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N°20.555, la circular N°3.505 de la Superintendencia de Bancos e Instituciones

---

<sup>124</sup> DUCCI, C.C. 2005. Derecho Civil, parte general. 4ª Ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 30p.

Financieras estableció un texto de similar tenor al introducido por la Ley N°20.555, la cual tampoco prohibió la cláusula en términos absolutos, validándola si concurriese voluntad del deudor. Por esto, en relación a la mencionada circular, “no creemos que esto signifique un desincentivo en la utilización de la cláusula, en atención a las variadas ventajas que presenta.”<sup>125</sup>

Por lo demás, si el legislador hubiese estimado que la cláusula de garantía general hipotecaria debiese estar prohibida, lo hubiese hecho expresamente incorporándola en algún nuevo numeral del artículo 16 de la Ley N°19.496, como una cláusula abusiva, lo cual, empero no hace. Por ello, no estamos de acuerdo con aquella interpretación del artículo 17-d en comento que pretende que estas cláusulas “queden prohibidas y se excluyan de los contratos.”<sup>126</sup>

Nuestra posición, también fue sostenida en la tramitación del proyecto de la Ley N°20.555, por el Superintendente de Bancos e Instituciones Financieras, don Carlos Budnevich, en donde sostuvo que “así, por ejemplo, la SBIF reconoce la existencia de muchas cláusulas abusivas detectadas por

---

<sup>125</sup> MILÉS C. op.cit., 127p

<sup>126</sup> PAÑELLA, D.R. op.cit., 38p.



el Sernac. Asimismo, acepta la posibilidad de venta conjunta de créditos hipotecarios y otros productos, bajo ciertas condiciones. También permite que el cliente elija libremente la opción de extender la garantía hipotecaria a todas sus obligaciones, de modo que, una vez pagado el crédito que dio origen a la hipoteca, puede alzar ésta y disponer del inmueble liberado.”<sup>127</sup>

Dado que, como veremos, el texto de la Ley N°20.555 respecto a la cláusula de garantía general hipotecaria la regula en términos muy similares a la normativa previa de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, no se altera sustancialmente la aseveración antes referida.

### 3.2. Requisitos del artículo 17-d, inciso penúltimo de la Ley N°20.555 introducido a la Ley N°19.496 para la inclusión de una Cláusula de Garantía General Hipotecaria

De lo expuesto precedentemente podemos concluir el propósito del inciso penúltimo del nuevo artículo 17-d de la Ley N°19.496, esto es, que la cláusula de garantía general hipotecaria debe incluirse en los contratos de adhesión sólo si se cuenta con la manifestación del deudor.

---

<sup>127</sup>HISTORIA DE la ley N° 20.555 [en línea] <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1032865> [consulta 25 febrero 2014] 78p.

Por ello, el objetivo del inciso penúltimo del nuevo artículo 17-d de la Ley N°19.496 es que la cláusula general garantía hipotecaria, sólo sea incluida en los contratos de adhesión si estas han sido informadas al deudor, y este libremente, ponderando las ventajas y perjuicios que de ellas resulten, las acepte.

En consecuencia, concluimos que la inclusión de una de las cláusulas que venimos analizando en los contratos de adhesión en las relaciones de consumo está subordinada a dos supuestos:

- El proveedor debe informarle al consumidor en qué consiste esta cláusula, sus efectos y alcances. Esto en virtud de que el principio inspirador de la Ley N°20.555, cual es, dotar de mayor información al consumidor de servicios financieros.
- El consumidor, una vez informado de los alcances de la cláusula general hipotecaria manifieste su conformidad en su inclusión en los contratos que celebre con la institución bancaria o financiera. Esta voluntad debe ser expresa, y entendemos que debe ser una voluntad distinta e independiente de la que recae en el contrato principal, por lo cual, creemos de debe existir una

voluntad específica y clara de la inclusión de la cláusula en el contrato.<sup>128</sup>

Si no se cumplen los dos supuestos precedentes, la cláusula hipotecaria de garantía general, no surtirá efecto. En otras palabras, esta cláusula no puede ser impuesta unilateralmente por el proveedor en un contrato de adhesión, lo cual constituye una excepción a la característica principal de estos contratos, cual es, la imposición de las cláusulas de un contrato a la otra de manera que esta última no pueda discutir su contenido.

En efecto, “el contrato por adhesión es una modalidad de la formación del consentimiento. Su perfeccionamiento se alcanza por adhesión, sin negociación, a una oferta que prevé todas las cláusulas del contrato.”<sup>129</sup> Sin embargo, en virtud de la Ley N°20.555, aún cuando se trate de un contrato de adhesión, la inclusión de una cláusula de garantía general hipotecaria, no se extiende a esta adhesión, sino que requiere siempre una voluntad expresa e independiente para que pueda entenderse incluida en el pacto.

---

<sup>128</sup> Llegamos a esta conclusión en razón de que en la discusión en sala de la Cámara de Diputados se estableció que “Toda la información deberá entregarse en forma separada, en todos los créditos y trámites, y no sólo para acceder a un crédito o contrato por adhesión”. De esta manera, la voluntad del consumidor debe concurrir previa información de cada acto por separado. HISTORIA DE la ley N° 20.555 [en línea] <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1032865> [consulta 25 febrero 2014] 578p.

<sup>129</sup>TAPIA, R.M. op. cit. 9p.

### 3.3. Alcance del artículo 17-d inciso penúltimo de la Ley N°20.555 introducido a la Ley N°19.496

Para los efectos de estudiar el alcance de la norma en comento, dividiremos esta sección en dos apartados:

1. Aplicación de la norma: En toda cláusula de garantía general hipotecaria se exige consentimiento expreso del consumidor pues “ello hace mucho más fácil para el cliente salir del banco una vez pagada su obligación hipotecaria”<sup>130</sup>, ya que (como veremos más adelante) uno de los objetivos de la Ley N°20.555 es posibilitar la terminación unilateral de los contratos financieros por parte de los consumidores, y estas cláusulas podrían atentar en contra de ello.<sup>131</sup>

La primera frase del nuevo artículo 17-d inciso penúltimo de la Ley N° 19.496 dice lo siguiente: “En el caso de los créditos hipotecarios, en cualquiera de sus modalidades, (...)”. Esta frase le da amplitud a la

---

<sup>130</sup> HISTORIA DE la ley N° 20.555 [en línea] <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1032865> [consulta 07 febrero 2014] 79p.

<sup>131</sup> Artículo 17-d inc.3° de la ley N°19.496, incorporado por la ley N°20.555: “Los consumidores tendrán derecho a poner término anticipado a uno o más servicios financieros por su sola voluntad y siempre que extingan totalmente las obligaciones con el proveedor asociadas al o los servicios específicos que el consumidor decide terminar, incluido el costo por término o pago anticipado determinado en el contrato de adhesión.”

