

LA CARGA DE EVALUAR LA SOLVENCIA DEL CONSUMIDOR
EN CHILE Y SUS CONSECUENCIAS JURÍDICAS, A LA LUZ DE LAS
NORMAS CONTENIDAS EN LA LEY SOBRE PROTECCIÓN DE LOS
DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES*

*THE BURDEN OF EVALUATING THE SOLVENCY OF THE CONSUMER
IN CHILE AND ITS LEGAL CONSEQUENCES, IN THE LIGHT OF THE
RULES CONTAINED IN THE CONSUMERS RIGHTS PROTECTION LAW*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 14, febrero 2021, ISSN: 2386-4567, pp. 692-717

* Agradecemos los valiosos aportes de Rebeca Remeseiro y Paula Godoy, quienes nos colaboraron con la búsqueda de materiales y lectura del texto. Este trabajo se inscribe en el proyecto Fondecyt Regular núm. 1180329 ("Hacia un sistema preventivo de protección de los consumidores financieros: la asignación de deberes y cargas a los concedentes del crédito para una correcta distribución del riesgo de sobreendeudamiento"), del cual Francisca Barrientos es coinvestigadora. Se enmarca también en el Proyecto Fondecyt Iniciación núm. 11180676 titulado: "El fenómeno del sobreendeudamiento del consumidor en Chile y sus mecanismos de protección. Estudio a la luz del derecho europeo y los principios que lo inspiran".



Francisca
BARRIENTOS
y Sebastián
BOZZO HAURI

ARTÍCULO RECIBIDO: 27 de abril de 2020

ARTÍCULO APROBADO: 15 de noviembre de 2020

RESUMEN: A la luz de las normas contenidas en la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, el presente trabajo analiza si existe o no en Chile el deber de evaluar la solvencia del consumidor financiero. En su estudio, se observa el desarrollo alcanzado en Europa, en especial el reconocimiento del “Préstamo Responsable” y cómo sus directrices han permitido avanzar hacia una mayor protección del sobreendeudamiento.

PALABRAS CLAVE: Consumidor; sobreendeudamiento; préstamo responsable; Chile.

ABSTRACT: *In the light of the regulations contained in the Law on the Protection of Consumer Rights, this paper analyzes whether or not there is a duty in Chile to assess the solvency of financial consumers. In its study, it looks at the development achieved in Europe, especially the recognition of “Responsible Lending” and how its guidelines have enabled progress to be made towards greater protection against over-indebtedness.*

KEY WORDS: *Consumer; over-indebtedness, responsible lending; Chile.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. LA CONFIGURACIÓN DEL MODELO CHILENO: UN TRÁNSITO DESDE EL MODELO DE LA INFORMACIÓN TRANSPARENTE HACIA LA CONCESIÓN DE PRÉSTAMOS RESPONSABLES.- 1. El modelo instaurado en la legislación financiera de consumo: el suministro de la información y la incipiente exigencia de transparencia.- 2. Préstamos responsables: ¿De qué estamos hablando?.- 3. El tránsito del modelo chileno: desde la transparencia financiera hacia los préstamos responsables.- III. BASES NORMATIVAS DE LA LPDC QUE PERMITEN CONFIGURAR LA CARGA DE EVALUAR LA SOLVENCIA DEL CONSUMIDOR.- 1. El deber de consejo del proveedor financiero.- 2. De la profesionalidad del proveedor. 3.- De la seguridad en el consumo.- IV. OBSERVANCIA E INOBSERVANCIA DE LA EVALUACIÓN DE LA SOLVENCIA.- 1. De la evaluación de la solvencia.- 2. De la sanción por otorgar créditos irresponsables.- V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

La importancia de configurar una carga de evaluar la solvencia del consumidor se justifica desde varias perspectivas. Quizás una de las más importantes se relaciona con los datos que muestra nuestra sociedad respecto de los niveles de sobreendeudamiento de la población.

Se habla de sobreendeudamiento cuando los ingresos no alcanzan a pagar las necesidades básicas, ni los compromisos derivados de créditos o cuentas contratadas por servicios. Este fenómeno se desencadena cuando el consumidor contrae una serie de obligaciones crediticias que producen –en términos coloquiales– que al final del mes no se pueda pagar sus deudas (sobreendeudamiento activo) o cuando se producen hechos fortuitos como la pérdida del trabajo, la muerte de un familiar, alguna enfermedad o accidente o cualquier hecho que signifiquen gastos imprevistos y de alto costo (sobreendeudamiento pasivo)¹.

Una institución que se ha preocupado de medir el sobreendeudamiento ha sido la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras –en adelante

¹ SERNAC, “¿Endeudado o ‘sobreendeudado?’”, disponible en: <https://www.sernac.cl/portal/607/w3-article-1494.html>, fecha de consulta 11 de abril de 2020. En este mismo sentido se refiere el trabajo “Sobreendeudamiento: ¿De qué estamos hablando?”, disponible en <https://iid.uautonoma.cl/investigacion/publicaciones-libros-articulos/>, fecha de consulta 11 de abril de 2020, p.9.

• Francisca Barrientos

Licenciada en Ciencias Jurídicas por la Universidad de los Andes de Santiago de Chile, Magíster en Derecho privado y Doctora por la misma casa de estudios. Profesora adjunta de la Universidad Adolfo Ibáñez, Correo electrónico: francisca.barrientos@edu.uai.cl.

• Sebastián Bozzo Hauri

Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad Autónoma de Chile, Abogado, Máster en Derecho de la Empresa y Doctor en Derecho por la Universidad de Valencia España. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Chile (Chile), investigador del Centro de Regulación y Consumo y profesor de Derecho Civil de la misma Universidad. Correo electrónico: sebastian.bozzo@uautonoma.cl.

SBIF— ahora Comisión para el Mercado Financiero —en adelante CMF—; la que año a año ha elaborado un Informe de Endeudamiento, en el cual se ha advertido cómo éste ha ido proliferando. En efecto, el Informe de Endeudamiento de 2016 expone que la deuda representativa de los deudores en Chile a junio de 2016 aumentó desde \$1,55 millones a \$1,63 millones, experimentando una variación de 0,7% real respecto a igual fecha del año anterior². El Informe de 2017 advirtió un incremento en las cifras y señaló que los clientes bancarios con crédito de consumo tenían una deuda representativa que superaba los \$2 millones y los clientes con crédito hipotecario tenían una deuda representativa cercana a los \$19,5 millones³, mostrando un alza de 3,8% nominal respecto a igual mes del año anterior⁴. El año 2018, la CMF observó un aumento en el nivel de deuda representativa un 10,1% nominal y 7,3% real entre junio de 2017, a junio de 2018. Así, la deuda mediana de consumo alcanzó los \$2,6 millones⁵. Finalmente, el 2019 la CMF señaló que los índices de endeudamiento bajaron a \$1,7 millones⁶.

