

BREVES COMENTARIOS SOBRE LA CLÁUSULA DE GARANTÍA GENERAL HIPOTECARIA EN CHILE Y LA HIPOTECA RECARGABLE (HYPOTHÈQUE RECHARGEABLE) EN FRANCIA*

FRANCISCO JAVIER AMIGO CARTAGENA
Universidad San Sebastián

RESUMEN: La Cláusula de Garantía General Hipotecaria ha sido objeto de múltiples discusiones en torno a su validez desde antaño. Reconociendo desde ya su validez, el presente trabajo tiene por objetivo referirse someramente a su existencia en Chile, conocer su estructura jurídica y aplicabilidad en el Mercado Crediticio, además de exponer brevemente sobre otra modalidad del Contrato de Hipoteca en Francia; la denominada Hipoteca Recargable.

Palabras Claves: *Cláusula de Garantía General Hipotecaria, Hipoteca Recargable.*

ABSTRACT: The General Mortgage Guarantee clause has been the subject of many discussions about its validity for years. Recognizing its validity, this paper aims to briefly refer to its existence in Chile, to know its legal structure and applicability in the Credit Market, besides exposing briefly about another modality Mortgage Contract in France; the denominated Rechargeable Mortgage.

Key Words: *General Mortgage Guarantee, Rechargeable Mortgage.*

I. Introducción

De todas las cauciones (reales o personales) establecidas por nuestro ordenamiento, ninguna pareciera ofrecer mayor seguridad al acreedor que la Hipoteca. Primero, por las facultades de persecución y rápida realización que éste tiene sobre el inmueble hipotecado – y que por su propia naturaleza difícilmente podrá ser distraído por el deudor - además del evidente valor monetario que hoy en día poseen los inmuebles. Para el deudor, a su vez, permite la obtención de créditos cuantiosos, conservando además la facultad de percepción de frutos y de disposición del inmueble hipotecado (con la excepción de realizar actos o constituir derechos reales limitados que importen la pérdida o deterioro del bien raíz; art. 2427 CCCh.).

El CCCh. en su art. 2407 define a la Hipoteca como “un derecho de prenda, constituido sobre inmuebles, que no dejan por eso de permanecer en el poder del deudor¹”. Es la Doctrina, por su parte, y con el fin de incorporar cabalmente su función de garantía, la que ha ido complementado dicha definición incorporando además su “calidad de derecho real” (art. 577, CCCh.), la “facultad del acreedor hipotecario de perseguir dicho derecho en manos de quien se encuentre el inmueble” y de que éste “pueda pagarse preferentemente con el producto de su subasta”. Se trata, además, de un derecho mayoritariamente² inmueble (art. 580 del CCCh.), accesorio (arts. 46, 2413 inc. 3, 2414 inc. 2, 2427, 2430 inc. 1, 2431 inc. 1, 2432 n. 2 y 2434, todos del CCCh.), indivisible (art. 2408 del CCCh.), y que no implica desplazamiento del bien gravado.

Considerando los múltiples beneficios de este derecho real tanto para el acreedor como para el deudor, se ha optado desde antaño en constituir hipotecas con la denominada Cláusula de Garantía General, la cual puede definirse como “aquella en que el deudor hipoteca un Predio como garantía (generalmente en favor de un Banco), no sólo respecto de la obligación que actualmente contrae, sino también respecto de todas sus deudas futuras³”. Si bien es cierto la Doctrina Nacional no ha sido pacífica en cuanto a su validez – por vulnerarse el Principio de la Especialidad y Publicidad de la Hipoteca, entre otros argumentos⁴ -, los arts. 2431 y 2427 del

* Se utilizarán las siguientes abreviaciones; CGGH: Cláusula de Garantía General Hipotecaria; CCCh: Código Civil Chileno; CCF: Código Civil Francés; HR: Hipoteca Recargable.

¹ Como puede observarse, el Código de Bello concibió el derecho de Prenda como la forma genérica de garantía real, estableciendo a la Hipoteca como una modalidad de aquella. La definición, en esencia, no dista mucho del concepto hecho en la Ley I del Título XIII de la Partida Quinta (Las VII Partidas de Alfonso X, El Sabio).

