OFICIO N° 89-2017

INFORME PROYECTO DE LEY N° 14-2017

Antecedente: Boletín N° 11.219-03

Santiago, 16 de junio de 2017

Por oficio N° 13.308, el Presidente de Cámara de Diputados señor Fidel Espinoza Sandoval, al tenor de lo dispuesto en los artículos 77 de la Constitución Política de la República y 16 de la ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, remitió a esta Corte consulta respecto del proyecto de ley, iniciado por moción, que modifica la Ley General de Bancos con el objeto de establecer medidas en favor de los deudores hipotecarios que no han pagado las cuotas o dividendos (Boletín N° 11.219-03)

Impuesto el Tribunal Pleno del proyecto en sesión de nueve de junio en curso, presidida por el suscrito y con la asistencia de los Ministros señores Milton Juica Arancibia, Sergio Muñoz Gajardo, Patricio Valdés Aldunate, Héctor Carreño Seaman, Carlos Künsemüller Loebenfelder, Haroldo Brito Cruz y Guillermo Silva Gundelach, señoras Rosa María Maggi Ducommun, Rosa

Egnem Saldías y María Eugenia Sandoval Gouët, señores Juan Eduardo Fuentes Belmar y Lamberto Cisternas Rocha, señoras Gloria Ana Chevesich Ruiz y Andrea Muñoz Sánchez, señores Carlos Cerda Fernández, Manuel Valderrama Rebolledo y Jorge Dahm Oyarzún, acordó informarlo al tenor de la resolución que se transcribe a continuación:

AL PRESIDENTE DE LA CÁMARA DE DIPUTADOS
SEÑOR FIDEL ESPINOZA SANDOVAL
VALPARAÍSO

"Santiago, catorce de junio de dos mil diecisiete.

Vistos y teniendo presente:

Primero: Que mediante oficio N° 13.308, de 10 de mayo de 2017, el Presidente de la Cámara de Diputados, don Fidel Espinoza Sandoval, al tenor de lo dispuesto en el artículo 77 de la Constitución Política de la República y 16 de la Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, remitió a la Excma. Corte Suprema el proyecto de ley que modifica la Ley General de Bancos con el objeto de establecer medidas en favor de los deudores hipotecarios que

no han pagado las cuotas o dividendos en el plazo estipulado, en los casos que indica, a efectos de recabar su parecer respecto del artículo segundo de la iniciativa legal, por recaer en materias que dicen relación con la organización y atribuciones de los tribunales de Justicia;

Segundo: Que según se expresa en las motivaciones, se pretende explicitar las facultades ya existentes del Juez a cargo del procedimiento de ejecución hipotecaria para que, en armonía con la legislación de protección de los derechos del consumidor, califique las circunstancias que llevan al deudor a la situación de mora en el pago de sus obligaciones hipotecarias.

Se otorga al Juez la facultad de determinar si las cláusulas del contrato hipotecario dejan en una situación de desventaja al deudor y de disponer medidas que cautelen los derechos del consumidor. Luego de señalar que las cláusulas de aceleración pueden constituirse en abusivas, se expresa que el proyecto tiene por objetivo proteger el patrimonio familiar, evitando que se generen abusos e impidiendo que se eludan las responsabilidades crediticias libremente contraídas, para cuyo efecto se establecen algunas restricciones.

Tercero: Que la iniciativa en estudio consta de dos artículos que modifican el artículo 103 del Decreto con Fuerza de ley N°3, de 1997, del Ministerio de Hacienda, que fija el texto refundido, sistematizado y concordado de la Ley General de Bancos y de Otros Cuerpos Legales. Por su artículo primero se sustituye en el mencionado artículo 103 el vocablo "decretará" por "podrá decretar", precisando que el plazo del deudor para oponerse al remate es de cinco días "hábiles".

El artículo segundo, que es el que se consulta, introduce al mismo cuerpo legal los artículos 103 bis y 103 ter que confieren a los jueces nuevas atribuciones en dos aspectos fundamentales, a saber, la suspensión de remates, desalojos y otras medidas y la promoción de acuerdos entre el deudor y el acreedor hipotecario

Cuarto: Que sobre la facultad de suspender remates, desalojos y otras medidas, esta Corte estima del caso observar que tal habilitación aparece concedida sobre la base de supuestos poco claros, aludiendo a circunstancias excepcionales tales como aquellas ocasionadas por motivos de fuerza mayor u otros hechos extraordinarios ajenos a la voluntad del deudor, alterando las condiciones a que está

sujeta la garantía hipotecaria en la medida que se paraliza la realización del bien hipotecado por factores sobrevinientes.

Asimismo, se advierte cierta confusión conceptual, en particular acerca de los siguientes puntos:

- Si el fundamento de la suspensión del remate es la imposibilidad absoluta del deudor de cumplir con su obligación, la mera dificultad o la excesiva onerosidad.
- Si el abuso al que alude el proyecto dice relación con las cláusulas del contrato cuya obligación se quiere ejecutar o con el ejercicio de la acción ejecutiva.
- Si el procedimiento en el que se harán valer estas nuevas atribuciones es de naturaleza declarativa o ejecutiva.