Por su parte, la Encuesta Financiera de Hogares (2017) elaborada por el Banco Central de Chile muestra que el 66% de los hogares declara tener alguna deuda, siendo la más común la de consumo⁷. En el Informe de 2019, los hogares registraron un stock de deuda equivalente a un 73,3% del ingreso disponible, lo cual fue superior en 3,2 puntos porcentuales al cierre del año anterior, alcanzando un máximo histórico. Respecto de aquello, el Informe de Estabilidad Financiera (2018 y 2019) ha señalado que los indicadores financieros de los hogares se han mantenido estables, creciendo por sobre el 7% real anual cada año⁸⁻⁹. Este año, el

- 2 SUPERINTENDENCIA DE BANCOS E INSTITUCIONES FINANCIERAS, "Informe de Endeudamiento de 2016", disponible en: https://www.sbif.cl/sbifweb3/internet/archivos/DISCURSOS_11422.pdf, fecha de consulta 11 de abril de 2020, p.3.
- 3 SERNAC, "¿Qué hacer si estás sobreendeudado?", disponible en: <https://www.sernac.cl/portal/618/w3-article-55112.html>, fecha de consulta 11 de abril de 2020.
- 4 SUPERINTENDENCIA DE BANCOS E INSTITUCIONES FINANCIERAS, "Informe de Endeudamiento de 2017", disponible en: https://www.sbif.cl/sbifweb3/internet/archivos/publicacion_11891.pdf, fecha de consulta 11 de abril de 2020, pp. 8-9.
- 5 SUPERINTENDENCIA DE BANCOS E INSTITUCIONES FINANCIERAS, "Informe de Endeudamiento de 2018", disponible en: https://www.sbif.cl/sbifweb3/internet/archivos/publicacion_12362.pdf, fecha de consulta 11 de abril de 2020, pp. 8-9.
- 6 SUPERINTENDENCIA DE BANCOS E INSTITUCIONES FINANCIERAS, "Informe de Endeudamiento de 2019", disponible en: http://www.cmfcchile.cl/portal/estadisticas/606/articles-28149_recurso_1.pdf, fecha de consulta 11 de abril de 2020, pp. 8-9.
- 7 SERNAC, "¿Qué hacer si estás sobreendeudado?", disponible en: <https://www.sernac.cl/portal/618/w3-article-55112.html>, fecha de consulta 11 de abril de 2020.
- 8 BANCO CENTRAL, "Informe de Estabilidad Financiera Segundo Semestre 2018", disponible en: https://www.bcentral.cl/documents/33528/133278/IEF2_2018.pdf/8aacf13f-0f56-3ed2-8663-4f4b4486fef5?t=1573272564717, fecha de consulta 11 de abril de 2020, p. 8.
- 9 BANCO CENTRAL, "Informe de Estabilidad Financiera Segundo Semestre 2019", disponible en: https://www.bcentral.cl/documents/33528/133278/IEF2_2019.pdf/742c73b0-5002-594f-8972-a30facf10961?t=1573283231497, fecha de consulta 11 de abril de 2020, p. 9.

endeudamiento registró un alza de 2,9% en el nivel de endeudamiento respecto al mismo periodo del año anterior, alcanzando un 75% del total de los ingresos¹⁰.

El informe de deuda morosa realizado por la Universidad San Sebastián y Equifax en el cuarto trimestre de 2018¹¹ indicaba que en Chile existían 4.529.480 de personas que tienen créditos morosos. El mismo informe realizado el cuarto trimestre de 2019¹² indicaba que en Chile habían 4.733.305 personas morosas. O sea, 203.825 casos más que el mismo periodo del año anterior, alcanzando en todos los periodos más del 70%.

Así, si sólo se examinan estas cifras es posible observar la existencia de niveles preocupantes de sobre endeudamiento y morosidad con altos índices de caer en impagos de la sociedad chilena; hecho que por sí mismo muestra la necesidad de explorar la posibilidad de configurar medidas de protección al crédito, con especial énfasis en que el deudor que es el consumidor, por ende la parte débil de la relación de consumo. Uno de esos especiales recaudos es la carga de examinar la solvencia por parte de las entidades financieras proveedoras.

De este modo, este artículo tiene por objeto justificar la presencia de esta carga de *lege lata*, a partir de la lectura integradora de una serie de instituciones y normas de la Ley sobre Protección de los Derechos de los Consumidores

10 BANCO CENTRAL, "Informe de Cuentas Nacionales de Chile. Evolución de la actividad económica tercer trimestre de 2019", disponible en: https://www.bcentral.cl/documents/33528/762418/Cuentas_nacionales_tercer_trimestre_2019.pdf/a221d712-b2ed-8a52-530f-2b8c24665f61?t=1574168724037, fecha de consulta 11 de abril de 2020.

11 Y esa cifra, sube año a año. Se trata de morosos todo el año (con más de un 70%), cuyas deudas se concentran en la banca (57%) y retail (19%), el 97% son chilenos/as. Hay más morosos en el retail (46%) y luego banca (29%), pero los montos de mora son más altos en la banca (64%) que en el retail (20%). Las regiones que concentran más morosos se encuentran en Antofagasta, Metropolitana, Tarapacá y Atacama. En Santiago, la mora promedio más alta se encuentra ubicada en las comunas de Vitacura, Las Condes y Providencia, con aproximadamente \$5.000.000, aunque las personas más morosas están en Puente Alto, Maipú y Santiago. Hay un poco más de morosos (2.313.328) que morosas (2.216.152) en el país. El rango etario con promedios más altos está en los 30 a 44 años y 45 a 59 años. Y un estudio particular sobre pensionados que reciben la pensión básica solidaria muestra que las tasas de morosidad suben cada día más (la última medición fue 46.178), UNIVERSIDAD SAN SEBASTIÁN Y EQUIFAX, "XXIII Informe de Deuda Morosa Cuarto Trimestre 2018", disponible en: https://www.uss.cl/wp-content/uploads/2019/01/Morosidad-Cuatro-Trimestre-2018_PPT_31_01_20192.pdf, fecha de consulta 11 de abril de 2020, pp. 6-49.

12 Las deudas también se concentran en la banca con un 58% y retail con un 19%. Los datos se mantienen similares a las del año anterior; por ejemplo, las regiones que concentran más morosos se encuentran en Antofagasta, Metropolitana, Tarapacá y Atacama; y en Santiago, la mora promedio más alta se encuentra ubicada en las comunas de Vitacura, Las Condes y Providencia con un rango que va desde los \$3.836.992 a los \$6.138.192, aunque las personas más morosas ya no se encuentran en las mismas comunas, esta vez se encuentran en las comunas de La Pintana, El Bosque, San Ramón, La Granja, Lo Espejo, Pedro Aguirre Cerda, Lo Prado, Cerro Navia y Conchalí. En cuanto al análisis por género, las proporciones también se mantuvieron a los del año anterior, puesto que hay más morosas, las mujeres alcanzaron 2.423.320 y los hombres 2.309.985. Así, la variación de la deuda con respecto al último trimestre del 2018 fue de un 7,9% en los hombres; 8,7% en las mujeres y un 8,1% en la deuda total. El rango etario con promedios más altos está en los 30 a 44 años y 45 a 59 años también, pero esta vez, los rangos que tuvieron más variación con respecto al año anterior fueron los mayores de 60 años, de hecho, de septiembre a diciembre los mayores de 60 años crecieron en 30.821 morosos. Finalmente, también se realizó un estudio particular sobre pensionados que reciben la pensión básica solidaria, la cual mostró que la cifra de morosos bajó un poco respecto del año anterior, siendo en diciembre de 2019 de 45.132, UNIVERSIDAD SAN SEBASTIÁN Y EQUIFAX, "XXVII Informe de Deuda", cit., pp. 3-21.

(en adelante LPDC); y luego, examinar la forma en que opera su observancia y la sanción por su inobservancia. En este último punto postulamos que debe rebajarse el valor de la cobranza extrajudicial, toda vez que el acreedor no hizo “gestiones útiles” consistentes en el examen de la solvencia del patrimonio del deudor consumidor.

Entonces, en las líneas que siguen se pasará revista a (I) la configuración del modelo chileno que, a nuestro juicio, transita desde la transparencia en la entrega de información hacia la concesión de créditos responsables; luego examinaremos (II) las bases normativas recogidas en la LPDC que permiten argumentar la existencia de esta carga; en tercer lugar, se estudiará (III) la observancia e inobservancia de la evaluación de la solvencia; para finalizar con un par de conclusiones.

II. LA CONFIGURACIÓN DEL MODELO CHILENO: UN TRÁNSITO DESDE EL MODELO DE LA INFORMACIÓN TRANSPARENTE HACIA LA CONCESIÓN DE PRÉSTAMOS RESPONSABLES.

