

PORTABILIDAD FINANCIERA LEY N.º 21236

FINANCIAL PORTABILITY LAW No. 21.236

*Joel González Castillo**

RESUMEN: Se analiza en este artículo la nueva ley de portabilidad financiera, las modalidades de esta, con y sin subrogación, y sus etapas, esto es: (i) solicitud de portabilidad, (ii) oferta de portabilidad, (iii) aceptación de la oferta de portabilidad, (iv) contratación de productos y servicios financieros y (v) cumplimiento del mandato de término. Referente a la portabilidad con subrogación se desarrollan sus requisitos, los créditos respecto de los cuales procede, la subsistencia de las garantías reales, la extinción de las garantías personales y los seguros –en relación con el crédito original y el nuevo–, las reglas especiales para garantías con y sin cláusula de garantía general y las garantías bajo sistema registral.

PALABRAS CLAVE: Portabilidad financiera, productos y servicios financieros, bancos, subrogación, crédito, garantías.

ABSTRACT: This article analyzes the new financial portability law, its modalities, with and without subrogation, and its stages, *i.e.*, (i) portability request, (ii) portability offer, (iii) acceptance of the portability offer, (iv) contracting of financial products and services, and (v) fulfillment of the mandate. Regarding portability with subrogation, its requirements are developed, the credits with respect to which it proceeds, the subsistence of real guarantees, the extinction of personal guarantees and insurance -in relation to the original and the new credit-, the special rules for guarantees with and without a general guarantee clause and the guarantees under the registry system.

* Profesor de Derecho Civil, Pontificia Universidad Católica de Chile. Correo electrónico: jagonzac@uc.cl

KEYWORDS: Financial portability, Financial products and services, Banks, Subrogation, Credit, Guarantees.

I. INTRODUCCIÓN

La ley tiene por objetivo, conforme a su artículo 1^o, promover la portabilidad financiera, facilitando que las personas, micro y pequeñas empresas se cambien, por estimarlo conveniente, de un proveedor de servicios financieros a otro², o de un producto o servicio financiero vigente a otro nuevo contratado con el mismo proveedor.

La misma norma citada señala que la ley se aplicará a proveedores de servicios financieros, de conformidad al numeral 9 del artículo 3, regulados en la Ley n.º 18010, sobre operaciones de crédito; el decreto con fuerza de ley n.º 3 de 1997, del Ministerio de Hacienda, Ley General de Bancos; el decreto con fuerza de ley n.º 5 de 2003, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, Ley General de Cooperativas; el decreto con fuerza de ley n.º 251,

¹ Todas las normas citadas, salvo que se indique otra cosa, deben entenderse referidas a la Ley n.º 21236, sobre portabilidad financiera.

² Proveedor es todo banco, compañía de seguros, agente administrador de mutuos hipotecarios, caja de compensación de asignación familiar, cooperativa de ahorro y crédito o institución que coloque fondos por medio de operaciones de crédito de dinero de manera masiva señalada en el artículo 31 de la Ley n.º 18010, siempre y cuando dicha institución tenga un giro relacionado con el otorgamiento de créditos, o toda otra entidad fiscalizada por la Comisión para el Mercado Financiero en virtud del decreto con fuerza de ley n.º 3 de 1997, del Ministerio de Hacienda, que fija el texto refundido, sistematizado y concordado de la Ley General de Bancos (artículo 3º n.º 9). Se ha observado que “esta nueva portabilidad financiera tiene un defecto importante: Deja fuera diversas instituciones que prestan actualmente servicios financieros y que llegan incluso a segmentos de la población que no califican para ser clientes bancarios; en otras palabras, esta nueva ley deja fuera a los habitantes de este país que operan con empresas de innovación financiera, también conocidas como fintechs, tales como aquellas destinadas al financiamiento colectivo, las que realizan gestión de finanzas personales y empresariales, y las que utilizan tecnología para mejorar el mercado de los seguros, entre muchas otras. Si bien eventualmente cualquier fintech podría caer bajo la supervisión de la CMF, como podría ocurrir por ejemplo con aquellas que se avoquen a la emisión de tarjetas, la Ley de Portabilidad no es categórica en tal sentido, pese a que durante su discusión diversos actores plantearon la inquietud de que dicha norma fuera extensiva a las empresas de innovación financiera en general. Existe una nueva oportunidad para que tal error se corrija, a propósito de la discusión de la denominada Ley Fintech, impulsada por la CMF durante el último tiempo y que pretende dar mayores garantías de transparencia y seguridad a los usuarios de tales servicios, sin pretender regular ni restringir la actividad lícita que las dichas empresas innovadoras han realizado durante años en nuestro país. Es más, el hecho que exista esta normativa especial podría considerarse como una aún mejor razón para que la portabilidad financiera abarque también los servicios que prestan estas empresas”. REYES (2020).

de 1931, del Ministerio de Hacienda, sobre compañías de seguros, sociedades anónimas y bolsas de comercio; la Ley n.º 18833, sobre Cajas de Compensación de Asignación Familiar (CCAF), y en otras normas de similar naturaleza.

Las sociedades de apoyo al giro reguladas en el decreto con fuerza de ley n.º 3 de 1997, del Ministerio de Hacienda, Ley General de Bancos, podrán prestar servicios a cualquier proveedor en relación con la portabilidad financiera y la operatividad de la ley. Las sociedades de apoyo al giro que provean los mencionados servicios deberán establecer condiciones y exigencias objetivas y no discriminatorias de contratación, sin que puedan establecer diferencias en relación con el volumen de operaciones (artículo. 30).

II. PROCESO DE PORTABILIDAD FINANCIERA

1. *Definición*

Proceso de portabilidad financiera es aquel que tiene por objetivo principal la contratación de productos o servicios financieros³ con un nuevo proveedor⁴ y el término de uno o más productos o servicios financieros contratados con el proveedor inicial⁵ (artículo 3º n.º 8).

Se entiende como “productos o servicios financieros” a las operaciones de crédito de dinero, las cuentas corrientes bancarias o cuentas vistas, las tarjetas de pago, sus respectivas líneas de crédito asociadas y aquellos productos o servicios que se otorguen en forma masiva y estandarizada mediante contratos de adhesión y por los cuales los proveedores tienen derecho a cobrar una comisión, siempre y cuando no correspondan a productos o servicios de ahorro o inversión. Los descuentos o promociones ofrecidos por el proveedor respecto de la comisión de un producto o servicio no serán considerados para efectos de determinar el derecho a cobrar comisión del proveedor.

Las cuotas de participaciones, derechos sociales, acciones o cualquier otro derecho o título sobre la propiedad de un proveedor no serán considerados como un producto o servicio financiero (artículo 47 del Reglamento)⁶.

³ Como cuentas bancarias (corrientes, vista, ahorro), líneas de crédito, créditos de consumo, créditos automotrices, créditos hipotecarios, tarjetas de crédito y débito, fondos mutuos, depósitos a plazo, entre otros.

⁴ Nuevo proveedor es aquel respecto del cual un cliente ha aceptado una oferta de portabilidad financiera (artículo 3º n.º 6).

⁵ Proveedor inicial es aquel con el cual un cliente mantiene vigente uno o más contratos de productos o servicios financieros (artículo 3º n.º 10).

⁶ El Reglamento define por primera vez, en nuestra legislación, lo que ha de entenderse por “producto o servicio financiero”. Véase el alcance de ello en ALCALDE (2020).

2. Modalidades de portabilidad financiera

El proceso de portabilidad puede adoptar las siguientes modalidades:

a) Portabilidad sin subrogación

Es el proceso que tiene por finalidad contratar productos o servicios financieros con un nuevo proveedor y obtener el término de uno o más productos o servicios financieros que el cliente⁷ mantenga vigentes con el proveedor inicial, extinguiendo, en consecuencia, todas las garantías que caucionan dichos productos o servicios, y

b) Portabilidad con subrogación

Es el proceso por el cual el cliente contrata un nuevo crédito⁸ con un nuevo proveedor con la finalidad de pagar un crédito que el cliente mantiene con un proveedor inicial, produciéndose con ello una subrogación especial de crédito (artículo 4º inciso 1º).

Un mismo proceso de portabilidad podrá operar bajo ambas modalidades para distintos productos o servicios financieros (artículo 4º inciso 2º).

El proceso de portabilidad financiera podrá tener lugar tanto entre productos o servicios financieros otorgados por distintos proveedores como entre productos o servicios financieros otorgados por el mismo proveedor⁹ (artículo 4º inciso 3º).

⁷ Cliente es la persona natural o jurídica que mantiene vigente uno o más productos o servicios financieros, y que tenga la calidad de consumidor conforme a la Ley n.º 19496, o de micro o pequeña empresa, conforme a la Ley n.º 20416, que Fija Normas Especiales para las Empresas de Menor Tamaño (artículo 3º n.º 2).