De igual razonamiento parte la parte final del inciso penúltimo del artículo 17-d de la ley N°19.496 incorporado por la ley N°20.555, que se verá en el punto siguiente.

aplicación de la norma por cuanto se aplica a todas las hipotecas que pudiesen constituirse para garantizar el cumplimiento de los servicios prestados por el proveedor financiero, sin importar si están sujetas a algún plazo, condición u otra modalidad. La intención detrás de la amplitud de la norma es cautelar la no imposición de cláusulas generales en cualquier contrato hipotecario sin importar si la hipoteca ha sido sometida o no a modalidades.

La norma en comento luego sigue con el siguiente tenor: “(...) no podrá incluirse en el contrato de mutuo otra hipoteca que no sea la que cauciona el crédito que se contrata, (...)”. En esta parte, la norma se refiere al contrato del cual emana la o las obligaciones caucionadas.

Respecto al contrato que se cauciona con hipoteca, la norma se refiere al contrato de mutuo. El proyecto original hablaba sólo de “mutuo”, pero en la tramitación parlamentaria se aprobó una indicación que precisa el texto, el cual al aprobarse cambió, refiriéndose a “contrato de mutuo”<sup>132</sup>.

---

<sup>132</sup> Indicación de la Comisión de Economía del Senado, aprobada por unanimidad por los Senadores Escalona, Tuma y Zaldívar. HISTORIA DE la ley N° 20.555 [en línea] <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1032865> [consulta 14 febrero 2014] 394p.

Esto debe correlacionarse con el artículo 32 del decreto N°42 que aprueba el reglamento sobre información al consumidor de créditos hipotecarios del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, que entró en vigencia el 31 de julio de 2012 (que será analizado más adelante)<sup>133</sup> que precisa que la aplicación de esta norma es para los créditos hipotecarios, los cuales, como vimos, están definidos en el artículo 3° del mismo reglamento, de manera que para efectos de este reglamento, crédito hipotecario es sinónimo de mutuo hipotecario.

Ahora bien, este artículo 17-d de la Ley N°20.555 sólo sería aplicable cuando lo que se está garantizando con hipoteca es un contrato de mutuo, de manera tal que si la obligación que está siendo caucionada con hipoteca emana de un contrato distinto al de mutuo (crédito hipotecario en la nomenclatura del decreto N°42), pueden perfectamente incorporarse unilateralmente en estos alguna cláusula de garantía general hipotecaria.

Lo anterior es bastante cuestionable, pues existen otros contratos en donde se pueden dar cláusulas de garantía general hipotecarias y que no estarían amparadas por la norma en estudio. En efecto, “desde que el uso de

---

<sup>133</sup> Véase apartado 4.2.1 de este capítulo.

la cláusula de garantía general se hizo una práctica común, los bancos, acreedores más frecuentes de esta modalidad hipotecaria, se han encargado de exigir siempre a sus deudores el otorgamiento de hipotecas con cláusula de garantía general para caucionar las respectivas deudas. No nos referimos sólo a mutuos hipotecarios, es decir, a préstamos de dinero para la compra de inmuebles, sino todo tipo de transacciones bancarias, involucren inmuebles o no. Sin embargo, era más frecuente la exigencia de la cláusula en los mutuos hipotecarios, aun cuando no existieran otras deudas con el banco. Pero no era difícil encontrar casos en que los bancos exigieran la hipoteca general cuando se trataba de otro tipo de productos como los mutuos de consumo, emisión de boletas de garantía, cuentas corrientes, etc.”<sup>134</sup>

Por lo anterior, podemos concluir que la norma en comento no se hace cargo de todos estos contratos financieros, remitiéndose a las reglas de las buenas prácticas comerciales impartidas por la Superintendencia de Bancos e Instituciones financieras, previamente. Lo anterior, en nuestro concepto, significa que fuera de los mutuos hipotecarios, el artículo 17-d de la Ley N°20.555 no realiza innovación alguna.

---

<sup>134</sup> MILÉS C. op.cit., 125p.

Cierra la primera parte del nuevo artículo 17-d inciso penúltimo de la Ley N°19.496 lo siguiente: “(...) salvo solicitud escrita del deudor efectuada por cualquier medio físico o tecnológico.” En base a este precepto, la voluntad del deudor a favor de una cláusula de garantía general hipotecaria, es indispensable para la inclusión de la cláusula en el contrato. Por lo demás, esta voluntad debe darse de manera solemne, a través de la escrituración de la misma por cualquier medio físico o tecnológico.<sup>135</sup>

2. Extinción de las cláusulas hipotecarias: La última parte del nuevo artículo 17-d inciso penúltimo de la Ley N°19.496 señala que “extinguidas totalmente las obligaciones caucionadas con hipotecas, el proveedor del crédito procederá a otorgar la escritura de cancelación de la o las hipotecas, dentro del plazo de quince días hábiles.” Es decir, una vez que ya no existan jurídicamente más obligaciones ciertas, líquidas y determinadas entre el proveedor y consumidor la cláusula perderá efecto y en consecuencia, se extinguirá la hipoteca aún cuando la cláusula esté pactada en términos

---

<sup>135</sup> El proyecto original establecía que la cláusula de garantía general era válida si existía “expresa solicitud del deudor”. Sin embargo, los Senadores Escalona, Frei y Lagos propusieron el texto “expresa solicitud escrita del deudor”. Posteriormente, el jefe de la División Jurídica del Ministerio de Economía, señor Eduardo Escalona, se mostró de acuerdo con la modificación, pero sugirió una redacción alternativa consistente en incorporar la posibilidad que la solicitud escrita del deudor pueda efectuarse por cualquier medio físico o tecnológico. Esta modificación fue acogida por las comisiones unidas en la tramitación del proyecto de la ley N°20.555. HISTORIA DE la ley N° 20.555 [en línea] <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1032865> [consulta 08 marzo 2014] 395p.



universales. En efecto, con esta disposición aún “las cláusulas de garantía general hipotecarias universales se trasformarán en generales; lo que en la práctica se verá reflejado en que luego que el deudor cumpla con las obligaciones contraídas con el banco deberá alzar la hipoteca.”<sup>136</sup>

El propósito de esta disposición es eliminar cláusulas de garantías hipotecarias de duración indeterminada, limitándolas a la existencia de al menos una obligación vigente a ser caucionada. El senador Orpis comentó en la discusión en sala de la tramitación del proyecto de la Ley N°20.555 que “otro elemento importante que se incorpora en la iniciativa es la facultad del consumidor para ponerle término a un contrato de crédito, pagando lo adeudado. Porque es muy difícil salir de estos. Ahora no solo se propone que se pueda concluir el contrato en cualquier tiempo, cancelando la deuda pendiente, sino también que exista la obligación de alzar las hipotecas comprometidas dentro del plazo de 30 días. Son facilidades que se le dan a la parte débil del contrato de adhesión.”<sup>137</sup> En definitiva, si bien se sigue este razonamiento, el texto promulgado impone el deber de

---

<sup>136</sup>PAÑELLA, D.R. op.cit., 38p.

