

## Actualidad Internacional

---

*Por Juan Luis Goldenberg, profesor asociado de la Pontificia Universidad Católica de Chile y consejero académico de Dictum.*

### La incorporación del principio de “préstamo responsable” en la legislación de consumo financiero en Chile

**E**l principio de préstamo responsable es un mecanismo que se ha ido articulando en el Derecho comparado, donde las Directivas Europeas constituyen un material de ineludible referencia, y que ha sido recientemente recepcionado en el ordenamiento jurídico chileno a partir de la “reforma proconsumidor” contenida en la Ley N° 21.398. El nuevo artículo 17 N de la Ley N° 19.496, de protección de los derechos de los consumidores, prevé lo siguiente:

“Antes de la celebración de una operación de crédito de dinero, los proveedores deberán analizar la solvencia económica del consumidor para poder cumplir las obligaciones que de ella se originen, sobre la base de información suficiente obtenida a través de medios oficiales destinados a tal fin, y deberán informarle el resultado de dicho análisis. Asimismo, el proveedor deberá entregar al consumidor la información específica de la operación de que se trate. Con todo, en las instituciones de educación superior no podrá ofrecerse la celebración de contratos de operación de crédito de dinero, que no tengan relación con el financiamiento de contratos de prestación de servicios educacionales.

Los proveedores que incumplan lo dispuesto en el inciso anterior serán sancionados en conformidad con lo dispuesto en el artículo 17 K”.

Pero para entender lo que quiere decir el “préstamo responsable” hay que dar un par de pasos hacia atrás y hablar de ciertas políticas públicas que se empezaron a tomar a nivel mundial a fines de los años setenta, y en Chile, con especiales bríos en la década de los ochenta. Se tratan éstas de políticas de “inclusión financiera”, que han significado esfuerzos para dotar a la población de la posibilidad de acudir a los mercados financieros. Tales estrategias han intentado fomentar el uso del “crédito al consumo”, de forma que las personas puedan satisfacer todo tipo de necesidades, incluso las más básicas. Por ello, la temática de la inclusión financiera viene a resolver de alguna forma un punto que es bastante más complejo, como es la decadencia de los pilares de la seguridad social: al tiempo en que los Estados empezaron a experimentar dificultades para la entrega de beneficios para satisfacer los requerimientos vitales de la persona (por ejemplo, salud, educación o a vivienda), se ha ofrecido como alternativa la facilitación del acceso al crédito. Por

eso, a nivel comparado y, por supuesto, también chileno, se observa que la utilización de los recursos financieros por parte de las familias no está solamente destinada a la adquisición de ciertos bienes durables, sino también para el “financiamiento de la vida”.

Y es aquí donde, desde la perspectiva del Derecho, es necesario mirar cómo está articulado el ordenamiento jurídico y cómo se encuentran cimentadas las bases de la codificación civil e, incluso, del Derecho bancario o del Derecho financiero, para analizar si esos pilares tienen verdadero sentido cuando estamos hablando de este tipo de financiamiento. En este sentido, se advierte una divergencia importante, porque el modelo subyacente se centra en la noción del acceso al crédito para fines productivos. Ello implica que, aun cuando los señalados cuerpos legales no lo expresan con total claridad, a sus respectivas épocas de dictación, los préstamos profesionales estaban pensados en aquellos tomados por comerciantes para el desarrollo de sus actividades mercantiles o, por parte de agricultores y mineros, para el desarrollo de esas industrias. De este modo, si la forma de construcción del sistema se ha basado en un cierto paradigma, como es que el receptor del financiamiento es una persona que tiene suficientes conocimientos y habilidades para poder advertir cuáles son los riesgos de la operación que va a emprender, parece lógico asumir que las consecuencias del incumplimiento de sus obligaciones son fácilmente imputables a tal receptor. Conforme a lo anterior, resulta más simple entender las reglas codificadas que aluden a la morosidad y a la insolvencia, donde ellas se sustentan en una lógica de reproche y, donde si es posible observar un trato algo más benévolo, es en el que se refiere a la indicación de ciertos bienes inembargables o en el otorgamiento del beneficio de competencia al deudor de buena fe que ha iniciado una cesión de bienes.

Estas formulaciones, sin embargo, se matizan en la medida en que dicho deudor se aprecia como un consumidor, y, con ello, expresar que merece un tratamiento diferenciado por referirse a un sujeto que se ha insertado en un mundo que no fue inicialmente configurado para recibirlo, como es el mercado financiero. Sus complejidades (y opacidades) ya no resisten los parámetros de protección que se suponen propios de las regulaciones que atañen a relaciones desequilibradas (como las propias del consumo), sobre todo en los casos en los que, como hemos indicado, han sido las propias políticas de inclusión financiera las que han hecho cada vez más necesario el acceso al crédito para amplios sectores de la población. Mantener la mirada puesta en el modelo básico al que antes hemos aludido ha traído como una consecuencia indeseable -pero no por ello imprevista- el aumento de los niveles de sobreendeudamiento. Y es en el contexto de ir generando medidas de prevención en las que se incardina el principio de “préstamo responsable”<sup>2</sup>, en que se pretenden incrementar los niveles de diligencia por parte de las entidades financieras al tiempo del ofrecimiento del crédito. Así, la pretensión es desplazar (mas no reemplazar) el centro de atención desde el deudor al acreedor, asumiendo que, en atención a su carácter profesional, este último se encuentra en mejor posición que el primero para ponderar sus propias capacidades de pago y proyectarlas en relación con un producto financiero específico.