² El art. 2418 del CCCh hace referencia a la Hipoteca de Naves (bien mueble).

³ Nota a la sentencia de la Corte Suprema del 11 de Noviembre de 1929. *Validez de la Cláusula de Garantía General*, RDJ, XXVII-1-630.

⁴ Se vulneraría además lo dispuesto en el número 4 del art. 81 del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces, además del art. 2431 del CCCh. en cuanto al límite de la Hipoteca. Además, se observa que el Contrato Hipotecario adolecería de indeterminación de Objeto, acarreado así su nulidad (arts. 1460, 1461, 1466, 1681 y 1682, todos del CCCh.), además de infringirse el Principio de la Libre Circulación de los Bienes. Por otra parte, se ha fundado igualmente la nulidad de ésta señalándose que el Contrato de Hipoteca que contiene a la CGGH carecería de Causa, incumpléndose así con el requisito de la realidad y licitud de ella. En este caso, la Causa es el

CCCh. implícitamente la aceptan, en la medida que permite que la deuda garantizada por ésta sea indeterminada⁵.

La presente investigación tiene por objeto conocer brevemente los antecedentes de la CGGH, además de su estructura jurídica y aplicabilidad en el Mercado. Por último, se presenta al lector algunos alcances sobre la denominada HP en el Derecho Civil Francés, como modalidad atípica contractual de similar naturaleza.

A. Breve Historia de la CGGH en Chile.

Ya con anterioridad a 1857 -año de entrada en vigencia de nuestro CC- existe Jurisprudencia que declaró la validez de la CGGH. Como lo relata UGARTE⁶, en la causa “Monticelli, Antonio, con Síndico del Concurso de Don Agustín Correa”, una de las partes constituyó una Hipoteca “*a favor de una casa comercial para garantizar la entrega de mil fanegas de nueces a tres pesos con cincuenta por cada fanega, además de todos los créditos que el deudor contrajera en el futuro, y que se determinasen por recibos o pagarés, sin registrarse la cantidad máxima de las obligaciones a adquirir, ni tampoco su monto*”. Habiéndose promovido litigio por su validez, el Tribunal de Consulado de Valparaíso estimó que dicha garantía general hipotecaria era válida, fundando su Sentencia en lo dispuesto en el Libro X de la Novísima Recopilación. Sin embargo, finalmente la Corte de Apelaciones estimó correcto revocar dicha sentencia, aunque sin ahondar mayormente en los argumentos que fundaron su decisión⁷. Por su parte, el profesor DIEZ⁸ afirma en su obra que es posible señalar que la legislación Española y Visigoda que rigió hasta la promulgación del CCCh. permitió que se otorgasen Hipotecas en garantía de obligaciones de monto indeterminado⁹. Desde entonces, y conforme a los argumentos sostenidos por el autor, podemos sostener que la redacción del art. 2431 del CCCh. tuvo por objeto permitir este tipo de cláusula en los contratos de hipoteca celebrados (contrariamente a lo señalado en el art. 2132 del CCF. de 1804, que abiertamente impedía la indeterminación de la deuda que garantizaba en la escritura de hipoteca¹⁰).

B. Estructura de la CGGH.

La CGGH constituye un elemento accidental en el Contrato de Hipoteca (art. 1444 del CCCh.), una modalidad atípica, donde se faculta al deudor hipotecario a garantizar con un mismo inmueble no sólo la obligación actual que se contrae, sino también la totalidad de las obligaciones indeterminadas y futuras que vaya a contraer con el acreedor hipotecario (generalmente el banco u otra institución financiera). Como la fuente de la obligación en este caso no es la ley -como se pudiese pensar-, sino la voluntad de las partes (el contrato de hipoteca, art. 1447 del CCCh.), se generan algunos efectos importantes a considerar: 1. Requiere que la cláusula se encuentre expresamente consagrada en el contrato respectivo (aunque no necesariamente a través de una fórmula sacramental); 2. No puede establecerse por analogía; 3. Quien alegue la existencia de la Cláusula, deberá probarlo (desde luego, con el respectivo contrato); 4. La CGGH se interpretará conforme a las normas generales de interpretación de los

interés jurídico de caucionar el contrato principal (Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilena, pág. 87, tomo XI, 1998, sección civil).