<sup>137</sup>HISTORIA DE la ley N° 20.555 [en línea] <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1032865> [consulta 08 marzo 2014] 233p.

cancelar la hipoteca en un plazo menor al señalado por el citado senador<sup>138</sup>; en efecto, esta debe ser cancelada dentro del plazo de 15 día hábiles contado desde la extinción total de las obligaciones caucionadas con hipoteca.<sup>139</sup> Se acordó la reducción a un plazo de 15 días “teniendo presente que el término en comento es el requerido para confeccionar la escritura de cancelación y alzamiento y que el trámite de subinscribirla en el Conservador de Bienes Raíces corresponde al deudor. En consecuencia, se acogió la indicación, estableciendo que el plazo sea de quince días hábiles.”<sup>140</sup>

Con ello, queda zanjada la discusión suscitada en la jurisprudencia<sup>141</sup> respecto a la extensión temporal de la cláusula de garantía general hipotecaria; si se han extinguido todas las obligaciones entre proveedor y consumidor –aún cuando los términos de la cláusula sean universales- se debe cancelar la inscripción hipotecaria dentro del plazo de quince días hábiles.

---

<sup>138</sup>En efecto, el texto del artículo 16 ter aprobado por el Senado (que en lo que respecta a nuestro estudio pasa a ser el artículo 17-d), establecía que la cancelación debía efectuarse en un término de 30 días hábiles. HISTORIA DE la ley N° 20.555 [en línea] <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1032865> [consulta 08 marzo 2014] 267p

<sup>139</sup> La reducción del plazo de 30 a 15 días para el alzamiento de la hipoteca una vez extinguidas totalmente las obligaciones caucionadas fue aprobada por la comisión de economía del Senado por unanimidad de sus miembros, senadores Espina, García, Pérez Varela y Tuma. HISTORIA DE la ley N° 20.555 [en línea] <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1032865> [consulta 08 marzo 2014] 268p

<sup>140</sup> Ibíd.

<sup>141</sup> Véase en especial sentencias: C. Suprema, 27 septiembre 2012, rol N° 2310-2010, [www.poderjudicial.cl](http://www.poderjudicial.cl), y C. Suprema, 19 octubre 2010, rol N° 2349-2009, [www.poderjudicial.cl](http://www.poderjudicial.cl), referidas al comentar el carácter accesorio de la hipoteca en el capítulo I de esta obra.

#### **4. Normativa complementaria respecto a la Cláusulas de Garantía General Hipotecaria**

La nueva normativa respecto a la cláusula de garantía general hipotecaria introducida por el artículo 17-d inciso penúltimo de la Ley N°19.496, debe complementarse con otras disposiciones que también regulan las relaciones de consumo en los contratos de adhesión. La normativa más importante al respecto es la siguiente:

##### 4.1. Las ventas atadas a partir de la Ley N°20.555

Ya habíamos dicho que en un contrato de adhesión, podían imponerse servicios distintos al deseado por el cliente a través de la figura de las ventas atadas, y por ello, una cláusula de garantía general no sólo caucionaría los servicios efectivamente deseados por el consumidor, sino que además aquellos derivados de los servicios que le fueron impuestos en el contrato.

Esta situación, ya no se puede dar por cuanto el nuevo artículo 17-h de la Ley N°19.496 introducido a la misma por la Ley N°20.555, dispone que: “Los proveedores de productos o servicios financieros no podrán ofrecer o vender productos o servicios de manera atada”. Luego, la misma norma

precisa las hipótesis de ventas atadas a aquellas en que se “impone o condiciona al consumidor la contratación de otros productos o servicios adicionales, especiales o conexos, (...)” o, cuando respecto al servicio ofrecido, el proveedor “no lo tiene disponible para ser contratado en forma separada cuando se puede contratar de esa manera con otros proveedores, o teniéndolos disponibles de esta forma, esto signifique adquirirlo en condiciones arbitrariamente discriminatorias.”

La prohibición de ventas atadas es un gran avance en materia de protección al consumidor, ya que con la nueva regulación de la Ley N°20.555 “cuando una persona contrate un crédito hipotecario y le exijan abrir una cuenta corriente, no le cambien las condiciones del crédito si posteriormente cierra la cuenta.

Ello constituye un gran avance, por cuanto la venta atada impedía que las personas optaran por mejores beneficios de los distintos productos que ofrecen las diferentes instituciones financieras.”<sup>142</sup>

En síntesis, desde la regulación introducida por la Ley N°20.555 a las relaciones de consumo quedan proscritas las ventas atadas, y por lo tanto,

---

<sup>142</sup>Discusión en sala, Cámara de Diputados. HISTORIA DE la ley N° 20.555 [en línea] <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1032865> [consulta 08 marzo 2014] 147p.

ya no se pueden plantear los problemas derivados de la cláusula general de garantía hipotecaria en estas.

#### 4.2. Reglamentos complementarios a la Ley N°20.555

En virtud del artículo 62 de la Ley N°19.496, introducido por la Ley N°20.555, se faculta al Presidente de la República para dictar reglamentos que permitan hacer efectivas las normas legales que contienen los nuevos derechos para los consumidores y deberes para los proveedores que han sido consagrados por esta nueva normativa.

Al efecto, se han dictado cuatro reglamentos para concretizar las disposiciones contenidas en la Ley N°20.555; estos son, el decreto N°41 que aprueba el reglamento referente al sello Sernac<sup>143</sup>, decreto N°42 que aprueba el reglamento que regula la información al consumidor de créditos hipotecarios<sup>144</sup>, el decreto N°43 que aprueba el reglamento que regula la información al consumidor de créditos de consumo<sup>145</sup> y el decreto N°44 que aprueba reglamento que regula la información al consumidor de tarjetas de

---

<sup>143</sup> En adelante, decreto 41

<sup>144</sup> Denominado en esta obra como Decreto 42.

<sup>145</sup> En adelante Decreto 43

créditos bancarias y no bancarias<sup>146</sup>, todos del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo.

Estos reglamentos constituyen el marco regulatorio básico para la correcta y eficaz aplicación de las disposiciones contenidas en la Ley N°20.555. En efecto, ya en el primer informe de la Comisión de Economía del Senado se estableció que a lo menos debían dictarse los reglamentos señalados precedentemente.<sup>147</sup>

4.2.1. Decreto N°42 que aprueba el reglamento de información al consumidor de créditos hipotecarios: Para nuestros propósitos este es el reglamento más relevante de los anteriormente señalados. Entre las disposiciones más destacables para nuestro estudio, podemos mencionar las que siguen:

- El artículo 32 del decreto N°42: Este es el precepto fundamental que nos interesa de esta norma, cuyo texto es el siguiente: “Limitación de Hipotecas. En los Créditos Hipotecarios, cualquiera sea su modalidad, el Proveedor no podrá incluir en el respectivo contrato otra hipoteca que no

---

<sup>146</sup> En adelante Decreto 44

<sup>147</sup> HISTORIA DE la ley N° 20.555 [en línea] <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1032865> [consulta 08 marzo 2014] 211p.

sea la que cauciona el crédito que se contrata, salvo solicitud escrita del Consumidor efectuada por cualquier medio físico o tecnológico.

En consecuencia, la cláusula de garantía general para caucionar otras obligaciones siempre será opcional para el Consumidor.”