En este acápite intentaremos mostrar que el modelo instaurado por nuestro legislador de consumo financiero se encuentra en un tránsito entre una regulación basada en la idea que es necesario informar al consumidor para equilibrar las posiciones contractuales, como un primer estadio de protección y el modelo más avanzado de préstamos responsables. Pensamos que la exigencia de transparencia en el suministro de información que contempla de forma expresa el art. 17 B LPDC, nos puede conducir a dicho camino.

Dicho eso, analizaremos (1) El modelo instaurado en la legislación financiera de consumo: el suministro de la información y la incipiente exigencia de transparencia (2) Préstamos responsables: ¿De qué estamos hablando? (3) El tránsito del modelo chileno hacia los préstamos responsables.

I. El modelo instaurado en la legislación financiera de consumo: el suministro de la información y la incipiente exigencia de transparencia.

Uno de los pilares fundamentales de todo sistema de protección al consumidor es el suministro de información; información que, como se ha expuesto por DE LA MAZA¹³ o BARRIENTOS¹⁴ en el medio nacional, permite que los consumidores sean más libres en la elección de bienes o servicios; nosotros añadimos que

13 DE LA MAZA, I.: “Comentario al artículo 1º n° 3”, en AA.VV.: *La protección de los derechos de los consumidores. Comentarios a la Ley de Protección de los derechos de los consumidores* (dirs. I. de la MAZA GAZMURI y C. PIZARRO WILSON), Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2013, p. 24.

14 BARRIENTOS ZAMORANO, M.: “Comentario al artículo 3 letra B”, en AA.VV.: *La protección de los derechos de los consumidores. Comentarios a la Ley de Protección de los derechos de los consumidores* (coord. por I. de la MAZA GAZMURI y C. PIZARRO WILSON), Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2013, p. 98.

dicha libertad, además, se proyecta en la etapa de formación del consentimiento. Lo anterior resulta fundamental en materia de consumo financiero, pues las complejidades técnicas que presentan estos mercados (v. gr. bancos, retail, cajas de compensación de asignación familiar, cooperativas de ahorro y crédito y seguros) generan la necesidad de informar, pero de una forma que sea comprensible para los clientes consumidores.

En general, nuestra LPDC establece una serie de disposiciones que buscan asegurar a través de la entrega de información un consumo responsable. Subyace en este conjunto de normas la consagración del principio de transparencia¹⁵, imponiendo al proveedor el deber de entregar información clara y precisa¹⁶, pero sobre todas las cosas que sea comprensible.

Entre estas normas destaca el art. 1 N° 3 relacionado a la información básica comercial; el art. 3 b) relativo a el derecho y deber a la información veraz y oportuna; art. 12 que obliga al proveedor respetar los términos, condiciones y modalidades ofrecidas o convenidas; art. 12 A al exigir un acceso claro, comprensible e inequívoco de las condiciones generales del contrato para que se forme el consentimiento si este se celebró por medios electrónicos o fue aceptada la oferta realizada a través de cualquier forma de comunicación a distancia; art. 32 que establece que la información debe ser clara y comprensible. Tal como se ha expuesto en otras ocasiones “La expresión ‘comprensibles’ que evoca el art. 32 en materia de información básica comercial sintetiza la aplicación del principio de transparencia. No basta sólo con tener acceso (o legibilidad) a la información sobre los bienes y servicios ofrecidos, sino que toda la información que se entregue debe ser comprensible; es decir, transparente”¹⁷.

En materia financiera se acentúa el deber de información en los arts. 17 A a 17 L que refieren a la obligación de informar en contratos de adhesión y servicios de créditos y seguros; y el art. 37 en relación a las operaciones de consumo que se conceda crédito directo al consumidor, el proveedor debe proporcionar información determinada. Con todo, el art. 17 B habla expresamente de transparencia, de manera que es posible concebir una base legal tangible en el ámbito de lo financiero, que permite evocar la idea de la comprensión de los contratos.

En efecto, se puede advertir que este conjunto de normas tiene un propósito que va más allá del deber de informar, que más bien buscan entregar una tutela

15 LÓPEZ DÍAZ, P.: “La tutela precontractual en la Ley 19.496: su configuración, alcance y eventual convergencia con aquella propia de la contratación civil”, *Revista Chilena de Derecho*, 2019, vol. 46, núm. 2, p. 402.

16 DE LA MAZA, I.: “El suministro de información como técnica de protección de los consumidores: los deberes precontractuales de información”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 2010, núm. 2, pp. 21-52.

17 BARRIENTOS CAMUS, F.: *Lecciones de derecho del consumidor*, Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2019, p. 62.

precontractual al consumidor¹⁸, en términos de informar de forma transparente y así evitar un menoscabo o perjuicio por la celebración de un contrato que, en caso de haber conocido el consumidor las condiciones exactas del mismo o sus consecuencias, no lo hubiese celebrado. Si reconocemos la existencia de una tutela precontractual, la cual se justifica por el reconocido desequilibrio contractual existente en este tipo de contratos, es posible configurar otras soluciones, bajo el mismo enfoque que permita resguardar el interés del consumidor y así distribuir los riesgos que significa la celebración de un contrato celebrado bajo términos más desfavorables para él.

JORGE BARAONA¹⁹, uno de los primeros en introducir este concepto en el ámbito nacional, considera que “principio de transparencia” nace por la idea de preservar la confianza de los consumidores, a partir de la tutela precontractual basada en la técnica de imposición de deberes de información para asegurar el cumplimiento de las futuras condiciones contractuales por adhesión y demás instituciones amparadas por las normas de consumo. Por eso, se ha expresado que “La transparencia parte de algunas reglas de información, pero es más que eso, se trata de un segundo nivel de protección –si se quiere exponer de esa forma- que intenta asegurar no sólo el adecuado suministro de información al consumidor, sino que además una comprensión, concreción y claridad de todas las instituciones relacionadas con el consumo, como las ofertas, promociones, publicidad, contratos por adhesión, entre otras”²⁰.

Entonces, con lo señalado hasta el momento es posible observar la forma en que nuestro modelo de reglas de consumo financiero no sólo intenta informar desde la órbita precontractual en adelante, sino que más bien lo intentan hacer con transparencia. Es decir, con la exigencia de cierta comprensión de los complejos

18 ROSTIÓN, I.: “SERNAC Financiero: Nuevos deberes de información y responsabilidad civil”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 2014, núm. 1, p. 427. Señala en este sentido que la Ley N° 20.555 “Sernac Financiero” se orienta a fortalecer la posición negociadora del consumidor de productos financieros, a efectos de que el contrato que celebra constituya una expresión de su libertad y de la confianza que existe entre él y quien le provee de un bien o servicio financiero. No obstante, sabemos que esto no se cumple en la realidad, ya que, si bien los proveedores financieros cumplen con su deber de información, pero, por la técnica empleada es muchas veces difícil de entender, impidiendo una correcta comprensión de esta “racionalidad imperfecta” y por ende no ayuda al consumidor a tomar una mejor decisión. ZIMMERMANN, R.: *Estudios de Derecho Privado Europeo*, trad. A. VAQUER ALOY, Civitas, Madrid, 2000, pp. 246-247 es claro en este sentido al indicar que: “En principio, la idea es excelente. Sin embargo, al mismo tiempo, se aprecian vagas reminiscencias de algunos de los ideales utópicos de la ilustración. En primer lugar, muchas personas se resisten a cualquier tipo de instrucción forzosa: simplemente, no leen los larguísima documentos que se les presentan. En segundo lugar, y mucho más importante, la cantidad de información obligatoria que se proyecta sobre el consumidor no siempre comporta un nivel de transparencia deseable: un consumidor al que se le proporciona una sobrecarga de información es tan incapaz de tomar una decisión informada como aquel que no recibe en absoluto ninguna. La imposición de deberes de información al empresario, en otras palabras, no siempre es un remedio que pueda mitigar el déficit de información del consumidor”.

19 BARAONA GONZÁLEZ, J.: “La regulación contenida en la Ley 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores y las reglas del Código Civil y Comercial sobre contratos: un marco comparativo”, *Revista Chilena de Derecho*, 2014, núm. 2, pp. 384-386.