⁸ Crédito es la operación de crédito de dinero definida en el artículo 1 de la Ley n.º 18010, que Establece Normas para las Operaciones de Crédito y otras Obligaciones de Dinero que Indica (artículo 3º n.º 4).

⁹ “En caso de que un cliente presente una solicitud de portabilidad financiera al mismo proveedor con el cual tiene vigente los productos o servicios financieros que desea terminar, se entenderá que se está solicitando una portabilidad financiera con el mismo proveedor. En dicho caso, el proceso se regirá bajo las mismas reglas aplicables a todo proceso de portabilidad financiera, teniéndose en especial consideración que las gestiones del mandato de término se realizarán actuando en nombre y representación del cliente. Sin perjuicio de lo anterior, la portabilidad financiera con un mismo proveedor tendrá las siguientes normas especiales: a) Se entenderá que el proveedor tendrá tanto la calidad de nuevo proveedor, como de proveedor inicial. b) No será necesario que el proveedor solicite un certificado de liquidación, de actualización de deudas o de pago de impuestos de timbre y estampilla, sin perjuicio de ello, estos documentos deberán ser igualmente emitidos cuando lo solicite el cliente y para efectos de cumplir con la obligación del inciso 2º del artículo 16 de la ley y del numeral 17 del artículo 24 del decreto ley n.º 3475 de 1980, que Modifica la Ley de Timbres y Estampillas. c) El proveedor podrá mantener copia de los mencionados certificados en caso de que

III. ETAPAS DE LA PORTABILIDAD FINANCIERA

Las etapas de la portabilidad financiera son:

- i) solicitud de portabilidad,
- ii) oferta de portabilidad,
- iii) aceptación de la oferta de portabilidad,
- iv) contratación de productos y servicios financieros, y
- v) cumplimiento del mandato de término.

1. *Solicitud de portabilidad*

Todo cliente que quiera iniciar un proceso de portabilidad financiera deberá presentar una solicitud de portabilidad a un proveedor (artículo 5º inciso 1º), ya sea de manera física o digital (artículo 1º del Reglamento).

1.1. Definición

Solicitud de portabilidad es aquella presentada por un cliente a un proveedor, con el objetivo de iniciar un proceso de portabilidad (artículo 3º n.º 12).

1.2. Normas de publicidad

Una vez presentada la solicitud, el proveedor deberá informar los derechos y obligaciones que tienen el cliente y el proveedor en un proceso de portabilidad (artículo 29)¹⁰.

no prospere el proceso de portabilidad, siempre y cuando se cumpla con lo señalado en el artículo 25 de la ley. d) El proveedor, en calidad de nuevo proveedor, no deberá cumplir con ninguna obligación de notificar o remitir documentos al proveedor inicial. e) El proveedor, en calidad de proveedor inicial, no deberá cumplir con ninguna obligación de notificar o remitir documentos al nuevo proveedor, sin perjuicio de ello, igualmente deberá emitir, cuando corresponda, los respectivos comprobantes de pago. f) No será necesario que el proveedor requiera el término de los productos vigentes en virtud del mandato de término, siempre y cuando se deje constancia de la fecha en que se inició el proceso de cierre o término de cada producto o servicio financiero. Dicha constancia reemplazará a la copia de la comunicación para efectos de cumplir con la obligación indicada en el inciso final del artículo 22 del Reglamento y g) En el caso de una portabilidad financiera con subrogación, en el que los créditos vigentes estén caucionados por una garantía con cláusula de garantía general, se entenderá que el proveedor no perderá la garantía general” (artículo 49 del Reglamento).

¹⁰ Al respecto el artículo 45 del Reglamento señala: “Información al cliente respecto del proceso de portabilidad. Una vez presentada la solicitud de portabilidad, y dentro de 5 días hábiles bancarios desde su recepción, el proveedor deberá entregar al cliente, ya sea manera física o digital, una comunicación de fácil comprensión en que se indique lo siguiente: a) Tipos de procesos de portabilidad financiera; b) Etapas que contemplan los procesos de portabi-

1.3. Contenido

La solicitud deberá señalar en forma expresa la intención del cliente de iniciar dicho proceso, la especificación del proveedor inicial y el o los productos y servicios financieros que solicita terminar con este, en caso de aceptar la oferta (artículo 5º inciso 4º).

En caso de que el cliente desee refinanciar uno o más productos financieros con créditos disponibles no desembolsados o créditos rotativos¹¹, y no solicite su respectivo bloqueo¹², de conformidad al inciso 6º del artículo 17 D de la Ley n.º 19496¹³, la solicitud de portabilidad podrá incluir el compromiso del cliente de no aumentar dichas deudas por sobre un monto determinado. Con la entrega del referido compromiso se entenderá que el cliente acepta que los mencionados productos sean bloqueados de conformidad a lo señalado en el artículo 10. En caso de que el cliente no cumpla el referido compromiso, el nuevo proveedor podrá retractarse de celebrar los contratos ofrecidos (artículo 5º inciso 5º).

El artículo 3º del Reglamento por su parte dispone:

“Las solicitudes de portabilidad deberán constar en un formulario que será puesto a disposición por el proveedor al cliente, el cual deberá tener el título de ‘Solicitud de Portabilidad Financiera’ y contener las siguientes secciones para ser completadas:

alidad financiera; c) Plazos máximos para cada una de las etapas del proceso de portabilidad financiera; d) Derecho de arrepentimiento de la aceptación de la oferta de portabilidad; e) Efectos e implicancias de los compromisos de los artículos 5 y 10 de la Ley, en caso de haber sido asumidos por el cliente; f) Obligación del nuevo proveedor de cumplir el mandato de término, pagando y requiriendo al proveedor inicial el cierre o término de los productos o servicios que correspondan; g) Posibilidad de cargos adicionales en virtud del artículo 30 del Reglamento, cuando sea aplicable; y h) Obligación del nuevo proveedor de solicitar la constancia de subrogación especial de crédito, en caso de que corresponda”.

¹¹ En general, puede decirse que un crédito rotativo es uno que no tiene un número fijo de cuotas, en contraste con el crédito convencional; es una línea de libre inversión que consiste en aprobar un crédito del cual se puede disponer cada vez que se necesite. A medida que se realicen pagos, se libera cupo que se puede volver a usar sin necesidad de nuevas solicitudes. Ejemplos de créditos rotativos son los asociados a las tarjetas de crédito y líneas de crédito.

¹² El artículo 24 del Reglamento detalla el bloqueo de productos.

¹³ Dicha norma señala: “El consumidor podrá requerir al proveedor de productos o servicios financieros, en el momento de solicitar el certificado de liquidación para término anticipado, que bloquee los productos o servicios financieros con créditos disponibles no desembolsados o créditos rotativos, tales como líneas de crédito asociadas a cuentas corrientes o tarjetas de crédito, durante el tiempo de vigencia del certificado, de manera que la información contenida en el certificado de liquidación no se vea modificada durante su vigencia. El certificado deberá señalar expresamente los productos o servicios financieros que han sido bloqueados. Dicho bloqueo será sin costo para el cliente”.

- a) Fecha de presentación de la solicitud;
- b) Individualización del cliente y cotitular, si corresponde, indicando su nombre o razón social, domicilio y cédula de identidad o Rol Único Tributario;
- c) Nombre o razón social y Rol Único Tributario del proveedor que recibe la solicitud de portabilidad, los cuales deberán ser completados por el mismo proveedor;
- d) Nombre o razón social del proveedor inicial;
- e) Especificación de los productos o servicios financieros que el cliente mantiene vigentes con el proveedor inicial y que tiene la intención de terminar;
- f) Especificación de los productos o servicios financieros que el cliente quiere contratar con el proveedor al cual le está presentando la solicitud de portabilidad y, en caso de solicitar uno o más productos financieros que involucren una operación de crédito de dinero, se deberá especificar si dichos productos tienen por objeto el pago de alguna deuda que el cliente mantenga con el proveedor inicial;
- g) Correo electrónico, número de teléfono o cualquier otro medio tecnológico por el cual el cliente solicita ser contactado en relación al proceso de portabilidad; y
- h) Firma del cliente o su representante. En caso de que se presente la solicitud por medios remotos, se podrá usar firma electrónica simple, siempre que se utilicen medios tecnológicos, digitales o formas de comunicación a distancia que permitan autenticar y verificar en forma previa la identidad del cliente.