Coordinando esta disposición con el artículo 17-d introducido por la Ley N°20.555 a la Ley N°19.496, se precisa que “mutuo hipotecario”, se refiere especialmente a “crédito hipotecario”, el cual se encuentra definido en el artículo 3° del reglamento 42.

Esta norma reitera lo señalado por el inciso penúltimo del nuevo artículo 17-d de la Ley N°19.496, por lo que nos atenemos a lo señalado en su oportunidad al respecto. Sin embargo, es interesante la disposición del incisos 2° de dicha norma, el cual valida expresamente la cláusula si el consumidor manifiesta su anuencia a ella.

•El artículo 33 del decreto N°42: Si bien el artículo 32 anteriormente referido es el más importante de este reglamento a efectos de nuestro estudio, existen otras disposiciones en el mismo que pueden resultar de relevancia.

En efecto, el inciso primero del artículo 33 de dicho reglamento, dice lo siguiente: “Derecho a la oportuna liberación de garantías. El Consumidor tiene derecho a que se liberen oportunamente las garantías que hubiere constituido para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones, una vez extinguidas éstas.

El Proveedor deberá liberar las garantías en el plazo de diez días hábiles contado desde el requerimiento del Consumidor, y, en caso que se haya acordado que este costo sea asumido por el Consumidor, desde que se haya efectuado el pago correspondiente. Si la garantía fuere una o más hipotecas, el Proveedor deberá proceder a otorgar la escritura de cancelación y alzamiento de la o las hipotecas y de todos los gravámenes asociados a esa garantía en el plazo de quince días hábiles contado desde el requerimiento del Consumidor y, en caso que se haya acordado que este costo sea asumido por el Consumidor, desde que se haya efectuado el pago correspondiente.”

Este derecho que tiene el consumidor refuerza lo señalado en la última parte del inciso penúltimo del nuevo artículo 17-d de la Ley N°19.496, por cuanto aún cuando se esté en presencia de cláusulas de garantías generales



hipotecarias, una vez que ya no exista ninguna obligación que ligue al consumidor con el proveedor por haberse extinguido todas ellas, la hipoteca, y en consecuencia la cláusula, deben de dejarse sin efecto. Así, mientras el artículo 17-d de la Ley N°19.496 le exige al proveedor la cancelación de la hipoteca una vez extinguidas todas las obligaciones derivadas de la relación de consumo, la norma del reglamento que estamos analizando le otorga al consumidor el derecho a solicitar dicha cancelación en cuanto se hayan extinguido todas esas obligaciones.

Cabe señalar que en general las garantías deben liberarse en un plazo de 10 días hábiles contados desde la extinción total de las obligaciones entre los contratantes, pero en caso de créditos hipotecarios, dicho plazo se aumenta a 15 días hábiles, lo cual se encuentra en concordancia con lo señalado en el artículo 17-d de la Ley N°20.555 al respecto.<sup>148</sup>

- El artículo 11 del decreto N°42: Como hemos visto, en general no tienen efecto las cláusulas de garantía general hipotecaria sino previa autorización del consumidor.

---

<sup>148</sup> Véase punto 2, del apartado 3.3 de este capítulo.

La actual reglamentación al respecto, tiende a que el consumidor cuente con toda la información relevante al momento de contratar para eliminar los abusos propios de las asimetrías de información en los contratos de adhesión. Las cláusulas objeto nuestro estudio no son la excepción.

En efecto, el artículo 11 del reglamento en comento, establece las “Especificaciones Mínimas de los Contratos. Los contratos de Crédito Hipotecario deberán especificar como mínimo, con el objeto de promover su simplicidad y transparencia, lo siguiente: (...) 4) En caso que se contrate el Crédito Hipotecario junto con otros productos o servicios simultáneamente, o que el Crédito Hipotecario conlleve la contratación de otros productos o servicios conexos, deberá suscribirse adicionalmente el respectivo contrato e insertarse un anexo en que se identifiquen cada uno de los productos o servicios contratados, estipulándose claramente cuáles son obligatorios por ley y cuáles voluntarios, debiendo ser aprobados expresa y separadamente cada uno de dichos productos y servicios conexos por el Consumidor mediante su firma en el mismo.”

Dado que una hipoteca puede caucionar múltiples obligaciones, en tanto no se enmarquen dentro de los supuestos de las ventas atadas, las cuales no son válidas en las relaciones de consumo, el proveedor debe informar al tiempo de celebración del contrato hipotecario todos y cada uno de los servicios de los cuales se deriven obligaciones que caucionará la hipoteca, constando en todos y cada uno de los servicios contratados el hecho de que el consumidor acepta que sobre las obligaciones que se generarán de ellos, se hace extensible la garantía hipotecaria que está otorgando.

De esta forma, el consumidor que acepte la inserción de una cláusula de garantía general en principio sabrá de qué servicios contratados emanan las obligaciones que serán caucionadas con la hipoteca. Ahora bien, si la cláusula se redacta de forma universal, o para caucionar obligaciones emanadas de servicios aún no contratados al tiempo del contrato hipotecario (es decir, totalmente futuras e indeterminadas) el consumidor sabrá efectivamente qué servicios quedan originalmente inmersos en la hipoteca que está otorgando, por lo cual contará con la información adecuada para consentir en la inclusión de una cláusula que garantice otras obligaciones que eventualmente se generarían de servicios futuros actualmente no

contratados. En similar sentido que esta norma apuntan otras disposiciones respecto a la información que debe suministrar el proveedor, entre otros, los artículos 4°, 5°, 9°, 10, 22, 26, 27 y 28 del decreto N°42.

4.2.2. Decreto N°43 que aprueba el reglamento de la información al consumidor de créditos de consumo: Este reglamento tiene normas similares al anterior, en lo relativo a la información que debe ser entregada por el proveedor, así que nos remitimos a lo señalado precedentemente. Por lo demás, en estos créditos no se exige el otorgamiento de hipoteca así que en ellos normalmente no se pueden dar los problemas propios de la cláusula general de garantía hipotecaria. Es más, su artículo 3° número 1) al definir al crédito de consumo excluye una hipótesis de crédito hipotecario, pues señala que “Para efectos de este reglamento, no es Crédito de Consumo el producto o servicio financiero que tiene por finalidad la adquisición, construcción y ampliación de inmuebles con garantía hipotecaria (...)”.

Sin perjuicio de lo anterior, es importante destacar que este reglamento tiene una norma que reitera el texto del artículo 33 del decreto N°42 anteriormente analizado, cual es, el artículo 31 que también se refiere al derecho a la oportuna liberación de garantías.

Dado que esta norma es de idéntico tenor que la señalada en el artículo 33 del decreto N°42, nos remitimos a lo allí dicho.

4.2.3. Decreto N°44 que aprueba el reglamento de la información al consumidor de tarjetas de créditos bancarias y no bancarias: Al igual que los reglamentos anteriores, este también propende a establecer deberes de información hacia los consumidores dentro de su ámbito de aplicación, cual es, las tarjetas de créditos. Su articulado es muy similar a los de los reglamentos anteriores por lo cual nos remitimos a lo anteriormente dicho.