Quinto: Que sobre el primero de los aspectos anotados, esto es, “la imposibilidad absoluta de cumplir con la obligación, mera dificultad o ausencia de proporcionalidad en el cumplimiento de las obligaciones”, resulta necesario llamar la atención sobre la confusión que se advierte entre la noción de caso fortuito, que hace absolutamente imposible el cumplimiento de la obligación, con acontecimientos propios de la teoría de la imprevisión, como la existencia de un

desequilibrio sustancial en las prestaciones de las partes que rompe la conmutatividad propia del contrato.

En efecto, por una parte dice que el juez “podrá determinar la suspensión de remates, desalojos y otras medidas en curso”, “cuando concurran circunstancias excepcionales, oportunamente acreditadas y calificadas por el tribunal” que obsten al pago oportuno de las cuotas o dividendo (inciso primero del nuevo artículo 103 bis de la Ley General de Bancos), y agrega a continuación, “Se entenderá por circunstancias excepcionales aquellas ocasionadas por motivos de fuerza mayor u otros hechos ajenos a la voluntad del deudor, tales como crisis financieras globales, quiebras derivadas de acciones temerarias debidamente calificadas que escapan a su control y responsabilidad y que generan una situación de insolvencia y baja significativa en los ingresos del grupo familiar” (inciso tercero del nuevo artículo 103 bis).

Por otra parte, el inciso primero del nuevo artículo 103 ter que se propone, dice que “El juez… podrá apreciar las circunstancias excepcionales señaladas que dificultan el pago de las cuotas hipotecarias morosas, pudiendo determinar el carácter desproporcionado y abusivo de la ejecución

hipotecaria y adoptar medidas cautelares que garanticen la plena eficacia de la decisión que restablezca el sentido de la Justicia, incluyendo la suspensión de remates y desalojos.” (El inciso tercero insiste en el carácter desproporcionado de la acción).

En tal sentido resulta necesario anotar que, por definición, si sólo se trata de un retardo o mora en el pago oportuno de la cuota, el cumplimiento no es absolutamente imposible. No hay caso fortuito o fuerza mayor. Tampoco lo hay “si las circunstancias excepcionales (sólo) dificultan el pago de las cuotas hipotecarias morosas”. El elemento “desproporcionado” o “abusivo” de la acción de cumplimiento forzado es algo que puede identificarse más con la teoría de la imprevisión, y la falta de equivalencia en las prestaciones de las partes.

Con todo, ninguno de los ejemplos que invoca el inciso tercero del artículo 103 bis nuevo propuesto (crisis financieras globales, quiebras derivadas de acciones temerarias debidamente calificadas que escapan a su control y responsabilidad y que generan una situación de insolvencia y baja significativa en los ingresos del grupo familiar) constituirán necesariamente una hipótesis de caso fortuito o

fuerza mayor ni de imprevisión, pues muchas de estas situaciones son previsibles y no necesariamente son irresistibles ni constituyen un gravamen excesivamente oneroso para una de las partes.

Más aún, bajo la expresión amplia “u otros hechos ajenos a la voluntad del deudor”, más allá de los ejemplos que se indican, es posible incluir cualquier hecho ajeno, sin importar si es “extraordinario” (cualquiera sea el significado de esta expresión), imprevisto e inimputable, ni su efecto concreto respecto del cumplimiento de la obligación.

Sexto: Que sobre el segundo aspecto aludido precedentemente, referido a “Cláusulas abusivas o desproporción y abuso en el ejercicio de la acción hipotecaria”, cabe observar que mientras el inciso primero del artículo 103 ter que se propone parece aludir al carácter desproporcionado y abusivo del ejercicio de la “ejecución hipotecaria”, como fundamento para adoptar la medidas “que garanticen la plena eficacia de la decisión que restablezca el sentido de la Justicia, incluyendo la suspensión de remates y desalojos”, el inciso segundo de esta misma disposición agrega que en presencia de esta acción desproporcionada, el juez podrá “declarar como abusiva la cláusula contractual que

constituye el fundamento del título ejecutivo y desechar la petición de la institución acreedora", sin que se advierta una relación clara entre la intención del legislador de suspender los remates y otras acciones ante un incumplimiento motivado por "circunstancias excepcionales", con la existencia o no de cláusulas abusivas en los contratos de mutuo hipotecario.

Séptimo: Que al efecto, resulta necesario anotar que las cláusulas abusivas están tratadas en la Ley N° 19.496, que establece normas sobre protección de los Derechos de los Consumidores y que establece que el efecto de la declaración de su existencia es la nulidad absoluta de la misma, subsistiendo las restantes, a menos que por la naturaleza del contrato o atendida la intención original de los contratantes, ello no fuere posible. En este último caso, el juez deberá declarar nulo, en su integridad, el acto o contrato sobre el que recae la declaración (artículo 16 A de la Ley N°19.496).