Adicionalmente, en caso de que uno o más de los productos o servicios financieros de la letra e) correspondan a créditos rotativos o disponibles no desembolsados, respecto de los cuales el cliente no haya solicitado su bloqueo al proveedor inicial de conformidad al inciso sexto del artículo 17 D de la Ley N° 19.496, se deberá especificar si el cliente asume el compromiso de no aumentar las deudas de dichos productos o servicio con el proveedor inicial por sobre un monto determinado, especificando dicho monto.

Si el cliente indica que la contratación del nuevo producto o servicio tiene por objeto el pago de una o más deudas vigentes determinadas, el cliente podrá no especificar el plazo o monto del producto o servicio a contratar, e indicar que solicita que dicho producto o servicio tenga un plazo de vencimiento equivalente al plazo residual de la deuda vigente a pagar o un monto equivalente a aquel que deba pagar para ponerle término al producto o servicio vigente, incluyendo la respectiva comisión de prepago, si procede.

Con todo, en caso de que la información entregada en la solicitud de portabilidad y en el correspondiente certificado de liquidación no sea suficiente para identificar los productos o servicios que el cliente solicita

terminar, el proveedor deberá informar de ello al cliente y solicitarle los antecedentes necesarios para la identificación de el o los productos o servicios financieros”.

1.4. Certificado de liquidación y de pago del impuesto de timbres y estampillas

El inciso 2º del artículo 4º del Reglamento dispone que en caso de que, aun antes de la solicitud de los certificados indicados, concurra alguna de las condiciones objetivas señaladas en el artículo 20 de los decretos supremos n.ºs 42, 43 y 44, todos de 2012, del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo¹⁴, el proveedor que recibe la solicitud de portabilidad podrá rechazarla sin necesidad de pedir los respectivos certificados (de liquidación y de pago del impuesto de timbres y estampillas).

Una vez que el proveedor reciba dicha solicitud, deberá requerir directamente al proveedor inicial el respectivo certificado de liquidación¹⁵, en caso de que este no hubiere sido entregado por el cliente o hubiere perdido su vigencia. Lo mismo aplicará para el certificado de pago del impuesto de timbres y estampillas a que se refiere el numeral 17 del artículo 24 del decreto ley n.º 3475 de 1980. En caso de que el proveedor inicial no envíe los mencionados certificados en los plazos y formas correspondientes, el proveedor solicitante deberá informar dicha situación al cliente y al Servicio Nacional del Consumidor (artículo 5º inciso 2º).

Las facultades para solicitar los documentos antes referidos se mantendrán vigentes mientras se encuentre en curso el proceso de portabilidad. En caso de no prosperar este proceso, el proveedor deberá enviar al cliente, por medios electrónicos, esos documentos, y no podrá mantener copia de ellos (artículo 5º inciso 3º).

La Ley n.º 21236, sobre portabilidad financiera, dio una nueva redacción al artículo 17 D de la Ley n.º 19496, sobre protección de los derechos de los consumidores, regulando el certificado de liquidación en sus incisos 2º a 5º en los siguientes términos:

“Los mencionados proveedores (proveedores de productos o servicios financieros pactados por contratos de adhesión) deberán entregar al respectivo consumidor un certificado de liquidación para término anticipado, dentro del plazo de cinco días hábiles contado desde que éste

¹⁴ El artículo 20 de estos decretos supremos señala las condiciones objetivas, sobre la base de las cuales un proveedor de un crédito hipotecario o de consumo o el emisor de una tarjeta de crédito, podrá fundar las razones del rechazo a su contratación.

¹⁵ Según el artículo 3º n.º 1 de la ley se entenderá por “certificado de liquidación” el certificado de liquidación para término anticipado regulado en el artículo 17 D de la Ley n.º 19496, sobre protección de los derechos de los consumidores.

lo solicite. El consumidor podrá solicitar el certificado presencialmente o de manera remota al respectivo proveedor de productos o servicios financieros, y requerirle que se le entregue de manera física o virtual. Sin perjuicio de lo anterior, el consumidor podrá solicitar el referido certificado respecto de solo un producto o servicio financiero determinado. En dicho caso, el certificado deberá ser entregado dentro de tres días hábiles desde la respectiva solicitud.

Este certificado será gratuito y deberá contener a lo menos la siguiente información relativa a cada uno de los productos o servicios financieros vigentes, según corresponda: a) Plazo o vigencia. b) Valor total del producto o servicio. c) Indicación de si corresponde a deuda rotativa. d) Monto de crédito disponible y efectivamente utilizado. e) Tipo y tasa de interés. f) Carga anual equivalente. g) Valor de última cuota vencida. h) Garantías reales otorgadas¹⁶, especificando su otorgante, datos de inscripción, datos de escritura pública o de instrumento privado protocolizado, en caso de haber sido otorgada por tales medios, y si contienen cláusulas de garantía general. i) Monto total a pagar para poner término al producto o servicio financiero según la fecha de pago, incluyendo la respectiva comisión de prepago, si corresponde. j) Si el crédito se encuentra en etapa de cobranza judicial. k) La demás información que determine el reglamento.

En caso de existir una garantía real con cláusula de garantía general, el certificado de liquidación también deberá especificar el monto a pagar para ponerle término a todas las obligaciones vigentes que el consumidor tenga con el proveedor que no provengan de productos o servicios financieros.

Adicionalmente, el certificado deberá contener el monto total a pagar para ponerle término a la totalidad de los productos o servicios financieros y las obligaciones referidas, según la fecha de pago, incluyendo

¹⁶ Junto con la entrega del certificado de liquidación en caso de que dicho certificado incluya una deuda garantizada por una o más garantías reales, el proveedor inicial deberá también remitir copia digital de la tasación del bien otorgado en garantía y del estudio de títulos del bien, cuando estos se hubieren practicado y hubieren sido conservados, a lo menos de forma digital, por el proveedor inicial (artículo 6º del Reglamento). “El proveedor que reciba una solicitud de portabilidad podrá requerir al cliente otros antecedentes necesarios para la formulación de la oferta. Corresponderá al proveedor que reciba la solicitud de portabilidad, requerir al cliente que le acompañe todos los títulos, personerías y demás antecedentes necesarios para practicar, cuando corresponda, un nuevo estudio de títulos o tasación de los bienes que caucionan los créditos que se pagarán en virtud de un proceso de portabilidad con subrogación. El mencionado proveedor podrá basar su tasación o estudio de títulos en los estudios de títulos o tasaciones solicitados o preparados por el proveedor inicial respecto del bien sobre el cual se constituyó la respectiva garantía” (artículo 7º del Reglamento).

la respectiva comisión de prepago, si corresponde, la fecha de emisión y de vigencia del certificado, la que no podrá ser menor a treinta días corridos, la forma en que el proveedor desea ser notificado y la información necesaria para realizar el pago en caso de iniciarse un proceso de portabilidad financiera o refinanciamiento”.

1.5. Vigencia de la solicitud de portabilidad

Conforme al artículo 6º, la solicitud de portabilidad se encontrará vigente hasta la retractación del cliente o hasta treinta días hábiles bancarios contados desde la última comunicación enviada por el cliente al proveedor, sin que se haya recibido una oferta de portabilidad financiera de este último.

2. *Oferta de portabilidad financiera*

2.1. Definición

“Oferta de portabilidad es la oferta escrita y de carácter vinculante mediante la cual un proveedor propone a un cliente la celebración de determinados contratos de productos o servicios financieros y especifica el o los productos y servicios financieros que el cliente mantiene con un proveedor inicial y que serán objeto de un mandato de término” (artículo 3º n.º 7).

El proveedor podrá incluir en la oferta solo algunos de los productos especificados en la solicitud de portabilidad y podrá presentar conjuntamente dos o más ofertas alternativas al cliente, con el objetivo de que este acepte la oferta que considere más apropiada (artículo 8º del Reglamento).

2.2. Contenido de la oferta

Se entenderá que el proveedor decide perseverar con el proceso de portabilidad una vez que presente una oferta al cliente, por escrito, que contenga a lo menos lo siguiente:

- a) La especificación de el o los productos o servicios financieros que se ofrecen, detallando el monto, carga anual equivalente, costo total del crédito, el plazo, cuando corresponda, y el plazo para la suscripción de el o los nuevos contratos de dichos productos o servicios, así como los gastos asociados que deban ser cubiertos por el cliente.
- b) La especificación de el o los productos o servicios financieros que el cliente mantiene con el proveedor inicial identificados en la solicitud de portabilidad, y que serían objeto del mandato de término, indicando los montos y el origen de los fondos destinados a tal efecto, cuando corresponda, y deberán, asimismo, contener los fondos que se requieran para dar cumplimiento total al mandato de término, en caso de proceder (artículo 7º inciso 1º).