Cabe señalar que su artículo 32 se refiere al derecho del consumidor a la oportuna liberación de las garantías una vez extinguidas todas las obligaciones entre los contratantes, siendo su texto idéntico al del artículo 33 del decreto N°42 y 31 del decreto N°43, por lo cual nos volvemos a remitir a lo ya señalado.

#### 4.3. La cláusula general de garantía hipotecaria en el contexto de las buenas prácticas comerciales

Con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N°20.555, existía por parte de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, a lo menos una percepción en cuanto a que la inclusión en los contratos de adhesión de cláusulas de garantías generales hipotecaria podía generar un abuso de la posición dominante del proveedor financiero.

Considerando la situación descrita en el párrafo anterior, la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras dictó con fecha 22 de septiembre de 2010 la circular N°3.505 que establece parámetros de buenas prácticas de contratación en los ámbitos bancarios y financieros.

En efecto, esta circular inicia con la siguiente premisa: “Esta Superintendencia ha podido comprobar que en diversos contratos de adhesión que utilizan las empresas bancarias en sus productos masivos, figuran cláusulas que no se avienen con sanas prácticas de equidad, que deben prevalecer en las relaciones con los clientes.”

Dado lo anterior, esta autoridad dicta la circular en comento con el objetivo de señalar algunas conductas que no corresponden a una buena práctica de contratación y que deben ser excluidas de los contratos.

En ese contexto, esta norma señala que: “En otro orden de cosas, cabe recordar a las instituciones fiscalizadas, que en los créditos hipotecarios en cualquiera de sus modalidades, la cláusula de garantía general debe ser siempre opcional para el cliente que se interese en caucionar otras obligaciones. En consecuencia el banco no podrá incluir en el mutuo otras hipotecas que no sea la que cauciona el crédito que se contrata, salvo expresa solicitud del deudor.”

Esta circular, al igual que la actual Ley N°20.555, no tolera la cláusula de garantía general hipotecaria sino cuando esta haya sido expresamente aceptada por el deudor. Termina esta circular solicitando a los bancos y demás instituciones financieras que no incorporen las cláusulas que esta señala en sus contratos de adhesión. En efecto, su texto señala que: “Finalmente, se hace presente que en los casos en que actualmente existan contratos celebrados que contengan cláusulas que no son compatibles con la presente circular, los bancos deberán abstenerse de hacer uso de ellas.”

Como vimos, esta circular está en concordancia con la actual regulación que efectúa al respecto la Ley N°20.555, siendo un antecedente de la misma. Ahora bien, gracias a la Ley N°20.555 y sus reglamentos complementarios, se ha precisado la regulación de estas cláusulas hipotecarias por cuanto, además de establecer el principio de la necesaria voluntad del deudor producir efectos jurídicos, se establece el derecho y el deber del consumidor y proveedor para exigir u efectuar la cancelación de las inscripciones hipotecarias una vez extinguidas todas las obligaciones entre las partes, y los plazos en que debe efectuarse dicha cancelación.

A pesar de que la cláusula de garantía general hipotecaria, no podía ser impuesta por el proveedor en virtud de esta circular, se constataba que los bancos y demás instituciones financieras “siguen utilizando esta fórmula y, además, agregan que el cliente lo acepta expresamente.”<sup>149</sup> Por ello, era menester un texto legal que reforzase y precisase esta norma administrativa, lo cual cumple la Ley N°20.555.

---

<sup>149</sup>PAÑELLA, D.R. op.cit., 38p.



## **5. Falencias de la reforma introducida por la Ley N°20.555 respecto a la Cláusula General de Garantía Hipotecaria**

Si bien es cierto que la nueva regulación de la cláusula de garantía general hipotecaria efectuada por La Ley N°20.555 es valorable por cuanto precisa la exigencia de voluntad del consumidor para su inclusión en los contratos de adhesión, su terminación, entre otros aspectos, no es menos cierto que hemos de constatar algunas falencias.

En efecto, respecto del texto del artículo 17-d inciso penúltimo introducido por la Ley N°20.555 a la Ley N°19.496 podemos sostener las siguientes críticas, las cuales esperamos sean revisadas en un futuro.

- En primer lugar, el texto legal se refiere sólo a aquellas cláusulas de garantía general hipotecaria que se pacten en los contratos de mutuo, por lo cual pareciera darse a entender que si una de estas cláusulas se impone por parte de un proveedor en otro contrato (como por ejemplo, cuenta corriente) no tendría aplicación la norma en comento, y en consecuencia, aún sin la voluntad del deudor, sería perfectamente válida.

Ello puede entenderse porque el mayor contrato en que se imponía esta cláusula es en los contratos de mutuo<sup>150</sup>, pero nos parece que el texto legal no debió haberse restringido solo a ese contrato.

En segundo lugar, si bien es cierto que podría interpretarse por vía extensiva la norma contenida en el artículo 17-d de la Ley N°20.555 a hipótesis en que se planteara una cláusula de garantía general en contratos distintos a los de mutuo, hubiese sido interesante que el texto legal hubiera señalado en qué otros contratos de adhesión se pudiese dar un abuso hacia el consumidor para así incluirlos expresamente dentro del catálogo del texto legal. En este punto, no recayó discusión en la tramitación del proyecto de la Ley N°20.555<sup>151</sup>, y sólo se reiteró el tenor de la circular N°3.505 de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras.

- El texto legal señala que la voluntad del deudor para efectos de la inclusión de una cláusula de garantía general en el contrato de mutuo puede darse por escrito y por cualquier medio físico o tecnológico. Esto se fundamenta en que si se exigiera que la voluntad del deudor se debiese manifestar a través de instrumentos determinados se hubieran generado

---

<sup>150</sup> Como por ejemplo, en “mutuos hipotecarios en letras de crédito de fines generales de tasa fija en UF”; “contrato de compraventa y mutuo hipotecario tasa fija en UF”; “mutuo hipotecario tasa nominal libre disposición en pesos”, entre otros. PAÑELLA, D.R. op.cit., [34-37p]

<sup>151</sup> Al respecto invitamos a revisar el texto de la historia de la ley N°20.555, disponible en HISTORIA DE la ley N° 20.555 [en línea] <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1032865> [consulta 10 marzo 2014]

problemas en el orden de la aplicación de la norma a los contratos que ya se habían pactado al tiempo de entrada en vigencia de la Ley N°20.555, porque si “éste tuviera que manifestarse necesariamente a través de la firma del cliente cuando suben las tarifas, por ejemplo, se produciría un caos, considerando que hoy existen 2,5 millones de tarjetas de débito, 2,6 millones de cuentas corrientes y 4,6 millones de tarjetas de crédito bancarias.”<sup>152</sup> También se sostuvo que permitir que esta voluntad pudiera constar por un medio tecnológico va en beneficio de los consumidores, porque los costos son menores, y ello se traspaşa necesariamente al costo final del servicio cobrado al usuario.<sup>153</sup>

Sin embargo, hubiera sido un avance que la ley (o el reglamento en subsidio) el detenerse en señalar mecanismos para asegurarse de que la voluntad del deudor respecto a la cláusula sea específica e informada, pues así se podría constatar que efectivamente el consumidor tuvo el conocimiento real y efectivo de los alcances de la cláusula de garantía general hipotecaria al tiempo de manifestar su anuencia en su inclusión en el contrato.