20 BARRIENTOS CAMUS, F.: *Lecciones de derecho*, cit., p. 62.

aspectos financieros técnicos que deben conocer los consumidores, deudores parte débil de la relación de consumo.

Dicho eso, ahora conviene avanzar y explicar el modelo de préstamos responsables, para luego justificar por qué, en nuestro concepto, en Chile nos encontramos en un tránsito hacia ese sistema.

2. Préstamos responsables: ¿De qué estamos hablando?

En Europa, a través de distintas Directivas (2008/48/CE²¹ sobre créditos al consumo y 2014/17/UE²², sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial), se ha regulado en ciertos ámbitos de la contratación el deber de evaluar la solvencia del consumidor y el deber de asistencia, entre otros, dando lugar así a la figura de “Préstamo Responsable”.

La expresión “Préstamo Responsable” se asocia a un importante número de medidas que tienen como principal fin evitar el sobreendeudamiento del consumidor, a través del incentivo de prácticas comerciales que consideren la posición del consumidor al momento de otorgar un crédito. Como señala ARROYO²³, destacan entre ellas aquellas que tienen por fin imponer “transparencia”

- 21 MARÍN LÓPEZ, J.: “La nueva regulación europea del crédito al consumo (Directiva 2008/48/CE, de 23 de abril de 2008)”, disponible en: https://previa.uclm.es/profesorado/mjmarin/invest_art_35.pdf, fecha de consulta 13 de abril de 2020, p. 3. En concreto la Directiva 2008/48/CE sobre créditos al consumo avanza en aspectos tan relevantes como en el deber de asesoramiento en favor del consumidor, indicando en su art. 5.6 que los Estados miembros velarán para que los prestamistas faciliten al consumidor las explicaciones adecuadas para que éste pueda evaluar si el contrato de crédito propuesto se ajusta a sus necesidades y a su situación financiera. Asimismo, en el art. 8 se impone la obligación de evaluar la solvencia del consumidor, debiendo velar los Estados miembros que, antes de que se celebre el contrato, el prestamista evalúe la solvencia del consumidor. Para evaluar la solvencia, el prestamista ha de atender a la información suficiente facilitada por el consumidor, y a la información que resulte de la consulta de base de datos. La Directiva regula el acceso a las bases de datos de una manera muy escueta (art.9): permite a los prestamistas de un Estado miembro consultar las bases de datos de otros Estados miembros en las mismas condiciones que los prestamistas de ese Estado, y si el prestamista deniega el crédito basándose en la consulta de la base de datos, deberá indicar al consumidor los resultados de esa consulta.
- 22 Por su parte la Directiva 2014/17/UE sobre contratación de créditos celebrados con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, se orienta en fomentar la educación e información del consumidor, mejorando además su nivel de protección. Así se lee de su Exposición de Motivos al indicar: “...desarrollar por consiguiente un mercado interior más transparente, eficiente y competitivo mediante unos contratos de crédito coherentes, flexibles y equitativos en materia de bienes inmuebles, promoviendo a la vez la sostenibilidad de la concesión y la contratación de préstamos, así como la inclusión financiera, y proporcionando, por tanto, un nivel elevado de protección a los consumidores”. Entre sus normas destaca el artículo 16 en el cual al igual que en el artículo 5.6 de la Directiva 2008/48/CE el proveedor financiero debe proporcionar explicaciones que permitan al consumidor elegir el producto crediticio mejor adaptado a sus necesidades y situación financiera, y, si fuera preciso, aclararle la información precontractual, las características del producto propuesto, los servicios asociados, las obligaciones asumidas y los riesgos en caso de impago. Como señala ARROYO AMAYUELAS, E.: *Armonización europea*, cit., p. 350., el asesoramiento está implícito cada vez que el prestamista establece qué crédito conviene a los intereses del prestatario tras haber valorado su capacidad de devolución.
- 23 ARROYO AMAYUELAS, E.: *Armonización europea y derecho contractual*, Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2019, p. 342. En esta misma línea, expresa además que es necesario la adopción de ciertas políticas que proporcionen una mejora en la educación financiera de los consumidores, y, por otra parte hacer frente a problemas internos estructurales de las entidades, como la política de incentivos que propicia

en la comercialización de préstamos, el análisis de mérito crediticio, o la concesión de un plazo de reflexión. Sin embargo, la política de préstamo responsable como señala la misma autora va más allá y también incluye "...la razonable tolerancia que debe mostrar el acreedor a la hora de reclamar el pago, por ejemplo, a base de limitar los intereses moratorios, evitar que abuse de las cláusulas de vencimiento anticipado, o se esfuerce para no recurrir a la ejecución forzosa antes de haber intentado una negociación con el deudor".

Cabe destacar, que, previa a estas directivas, en Bélgica se reguló el préstamo responsable, siendo uno de los países pioneros en la materia en Europa. Esto fue posible en parte, gracias a la creación del Registro Central de Crédito de Personas Físicas (en inglés CICR²⁴, *Central Individual Credit Register*). Si bien este registro existe desde 1987, sólo en el año 2003 logró consolidar la información suficiente relativa a todos los créditos de consumo e hipotecarios de las personas físicas, incluyendo cualquier incumplimiento de pago relacionado con estas deudas. La ley que establece el CICR exige a las instituciones financieras evaluar la solvencia de cualquier consumidor no solo comprobando el CICR para ver si hay datos negativos, sino realizando también una evaluación en profundidad de la capacidad del consumidor de pagar la deuda a través de un modelo presupuestario (principalmente atendiendo a los ingresos y los compromisos financieros ya contraídos, incluyendo otras devoluciones de préstamos activos que figuren el CICR). De no llevar a cabo esta tarea, la institución financiera podría enfrentarse a sanciones administrativas, multas, a la retirada de la licencia concedida por el Ministerio de Economía y a la cancelación de parte o la totalidad del préstamo²⁵.

El último cambio legislativo de abril de 2015 incluye una serie de medidas con la intención de prevenir el sobreendeudamiento e incentivar la solicitud y concesión responsable de préstamos. Entre ellas destacan la prohibición de otorgar créditos a personas con 1.000€ o más de deuda en mora en un crédito al consumo, permitir a la autoridad de inspección económica llevar a cabo operaciones de contratación incógnito para comprobar el cumplimiento de la normativa. Además, se invierte la carga de la prueba, puesto que antes de la ley, correspondía al consumidor

la comercialización indebida de productos crediticios y que, en buena medida, afecta igualmente a los intermediarios.

- 24 El CICR está gestionado directamente por el Banco Nacional de Bélgica, un "Comité Acompañante" preside sus actividades y garantiza que la información recogida sobre los consumidores se usa de forma responsable y de manera acorde con su misión central, es decir, con la prevención del sobreendeudamiento. Obtiene su información directamente de instituciones financieras que venden sus productos en el ámbito de su actividad. Todas las instituciones financieras tienen la obligación legal de aportar datos al CICR y de consultarlo antes de otorgar o hacer cambios sobre un préstamo hipotecario o un crédito de consumo. Las instituciones financieras tienen acceso al CICR sólo si tienen el consentimiento expreso de un consumidor que quiere solicitar un crédito. Por su parte los consumidores pueden consultar el CICR a través de una serie de canales, el cual siempre es gratuito.
- 25 SCHMALZRIED, M.: "El modelo belga: información positiva y regulación de préstamo responsable", en AA.VV.: *La prevención del Sobreendeudamiento Privado. Hacia un Préstamo y Consumo Responsables* (dir. M. CUENA CASAS), Thomson Reuters, Madrid, 2017, p. 814.

probar que el prestamista no había llevado a cabo una evaluación en condiciones de su capacidad de repago, mientras que después de la nueva ley corresponde al prestamista probar su evaluación ha sido llevada a cabo correctamente. Los proveedores financieros deben evaluar la liquidez del consumidor, a través de un estudio que signifique analizar el presupuesto del consumidor y analizar la cantidad que le queda al final del mes para poder devolver el crédito²⁶.