El Reglamento regula en detalle el contenido de la oferta (artículos 11 a 14), define una serie de conceptos de la oferta de portabilidad (artículo 15) y entrega modelos de formatos de la oferta (artículo 16).

2.3. Vigencia y retractación de la oferta

El proveedor podrá retractarse de la oferta una vez transcurrido el plazo de vigencia de esta, el que deberá estar señalado de manera expresa, y que en ningún caso podrá ser inferior a siete días hábiles bancarios desde su emisión (artículo 7º inciso 2º).

El Reglamento indica que la oferta de portabilidad se dirigirá a un cliente cuyo riesgo comercial ha sido previamente evaluado. De aceptarse la oferta por el cliente dentro del periodo de vigencia, esta se mantendrá vigente hasta la celebración de los contratos ofrecidos, hasta el arrepentimiento de la aceptación del cliente, o hasta el rechazo de la contratación por concurrir alguna de las condiciones objetivas referidas en el artículo 10 del Reglamento¹⁷, distintas a la evaluación del riesgo comercial, por no haberse cumplido los compromisos asumidos por el cliente de conformidad a los artículos 5 y 10 de la ley o por haberse aumentado las deudas del cliente de conformidad al inciso 4º del artículo 10 de la ley.

Agrega el Reglamento que si el cliente no acepta la oferta dentro del periodo de vigencia indicado, se entenderá que el proveedor se retracta de esta una vez cumplida su vigencia. Sin perjuicio de lo anterior, en caso de que el cliente acepte la oferta de portabilidad con posterioridad a la fecha de vigencia, el nuevo proveedor podrá optar por ejecutar igualmente el mandato, sin la necesidad de exigir una nueva solicitud de portabilidad, considerándose la oferta como vigente, tal como si se hubiera aceptado dentro del plazo de vigencia original.

Si la propuesta de oferta de portabilidad se dirige a un cliente cuyo riesgo comercial no ha sido de ante mano evaluado, solo tendrá el carácter de simulación no vinculante o meramente referencial, hasta que se haya aprobado la evaluación de riesgo comercial, situación que deberá informarse en la misma simulación (artículo 9º del Reglamento).

¹⁷ Esta disposición señala: "El proveedor podrá en todo momento rechazar la contratación, incluso con posterioridad a la aceptación de la oferta, si concurre una o más de las condiciones objetivas que correspondan de conformidad a la Ley N° 19.496 y sus respectivos reglamentos. Sin perjuicio de ello, el proveedor no podrá rechazar la contratación respecto de los contratos de productos o servicios financieros ya celebrados".

3. Aceptación de la oferta de portabilidad financiera

3.1. Formalidad y plazo

Si el cliente decide aceptar la oferta de portabilidad, deberá comunicar su decisión por escrito al nuevo proveedor, dentro del periodo de vigencia (artículo 8º inciso 1º).

3.2. Mandato de término

Es el otorgado por el cliente al nuevo proveedor con el objetivo de que este último, en su nombre y representación, pague, cuando corresponda, y requiera el término de determinados productos o servicios financieros que el cliente mantiene vigentes con un proveedor inicial (artículo 3º n,º 5).

Con la aceptación de la oferta de portabilidad, el cliente otorga un mandato de término al nuevo proveedor respecto de los productos y servicios especificados, de conformidad con el literal b) del artículo 7¹⁸. El mandato de término facultará al nuevo proveedor para realizar todos los pagos, comunicaciones o requerimientos correspondientes, en nombre y representación del cliente (artículo 8º inciso 2º).

En el caso de obligaciones caucionadas con una garantía real con cláusula de garantía general, el mandato que el cliente otorgue al nuevo proveedor para el pago o término de dichas obligaciones con motivo del proceso de portabilidad financiera tendrá el carácter de irrevocable hasta el pago de todas las obligaciones que procedan o hasta el incumplimiento de parte del nuevo proveedor de las obligaciones que establece la ley (artículo 23).

3.3. Capacidad

Será responsabilidad del nuevo proveedor verificar la identidad y capacidad jurídica del cliente que acepta la oferta y otorga el referido mandato (artículo 8º inciso 3º).

3.4. Arrepentimiento de la aceptación de la oferta

El cliente, en virtud de lo dispuesto en el artículo 9º, podrá arrepentirse de la aceptación de la oferta, solo respecto de contratos especificados en la oferta que no hayan sido celebrados. Si el cliente ejerciera este derecho, el nuevo proveedor estará obligado a devolverle cualquier suma abonada, relacionada a dichos productos o servicios, dentro de los cinco días hábiles bancarios siguientes, reteniendo solo el monto que corresponda a servicios ya prestados y rindiendo cuenta de estos.

¹⁸ La ley equivocadamente dice "artículo 6".

Se entenderá que el cliente se ha arrepentido de la aceptación de la oferta de portabilidad, respecto de los contratos no celebrados, si no contrata dichos productos o servicios financieros dentro del plazo de suscripción referido en la letra a) del inciso 1º del artículo 7º.

El arrepentimiento de la aceptación de la oferta revocará el mandato de término otorgado por el cliente solo respecto de los productos o servicios no contratados (artículo 9º).

4. Contratación de productos y servicios financieros

Una vez aceptada la oferta de portabilidad, dice el artículo 10º, el nuevo proveedor deberá realizar todas las gestiones necesarias para contratar con el cliente los productos o servicios financieros especificados en dicha oferta.

Las condiciones de contratación establecidas en la oferta de portabilidad podrán actualizarse de común acuerdo entre las partes, en virtud de un nuevo certificado de liquidación emitido por el proveedor inicial o de una actualización de deudas¹⁹ solicitada a este último.

Con todo, aceptada la oferta y antes de la firma de el o los contratos, el nuevo proveedor podrá, previa notificación al cliente, solicitar de manera directa al proveedor inicial el bloqueo de los productos o servicios financieros con créditos disponibles o rotativos que se acordaron refinanciar y una actualización de las deudas indicadas en el certificado de liquidación. El proveedor inicial deberá, sin más trámite, y en un plazo no superior a veinticuatro horas desde la solicitud, bloquear los respectivos productos y servicios financieros y, a continuación, entregar la información actualizada del monto adeudado por el cliente.

En caso de que la referida actualización de deudas acredite que el cliente no cumplió el compromiso indicado en el inciso 5º del artículo 5º, el nuevo proveedor no estará obligado a contratar los productos ofrecidos, pudiendo retractarse de la respectiva oferta, incluso después de la aceptación del cliente. Lo anterior también será aplicable cuando el cliente haya aumentado su deuda mediante la solicitud de nuevos créditos con el proveedor inicial.

En caso de que el cliente sí hubiere cumplido el referido compromiso, o que el nuevo proveedor decida igualmente continuar con el proceso de portabilidad, ambas partes deberán firmar los contratos incluidos en la oferta, actualizados de conformidad a un nuevo certificado de liquidación o la actualización de deudas correspondiente. En dicho caso, los contratos de apertura de línea de crédito o de productos que tengan líneas de crédito asocia-

¹⁹ El artículo 25 del Reglamento detalla el certificado de actualización de deudas.

das deberán estar disponibles para firma, a más tardar al día siguiente hábil bancario desde la entrega actualizada de la información de deuda del cliente por parte del proveedor inicial.

Por su parte, los productos recién referidos deberán estar totalmente operativos y disponibles para el uso del cliente, a más tardar al día siguiente hábil bancario de la firma de los contratos, cuando proceda.

El artículo 10º concluye señalando que el cliente no podrá ejercer el derecho a retracto del artículo 3º bis de la Ley n.º 19496²⁰ respecto de los contratos celebrados en un proceso de portabilidad.

La diferencia entre el arrepentimiento de la aceptación de la oferta, que regula el artículo 9º, y el retracto recién referido del artículo 10º es que el primero el cliente solo puede ejercerlo respecto de contratos especificados en la oferta que no hayan sido celebrados, mientras que el derecho a retracto no puede ejercerse respecto de los contratos ya celebrados en un proceso de portabilidad.

5. Mandato de término

5.1. Vigencia

El mandato de término tendrá una vigencia de tres meses desde su otorgamiento, la cual podrá ser prorrogada por acuerdo expreso y escrito de las partes, ya sea de forma física o digital. Para acreditar dicha prórroga al proveedor inicial, bastará con que el nuevo proveedor envíe una copia del acuerdo de prórroga al proveedor inicial, a través del medio de comunicación indicado en el certificado de liquidación (artículo 20 del Reglamento).

El arrepentimiento de la aceptación de la oferta revocará el mandato de término, solo respecto de los contratos de productos o servicios que no hubieren sido celebrados y de los productos o servicios vigentes que habrían sido pagados con los fondos a ser provistos por los productos o servicios que no serán contratados. La revocación del mandato de término respecto de uno o más contratos no afectará al mandato de término respecto de aquellos contratos que ya hubieren sido celebrados, ni su respectiva rendición de cuentas (artículo 20, inciso 2º, del Reglamento).