---

<sup>152</sup>HISTORIA DE la ley N° 20.555 [en línea] <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1032865> [consulta 09 febrero 2014] 78p.

<sup>153</sup>HISTORIA DE la ley N° 20.555 [en línea] <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1032865> [consulta 10 marzo 2014] 117p.

En efecto, normalmente los contratos financieros son extensos y de gran complejidad técnica de manera que un consumidor medio no comprenderá en su cabalidad en qué consiste la cláusula de garantía general hipotecaria aún cuando aparezca que consiente expresamente en la cláusula en el contrato<sup>154</sup>. La Ley N°20.555 omitió pronunciarse al respecto, por lo cual, pueden seguir dándose hipótesis en que la cláusula se agregue en el contrato, y el consumidor firme “aceptado conocer todas las cláusulas del mismo”, aún cuando en realidad no sea así; es decir, indirectamente introduciendo “una eximente de responsabilidad al incluir el deber-obligación del cliente de conocer los efectos de la cláusula”<sup>155</sup> lo cual haría que se eludieran los objetivos de la Ley N°20.555.

Por ello, la cláusula de garantía general hipotecaria podría seguir siendo, en la práctica, impuesta al consumidor, no obstante el texto legal, por lo cual es necesario que se precise formas específicas para garantizar que el consentimiento recaído en la cláusula de garantía general hipotecaria

---

<sup>154</sup> Así, se sostiene que “Vemos que la redacción es extensa, y que contienen mucha información y como hemos dicho en otras oportunidades eso confunde al lector, atentando contra el artículo 3 letras a) y b). En primer lugar, hemos notado que la decisión de incluirlas no es un acto voluntario por parte del deudor. Y, en segundo lugar, al redactarlas tan extensas y conjugando distintas informaciones se logra que el consumidor no reciba dicha información de manera clara y oportuna.” PAÑELLA, D.R. op.cit., 38p.

<sup>155</sup> PAÑELLA, D.R. op.cit., 38p.

sea efectivamente específico e informado, con independencia de las prestaciones contenidas en el contrato principal.

• Como vimos, la Ley N°20.555 parte de la hipótesis de que los abusos hacia los consumidores terminarán en tanto estos cuenten con mayor información relevante al tiempo de contratar, pues ello fomentaría la competencia. Si bien este presupuesto es efectivo, no es suficiente para una completa regulación de la materia, pues existen otros factores que la Ley N°20.555 no tomó en consideración. Así, se sostuvo en la tramitación de la referida ley que “en efecto, la información no basta cuando la capacidad de negociación del consumidor, habitualmente es débil o inexistente, la que en los casos de los contratos de adhesión de bancos y el retail es paradigmático. El cliente sólo puede aceptarlo o rechazarlo, tal cual se le presenta. En el caso de rechazo no accede al crédito, muchas veces necesario.”<sup>156</sup>

En efecto, en Chile el mercado bancario y financiero está altamente concentrado<sup>157</sup>; a modo ejemplar “En el mercado de cuentas corrientes existe una limitada oferta, por cuanto en Chile el número de instituciones

---

<sup>156</sup>HISTORIA DE la ley N° 20.555 [en línea] <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1032865> [consulta 15 febrero 2014] 34p.

<sup>157</sup> En efecto, los bancos con mayor participación en el mercado, en orden descendiente son los BancoEstado, Chile y Santander. PAÑELLA, D.R. op.cit., 9p.

financieras que otorgan contratos de cuenta corriente es muy concentrado, por lo cual si todas o la mayoría de ellas exigiesen una cláusula general hipotecaria, el consumidor estaría forzado a tolerarla so pena de no obtener el servicio. Por consiguiente, los consumidores enfrentan la oferta de un producto que se encuentra fuertemente concentrado. Efectivamente, a diciembre de 2011, el 75,5% del número de cuentas corrientes de personas naturales, se agrupa en cuatro entidades bancarias: Banco Santander tiene el 24% de las cuentas, el Banco de Chile tiene el 24%, BCI tiene el 16% y el Banco Estado tiene el 11%. La concentración se repite en estas mismas entidades respecto de los montos en dinero.”<sup>158</sup>

Por ello, dada la alta concentración de mercado, si un consumidor decide no contratar con una institución bancaria o financiera, es muy probable que las demás le ofrezcan iguales o muy similares condiciones de contratación, lo cual se extiende a la cláusula de garantía general hipotecaria. Por tanto, en atención a esta concentración del mercado financiero normalmente aún cuando el consumidor tenga toda la información relevante al respecto de la cláusula, se verá forzado a contratar

---

<sup>158</sup>BOLETÍN DE cuentas corrientes. [en línea] <http://www.sernacfinanciero.cl/wp-content/uploads/2012/08/estudio-cuentas-corrientes-sernac-financiero-mayo2012.pdf> [consulta 09 enero 2014] 13p.

en los términos ofrecidos por cuanto sabe que la limitada oferta existente no le proveerá de un servicio diametralmente distinto al que está contratando.

•Por último, en Chile, alrededor de un 59% de las familias está endeudada, ya sea por un crédito de consumo o hipotecario<sup>159</sup>, por lo cual a los consumidores les interesa fundamentalmente obtener los servicios financieros con la mayor rapidez posible a fin de satisfacer sus necesidades y pagar sus deudas (las cuales muchas veces exceden a los ingresos del grupo familiar<sup>160</sup>), por lo cual, generalmente recurrirán a la institución financiera que le ofrezca una gestión rápida y expedita, aún cuando el producto ofrecido no sea el más conveniente en atención a sus necesidades.

En efecto, Hernán Calderón, presidente de CONADECUS al ser consultado por el Senado a propósito de la tramitación de la Ley N°20.555, entre otros puntos, sostuvo que “la mayoría de los hogares, salvo los más pudientes, gastan mucho más de lo que ganan. Es decir, los pobres se endeudan más. La situación más crítica la viven las familias del primer

---

<sup>159</sup> EL MERCURIO, 2013, ENDEUDAMIENTO DE chilenos rompe tendencia al alza y se mantiene estable en últimos 4 años. [en línea] El Mercurio en Internet. 16 de enero, 2013. <http://www.emol.com/noticias/economia/2013/01/16/579417/endeudamiento-de-chilenos-rompe-tendencia-al-alza-y-se-mantiene-estable-en-ultimos-4-anos.html> [consulta 16 enero 2014] ;XINHUA, 2013, HOGARES CHILENOS frenan su nivel de endeudamiento. [en línea] América Economía en Internet. 16 de enero, 2013. <http://www.americaeconomia.com/economia-mercados/finanzas/hogares-chilenos-frenan-su-nivel-de-endeudamiento> [consulta 16 enero 2014]