⁵ DIEZ DUARTE, Raúl (1991), *La Hipoteca en el Derecho Civil Chileno*. El autor señala igualmente como fundamento de la misma los arts. 2413 y 2431. El primero señala que la hipoteca “podrá” otorgarse en cualquier tiempo, antes o después de los contratos que accede. El segundo, por su parte, establece que la hipoteca “podrá” limitarse a una determinada suma.

⁶ UGARTE Godoy, José J. La Nulidad de la Cláusula de Garantía General Hipotecaria. Revista de Derecho y Jurisprudencia Tomo LXXXVIII.

⁷ Gaceta de los Tribunales, 1858. N°1781, p. 8.

⁸ Ob. cit. p. 129.

⁹ Gaceta de los Tribunales. Año 1860, sentencia N° 1440, página 1846. La Corte Suprema de Justicia en fallo de fecha 31 de Julio de 1860, en su considerando segundo, dijo: “*Que las leyes Españolas no han declarado nulas las hipotecas convencionales indeterminadas, y únicamente han exigido la publicidad e inscripción que prescriben las leyes primera y segunda, título XVI, Libro X, de la Novísima Recopilación*”.

¹⁰ El art. 2132 del CCF fue redactado en los siguientes términos: “*La hipoteca contractual sólo es válida cuando la cantidad por la que se consiente es segura y está determinada por la escritura. Si el crédito resultante de la obligación es condicional para su existencia o indeterminado en su valor, el acreedor no podrá requerir la inscripción de la que se habla más adelante hasta un valor estimativo declarado expresamente por él y que el deudor tendrá derecho a reducir si procede.*”

contratos (arts. 1560 y 1545 del CCCh.) y a las especiales que regulen al Derecho Real de Hipoteca¹¹, y 5. Teniendo presente como decíamos que su fuente es convencional y también el hecho de que raramente (por no decir jamás) el deudor hipotecario se reunirá con el Banco a discutir y redactar el contenido de esta cláusula – y de la totalidad del contrato de hipoteca, desde luego –, necesariamente el deudor hipotecario se obligará a través de un Contrato de Adhesión. Por lo anterior, en caso de futuros conflictos con el banco, podrá éste ampararse en la Ley de Protección al Consumidor (Ley N° 19.496)¹².

C. Aplicabilidad y Ventaja de la CGGH

Como ya lo hemos señalado en la definición dada, generalmente la CGGH se incorporará en un contrato de hipoteca donde el acreedor hipotecario será un banco u otra institución Financiera. Decimos generalmente, porque nada obsta (salvo la capacidad económica del acreedor) a que la obligación pueda también contraerse entre particulares. Con todo, la aplicabilidad de la CGGH en nuestro país ha tenido preferencia en el Mercado Crediticio Bancario, tanto para garantizar el pago de mutuos hipotecarios como en diversos tipos de transacciones, incluso hasta en mutuos de consumo o en la emisión de boletas bancarias de garantía, entre otras¹³. Como puede observarse, su utilidad en el comercio financiero es enorme;

¹¹ PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel (2009), *Obligaciones, Teoría General y Clasificaciones, La Resolución por Incumplimiento*, p. 353-354, Primera Edición. Editorial Jurídica de Chile.

¹² Si bien la ley en cuestión acogió la teoría de *numerus clausus*, enumerando taxativamente las conductas constitutivas de abuso en contra del consumidor, podría incluirse en la misma una ley o fórmula general que permita al juzgador dejar sin efecto, es este caso, cualquier estipulación que la institución crediticia pudiese incluir en el Contrato de Hipoteca y que configurase un abuso de posición dominante por parte del Banco. Con todo, la Ley N° 20.130 (del 07/11/2006) y la Ley N° 20.555 (05/12/2011) mejoraron la situación del deudor hipotecario. Respecto de esta última, que modificó la Ley N° 19.496 sobre Protección al Consumidor, obligó a los Bancos a que en los contratos de mutuos hipotecarios que celebren deberá indicarse pormenorizadamente un resumen estandarizado de sus principales cláusulas, existiendo además la obligación de los proveedores del crédito o acreedores hipotecarios, una vez extinguidas totalmente las obligaciones del deudor, de otorgar las correspondientes escrituras de cancelación de la o las Hipotecas dentro del plazo de quince días hábiles, entre otros beneficios.