5.2. Plazos de cumplimiento

Una vez que el cliente y el nuevo proveedor hubieren contratado todos los productos o servicios financieros incluidos en la oferta de portabilidad, este

²⁰ Dicha norma dispone: "El consumidor podrá poner término unilateralmente al contrato en el plazo de 10 días contados desde la recepción del producto o desde la contratación del servicio y antes de la prestación del mismo, en los siguientes casos...".

último deberá cumplir el mandato de término incluido en ella dentro del plazo que indique el Reglamento, el cual en ningún caso podrá ser superior a seis días hábiles bancarios. En caso de que se contrate un producto o servicio financiero que, conforme a la oferta de portabilidad, provea los fondos necesarios para pagar una deuda, el plazo para el cumplimiento del mandato de término respecto de dicho producto se contará desde la contratación del producto o servicio financiero que provee los fondos correspondientes (artículo 11 inciso 1º).

Asimismo, en caso de que la oferta de portabilidad incluya la contratación de una cuenta corriente o cuenta vista y el cierre de una cuenta del mismo tipo, el nuevo proveedor deberá cumplir el mandato de término respecto de dicha cuenta dentro del plazo indicado en el Reglamento, el cual en ningún caso podrá ser superior a cinco días hábiles bancarios contados desde la firma del nuevo contrato. Este plazo no será aplicable para el cumplimiento del mandato de término respecto de las cuentas que hayan sido bloqueadas de conformidad al artículo 10 (artículo 11 inciso 2º). Respecto de esto último el Reglamento dice que en caso de que las cuentas o líneas de crédito asociadas a ellas hubieren sido bloqueadas de conformidad a lo establecido en el artículo 10 de la ley, el plazo para cumplir el mandato de término será de seis días hábiles bancarios contado desde la celebración del nuevo contrato (artículo 21, inciso 3º del Reglamento).

Cuando el proceso de portabilidad incluya el pago de uno o más créditos hipotecarios otorgados mediante la emisión de letras de crédito, el plazo del mandato de término señalado en el inciso 1º del artículo 11 se entenderá suspendido durante los periodos en que deban efectuarse los sorteos a que se refiere el artículo 101 del decreto con fuerza de ley n.º 3 de 1997, del Ministerio de Hacienda, Ley General de Bancos (artículo 24).

5.3. Cumplimiento del mandato.

Requisitos

El mandato de término se entenderá cumplido por el nuevo proveedor cuando este, en nombre y representación del cliente:

- a) pague los productos y servicios financieros especificados en la oferta de portabilidad y
- b) requiera al proveedor inicial el cierre o término de los productos o servicios financieros especificados en la oferta de portabilidad²¹ (artículo 11 inciso 3º).

²¹ El Reglamento detalla el cierre o término de productos (artículo 26) y su notificación de cierre (artículo 32).

Si los productos o servicios especificados en el mandato de término contaren con saldos a favor del cliente²², el proveedor inicial deberá entregarle dichos saldos dentro del plazo que señale el Reglamento, el cual en ningún caso podrá ser superior a tres días hábiles bancarios contados desde el cierre efectivo del respectivo producto o servicio financiero (artículo 11 inciso 4°).

En similares términos el artículo 22 del Reglamento señala que se entenderá cumplida la obligación de rendir cuenta del mandato de término cuando el nuevo proveedor acredite, mediante un certificado enviado al cliente, que dio cumplimiento a las letras a) y b), antes referidas. El certificado deberá acompañar copia de la comunicación enviada por el nuevo proveedor al inicial solicitando el cierre o término de los correspondientes productos, especificando la fecha de envío de la comunicación. Asimismo, en caso de que el proveedor inicial hubiere remitido los respectivos comprobantes de pago de conformidad al artículo 43 del Reglamento, el nuevo deberá enviar copia de ellos al cliente.

5.4. Responsabilidad del nuevo proveedor

El cumplimiento del mandato de término por parte del nuevo proveedor no lo hará responsable del pago de cheques girados y pendientes de cobro, de otros cargos pendientes de cobro o del pago de productos o servicios que sean pagados mediante mandatos de pagos automáticos de tarjetas o pagos automáticos de cuentas asociados a productos o servicios financieros que se requieran terminar (artículo 11 inciso 5°)²³.

5.5. Responsabilidad del proveedor inicial

Una vez cumplido el respectivo mandato de término por el nuevo proveedor, el inicial será exclusivamente responsable del término o cierre efectivo de los productos o servicios, de conformidad con las normativas aplicables para cada producto o servicio financiero.

Una vez terminado o cerrado el respectivo producto o servicio financiero, el proveedor inicial deberá comunicar al cliente dicha situación, dentro del plazo que señale el reglamento, el cual en ningún caso podrá ser superior a cinco días hábiles bancarios desde el referido cierre.

El proveedor inicial solo podrá aceptar el pago de un nuevo proveedor, el primero que pague, por cada producto o servicio financiero. En caso de que reciba pagos de otros por los mismos productos o servicios financie-

²² Los artículos 27 y 28 del Reglamento regulan los saldos a favor del cliente en productos o servicios financieros y en razón del pago y disminución de deuda vigente.

²³ El Reglamento detalla los pagos automáticos y cheques girados pendientes de cobro (artículo 29) y los cargos pendientes de tarjetas de crédito (artículo 30).

ros, deberá devolverlos en un plazo máximo de tres días hábiles bancarios desde que reciba dichos pagos (artículo 12).

IV. PORTABILIDAD FINANCIERA CON SUBROGACIÓN

1. *Concepto*

Subrogación especial de crédito o subrogación especial, dice el artículo 3º n.º 13, es la subrogación por la cual un crédito inicial es subrogado por uno nuevo, pasando este último a sustituir jurídicamente al primero.

Nos parece que jurídicamente no corresponde hablar de subrogación, pues esta puede ser real (en que una cosa se subroga a otra) o personal (en que una persona se subroga a otra). Ninguna de las dos posibilidades se da aquí, ya que, como la misma ley dice (artículo 4º inciso 1º), se contrata “un nuevo crédito” y se paga, y por tanto, extingue el anterior. No se trata del mismo crédito. El artículo 1608 del *Código Civil* dice: “La subrogación es la *transmisión* de los derechos del acreedor a un tercero, que le paga”²⁴. En lo que nos ocupa, si bien habrá un cambio de proveedor, el inicial nada le transfiere al nuevo proveedor, pues, como dijimos, el primitivo crédito se extingue²⁵. De ahí que la ley recurra a la particular expresión “subrogación especial” (artículos 3º n.º 13 y 4º letra b).

²⁴ Sobre el pago con subrogación véase KUNCAR (2019), pp. 499-514; PINOCHET (2011), pp. 437-443.

²⁵ En igual sentido Juan Luis Goldenberg cuando señala: “la Ley de portabilidad financiera no parece configurar una subrogación personal, sino una enigmática subrogación real, como incluso se le calificaba desde el Mensaje del proyecto hasta la indicación presentada por el Ejecutivo ante la Comisión de Economía del Senado. Así, a pesar de que dicha enmienda tuvo por fin ‘evitar cualquier tipo de confusión entre esta definición y el concepto jurídico tradicional de subrogación real’, como se señaló en tal oportunidad, el problema no se producía por su nombre, sino por su definición. De tal modo, y como expresa claramente el artículo 3º de la ley, el nuevo crédito pasa a ocupar la posición jurídica de uno anterior, que, producto del pago, queda extinguido. Así, a diferencia de los supuestos de la subrogación codificada, en que el crédito se ‘transmite’ al tercero (artículo 1608 CC), aquí el crédito primitivo se extingue definitivamente producto del pago, pero el lugar que éste ha dejado vacío se llena con el nuevo crédito. El primer problema es que los supuestos generales en que se entiende que ha tenido lugar una ‘subrogación real’ en nuestro ordenamiento, se trata de un bien que pasa a ocupar la posición de otro, pero siempre en el mismo patrimonio. Piénsese, por ejemplo, en la subrogación real a la que se alude en la órbita de la sociedad conyugal (artículos 1727 y 1733 CC) o en la hipoteca, cuando el bien inmueble se ha destruido y termina recayendo sobre las indemnizaciones debidas por el asegurador (artículo 2422 CC). En este caso, y de ahí la calificación de enigmática antes efectuada, la subrogación real puede tener lugar entre bienes (créditos) que forman parte de patrimonios diversos, esto es, aquel del proveedor inicial y el nuevo proveedor. Y, en ello, y muy lamentablemente, nos parece que no hay mayor lógica”. GOLDENBERG (2020).