En síntesis, se trata de un conjunto de políticas e instituciones que tienden a equilibrar las posiciones de partes, otorgando más exigencias a los prestamistas en un contexto de sobreendeudamiento que, a lo que nosotros interesa, parte de la base de un modelo de información y transparencia. Y esto último es importante de destacar toda vez que la exigencia de transparencia financiera, insistimos expresamente reconocida en el art. 17 B LPDC, constituye el principal argumento para justificar que el sistema chileno se encuentra en camino hacia el modelo de los préstamos responsables, tema que examinaremos a continuación.

3. El tránsito del modelo chileno: desde la transparencia financiera hacia los préstamos responsables.

Tal como lo hemos venido sosteniendo, el modelo de los préstamos responsables implica responsabilidad del prestamista, pero la base de esa construcción no puede estar cimentada sólo en torno a los deberes precontractuales de información, se necesita algo más.

Por eso, como señala PILAR ÁLVAREZ se debe "... cumplir con el deber de *información y transparencia* en la oferta y comercialización de operaciones, tomando en consideración la situación, necesidades e intereses de los prestatarios, evitando técnicas de venta que ocasionen que estos puedan llegar a suscribir préstamos o créditos que no hubieran concertado de haber recibido una correcta información"²⁷ [énfasis añadido].

Así las cosas, el art. 17 B contiene una serie de informaciones mínimas que debe contener el contrato por adhesión financiero, y expresa que debe hacerse con el objeto de "promover su simplicidad y transparencia". He ahí, entonces, la principal base normativa para plasmar la comprensión de estos términos contractuales; y en lo que nos importa, el "primer peldaño" que nos permite proyectar el sistema de préstamos responsables en nuestro país.

26 JÉRUSALMY, O.: "Pratiques de crédits responsables: des progrès notables dès 2015", disponible en: <https://www.financite.be/fr/reference/pratiques-de-credits-responsables-des-progres-notables-des-2015>, fecha de consulta: 13 de abril de 2020, pp. 1-8.

27 ÁLVAREZ OLALLA, M. P.: "La obligación de evaluar la solvencia y su incumplimiento", en AA.VV.: *La prevención del Sobreendeudamiento Privado. Hacia un Préstamo y Consumo Responsables* (dir. M. CUENA CASAS), Thomson Reuters, Madrid, 2017, p. 730.

Junto con ello, podemos agregar que la doctrina nacional ha hecho esfuerzos interpretativos para introducir una serie de herramientas propias del modelo que le atribuye responsabilidad a los prestamistas. De allí que nos sirve la cita a estos institutos para mostrar la forma en que se ha avanzado, a través de una interpretación de *lege lata*, en la cual subyace la configuración del modelo de préstamos responsables. En efecto, se ha argumentado a favor de los deberes de consejo²⁸; junto con una proyección general de asesoría que nacería a partir de la regla del seguro²⁹; y que los deudores no tienen el deber de informar su solvencia³⁰; lo que permite transitar con más fuerza hacia el modelo más responsable en la concesión de créditos.

Por ejemplo, para avanzar hacia una mayor carga para el proveedor, en el sentido de que por su carácter profesional le sea exigible entregar un consejo al consumidor financiero, es necesario a su vez que éste entregue información suficiente para evaluar su estado de endeudamiento³¹. En efecto, el proveedor no debiera sólo para conceder el crédito asegurar su posición de cobro, exigiendo garantías suficientes para el éxito de la misma, sino que solicitar información del consumidor y conforme a los antecedentes entregados aconsejar o advertir de los riesgos que en su situación financiera significa contratar un crédito³². Por eso, parece así oportuno seguir un modelo similar al existente en el ámbito de los contratos de seguros, en el cual se le exige al asegurado proporcionar aquella información que la compañía determina, estableciendo así el art. 525 del Ccom como condición previa, consistente en solicitar aquello que debe declarar el asegurado, sobre los hechos y circunstancias que permita hacer una evaluación de los riesgos y de la cosa asegurada, de modo que, convenido el seguro, sin que el asegurador exija

28 GOLDENBERG SERRANO, J. L.: “Los contornos del deber de consejo como expresión de la colaboración y como técnica de protección”, *Revista de Derecho (Concepción)*, 2018, vol. 86, núm. 244, pp. 9-41.

29 GOLDENBERG SERRANO, J. L.: “El deber de asesoramiento en el marco del Derecho de Seguros, paradigma de una técnica de protección intensificada para el consumidor financiero”, en AA.VV.: *Libro de Actas de las IX Jornadas Chilenas de Derecho Comercial organizadas por la Universidad Católica del Norte*, Tirant lo Blanch, 2020 (en prensa).

30 GOLDENBERG SERRANO, J. L. y BARRIENTOS CAMUS, F.: “La asunción del riesgo de insolvencia del deudor: una lectura a partir del artículo 1637 del Código Civil”, en AA.VV.: *Estudios de Derecho Civil XIV. Jornadas Nacionales de Derecho Civil Coquimbo 2018* (edit. M. GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, G. HERNÁNDEZ PAULSEN, F. LATHROP GÓMEZ y M. TAPIA RODRIGUEZ), Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2019, pp. 469-486.

31 GOLDENBERG SERRANO, J. L.: “¿Existe un deber del deudor de conocer e informar su situación de insolvencia al tiempo de contratar?”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, 2019, vol. XXXII, núm. 2, p.105, señala que existiría un deber de información del consumidor, y que de no cumplir con este deber se vulneraría la confianza en la cual se basa el sistema crediticio. Por su parte CUENA CASAS, M.: “El sobreendeudamiento privado como causa de la crisis financiera y su necesario enfoque multidisciplinar”, en AA.VV.: *Préstamo Responsable y fichero de solvencias* (coord. L. PRATS ALBENTOSA y M. CUENA CASAS), Thomson Reuters, Madrid, 2014, p. 80, señala que: “Aunque pueda parecer lo contrario, que el prestatario monopolice su información económica puede perjudicar más que beneficiarlo y es preciso hacer un esfuerzo en el terreno de la educación del consumidor en este sentido. La trascendencia de la evaluación del riesgo crediticio para la estabilidad del sistema financiero y de la economía en general aconsejan ciertas limitaciones en materia de privacidad que repercuten en beneficio del propio consumidor”.

32 GOLDENBERG SERRANO, J. L.: “Los contornos del deber”, cit., p. 27, se refiere a la diferencia entre el deber de consejo y de advertencia, señalando que este último “se encontraría fundado en la buena fe, suponiendo que, debido al conocimiento técnico de un profesional, éste debe dar cuenta de las consecuencias negativas que la propia celebración o una cierta ejecución del objeto del contrato puede significar”.

información, conforme a la disposición: “éste no podrá alegar errores, reticencias, o inexactitudes del contratante, como tampoco aquellos hechos o circunstancias que no estén comprendidos en tal solicitud”³³.

Entonces, es necesario avanzar hacía un deber de evaluar la solvencia del consumidor por parte del proveedor financiero, que permitiría equilibrar la relación de consumo en este ámbito. Este tema se analizará a continuación.

III. BASES NORMATIVAS DE LA LPDC QUE PERMITEN CONFIGURAR LA CARGA DE EVALUAR LA SOLVENCIA DEL CONSUMIDOR.

En las líneas que siguen examinaremos las fuentes legales que permiten justificar, con la aplicación de un método lógico, sistemático, teleológico y de protección al consumidor, la existencia de un deber de evaluar la solvencia del deudor, que formaría una de las herramientas del modelo de concesión de préstamos responsables ya referido.