¹³ MILES CASTRO, Sergio (2010). Memoria de Tesis, *La Cláusula de Garantía General Hipotecaria*, Universidad de Chile. El autor incorpora un ejemplo de cláusula tipo, que reproducimos; *Cláusula de Garantía General Hipotecaria en un Contrato de Mutuo Hipotecario*. ~~xxxxxxx~~: *El deudor, a fin de garantizar al Banco el cumplimiento exacto, íntegro y oportuno de todas las obligaciones que para él emanan en virtud del mutuo hipotecario que se le otorga en este instrumento; como asimismo y con el objeto de garantizar al Banco el cumplimiento exacto, íntegro y oportuno de todas y cualesquiera obligación que le adende actualmente o le adendare en el futuro, directa o indirectamente, en moneda nacional o extranjera, conjunta o separadamente, ya sea como suscriptor, aceptante, girador, endosante o avalista de letras de cambio, libranzas, pagarés u órdenes de pago distintas de los cheques, incluyendo la responsabilidad derivada de documentos endosados al Banco en garantía; por créditos simples o documentarios; por avances y sobregiros pactados o no pactados en cuenta corriente o en cuentas corrientes especiales; por contratos de apertura de líneas de crédito, cartas de crédito y operaciones de comercio exterior; por saldos en su contra que arrojen sus cuentas corrientes, sea por liquidaciones parciales o definitivas; por cheques, boletas de garantía, incluyendo los pagares suscritos o cualquiera otra clase de documentos mercantiles o bancarios, ya sea como deudor principal o como fiador simple o solidario o como codendador solidario o a cualquier título; por mutuos de dinero, préstamos en moneda corriente efectuados con letras o pagarés o descuentos de letras de cambio; préstamos en cuenta especial, y por cualquier otro documento que contenga una operación de crédito de dinero, incluyendo otros derivados del uso de tarjeta de crédito, de débito, cargos en cajeros automáticos, pagos de servicios autorizados, uso de dinero electrónico, comisiones autorizadas, transferencias a terceros autorizados, tanto electrónicas como por otros medios; por los intereses, reajustes, costas y gastos de protestos en su caso que correspondan, y por las renovaciones o reprogramaciones actuales o futuras de todas estas operaciones y documentos, ya sea que estas obligaciones se hayan contraído en la Oficina Principal del Banco o en cualquiera otra establecida o que se estableciere tanto dentro como fuera del territorio de la República o que se hayan contraído antes o después de la prórroga del plazo de duración de la deuda en su caso, o por gastos incurridos por el deudor, como asimismo, para garantizar cualquiera obligación emanada de uno o más contratos de los cuales se deriven para dicha persona cualquier tipo o clase de obligación de dinero para con el Banco, como ser, por vía ejemplar, contratos u operaciones de leasing, de factoring o factoraje, de compraventa de bienes corporales, muebles o inmuebles, o incorporales, inversiones financieras y otros compromisos, y en general cualquier obligación contraída directa o indirectamente con el Banco, constituye primera hipoteca con cláusula de garantía general en favor del Banco sobre la propiedad ya singularizada. Se comprenden en la hipoteca anterior todos los inmuebles que por adherencia o destinación pertenezcan o se reputen pertenecer a la propiedad hipotecada, sus frutos naturales y civiles, aumentos y mejoras útiles, necesarias o voluptuarias. (Si la hipoteca general la constituye una persona natural casada en sociedad conyugal y su objeto es caucionar obligaciones de un tercero, deberá agregarse: “La anterior hipoteca general se encuentra limitada a la suma de..... Unidades de Fomento por concepto de capital, más intereses y costas de cobranza si procedieren). El deudor, se obliga a no enajenar ni prometer la enajenación por venta o cualesquiera otro título traslativo del dominio, gravar en cualquier forma, constituir derechos reales o personales de cualesquiera naturaleza en favor de terceros, subdividir, ni arrendar o subarrendar en todo ni en parte la propiedad materia de este contrato sin consentimiento previo otorgado por escrito por un representante autorizado del Banco, prohibiciones que deberán inscribirse en el registro correspondiente. El Banco, representado en la forma indicada en la comparecencia, acepta expresamente la constitución de estas hipotecas y prohibiciones a su favor.*