2. Requisitos

La subrogación especial de crédito procederá por el solo ministerio de la ley y aun contra la voluntad del proveedor inicial, cuando concurren las siguientes condiciones en forma copulativa, indicadas en el artículo 14:

- a) Que un nuevo proveedor celebre un contrato de crédito con el cliente²⁶ en virtud de una oferta de portabilidad, de conformidad con el artículo 16.
- b) Que ese contrato de crédito señale expresamente que tiene por objetivo el pago y la subrogación de un crédito inicial, especificando el crédito.
- c) Que el nuevo proveedor pague²⁷, en nombre y representación del cliente, el costo total de prepago²⁸ del crédito inicial con los fondos de aquel referido en la letra a).

3. Créditos respecto de los cuales procede la subrogación

La subrogación especial de crédito procederá solo respecto de los créditos que se extingan por el solo pago de los mismos²⁹ (artículo 14 inciso 2º).

La subrogación especial de crédito podrá tener lugar tanto entre créditos otorgados por distintos proveedores como entre aquellos otorgados por el mismo proveedor (artículo 14 inciso 3º).

4. Subsistencia de las garantías reales

En caso de subrogación especial de un crédito inicial caucionado por una o más garantías reales, estas subsistirán, garantizando de pleno derecho al nuevo

²⁶ En caso de que dos o más clientes sean deudores de un mismo crédito con un proveedor inicial, la subrogación especial procederá en la medida que concurren conjuntamente, o mediante un mandato con representación, a la totalidad del proceso de portabilidad (artículo 41 del Reglamento).

²⁷ El Reglamento detalla la notificación de pago al proveedor inicial (artículo 42) y los comprobantes de pago (artículo 43).

²⁸ Costo total de prepago es el monto total a pagar para extinguir totalmente la respectiva obligación en forma anticipada, incluida la correspondiente comisión de prepago en su caso (artículo 3º n.º 3).

²⁹ En esta parte el lenguaje de la ley es absolutamente impropio, pues el pago extingue todo crédito. A lo que quiere referirse la ley es a los llamados créditos rotativos (tarjetas de crédito, líneas de crédito, etc.) que, en general, es uno del cual se puede disponer cada vez que se necesite y a medida que se realicen pagos, se libera cupo que se puede volver a usar sin necesidad de nuevas solicitudes de crédito.

crédito, en la totalidad de sus términos y en beneficio del nuevo proveedor. En virtud de lo anterior, entenderemos que la garantía real se ha modificado para garantizar el nuevo crédito, de pleno derecho, desde el momento del pago referido en la letra c) del artículo 14 (artículo 14 inciso 2º)³⁰.

De esta manera no existirá carta de resguardo³¹ porque no existe un alza de garantía. La garantía original permanecerá en los mismos términos, cambiando solo la institución beneficiaria de esas garantías.

5. Extinción de las garantías personales

Respecto de las garantías personales el Reglamento dice que los efectos antes mencionados solo serán aplicables para garantías reales, por lo que de existir garantías personales estas no garantizarán la nueva obligación y se extinguirán en caso de que se extingan las obligaciones que caucionen, de conformidad a las reglas generales (artículo 35 inciso 3º, parte final).

6. Seguros

La ley de portabilidad financiera no resolvió lo que ocurrirá con los seguros asociados a la mayoría de los créditos, en circunstancias que la prima puede formar parte del dividendo o cuota. ¿Podrán, entonces, portarse los seguros? Marcelo Nasser dice que la respuesta es clara: la nueva ley se limita a los créditos y los seguros no son negocios portables. En el caso de los créditos hipotecarios, por ejemplo, el saldo de un seguro obligatorio se verá reflejado en el certificado de liquidación que requiere la ley para solicitar la portabilidad. En la práctica, esto implica que el seguro asociado al crédito original deberá cesar y ser reemplazado por uno incluido en la oferta de portabilidad de otra entidad financiera. Lo anterior, agrega el mismo autor, causa más problemas que beneficios, pues el nuevo asegurador tiene pleno derecho a hacer un análisis del bien asegurado o de las condiciones de salud o empleo de la persona cuya vida o propiedad se pretende asegurar. En el caso de los seguros de personas, se pedirá, al menos, una declaración personal de salud, si es que no se recurre al derecho a solicitar exámenes médicos, los que son garantizados al asegurador por ley. Este mecanismo, concluye, podría entorpecer el proceso de portabilidad financiera, pues nada garantiza que exista un asegurador dispuesto a soportar el riesgo nuevo, mas si se tiene en cuenta que las circunstancias de salud o de calidad del bien asegurado probablemente han cambiado con los años³².

³⁰ Véase sobre la subsistencia de garantías reales ALESSANDRI (1924), pp. 5-27.

³¹ Véase UGARTE (2018), pp. 433-442.

³² NASSER (2020), p. 14.

El Reglamento suplió el silencio de la ley y dispuso que en caso de operaciones hipotecarias, incluyendo créditos que tengan por finalidad subrogar un crédito hipotecario vigente, que consideren seguros contratados por cuenta y cargo de los clientes, conforme a lo previsto en el artículo 40 del decreto con fuerza de ley n.º 251 de 1931, el proveedor requerirá al cliente los antecedentes que solicite el asegurador para evaluar los riesgos propuestos, lo que puede considerar la realización de exámenes y evaluación médica, todo ello conforme a las condiciones de asegurabilidad que establezcan las pólizas respectivas o, en su caso, informará la imposibilidad de otorgar cobertura bajo las pólizas que tenga contratadas (artículo 7º inciso 2º del Reglamento).

El mismo Reglamento señala que la oferta de portabilidad deberá contener, entre otras cosas, la información sobre seguros asociados (artículo 14) que corresponde a la descripción de los seguros, obligatorios y voluntarios, asociados a productos y/o servicios vigentes o considerados en la cotización de los productos y/o servicios ofertados (artículo 15 n.º 14). Y su artículo 48 agrega:

“Los seguros asociados a créditos vigentes sujetos a portabilidad financiera bajo cualquier modalidad, tales como seguros de desgravamen, incendio o sismo asociados a créditos hipotecarios vigentes, se terminarán junto con el pago de la respectiva deuda o el cierre del producto o servicio financiero, según corresponda y bajo las reglas generales aplicables. Los seguros de título no se considerarán como seguros asociados a créditos para estos efectos. La contratación de nuevos productos o servicios financieros con el nuevo proveedor en un proceso de portabilidad financiera, ya sea con o sin subrogación, implicará, cuando corresponda, la contratación de nuevos seguros de parte del cliente, de acuerdo a las normas generales que sean aplicables”.

7. Forma de realizar el pago

El pago referido en la letra c) del artículo 14 deberá efectuarse dentro del plazo que señale el Reglamento, el cual en ningún caso podrá ser superior a seis días hábiles bancarios desde la celebración del nuevo contrato de crédito y durante la vigencia del certificado de liquidación o actualización de deudas.

Si el nuevo proveedor no realiza el pago dentro del plazo y en la forma señalados será exclusivamente responsable de los perjuicios que dicho incumplimiento le cause al cliente. Este incumplimiento en ningún caso afectará la subrogación especial de crédito (artículo 15).

8. Solemnidades del contrato del nuevo crédito

El contrato del nuevo crédito deberá ser celebrado por escrito. En caso de que el crédito inicial esté caucionado por una o más garantías reales sujetas a sistema registral, el nuevo crédito deberá también cumplir con las solemnidades legales que se requieran para el otorgamiento de dicha clase de cauciones y que sean necesarias para dejar constancia de la respectiva subrogación especial de crédito.

Además, se deberá insertar en el contrato del nuevo crédito el certificado de liquidación o actualización de deudas vigente en el momento de su celebración (artículo 16).

9. Reglas especiales para garantías con cláusula de garantía general

En caso de que un nuevo crédito subroge al crédito inicial y este último esté caucionado por una garantía real con cláusula de garantía general³³, esta beneficiará exclusivamente al nuevo proveedor, caucionando así la totalidad de las obligaciones que el cliente contraiga con este, desde el momento en que todas las obligaciones incluidas en el certificado de liquidación hayan sido debidamente extinguidas, o pagadas por el nuevo proveedor. En dicho caso, el certificado de liquidación deberá incluir todos los montos que deban ser pagados para poner término a todas las obligaciones, directas o indirectas, que tenga el cliente con el proveedor inicial, incluyendo aquellas que no deriven de productos o servicios financieros, de conformidad a lo señalado en el inciso 4º del artículo 17 D de la Ley n.º 19496 (artículos 17 de la ley y 36 del Reglamento).