I. El deber de consejo del proveedor financiero.

La confianza en la solvencia del deudor como soporte del crédito en el modelo del CC es una realidad que persiste hasta ahora. Como bien señala GOLDENBERG³⁴ las “...operaciones económicas de la época se encontraban limitadas al tiempo presente, mientras que, en una economía en desarrollo, se observan desde la perspectiva del devenir futuro y, conforme con ello, puede apreciarse su cariz de incertidumbre”.

En el contexto económico actual la solvencia del consumidor está lejos de ser una certeza. Esta situación se agrava si el consumidor no tiene el deber de informar su situación patrimonial actual³⁵.

En España, la Ley 16/2011 de Contrato de Crédito al Consumo (en adelante, LCC) que incorpora las exigencias comunitarias establecidas por la Directiva 2008/48/CEE, en su art. 11 impone a la entidad concedente un deber que llama de asistencia al consumidor previo al contrato. Este deber obliga a la entidad, y, en su caso, los intermediarios de crédito, a facilitar al consumidor explicaciones adecuadas de forma individualizada para que éste pueda evaluar si el contrato de crédito propuesto se ajusta a su interés, a sus necesidades y a su situación financiera, si fuera preciso explicando información precontractual, las características esenciales

33 AEDO BARRENA, C.: “La naturaleza jurídica de las conductas exigidas al asegurado a la luz de la Ley 20.667”, *Revista Ius Et Praxis*, 2018, núm. 2, p. 64.

34 GOLDENBERG SERRANO, J. L.: “¿Existe un deber”, cit., p.104.

35 GOLDENBERG SERRANO, J. L.: “¿Existe un deber”, cit., p.103.

de los productos propuestos y los efectos específicos que pueden tener sobre el consumidor, incluida las consecuencias en caso de impago por parte del mismo³⁶.

La doctrina ha utilizado distintas nomenclaturas para referirse a un deber de mayor intensidad que el de solo informar. Así, se distingue el deber de consejo, asesoramiento o advertencia³⁷. El consejo como señala GÓMEZ CALLE³⁸ “implica un grado de mayor compromiso para el que lo da que la simple y objetiva información, al implicar ya una recomendación subjetiva, tanto desde el punto de vista del emisor como del destinatario, cuyas particulares circunstancias se suponen tenidas especialmente en cuenta cuando se le da un consejo”.

Como criterio diferenciador FERRANDO VILLALBA³⁹ nos dice que “mientras las informaciones son proporcionadas de forma más o menos objetiva, sin tener en cuenta su comprensión por el destinatario, el consejo supone un tratamiento de la información *stricto sensu* con el fin de transmitirla al cliente tras un proceso de análisis y adecuación a su nivel de experiencia y conocimiento”. De esta forma, es posible que el proceso deliberativo del contratante le permita predecir las consecuencias de su decisión, es decir, advertir de manera correcta los riesgos que conlleva contratar o no⁴⁰.

GOLDENBERG⁴¹ señala así que “la construcción del deber de consejo se constituye como un medio de apoyo al proceso deliberativo del individuo, ahí donde es previsible que no pueda ser desarrollado autónomamente de manera adecuada, conformándose de modo diverso a la mera recomendación amistosa a la que hace referencia el art. 2119 del CC”.

Un deber de asistencia de menor intensidad sería el de advertir, entendiendo que el deber de advertencia se encuentra inmerso en el deber de consejo. Así,

36 GALLEGO SÁNCHEZ, E.: “La obligación de evaluar la solvencia del deudor. Consecuencias derivadas de su incumplimiento”, en AA.VV.: *Préstamo Responsable y fichero de solvencias* (coord. L. PRATS ALBENTOSA y M. CUENA CASAS), Thomson Reuters, Madrid, 2014, p. 222. En términos similares se establece en la Ley 2/2011 de Economía Sostenible en su art.29.1 dispone que las entidades facilitarán a los consumidores, de manera accesible y , en especial, a través de la oportuna información precontractual, las explicaciones adecuadas para que puedan evaluar si todos los productos bancarios que le ofrecen, en particular los depósitos a plazos y los créditos o préstamos hipotecarios o personales, se ajustan a sus intereses, necesidades y a su situación financiera, haciendo especial referencia a las características esenciales de dichos productos y los efectos específicos que pueden tener sobre el consumidor, en especial las consecuencias de impago.

37 BARROS, E. y RIOSECO, A.: “Responsabilidad de quien da un mal consejo”, en AA.VV.: *Estudios de Derecho Civil X. Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Valparaíso 2014* (edit. A. VIDAL OLIVARES, G. SEVERIN FUSTER y C. MEJÍAS ALONSO), Thomson Reuters La Ley, Santiago de Chile, 2015, p. 633.

38 GÓMEZ CALLE, E.: *Los deberes precontractuales de información*, La Ley, Madrid, 1994, p. 120.

39 FERRANDO VILLALBA, M. L.: *La información de las entidades de crédito. Estudio especial de los informes comerciales bancarios*, Tirant Lo Blanch, Valencia, p. 125. A su vez la autora señala que: “Desde esta perspectiva, el deber de informar constituye únicamente una parte de la obligación que incumbe a la entidad de crédito, puesto que la información debe ser adecuada a las circunstancias de su destinatario y ello implicaría una actividad adicional por su parte, que podemos calificar como deber de consejo”.

40 FABRE-MAGNAN, M.: *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, LGDJ, Paris, 2014, p. 9.

41 GOLDENBERG SERRANO, J. L.: “Los contornos del deber”, cit., p.16.

advertir sobre un riesgo es un consejo en sí mismo, se diferencian a nuestro modo de ver, que quien advierte está aconsejando sobre un riesgo específico, en cambio, quien aconseja no necesariamente puede advertir de un riesgo determinado, sino que puede significar una recomendación en el sentido de que una opción por sobre otra importa un mayor beneficio para quien decide.

De esta forma, es necesario imponer un deber al proveedor financiero mayor al de solo informar, puesto que se requiere resguardar el interés del consumidor, en el sentido de que éste pueda cumplir el contrato de crédito sin que signifique empeorar su estabilidad financiera⁴².

Este deber de asistencia que impone el art. 45 LPDC es de carácter precontractual, es decir, debe entregarse antes de que se adquiera el servicio por el consumidor. Pues de lo contrario, si no conoce los riesgos de manera previa, no podría evaluar la pertinencia de adquirir a crédito un determinado bien o servicio.

2. De la profesionalidad del proveedor.

Por otra parte, atendido el carácter profesional del proveedor, se puede justificar que el consumidor requiera de una asistencia mayor, debiendo por ende no sólo el profesional informar, sino que por su conocimiento y experiencia de examinar la solvencia del consumidor, lo que importa no solo entregarla, sino que asegurarse de que dicha información es útil para el consumidor, en el sentido de que ha podido ser comprendida por él para tomar una decisión en relación a contratar o no un crédito⁴³.

Lo anterior se justificaría si interpretamos distintas normas de la LPDC en favor de la introducción de esta carga. En este sentido, conforme a la definición de proveedor dada por el art. 1° N° 2 LPDC, se desprende que éste tiene un deber de profesionalidad, derivado de la habitualidad de su giro comercial, así como la pericia o experiencia que representa, el que resulta aplicable a cada una de las prestaciones que realice. Por otra parte, ha sido reconocido además por el art. 24 del mismo cuerpo legal, que incluye dentro de sus criterios de determinación el quantum infraccional.

42 Es importante en este punto diferenciar entre los conceptos de carga, deber y obligación, y, sobre todo, diferenciar el deber de la carga, en este sentido AEDO BARRENA, C.: "La naturaleza jurídica", cit., p. 53 señala que: "... la carga difiere del deber jurídico en cuanto el juego de intereses envueltos. Así, se entiende que una carga implica ajustar una conducta propia a cierta regla jurídica, pero que vela por un interés propio". BAEZA PINTO, S.: *El seguro*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2012, p. 112, señala con relación a la carga que: "... son deberes impuestos a un sujeto como tutela de un interés propio, cuya observancia es necesaria si se requiere alcanzar un determinado resultado y cuya transgresión provocaría la pérdida o menoscabo de un resultado". En este mismo sentido, CONTRERAS STRAUCH, O.: *Derecho de Seguros*, Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2014, p. 252.