fomenta el consumo, facilitando al deudor su acceso al crédito, evitándose además las posteriores inscripciones conservatorias. Como lo ha señalado el profesor DOMÍNGUEZ, *difícil es encontrar hoy en día una hipoteca constituida por un deudor a favor de un banco, que no contenga la conocida “cláusula de garantía general hipotecaria”, por la cual se hace extensiva la garantía a todas las deudas que tenga o llegue a tener, directamente y aún indirectamente o por cualquier causa, ese deudor con la institución financiera. Más aún, no es infrecuente que la hipoteca con esa cláusula se constituya aún antes de otorgarse, jurídicamente, el crédito que la fundamenta*¹⁴. En igual sentido, MOHOR¹⁵, se pronuncia sobre su total pertinencia.

Por último, cabe señalar que diversas leyes especiales han reconocido la validez de la CGGH en nuestro ordenamiento; entre ellas, el DFL N° 126 de 1953 que permitió el otorgamiento de hipotecas en garantía de préstamos otorgados por el Departamento Agrícola del Banco del Estado de Chile; la Ley N°3.379, del 10 de Mayo de 1918, modificada por el DFL N° 309/11.151, de 25 de julio de 1953, la permitió respecto de préstamos hipotecarios otorgados por la Caja de Retiro y Previsión Social de Ferrocarriles del Estado; el Decreto del Ministerio de Salud Pública y Previsión Social N° 1831, del 13 de octubre de 1953, respecto de los préstamos de igual naturaleza otorgados por la Caja de Previsión de Empleados Particulares. Por último, hacemos presente que la Ley N° 4.287, del 23 de Febrero de 1928, sobre “Prenda de Valores Mobiliarios a favor de los Bancos”, establece claramente¹⁶ en su art. 5 la posibilidad de otorgar valores en garantía de obligaciones futuras e indeterminadas en cuanto a su monto y naturaleza. Como puede observarse, si bien dicha ley no se refiere expresamente a la CGGH, a