<sup>160</sup> Véase PROYECTO VII Encuesta de presupuestos familiares [en línea] [http://www.ine.cl/filenews/files/2013/septiembre/presentacion\\_vii\\_epf\\_2011\\_2012.pdf](http://www.ine.cl/filenews/files/2013/septiembre/presentacion_vii_epf_2011_2012.pdf) [consulta 13 enero 2014]

quintil. Un hogar tipo de este grupo recibe 170 mil pesos mensuales y gasta alrededor de 300 mil. Como la banca no llega a ellos, algunos expertos suponen que “la bicicleta” la completan con compras a crédito y otras fuentes de ingreso adicional.”<sup>161</sup>

De esta forma, la tolerancia de una cláusula de garantía general hipotecaria en las relaciones de consumo, se debe además al estado de necesidad en que se ven involucrados los consumidores, ya que estos requieren los servicios prestados por las instituciones financieras a veces con tal premura que no analizan en profundidad las cláusulas de los contratos ofrecidos, lo cual les permite a estas incorporar a sus contratos cláusulas en beneficio de sus intereses y en perjuicio de los consumidores, como entre otras, las referentes a la extensión de la garantía hipotecaria.

En concreto, los consumidores de menores recursos económicos tienen normalmente una cantidad de obligaciones y deudas muy superiores a sus ingresos, para así solventar su forma de vida, por lo cual se ven en la premura de recurrir a créditos para que sus deudas no se tornen aún más gravosas. En ese escenario, normalmente estos consumidores no tendrán la

---

<sup>161</sup> HISTORIA DE la ley N° 20.555 [en línea] <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1032865> [consulta 26 diciembre 2013] 228p.



solvencia necesaria para poder optar a créditos en condiciones que les sean más favorables, y en consecuencia tendrán que conformarse con lo que el mercado les ofrece, lo cual muchas veces, implica cláusulas muy gravosas (como por ejemplo cláusulas de aceleración, constitución de cauciones, etc.).

Dada la urgencia de estos consumidores de obtener un crédito, en vista de su precariedad económica, no tendrán el tiempo para cotizar en variados bancos (por lo demás, en muchos de ellos por sus antecedentes financieros quedarían excluidos como sujetos de crédito) ni tampoco para analizar todas las cláusulas del contrato que se les ofrece, y que ellos ven, como solución a su situación económica. Siendo así, difícilmente estos consumidores les interesaría saber si el contrato tiene una cláusula de garantía general hipotecaria, y aún cuando este contuviera alguna y entendieran cabalmente sus implicancias y efectos, igualmente celebrarían el contrato con la institución financiera por cuanto la premura de no entrar en insolvencia, y en una eventual cesación de pagos, les haría soslayar el gravamen hipotecario que estarían constituyendo en su perjuicio; todo con miras a obtener el crédito ofrecido.

Además, desde otro punto de vista “esta imperiosa necesidad de dinero” de ciertos consumidores, podría incentivar a los bancos e instituciones financieras a imponer las cláusulas de garantía general hipotecarias en sus contratos de adhesión, compeliendo al consumidor a aceptarla y expresar que la conoce (aún cuando en la realidad pudiera no ser así), pues de lo contrario, la entidad financiera le denegaría el servicio, y ese es un riesgo que el consumidor muchas veces no puede tolerar.<sup>162</sup>

En síntesis, tanto la concentración de los mercados bancarios y financieros, como la capacidad de endeudamiento de los consumidores pueden generar que estos toleren la inclusión de una cláusula de garantía general hipotecaria, aún cuando sepan de qué se trata, y saber que les es perjudicial; es decir, estas son causas por las cuales, se puede eludir el espíritu de la Ley N°20.555, y en consecuencia, seguir imponiendo (en los hechos) una cláusula de garantía general hipotecaria a los consumidores.

En efecto, la Ley N°20.555 se basa en el supuesto de que sólo subsanando la asimetría de información se eliminan los abusos en las relaciones de consumo, pero entre nosotros ello no es así. Para que el objetivo de dicha ley se pudiera cumplir cabalmente satisfaciendo sólo su

---

<sup>162</sup> PAÑELLA, D.R. op.cit., 38p.

hipótesis basal, estimamos que debieran darse a lo menos dos supuestos: en primer lugar, que exista una amplia competencia en el mercado bancario y financiero que promoviera altos índices de competitividad entre los actores; en segundo lugar, que los consumidores tuvieran una capacidad económica media, de manera que informadamente y sin las presiones de conseguir un crédito, pudieran con tiempo y libremente elegir el servicio financiero que más satisfaga sus intereses. Como vimos, en Chile ninguno de estos supuestos se cumple a cabalidad.

Por lo anterior, la Ley N°20.555, es un avance, pero estimamos que, en razón de las falencias que hemos señalado, no va a regular de manera adecuada la inclusión de cláusulas de garantía general hipotecarias para proteger íntegramente a los consumidores. Para que ello acontezca, creemos que deben introducirse reformas tendientes a aminorar la concentración de los mercados bancarios y financieros, como también determinar medios adecuados que permitan efectivamente al consumidor introducir la cláusula de garantía general en el contrato sólo si es su verdadera voluntad, prescindiendo de su nivel de endeudamiento.

Por último, a propósito de la cláusula de garantía general hipotecaria, estimamos que la Ley N°20.555 sólo se remite a reproducir la normativa

que ya regulaba la materia dictada por la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, pero no introduce mayores reformas al paradigma actual y por lo mismo no se hace cargo de los defectos y falencias que hemos señalado, y por las cuales pensamos que, si bien valida la cláusula de garantía general hipotecaria en Derecho del Consumidor, resulta ser una reforma insuficiente.

## CONCLUSIONES

Luego del estudio objeto de la presente obra, podemos llegar a las siguientes conclusiones respecto a las cláusulas de garantía general hipotecaria en las relaciones de consumo insertas en contratos de adhesión.

En primer lugar, aún cuando existen bastantes argumentos para privar de validez a las cláusulas de garantía general hipotecarias, los argumentos a su favor y la tendencia jurisprudencial reciente al respecto, nos hacen llegar al convencimiento de que dicha cláusula tiene acogida entre nosotros.

Por lo anterior, en segundo lugar, la regulación de protección al consumidor debe guardar coherencia con ello, y no puede desconocer que la cláusula de garantía general hipotecaria ha sido validada reiteradamente por la jurisprudencia y por parte de la doctrina. En ese sentido, la cláusula en comento tiene acogida en las relaciones de consumo, y ese hecho no puede ser desconocido.

En efecto, la cláusula general de garantía hipotecaria en las relaciones de consumo puede ser una herramienta que agilice el tráfico jurídico y disminuya los costos de transacción a favor de los consumidores. Por ello,

la cláusula en comento ha sido recurrentemente utilizada en los ámbitos financieros y bancarios.

En tercer lugar, a pesar del reconocimiento jurídico de la cláusula entre nosotros, no es menos cierto que las conclusiones y proposiciones del Derecho Civil no pueden ser directamente aplicables al Derecho del Consumidor. Por ello, aún cuando estimamos ya fuera de toda duda que la cláusula de garantía general hipotecaria es válida, debe ser adecuada a las características propias del Derecho del Consumidor.