43 GOLDENBERG SERRANO, J. L.: "Los contornos del deber", cit., p. 21.

La posición profesional del proveedor en una relación de consumo en el ámbito financiero, le impone un deber mayor de asistencia que el de entregar información y junto con ello de evaluar, ponderar y medir la solvencia para efectos de determinar la concesión o no del crédito al consumidor. Considerando además el riesgo que tiene para el consumidor contratar un crédito que no podrá luego pagar. Si bien para el proveedor puede ser suficiente la entrega de una garantía para asegurar el posterior pago, la baja comprensión del consumidor del riesgo que significa contratar ese crédito en ciertas condiciones puede significarle comprometer parte de su patrimonio como su vivienda o el del aval que ha concurrido a asegurar el pago del crédito.

En concordancia con lo anterior, el art. 23 LPDC permite sancionar al proveedor que, en la venta de un bien o en la prestación de un servicio, actuando con negligencia, causa menoscabo al consumidor debido a fallas o deficiencias en la calidad, cantidad, identidad, sustancia, procedencia, seguridad, peso o medida del respectivo bien o servicio. De aquí emana esta verdadera culpa profesional, llamada deber de profesionalidad, por su conexión con la responsabilidad infraccional⁴⁴, que permite justificar de *lege lata* la necesidad de calificar la solvencia de los consumidores, sin necesidad de que una norma expresa así lo establezca.

3. De la seguridad en el consumo.

Pues bien, el servicio puede ser considerado improcedente o riesgoso para el consumidor si éste contrata un crédito sin tener la capacidad económica para pagarlo. En este sentido, el art. 45 de la misma ley regula la venta de bienes o servicios potencialmente peligrosos para los consumidores, imponiendo un deber de asistencia mayor al de entrega de información al señalar que "...deberá adoptar todas las medidas necesarias para que aquélla se realice en adecuadas condiciones de seguridad, informando al usuario y a quienes pudieren verse afectado por tales riesgos de las providencias preventivas que deben observarse".

Es posible señalar que el proveedor financiero al entregar un servicio que puede importar un riesgo para el consumidor se justifica que asuma una actividad de asistencia mayor a la de entrega de información, debiendo recomendar ciertas medidas que eviten la inestabilidad financiera del consumidor.

Entonces a partir del deber de consejo del proveedor, de la profesionalidad que debe mostrar en la concesión de préstamos y especialmente de la seguridad que debe brindar en la relación de consumo, es posible configurar la existencia

44 BARRIENTOS CAMUS, F.: "La función del artículo 23 como fuente ambigua de responsabilidad en la LPC", en AA.VV.: *Estudios de Derecho Civil IV. Jornadas Nacionales de Derecho Civil Olmué 2008* (coord. C. PIZARRO WILSON), Legal Publishing, Santiago de Chile, 2009, pp. 625-642.

de la carga de calificación de solvencia del consumidor, conforme a las propias disposiciones de la LPDC.

Dicho eso, ahora conviene examinar la forma de despliegan las consecuencias jurídicas de la ejecución de la carga de determinación de la solvencia del consumidor.

IV. OBSERVANCIA E INOBSERVANCIA DE LA EVALUACIÓN DE LA SOLVENCIA.

I. De la evaluación de la solvencia.

En la práctica nacional existe una tendencia a evaluar la solvencia del consumidor, a través de ciertos procedimientos internos de los bancos y en general de prestamistas, regulados por la Comisión para el Mercado Financiero. En concreto en el Capítulo BI⁴⁵ se encuentran las normas de calificación de solvencia. Pero, inmediatamente hay que sostener este cuerpo reglamentario tiene por objetivo tutelar el mercado, cuidando que no existan mayores riesgos, por eso se pide efectuar provisiones bancarias. No se trata de disposiciones pensadas con una lógica cautelar, tuitiva de protección al consumidor. Por este motivo, simplemente se citan como referencia.

Dicho esto, y proyectando la forma en que operaría la calificación de la solvencia se puede decir que la evaluación puede ser positiva o negativa.

Será positiva si el proveedor financiero ha decidido que el consumidor es apto para concederle el crédito. Tomando las ideas de autoras españolas como PILAR ÁLVAREZ⁴⁶, esta evaluación no obliga al proveedor a ofrecer el crédito. SILVIA DÍAZ⁴⁷ lo refuerza señalando que el prestamista no está obligado a contratar por existencia del principio de libertad de contratación. Estas mismas ideas pueden extrapolarse al medio nacional para explicar la libertad de contratación por parte del prestamista. En este sentido, el proveedor no estaría obligado a contratar si la

45 Esta normativa dispone que “Es responsabilidad del Directorio de cada banco que la institución cuente con políticas y procedimientos para evaluar integralmente el riesgo de crédito de sus operaciones de préstamos y de su cartera de colocaciones, acordes con el tamaño, la naturaleza y la complejidad de sus negocios crediticios”, asignándole responsabilidad al directorio de los bancos. La evaluación debe ser permanente “a fin de constituir oportunamente las provisiones necesarias y suficientes para cubrir las pérdidas esperadas asociadas a las características de los deudores y de sus créditos, que determinan el comportamiento de pago y la posterior recuperación”, COMISIÓN PARA EL MERCADO FINANCIERO, “Compendio de normas contables para bancos”, disponible en: http://www.sbif.cl/sbifweb3/internet/archivos/norma_6545_1.pdf, fecha de consulta 22 de abril de 2020, pp. 9-29.

46 ÁLVAREZ OLALLA, M. P.: “La obligación de evaluar”, cit., p. 774.

47 DÍAZ ALABART, S.: “Evaluación de la solvencia del consumidor, tasación de inmuebles y consultas en ficheros de solvencia”, en AA.VV.: *La protección del consumidor en los créditos hipotecarios (Directiva 2014/117/UE)* (coord. M. P. REPRESA POLO), Editorial Reus, Madrid, 2015, p. 253.

solvencia es positiva del deudor. Para ello se requiere de una oferta que cumpla con todas las exigencias legales⁴⁸.

Por otra parte, la evaluación puede resultar negativa, esto es analizando la solvencia del potencial deudor, la entidad financiera rechaza la concesión del crédito porque la persona se encuentra en un serio riesgo de sobreendeudamiento o impagos. Y en estos casos, la pregunta que se formula es qué sanción recibe el prestamista que, a pesar de la información que contiene sobre la insolvencia que dispone del consumidor, entrega dinero sabiendo o debiendo saber el alto de riesgo de caer en morosidad o impagos, tema que se analizará a continuación.

2. De la sanción por otorgar créditos irresponsables .

Bajo el ámbito de la LPDC cabría asignar responsabilidad contravencional sólo en el evento que el consumidor caiga en mora o impagos, pues la infracción de las normas sancionatorias requiere un perjuicio del consumidor. Así lo confirma el tenor del art. 23 LPDC. La infracción cometida se relaciona con la falta de profesionalidad, que se extrae de la misma norma comentada. Incluso, podría configurarse una agravante de responsabilidad, si se le causa un daño calificado como "grave" a los consumidores, ex art. 24 LPDC.

Ahora bien, desde el punto de vista civil, al configurarse una carga especial, en términos que se observa la existencia de un deber de prestar dinero de forma responsable, la sanción sería una penalización con fines compensatorios y disuasorios, como una especie de sanción civil tasada, cuya característica principal, creemos, se encuentra dispuesta por la misma ley de consumo.

En otras latitudes se ha reconocido de forma expresa la privación a cobrar intereses⁴⁹. Nosotros no estamos en condiciones de justificar tal sanción, puesto que en la LPDC no existe ninguna referencia a ella. Quizás una interpretación extensiva y pro consumidor del art. 1559 del CC –en el entendido que sea metodológicamente posible hacerlo– podría generar tal conclusión. Pero eso excede a los términos de esta presentación, que no intenta integrar las normas del derecho con las disposiciones de consumo.