¹³ DOMÍNGUEZ, Ramón. Instituciones Jurisprudenciales en el Código Civil Chileno. En línea, en <https://www.u-cursos.cl/derecho/2009/1/D122T0794/5/.../207685>. Visto el 06 de Febrero del 2013. Por lo pronto, resulta imprescindible incorporar las siguientes reflexiones del Jurista: *Más, ¿Quién se atrevería hoy en día a sostener esa nulidad con probabilidades de éxito ante los Tribunales de Justicia nacionales? Ningún abogado que ejerza con seriedad su profesión se atrevería a hacerlo porque es lo cierto que ella ha adquirido ya el carácter de institución consagrada, reconocida y útil, hasta el punto que forma parte esencial del sistema de garantías reales de nuestra legislación. Y sin embargo, insistimos, ella no aparece consagrada en el Código Civil, porque como lo ha explicado el profesor Ugarte, una hipoteca, como caución que es, conforme por lo demás al concepto del art. 46, no puede ser sino accesorio, aunque nazca antes que la obligación garantizada; pero siempre que ésta tenga carácter de certeza, como para que pueda calificarse de futura y aún en ese caso, por aplicación del principio que para la fianza contiene el art. 2339, el deudor hipotecario puede desistirse mientras ella no nazca. La obligación principal adquiere entonces el carácter de elemento esencial para la existencia vinculante de la caución, por mucho que algunos hayan discutido lo que llaman “el mito de la accesoriedad” de la hipoteca. Y además, la dimensión de la obligación principal limita necesariamente la extensión de lo accesorio, como lo revela para la hipoteca el art. 2431. Todo dice entonces que la hipoteca no puede ser absolutamente indeterminada y no acceder a ninguna obligación precisa que ni siquiera se sabe si existirá. La hipoteca de obligaciones futuras no es pues argumento alguno para la cláusula de garantía general hipotecaria. El profesor Ugarte ha hecho, como ya se refirió, incluso el análisis histórico de la cláusula, probando que ni aún los argumentos de la antigua legislación hispánica sirven de asidero a esa cláusula, pues incluso las hipotecas legales o generales admitidas por la legislación alfonsina, requerían de obligaciones individualizadas, ya que el carácter general no se refería a las obligaciones caucionadas, sino a los bienes sobre los que recaía la garantía y semejante es la cuestión en García Goyena, cuya doctrina a veces se ha esgrimido para entender que Bello pudo imaginar la cláusula en cuestión. El ilustre comentarista del Proyecto Español de 1851 no habla de la cláusula de garantía general, sino de la hipoteca general para referirse a aquella que se extendía a bienes no determinados contrariando el principio de la especialidad, que es cosa diversa a la referida por la cláusula en cuestión. Inútil es volver, sin embargo sobre la validez de la cláusula. Que ella no aparece en el Código es, por la historia de la hipoteca en la legislación española que se aplicó entre nosotros antes del Código, por las normas finales de la hipoteca en el Código de Bello y por los caracteres de la hipoteca en nuestro sistema, cuestión evidente. Más con el apoyo de la doctrina que la aceptado y que es de sobra conocida, la jurisprudencia le ha dado pleno valor y eficacia, pues si en algún tiempo hubo sentencia que le negaron validez, luego los tribunales le dieron plena acogida y hoy en día constituye una modalidad de la hipoteca que no podría eliminarse sin afectar a todo el sistema crediticio del país y con la cual operan satisfactoriamente acreedores y deudores. Más aún: la ley ha terminado incluso por reconocerla al permitir pactarla en la prenda sin desplazamiento de la ley 18.112 (art. 3 letra b).*

¹⁵ MOHOR Alborno, Elías. Presidente de la Asociación de Notarios y Conservadores de Chile. Efectos Económicos de la Inscripción de las Garantías Reales. En línea, en <http://www.cinder.info/wp-content/uploads/file/DocumentosFortaleza/Mohor.pdf>. (Visto el 03 de Febrero del 2013).

¹⁶ Artículo 5: Las prendas que se constituyan en favor de un Banco en conformidad a las disposiciones de esta ley, servirán de garantía a todas las obligaciones directas e indirectas de cualquiera clase que el dueño de la prenda tenga o pueda tener a favor del mismo Banco, a menos que conste expresamente que la prenda se ha constituido en garantía de obligaciones determinadas.

¹⁷ Yves PICOD (2011), *Droit des Sûretés*. PUF, Paris, Francia.

través de una interpretación por analogía es dable concluir que en el caso de la hipoteca podría procederse de igual forma.

II. La Hipoteca Recargable en el Derecho Civil Francés

A diferencia de nuestra legislación civil, el otorgamiento de créditos hipotecarios en Francia encontró desde principios del siglo XIX la rigidez del art. 2132 del CCF, que consagró expresamente el Principio de la Especialidad de la Hipoteca en los siguientes términos; *La hipoteca contractual sólo es válida cuando la cantidad por la que se consiente es segura y está determinada por la escritura. Si el crédito resultante de la obligación es condicional para su existencia o indeterminado en su valor, el acreedor no podrá requerir la inscripción de la que se habla más adelante hasta un valor estimativo declarado expresamente por él y que el deudor tendrá derecho a reducir si procede.* Como puede observarse, la inflexibilidad del precepto sumado a la necesidad de que en todo mercado resulta imperiosa la obtención de créditos para el crecimiento – o como lo dice la expresión “no hay economía moderna sin crédito, ni crédito sin garantía¹⁷”, llevó a que el 23 de Marzo del año 2006 el gobierno francés dictase la Ordenanza 2006-346, que modernizó y simplificó el derecho de garantías reales y personales de aquel país, añadiendo al CCF el Libro IV (arts. 2284 al 2488). Entre las diversas figuras creadas, nace la denominada Hipoteca Recargable como modalidad en el contrato hipotecario (entre nosotros, como lo que se recarga es el crédito y no la Hipoteca, quizás debió llamarse Crédito Hipotecario Recargable), la cual encontró como fundamentos la agilización del comercio bancario y el otorgar mayores beneficios al deudor y acreedor hipotecarios, incorporándose al mercado como una modalidad contractual idónea.