En efecto, al igual como en otras latitudes, en el marco de la discusión legislativa que llevó a la incorporación del principio a la Ley N° 19.496, se contextualizó su necesidad en el sentido de asumir la existencia y nocivas consecuencias del sobreendeudamiento de los consumidores, enfrentándola, entre otros, por medio de la idea de proporcionar un sistema de crédito sostenible que otorgue mecanismos seguros de financiamiento a los grupos más vulnerables.

# e-DICTVM

Siguiendo el modelo propuesto en el artículo 17 N de la Ley N° 19.496, el primer punto de atención se encuentra en la carga de evaluación de la solvencia económica del consumidor. Esta idea hace referencia al riesgo de crédito, es decir, a la posibilidad de pago por parte del prestatario al tiempo de vencimiento de la operación. Si bien es cierto que dicha posibilidad sigue siendo hipotética, y dependiente de un conjunto de variables que pueden escapar al control de ambas partes, la regla asume que es el prestamista quien se encuentra en mejores condiciones para su identificación y asignación de un valor que se verá reflejado en los términos económicos y jurídicos de la operación. De tal suerte, el comportamiento diligente del proveedor supone que, en la fase precontractual, este lleve a cabo los exámenes que permitan la medición y ponderación del mérito crediticio (creditworthiness) del deudor y que, conforme a este, pueda proyectarse una efectiva de capacidad de pago (affordability).

Un segundo punto por considerar se encuentra en las fuentes de información que deben ser utilizadas por el proveedor para la realización del examen de solvencia. Así, la regla señala que debe tratarse de “información suficiente”, agregando que ella debe ser obtenida “de medios oficiales”. La suficiencia también constituye un requisito impuesto en el ámbito comparado (aunque bajo las ideas de adecuación y pertinencia), y parece aludir al contenido de la información utilizada, el que debe estar directamente relacionado con la identificación de la situación económica del consumidor y de su capacidad de pago. El segundo punto es más complejo dado que el sistema chileno carece aún de sistemas completos de información crediticia, aun cuando existen proyectos de ley en discusión en el Congreso.

Realizado el análisis, la disposición legal advierte que su resultado debe ser entregado al consumidor. De alguna manera, este deber tiene

antecedentes en la propia Ley N° 19.496, en que el contratante puede requerir de la entidad financiera las razones objetivas que han implicado la negativa del crédito, algunas de las cuales se encuentran vinculadas a las perspectivas de pago. Sin embargo, la nueva regla avanza en el sentido que el mentado resultado debe entregarse siempre, aun cuando no se solicite y sea que éste conlleve una respuesta negativa o positiva en lo que se refiere a la contratación. En el primer caso, obedecerá a iguales razones a las previstas en el artículo 3°, inciso segundo, letra a) de la Ley N° 19.496, mientras en el segundo concederá las variables a considerar por el consumidor para efectos que este pueda ponderar el ajuste del crédito ofrecido a sus verdaderas capacidades de pago. Considerando tal finalidad, nos parece que la forma en que se entregue tal información debe cumplir con los parámetros de transparencia, oportunidad y suficiencia que se trasunta en todos los deberes de información previstos en la normativa de consumo, pero a ello debemos agregar que, si en este caso el legislador está dejando en manos del consumidor la revisión de la adecuación del producto a sus capacidades de pago (affordability), tales resultados deben ser entregados de forma tal que pueda ser efectivamente utilizado por el consumidor medio para tales fines, asumiendo, por supuesto, que no se trata de un experto en estas materias. Desde esta perspectiva, el consumidor no es infantilizado, aun cuando se reconocen sus carencias en materias de educación financiera, y se le asigna la posibilidad de tomar una decisión final sobre la base de la información particularizada entregada por el proveedor financiero. Una imagen que, en todo caso, aparece desdibujada en el mismo inciso primero del artículo 17 N, cuando alude a una prohibición total de ofrecimiento de operaciones de crédito de dinero en las instituciones de educación superior, que no tengan relación con el financiamiento de contratos de prestación de servicios educacionales.

Por último, algunas palabras debemos dedicar al régimen sancionatorio previsto en la regla, conforme al cual la infracción de las cargas, deberes y prohibiciones contempladas en el nuevo artículo 17 N implica la posibilidad de imposición de las multas aludidas en el artículo 17 K de la Ley N° 19.496 (de hasta 1.500 UTM, que ascienden a aproximadamente 9.300 euros). Más allá de esta respuesta, que se construye a partir del Derecho administrativo sancionador, la pregunta se encuentra en si el incumplimiento de los deberes de asesoramiento y calificación de solvencia de alguna manera pueden impactar en la relación contractual. Dicho en otras palabras, si una defectuosa formación del consentimiento que elude estos deberes especiales tiene alguna respuesta a partir de las reglas generales del Derecho privado. Se trata este de un punto relevante y que también ha sido objeto de debate en el Derecho comparado, sobre todo por la ausencia de indicaciones precisas por parte de las Directivas Europeas antes aludidas (más allá de la indicación de que ellas deben ser efectivas, proporcionales y disuasorias). Sobre este particular, frente a la merma de la posición en la que quedaría el consumidor que optase por alegar una nulidad o una resolución del contrato -de ser posibles dichas construcciones-, nos parece más apropiado entender que, en realidad, se trata de una “carga” de calificación de solvencia. Y, con ello, entender que su incumplimiento provoca la pérdida de ventajas o derechos a los que, de haberse cumplido de forma adecuada, podría haber optado el proveedor financiero. A nuestro juicio, tal respuesta se puede articular desde la idea de la pérdida de los intereses moratorios a los que usualmente se tiene derecho en virtud del incumplimiento de las obligaciones dinerarias. Lo anterior, a pesar de que la doctrina chilena (Dr. Miguel Ángel Alarcón) ya ha empezado a ensayar otras reacciones, de la mano de las reglas de la responsabilidad civil.