La existencia de obligaciones adicionales no incluidas en el certificado de liquidación o de productos o servicios financieros que no se terminen o extingan por el solo hecho del respectivo pago no afectarán el beneficio exclusivo del nuevo proveedor señalado anteriormente³⁴.

³³ En relación con estas garantías véase SEVERIN (2018), pp. 325-350. Esto se debe, principalmente, a lo dispuesto en el artículo 266, inciso 5º, de la Ley de Reorganización y Liquidación de Empresas y Personas que dice: “Respecto de los acreedores cuyos créditos estén garantizados con prenda e hipoteca deberá distinguirse: [...] 2) Si el respectivo acreedor asiste y vota en contra del Acuerdo de Renegociación, su crédito no se considerará en el referido pasivo y *podrá ejecutar su garantía únicamente para el pago del crédito caucionado con garantía específica*. Respecto de los demás créditos que tenga el mismo acreedor en contra de la Persona Deudora, en su caso, y que no se encuentren caucionados con garantías específicas, quedarán sujetos a los términos y condiciones establecidos en el referido acuerdo y no podrán ser cobrados en términos distintos a los estipulados”.

³⁴ Por tanto, las obligaciones adicionales no incluidas en el certificado de liquidación o actualización de deudas otorgado por el proveedor inicial y, en consecuencia, no pagadas por

Lo dicho no será aplicable a la subrogación especial de crédito que tenga lugar entre dos créditos otorgados por el mismo proveedor, quien mantendrá su derecho sobre la respectiva garantía (artículo 17).

10. Reglas especiales para garantías sin cláusula de garantía general

En caso de que el crédito inicial esté caucionado por una garantía sin cláusula de garantía general y los términos del nuevo crédito impliquen condiciones más gravosas para el cliente, tales como aumentos de las tasas de interés, modificaciones de plazos o aumento en el monto del crédito, dichos términos serán inoponibles a terceros acreedores hipotecarios o prendarios de grado posterior existentes con anterioridad al proceso de portabilidad, o a terceros que hubieren otorgado la respectiva garantía, a menos que hubieren dado su consentimiento, en forma previa o al momento de la celebración del nuevo contrato de crédito, con las solemnidades a que se refiere el inciso 1º del artículo 16 (artículos 18 de la ley y 37 del Reglamento).

El mencionado consentimiento deberá otorgarse por escrito y, en caso de que la respectiva garantía esté sujeta a un sistema registral, deberá también cumplirse con las solemnidades legales establecidas para el otorgamiento de dicha clase de garantía, dejándose constancia de la subrogación especial de crédito, en el sistema registral de que se trate (artículo 37 del Reglamento).

11. Obligaciones caucionadas con garantías con cláusula de garantía general y sin cláusula de garantía general

Si en una portabilidad financiera con subrogación el proveedor inicial tuviere una obligación en su favor, caucionada tanto por una garantía sin cláusula de garantía general como por una garantía con cláusula de garantía general, el nuevo proveedor solo podrá beneficiarse de ambas garantías si, cumpliendo los requisitos para la subrogación especial de créditos, incluye y paga, dentro del proceso de portabilidad con subrogación, la totalidad de las obligaciones directas e indirectas que tenga el cliente con el proveedor inicial especificadas en el respectivo certificado de liquidación o actualización de deudas, de conformidad a las normas del artículo 36 del Reglamento.

En cambio, si el nuevo proveedor solo paga la obligación caucionada con la garantía sin cláusula de garantía general, sin pagar las demás obligaciones existentes que tenga el cliente con el proveedor inicial, el nuevo crédito

el nuevo proveedor, dejarán de estar caucionadas por la garantía que pasó a beneficiar exclusivamente al nuevo proveedor (artículo 36, inciso final, del Reglamento).

otorgado por el nuevo proveedor se subrogará solo respecto de la obligación pagada. En consecuencia, el nuevo proveedor solo se beneficiará de la garantía sin cláusula de garantía general, caucionándose el nuevo crédito con dicha garantía, y manteniéndose la garantía con cláusula de garantía general en beneficio del proveedor inicial (artículo 38 del Reglamento).

12. *Garantías bajo sistema registral*

La constancia de una subrogación especial de crédito con garantías reales sujetas a registro deberá ser solicitada por el nuevo proveedor ante la entidad responsable del registro, a más tardar dentro de treinta días hábiles bancarios desde la respectiva subrogación especial de crédito. El incumplimiento de tal plazo será sancionado de conformidad al artículo 27, sin afectar la validez de solicitudes realizadas fuera de dicho plazo. Para lo anterior, deberá inscribirse en el respectivo registro³⁵ en la misma forma en que corresponda efectuar una modificación a dicha garantía con las especificaciones correspondientes. Dicha inscripción deberá realizarse dentro de diez días hábiles desde la respectiva solicitud de inscripción y deberá, además, dejar constancia del consentimiento de terceros referidos en el artículo 18, cuando corresponda (artículo 19).

El Reglamento, complementando lo anterior, señala que en el caso de que el crédito que se subroga haya estado garantizado por una hipoteca o una prenda sin desplazamiento, el nuevo proveedor deberá solicitar al Conservador de Bienes Raíces competente o al encargado del Registro de Prendas sin desplazamiento, respectivamente, la constancia de la subrogación especial de créditos, a más tardar dentro de treinta días hábiles bancarios desde dicha subrogación. La constancia se hará mediante una inscripción modificatoria, que solo constituye una formalidad de publicidad, debiendo, además, efectuarse, cuando corresponda, una anotación o nota marginal tanto en la inscripción de la garantía que caucionaba la o las obligaciones objeto de la subrogación como en la inscripción de la prohibición de gravar y enajenar pactadas a favor del proveedor inicial, para los efectos legales que correspondan. La inscripción modificatoria no afectará la fecha de inscripción original de la garantía.

El incumplimiento de plazo indicado no afectará la validez de la portabilidad financiera ni la subrogación del contrato y sus efectos sobre las garantías, ni será motivo para que el Conservador de Bienes Raíces competente o encargado del Registro de Prendas rechace la inscripción o anotación de solicitudes realizadas en forma extemporánea. Ante esta solicitud co-responderá a los encargados de los registros públicos de garantías, ya sea el

³⁵ Por ejemplo, el Registro de Hipotecas del Conservador de Bienes Raíces o el Registro de Prendas sin Desplazamiento del Servicio de Registro Civil e Identificación.

Conservador de Bienes Raíces competente o el responsable de los Registros de Prenda, efectuar la inscripción modificatoria y, cuando corresponda, las notas al margen de las inscripciones mencionadas que dejen constancia en el respectivo registro del cambio de acreedor y de las especificaciones correspondientes. Dichas gestiones deberán efectuarse, a más tardar, dentro de diez días hábiles contados desde la respectiva solicitud del nuevo proveedor, pero si se efectuare en forma extemporánea no afectará bajo ninguna circunstancia el proceso de portabilidad y subrogación de la garantía (artículo 39 del Reglamento).

Para practicar la inscripción modificatoria y las mencionadas notas o anotaciones marginales, solo será exigible la presentación del contrato del nuevo crédito y el respectivo comprobante de pago para inscripción emitido de conformidad con las condiciones, plazos y formalidades señaladas en el artículo 43 del Reglamento. Lo anterior será sin perjuicio de la solicitud de documentos que la entidad responsable estime necesarios para acreditar la representación, capacidad o identidad de la persona que solicite tomar nota de la constancia (artículos 19 de la ley y 39, inciso 3º del Reglamento).

La constancia de la subrogación especial de crédito en el respectivo registro se entenderá solo para efectos de publicidad y oponibilidad a terceros (artículo 19)³⁶. En otras palabras, no es requisito para el perfeccionamiento de la subrogación su inscripción en el respectivo registro. El Reglamento reitera esto diciendo que la inscripción y las anotaciones marginales mencionadas se entenderán necesarias solo para efectos de publicidad y oponibilidad a terceros y de ninguna manera podrá considerarse como requisito de solemnidad para la validez de la portabilidad financiera y la subrogación del contrato y sus garantías, la que se ha producido con anterioridad por el solo hecho del pago al proveedor inicial (artículo 39, inciso final del Reglamento).

13. Cargos o derechos de notarios y conservadores

Los notarios no podrán cobrar recargo sobre el monto del contrato del nuevo crédito, a menos que el capital del mismo sea superior al capital del crédito inicial. En dicho caso, el recargo procederá solo sobre el monto del nuevo contrato de crédito que exceda al monto del inicial.