¿Qué debemos entender por una buena garantía? Sin mayor esfuerzo, pareciera que es aquella que permita garantizar sumas considerables de dinero otorgando la máxima probabilidad de pago al acreedor, y cuya constitución resulte expedita y sin mayor costo para ambas partes (como en el caso de la CGGH tratada en los números anteriores). En igual sentido, la denominada HR permite que a través de un instrumento privado entre el acreedor y el deudor hipotecario, denominado “convenio de recarga”, se garantice los créditos de varios acreedores sobre la misma hipoteca¹⁸, prescindiendo de nuevas escrituras públicas exigidas al momento de su constitución.¹⁹ Bajo esta estructura, resulta también evidente la pérdida total de validez del principio de especialidad hipotecario, pero no al de indivisibilidad. Como lo ha señalado SALVAT²⁰ meses atrás, es necesario observar *que este mecanismo no se basa en una división, lo que estaría en contradicción con el principio de indivisibilidad de garantías. La hipoteca persiste, incluso si la deuda original es pagada.*

¹⁸ *L'hypothèque peut être ultérieurement affectée à la garantie de créances autres que celles mentionnées par l'acte constitutif pourvu que celui-ci le prévoit expressément. Le constituant peut alors l'offrir en garantie, dans la limite de la somme prévue dans l'acte constitutif et mentionnée à l'article 2423, non seulement au créancier originaire, mais aussi à un nouveau créancier encore que le premier n'ait pas été payé. La convention de rechargement qu'il passe, soit avec le créancier originaire, soit avec le nouveau créancier, revêt la forme notariée. Elle est publiée, sous la forme prévue à l'article 2430, à peine d'opposition aux tiers. Sa publication détermine, entre eux, le rang des créanciers inscrits sur l'hypothèque rechargeable. Les dispositions du présent article sont d'ordre public et toute clause contraire à celles-ci est réputée non écrite.* (La hipoteca será ulteriormente asignada a la garantía de los créditos que no sean los mencionados por la escritura constitutiva, siempre que la misma lo prevea de manera expresa. El constituyente podrá entonces ofrecerlo en garantía, dentro del límite de la cantidad prevista en la escritura constitutiva y mencionada en el artículo 2423, no sólo al acreedor original, sino también a un nuevo acreedor, aún cuando el primero no haya sido resarcido. El contrato de recarga celebrado entre este acreedor y bien el acreedor original, bien el nuevo acreedor, deberá formalizarse mediante escritura notarial. Esta se publicará bajo la forma prevista en el artículo 2430, bajo pena de inoponibilidad frente a terceros. Su publicación determinará el orden de prelación entre los acreedores inscritos sobre la hipoteca recargable. Lo dispuesto en el presente artículo es de orden público y cualquier cláusula en contrario se considerará no escrita).

¹⁹ HERRERA TAPIA, Belinas (2011). *El Nuevo Derecho de Garantías en el Derecho Colombiano y en el Derecho Comparado*. La autora afirma a través de su análisis de la nueva legislación comparada que existe hoy en día el interés de los países europeos de crear una hipoteca comunitaria a la que han llamado *eurohipoteca*. En línea; en http://www.uac.edu.co/images/stories/publicaciones/revistas_cientificas/juris/volumen-7-no-1/articulo8.pdf (visto el 19 de Febrero del 2013).

²⁰ SALVAT, Odel (2012) Artículo en Francés; la traducción es del autor del presente artículo. *Algunas Peculiaridades de la Hipoteca Recargable*. La Semana Jurídica Notarial e Inmobiliaria, N° 29, 20 de Julio del 2012, 1299.