Efectivamente, las relaciones de consumo en Derecho del Consumidor normalmente se concretizan en contratos de adhesión, los cuales plantean diversas problemáticas en torno a la posición contractual del consumidor, en especial, en relación a su desmejorada posición contractual en la relación, derivada de la asimetría de la información intrínseca de esta categoría contractual.

Por ello, en cuarto lugar, una adecuada regulación de las cláusulas de garantía general hipotecaria en las relaciones de consumo, debe tomar en cuenta estas problemáticas propias de los contratos de adhesión, para que no se tornen en instrumentos abusivos hacia los consumidores.

De esta forma, la Ley N° 20.555, que modifica la Ley N° 19.496 trata de hacerse cargo del problema, intentando eliminar la asimetría en la información con la que cuentan los consumidores al tiempo de contratar, de manera que a través de ello, se eliminen los eventuales abusos de los proveedores.

En quinto lugar, a propósito de la cláusula de garantía general hipotecaria, el texto del artículo 17-d de la Ley N°20.555, complementado por el decreto N°42, es claro en darle acogida a esta en las relaciones de consumo, aún cuando estén insertas en contratos de adhesión. De esta forma, esta regulación guarda coherencia con lo sostenido por cierta doctrina y las últimas tendencias jurisprudenciales al respecto; por lo demás, la normativa administrativa de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, sigue la misma tendencia.

En sexto lugar, aún cuando las regulaciones pertinentes de Derecho del Consumidor reconocen la validez de la cláusula en comento, debe hacerse cargo de que estas se encuadran en contratos de adhesión y, en consecuencia, de los problemas inherentes a los mismos.

Por ello, las cláusulas de garantía general hipotecaria no pueden ser impuestas al consumidor unilateralmente por el proveedor, rompiéndose así

la característica esencial de los contratos de adhesión en esta materia. De esta manera, aun cuando un contrato de adhesión implique que el proveedor impone las cláusulas del mismo al consumidor, de manera que este sólo puede aceptarlo o rechazarlo en su integridad, ello no alcanza a las cláusulas objeto de nuestro estudio.

De esta forma, una primera forma de evitar los eventuales abusos de las cláusulas en los contratos de adhesión es que estas no pueden ser impuestas al consumidor, de manera que sólo pueden incluirse una vez que conste la anuencia de este último.

En séptimo lugar, como vimos, la Ley N°20.555 se basa en proveer de la información relevante al consumidor al tiempo de contratar para que no sea objeto de eventuales abusos. Ello debe hacerse aplicable a la cláusula de garantía general hipotecaria, por lo cual, el legislador entiende que si el consumidor acepta expresamente una de estas cláusulas en un contrato de adhesión, lo hace plenamente informado de su naturaleza, efectos y consecuencias; en efecto, la Ley N°20.555 impone un catálogo de deberes de información a los proveedores al tiempo de la contratación.

En octavo lugar, la jurisprudencia reciente ha tratado de limitar la extensión temporal de las cláusulas generales de garantía hipotecaria, pero



dichos intentos son innecesarios en materia de relaciones de consumo, por cuanto la normativa introducida por la Ley N°20.555 señala que una vez extinguidas todas las obligaciones entre el consumidor y proveedor, la hipoteca debe necesariamente cancelarse. De esta manera, quedan siempre temporalmente limitadas las cláusulas de garantías generales hipotecarias.

Por último, la reforma respecto a las cláusulas de garantía general hipotecaria nos parece un buen inicio, por cuanto sólo pueden introducirse en los contratos de adhesión previa voluntad expresa e informada del consumidor, nos parece insuficiente para eliminar efectivamente los eventuales abusos del proveedor en los ámbitos bancarios y financieros.

En efecto, la Ley N°20.555 no se hace cargo de la alta concentración de los mercados bancarios y financieros de nuestro país, como tampoco del alto nivel de endeudamiento de muchos consumidores. Estos dos factores, no considerados por la reforma, pueden inducir a que los consumidores toleren la introducción de una cláusula de garantía general hipotecaria en un contrato de adhesión, aún cuando cuente con toda la información relevante al respecto y sepa que ella le puede ser perjudicial, y que en otras circunstancias no la hubiese tolerado.

## BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

- BRITO., G. A. 2010. Universalidad, generalidad y especialidad en la prenda y la hipoteca. En: JORNADAS NACIONALES de Derecho Civil. 2010. Olmué, Chile, Universidad Adolfo Ibáñez, Facultad de Derecho. [320-355]
- DIEZ, D. R. 1997. La Hipoteca. Santiago, Editorial Jurídica ConoSur.
- FERNANDEZ, F.F. 2003. Manual de Derecho Chileno de Protección al Consumidor. Santiago, Editorial Lexis Nexis.
- GUÍA DE alcance jurídico ventas atadas y ventas conjuntas [en línea][http://www.sernac.cl/wpcontent/uploads/2012/11/Gu%C3%ADa-de-Alcance-Jur%C3%ADdico-Venta-Atada-v.final\\_.pdf](http://www.sernac.cl/wpcontent/uploads/2012/11/Gu%C3%ADa-de-Alcance-Jur%C3%ADdico-Venta-Atada-v.final_.pdf)
- GOLDENBERG., S. J. 2013. Artículo 17-d. Comunicación periódica de información al consumidor en los contratos de adhesión de productos financieros. En: La Protección de los derechos de los consumidores. 2013. Santiago, Chile, Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho. Editorial Thomson Reuters. [419-429]

- HISTORIA DE la Ley N° 20.555 [en línea]  
<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1032865>
- LANGLOIS., D. P. 1933. La Cláusula de Garantía General Hipotecaria. Memoria de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho.
- LORENZINI., B. J. 2012. Sernac financiero: Fundamentos y perspectivas. Revista de Derecho, Escuela de Postgrado N° 2: 267-282
- MERY, B.R. 1958. Derecho hipotecario: estudio de derecho civil y comparado. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- MILÉS C., S.S. 2010. La Cláusula de Garantía General Hipotecaria. Memoria de Licenciatura de Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho.
- PAÑELLA, D.R. 2012. Análisis del Contrato de Mutuo Hipotecario a la luz de la Ley N°19.496, sobre la protección de los derechos de los consumidores. Santiago, Ediciones de la Fundación Fernando Fueyo Laneri.
- SANTA MARÍA, L.J.2005. Los contratos, parte general, vol. I. 4ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

•SOMARRIVA, U.M. 1943. Tratado de las Caucciones.  
Santiago, Editorial Nascimento.

•TAPIA, R.M. 2002. Contratos por Adhesión: Ley N° 19.496.  
Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

•UGARTE G., J.J. La nulidad de la Cláusula de Garantía  
General Hipotecaria. Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo  
LXXXVIII N°3, 1991.

•WAHL., S.J. 2006. Los contratos de adhesión: Normas de  
equidad en las estipulaciones y en el cumplimiento. En: LA  
PROTECCIÓN de los derechos de los consumidores en Chile.  
Santiago, Chile, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho. [59-  
77]