Asimismo, los conservadores de bienes raíces no podrán cobrar recargo sobre el monto del nuevo contrato de crédito por practicar la inscripción referida en el artículo 19 de la ley y en el artículo 39 del Reglamento, a

³⁶ Véase ROMERO (2011), pp. 251-264; VIDAL y BRANTT (2015), pp. 617-643.

menos que el capital del referido crédito sea superior al capital del crédito inicial. En dicho caso, el recargo procederá solo sobre el monto del nuevo contrato de crédito que exceda al monto del inicial (artículos 20 de la ley y 46 del Reglamento).

14. Devengo de intereses del nuevo crédito

El nuevo crédito que se otorgue en virtud de la ley no devengará intereses por el plazo transcurrido entre la celebración del respectivo contrato y el pago del crédito inicial por el nuevo proveedor, en nombre y representación del cliente (artículo 21).

V. CARÁCTER IRRENUNCIABLE DE LOS DERECHOS CONFERIDOS POR LA LEY Y DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES

Así lo deja de manifiesto el artículo 2º al disponer: “La portabilidad constituye un derecho para el cliente, y cualquier cláusula en contrario se entenderá por no escrita”.

Por su parte, el artículo 28 señala:

“Esta ley se considerará como una norma de protección de los derechos del consumidor para efectos de lo dispuesto en el artículo 58 de la ley N° 19.496³⁷, la que se aplicará supletoriamente a esta ley”.

VI. TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES

Según el artículo 25 el tratamiento de datos personales que se realice en virtud de la ley deberá cumplir con las disposiciones de la Ley n.º 19628, sobre protección de la vida privada.

Los proveedores, agrega la misma norma, deberán implementar las medidas necesarias para garantizar la seguridad y la reserva en el tratamiento de datos, con especial resguardo respecto de los fines para los cuales fue auto-

³⁷ Dicha norma dispone: “El Servicio Nacional del Consumidor deberá velar por el cumplimiento de las disposiciones de la presente ley y demás normas que digan relación con el consumidor, difundir los derechos y deberes del consumidor y realizar acciones de información y educación del consumidor. Corresponderán especialmente al Servicio Nacional del Consumidor las siguientes funciones...”.

rizado por su titular. Se entenderá que la presentación de una solicitud implica el consentimiento del titular para el tratamiento de sus datos personales, con la exclusiva finalidad de llevar a cabo un proceso de portabilidad.

Los datos recabados para un proceso de portabilidad que no prospere deberán ser eliminados del sistema del oferente, y no podrán ser utilizados para otros fines (artículo 25 inciso final)³⁸.

VII. SANCIONES PENALES Y RÉGIMEN CONTRAVENCIONAL

1. Sanciones penales

El que, con perjuicio de tercero, cometiere alguna de las falsedades señaladas en el artículo 193 del *Código Penal*, en cualquier documento que deba emitirse, entregarse o suscribirse en virtud de las disposiciones de la ley, será sancionado con las penas previstas en el inciso 2º del artículo 197 del mismo *Código*.

El que maliciosamente hiciere uso de los instrumentos falsos referidos será castigado como si fuere autor de la falsedad (artículo 26).

2. Régimen contravencional

Las infracciones de lo dispuesto en la ley o al reglamento, en que incurran tanto proveedores iniciales como nuevos proveedores, podrán ser sancionadas

³⁸ Sobre esto Marco Correa hace ver que: “Lamentablemente, el legislador no abordó en este punto qué ocurre con los datos personales cuando el proceso de portabilidad es exitoso. Entonces, ¿tiene el proveedor inicial justificación legal para mantener los datos personales del cliente en su sistema tras la terminación de la relación? Alguna luz nos podría dar el artículo 6 de la Ley de Datos Personales, que establece el derecho de cancelación, según el cual los datos personales deberán ser eliminados o cancelados cuando su almacenamiento carezca de fundamento legal o cuando hayan caducado. Sin embargo, para hacerlo inequívoco, hubiese sido interesante que, así como el artículo 25 de la Ley de Portabilidad establece el otorgamiento implícito de consentimiento del titular de los datos para el tratamiento de los mismos; también se hubiese regulado que la finalización exitosa del proceso de portabilidad significara también, el fin del consentimiento para tratar los datos personales respecto del proveedor inicial. Por último, se podría haber otorgado alguna excepción para que el proveedor pueda conservar dichos datos, especialmente para efectos de cumplir con requerimientos regulatorios, particularmente aquellos emanados de entidades como la CMF. Lo anterior, no solo sería beneficioso para los clientes, con el objeto de reforzar la protección de sus datos personales, sino que también para los proveedores, porque podría evitar una futura judicialización de esta materia ante las Cortes de nuestro país. Lo anterior, considerando que la exigencia del derecho de cancelación de los datos personales y la acción que la cautela (*‘habeas corpus’*) son procedimientos casi inutilizados y han sido reemplazados por la acción de protección, de fácil tramitación para sus titulares”. CORREA (2020).

conforme a lo establecido en los artículos 17 K y 24 A y en el título IV de la Ley n.º 19496, y las demás normas que correspondan.

Lo dispuesto en los artículos 26 y 27 es sin perjuicio de las demás sanciones civiles, penales o administrativas que correspondan (artículo 27).

BIBLIOGRAFÍA

- ALCALDE SILVA, Jaime (2020). “La portabilidad financiera resolvió una duda”. Disponible en www.latercera.com/opinion/noticia/la-portabilidad-financiera-resolvio-una-duda/C5AVIYK6WJJCZ5AMKVNKMXRNQHM/ [fecha de consulta: 28 de septiembre de 2020].
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (1924). “Del traspaso del derecho de hipoteca en el pago con subrogación”. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XXI. Santiago.
- CORREA PÉREZ, Marco (2020). “Los desafíos de la portabilidad financiera a la protección de datos personales”. Disponible en <https://estadodiario.com/al-aire/los-desafios-de-la-portabilidad-financiera-a-la-proteccion-de-datos-personales/> [fecha de consulta: 5 de agosto de 2020].
- GOLDENBERG SERRANO, Juan Luis (2020). “La subrogación especial en el ámbito de la Ley de Portabilidad Financiera”. Disponible en <https://estadodiario.com/columnas/la-subrogacion-especial-en-el-ambito-de-la-ley-de-portabilidad-financiera/> [fecha de consulta: 5 de agosto de 2020].
- KUNCAR ONETO, Andrés (2019). “Algunas cuestiones teórico-prácticas del pago con subrogación y sus efectos”, en Maricruz GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Gabriel HERNÁNDEZ PAULSEN, Fabiola LATHROP GÓMEZ y Mauricio TAPIA RODRÍGUEZ (eds.). *Estudios de Derecho Civil XIV*. Santiago: Thomson Reuters.
- NASSER OLEA, Marcelo (2020). “Portabilidad financiera sin seguros”. *Diario Financiero*, Santiago, 10 de julio.
- PINOCHET OLAVE, Ruperto (2011). “El pago con subrogación y sus efectos en la planificación tributaria”, en Carlos PIZARRO WILSON (coord.). *Estudios de Derecho Civil VI*. Santiago: LegalPublishing.
- REYES CID, Cristián (2020). “Ley de Portabilidad Financiera: ¿Y las Fintechs?”. Disponible en <https://estadodiario.com/columnas/ley-de-portabilidad-financiera-y-las-fintechs/> [fecha de consulta: 5 de agosto de 2020].
- ROMERO SEGUEL, Alejandro (2011). “La acción para la declaración de inoponibilidad de un acto o contrato”, en Álex ZUÑIGA TEJOS (ed.). *Estudios de derecho privado. Libro Homenaje al jurista René Abeliuk Manasevich*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- SEVERIN FUSTER, Gonzalo (2018). “¿Por qué los bancos están dejando de introducir la ‘cláusula de garantía general hipotecaria’?”, en Claudia BAHAMONDES OYARZÚN,

Leonor ETCHEBERRY COURT y Carlos PIZARRO WILSON (eds.). *Estudios de Derecho Civil XIII*. Santiago: Thomson Reuters.

UGARTE GODOY, José Joaquín (2018). “El derecho civil y las cartas de resguardo que emiten los bancos cuando refinancian un crédito hipotecario, para que el primer banco alce su hipoteca y se constituya otra a favor del banco refinanciador”, en Claudia BAHAMONDES OYARZÚN, Leonor ETCHEBERRY COURT y Carlos PIZARRO WILSON (eds.). *Estudios de Derecho Civil XIII*. Santiago: Thomson Reuters.

VIDAL OLIVARES, Álvaro y María Graciela BRANTT ZUMARÁN (2015). “La olvidada inoponibilidad. Una eficaz medida para la protección de intereses de terceros y la seguridad de tráfico”, en Manuel BARRÍA *et al.* (eds.), *Estudios de derecho privado en homenaje al profesor Ramón Domínguez Águila*. Santiago: Thomson Reuters.