III. Conclusiones

1. Como puede observarse, la CGGH ha sido incorporada en el mercado crediticio chileno plenamente. Tanto la doctrina como la jurisprudencia - e incluso la ley-, le han dado plena validez a ésta como modalidad entre los contratos de hipoteca celebrados en nuestro país. Los fundamentos señalados resultan del todo suficientes, si consideramos que según lo visto la CGGH ha sido incorporada en distintas leyes especiales con plena eficacia jurídica.
2. Se observa en las legislaciones civiles europeas contemporáneas la intención –y la incorporación, como es el caso de Francia y España- de integrar en sus ordenamientos diferentes tipos de modalidades en el contrato de hipoteca, además de la denominada hipoteca recargable (en España, por ejemplo, se incorporaron además las denominadas *hipotecas inversas* en favor de los mayores de 65 años y las *hipotecas flotantes*, en favor de los propietarios de negocios familiares y de pequeñas y medianas empresas). Lo anterior, significa derechamente la anulación del principio de la especialidad hipotecaria.
3. Este tipo de modalidades atípicas (CGGH, HR, etc.) otorga múltiples beneficios en el mercado financiero; para el deudor, significa agilizar el procedimiento de obtención de créditos –generalmente altos- y el abaratamiento de costos para su obtención, aumentando su capacidad de consumo. Para el acreedor, por su parte, permite que su crédito (préstamo) se vea fuertemente protegido por su facultad de rápida persecución sobre el inmueble hipotecado y los demás privilegios señalados al principio de este trabajo. Finalmente, también el Estado se ve beneficiado, sobre todo si consideramos que a través del fomento del consumo puede colaborar con las políticas económicas que éste adopte en períodos determinados.
4. Por último, revistiendo el contrato de hipoteca que contiene a la CGGH un verdadero Contrato de Adhesión, resulta de gran valor para el deudor hipotecario chileno la promulgación de la Ley N° 20.555 (05/12/2011), sobre todo por cuanto mejora la facultad de éste de conocer a cabalidad los términos del contrato celebrado, simplificando y transparentando su contenido.

Bibliografía

1. Código Civil Chileno
2. Código Civil Francés
3. Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales de Chile
4. Gaceta de Tribunales
5. DIEZ DUARTE, Raúl (1991), *La Hipoteca en el Derecho Civil Chileno*
6. PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel (2009), *Obligaciones, Teoría General y Clasificaciones, La Resolución por Incumplimiento*, p. 353, Primera Edición. Editorial Jurídica de Chile
7. Ley N° 20.555 (Modifica la Ley N° 19.496, sobre protección de los derechos de los consumidores, para dotar de atribuciones en materias financieras, entre otras, al servicio nacional del consumidor.)
8. MILES CASTRO, Sergio (2010). Memoria de Tesis, *La Cláusula de Garantía General Hipotecaria*, Universidad de Chile.
9. DOMÍNGUEZ, Ramón. *Instituciones Jurisprudenciales en el Código Civil Chileno*. En línea, en <https://www.ucursos.cl/derecho/2009/1/D122T0794/5/.../207685>. Visto el 06 de Febrero del 2013.
10. MOHOR Alborno, Elías. *Presidente de la Asociación de Notarios y Conservadores de Chile. Efectos Económicos de la Inscripción de las Garantías Reales*. En línea, en <http://www.cinder.info/wp-content/uploads/file/DocumentosFortaleza/Mohor.pdf>. (Visto el 03 de Febrero del 2013).

10. HERRERA TAPIA, Belañas (2011). *El Nuevo Derecho de Garantías en el Derecho Colombiano y en el Derecho Comparado*. En línea; en http://www.uac.edu.co/images/stories/publicaciones/revistas_cientificas/juris/volumen-7-no-1/articulo8.pdf (visto el 19 de Febrero del 2013).

11. SALVAT, Odel (2012). *De quelques singularités de l'hypothèque rechargeable*. La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 29, 20 Juillet 2012, 1299. (*Algunas Peculiaridades de la Hipoteca Recargable*. La Semana Jurídica Notarial e Inmobiliaria, N° 29, 20 de Julio del 2012, 1299)