Por lo anterior, resulta importante distinguir claramente entre el eventual abuso de una cláusula contractual inserta en un crédito hipotecario, que debe ser tratada de conformidad a la normativa existente en la Ley N° 19.496, y lo que sería el

abuso de la acción o “ejecución hipotecaria”, como ejercicio de un derecho.

Octavo: Que sobre el punto referido al “Procedimiento declarativo o de ejecución”, el proyecto alude a conceptos tales como: “remate”, “desalojo” o requerimiento judicial de pago (inciso primero del artículo 103 bis), “Juicio Hipotecario” o “ejecución hipotecaria” (inciso primero del artículo 103 ter). Dice también: “La concurrencia de las circunstancias a que se refiere esta Ley podrá ser acreditada por el deudor en cualquier momento del procedimiento de ejecución hipotecaria y antes de la ejecución del lanzamiento, ante el Juez encargado del Procedimiento de Juicio Hipotecario” (inciso cuarto del nuevo artículo 103 ter).

También el proyecto hace referencia, en algunas disposiciones, a la existencia de un “proceso declarativo” (incisos primero y segundo del artículo 103 ter), así como a la necesidad de “apreciar” las circunstancias excepcionales que dificultan el pago de las cuotas hipotecarias morosas y “determinar” el carácter desproporcionado y abusivo de la ejecución hipotecaria, adoptando las “medidas cautelares” que garanticen la plena eficacia de la decisión que restablezca el sentido de la Justicia, incluyendo la suspensión

de remates y desalojos. En otra de sus disposiciones señala que “Las circunstancias a que se refiere esta Ley podrá ser acreditada por el deudor en cualquier momento del procedimiento de ejecución hipotecaria”.

De lo anteriormente descrito, entonces, no queda claro si lo que se quiere es diseñar un mecanismo para suspender los remates por considerarse abusivo el ejercicio de la acción ejecutiva o si, por el contrario, sólo se busca reiterar la atribución que tienen los tribunales, conforme a lo prescrito por la Ley N° 19.496, para declarar la nulidad de las cláusulas abusivas insertas en un contrato de adhesión, lo que sí es materia de un procedimiento declarativo y no podría quedar inserto en la etapa de ejecución de la garantía.

Noveno: Que, a su turno, sobre la **“**Promoción de acuerdos entre el deudor y el acreedor hipotecario”, según el inciso segundo del nuevo artículo 103 bis, “Tratándose de adultos mayores, el juez instará al deudor y al acreedor a pactar una renegociación o hipoteca invertida”. Al respecto resulta necesario anotar que, conforme las reglas generales, nada obsta a que, con la voluntad del acreedor, se paralicen las gestiones conducentes a la subasta pública a efectos de que las partes puedan alcanzar un acuerdo que ponga

término al litigio pendiente. Así lo dispone el artículo 490 del Código de Procedimiento Civil, al señalar que “Antes de verificarse el remate, puede el deudor liberar sus bienes pagando la deuda y las costas”, circunstancia en la que, normalmente, para alcanzar esta clase de acuerdos se requerirá negociar una forma de financiamiento y ofrecer nuevas garantías.

Por otra parte, el proyecto contempla la posibilidad de constituir una hipoteca inversa, también denominada hipoteca reversa o revertida , instrumento financiero no regulado en nuestra legislación, dirigido a la tercera edad, cuyo propósito es convertir una vivienda propia en una fuente de ingresos, a través de la concesión de un crédito garantizado con hipoteca –recaído generalmente sobre su vivienda principal- el cual sólo es exigible una vez fallecido el solicitante o, si así se estipula, si el inmueble deja de ser su residencia principal. Al respecto resulta necesario señalar que un riesgo relevante para el propietario con motivo de la hipoteca inversa, es que a través de la misma las partes -en ocasiones- pueden pactar la exigibilidad del crédito no sólo con la muerte del mutuario, sino también cuando la vivienda deje de ser su residencia principal, con lo que se haría exigible la deuda contraída sin

que el deudor tenga medios suficientes para hacer frente a dicha situación.

Décimo: Que con todo lo expresado, más allá del interés del legislador, por cierto valorable, de proteger la principal residencia de las personas y sus familias ante ciertas contingencias, este Tribunal estima del caso indicar que esta iniciativa podría impactar en los costos y acceso al crédito hipotecario a causa de la ineficacia y falta de certeza jurídica asociada a la hipoteca.

Undécimo: Que por último, parece necesario hacer presente que sólo se está modificando la Ley General de Bancos, en circunstancias que la temática que se aborda podría afectar todo el régimen de ejecución de las garantías hipotecarias.

Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo dispuesto en los artículos 77 de la Constitución Política de la República y 18 de la Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, se acuerda informar **en los términos precedentemente expresados** el proyecto de ley que modifica la Ley General de Bancos con el objeto de establecer medidas en favor de los deudores hipotecarios que

no han pagado las cuotas o dividendos en el plazo estipulado, en los casos que indica…

Ofíciese.

PL 14-2017”

Saluda atentamente a V.S.

HUGO DOLMESTCH URRA
Presidente

JORGE SÁEZ MARTIN
Secretario