48 "Así las cosas, la oferta o policitación que realiza el proveedor debe cumplir los mismos requisitos que, en general, los autores le atribuyen a la propuesta civil o mercantil. Es decir, debe ser completa (firme) y seria. En materia de consumo no rige la exigencia la determinación de personas", en BARRIENTOS CAMUS, F.: *Lecciones de derecho*, cit., p. 79. Otra cosa diferente es no otorgarle el crédito por razones discriminatorias. El artículo 3 inciso 2do letra b) segunda parte de la LPDC lo prohíbe, en términos de "ser informado por escrito de las razones del rechazo a la contratación del servicio financiero, las que deberán fundarse en condiciones objetivas".

49 PILAR ÁLVAREZ la concibe como sanción efectiva, proporcional y disuasoria, que restaura el equilibrio perdido por la inobservancia del prestamista, que no es otro que la privación del derecho a cobrar intereses y comisiones o devolverlas, según sea el caso, en ÁLVAREZ OLALLA, M. P.: "La obligación de evaluar", cit., p. 794. En Francia se recoge en el art. L. 341-28 del Code de la Consommation que regula la privación del derecho a cobrar intereses en su totalidad o en la proporción que el juez determine.

Por eso, creemos que es posible argumentar que la sanción por la inobservancia de la carga de examinar la solvencia del consumidor-deudor sería la reducción del monto a cobrar por concepto de gastos de cobranzas. Idea que ha sido esbozada por Goldenberg⁵⁰, a propósito de si existe un deber del deudor de informar su insolvencia.

En efecto, el art. 37 inciso 2do de la LPDC establece los montos máximos a cobrar por concepto de gastos de cobranza extrajudicial (3%, 6% y 9%) cuando las deudas se encuentran vencidas (y morosas), antes de iniciar un juicio ordinario de cobro de pesos o un procedimiento ejecutivo, ejecutando un pagaré dado en garantía. La norma establece una reducción *ipso iure* de esos porcentajes a 0,2 unidades de fomento, si es que no se realiza “*siempre a lo menos una gestión útil, sin cargo para el deudor, cuyo fin sea el debido y oportuno conocimiento del deudor sobre la mora o retraso en el cumplimiento de sus obligaciones, dentro de los primeros quince días siguientes a cada vencimiento impago*” [énfasis añadido].

Los énfasis agregados nos permiten destacar que la intención del legislador era que se realice siempre un examen de la mora o retardo por parte de la entidad de la financiera a la hora conceder un préstamo o renegociar un crédito, para cumplir con la exigencia legal de lograr poner en conocimiento al deudor de su estado patrimonial antes de cada vencimiento de las cuotas pactadas.

Gracias a esto, es posible inferir que no se trata sólo de anunciarle al consumidor el riesgo de caer en mora (para que pueda cobrar los máximos de las cobranzas extrajudiciales), en cada futuro vencimiento del plazo de la obligación crediticia, hay algo más.

Por deducción lógica e intentando buscar el “sentido”⁵¹ de la norma más allá de lo literal de las palabras, la revisión de los antecedentes financieros del consumidor al tiempo de la contratación⁵² serían los únicos instrumentos que permitirían cumplir con el estándar legal exigido para cobrar los máximos permitidos por la ley; y que, necesariamente, tienen por finalidad prevenir el sobre endeudamiento⁵³.

50 GOLDENBERG SERRANO, J. L.: “¿Existe un deber”, cit., p. 117.

51 GUZMÁN BRITO, A.: *Las reglas del “Código Civil” de Chile sobre interpretación de las leyes*, 2ª edición, Abeledo Perrot, Santiago de Chile, 2011, p. 114.

52 En este sentido, aporta que “La ley no establece cómo debe hacerse dicha gestión para considerarla útil”, BARRIENTOS CAMUS, F. y GOLDENBERG SERRANO, J.L.: “Comentario al artículo 37 inciso 3º”, en AA.VV.: *La protección de los derechos de los consumidores. Comentarios a la Ley de Protección de los derechos de los consumidores* (dirs. por I. de la MAZA GAZMURI y C. PIZARRO WILSON), Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2013, p. 1209.

53 Y esto se conecta con el conjunto de mecanismos preventivos frente a las crisis el inicio de procedimientos de renegociación de las deudas. Sobre estas medidas preventivas o de detección anticipada de las situaciones de crisis patrimoniales, véase RUZ LÁRTIGA, G.: *Nuevo Derecho Concursal Chileno: reorganización de la empresa deudora y renegociación de la persona deudora*, Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2017, p. 147.

Dicho en otras palabras, si los proveedores tienen el deber de notificar 15 días antes del vencimiento de cada cuota una posible “mora o retraso” en el cumplimiento de la obligación, la regla implícita que subyace a esta exigencia legal no es otra que la existencia de una carga de calificación de la capacidad de pago del consumidor antes de la celebración del contrato de préstamo. De no hacerlo, sería muy difícil justificar las “gestiones útiles” que impone la ley para efectos de cobrar los máximos establecidos por la ley por concepto de cobranza extrajudicial.

Esto, también implica que el deber de evaluar la solvencia del consumidor, ahora contratante porque estamos en la fase de ejecución del contrato de crédito, se va desplegando en el tiempo, toda vez que el examen de la morosidad de una cuota que está por devengarse (y con ello realizar gestiones útiles) implica la revisión de las demás cuotas futuras, para evitar tener que acelerar las deudas y ejecutarlas o iniciar juicios de cobros ordinarios o ejecutivos.

V. CONCLUSIONES.

Para finalizar este estudio es posible arribar a las siguientes conclusiones:

1º) Las cifras muestran altos niveles de sobre endeudamiento de la población chilena; hecho que muestra la necesidad de estudiar la configuración de un sistema preventivo de protección de los consumidores financieros.

2º) El modelo chileno transita desde la entrega de información de forma transparente hacia la concesión de préstamos responsables. El art. 17 B LPDC, que exige simplicidad y transparencia en la redacción de los contratos de adhesión financiero así lo demuestra, junto con el esfuerzo interpretativo de la doctrina que ha configurado deberes de consejo para los deudores, una asesoría -que sería un nivel de protección más alto que el consejo-, junto con el esclarecimiento que los deudores no tienen el deber de informar su situación patrimonial o insolvencia al tiempo de contratar.

3º) Los institutos que contiene la misma LPDC permiten configurar la existencia de una carga de calificar la solvencia del consumidor deudor, mediante el deber de consejo, el deber de profesionalidad del proveedor y la exigencia de seguridad en el consumo.

4º) Gracias a todo lo anterior, es posible concluir que la evaluación de la solvencia puede ser positiva o negativa. Si es positiva, de todas maneras, no se puede obligar al proveedor a celebrar el contrato de consumo. De ser negativa, y si el prestamista otorga el crédito de forma irresponsable, se reduciría el monto de la cobranza extrajudicial a 2 unidades de fomento, porque no se realizaron “gestiones útiles”.

BIBLIOGRAFÍA

AEDO BARRENA, C.: "La naturaleza jurídica de las conductas exigidas al asegurado a la luz de la Ley 20.667", *Revista Ius Et Praxis*, 2018, núm. 2, pp. 51-96.

ÁLVAREZ OLALLA, M. P.: "La obligación de evaluar la solvencia y su incumplimiento", en AA.VV.: *La prevención del Sobreendeudamiento Privado. Hacia un Préstamo y Consumo Responsables* (dir. M. CUENA CASAS), Thomson Reuters, Madrid, 2017, pp. 725-810.

ARROYO AMAYUELAS, E.: *Armonización europea y derecho contractual*, Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2019.

BANCO CENTRAL, "Informe de Cuentas Nacionales de Chile. Evolución de la actividad económica tercer trimestre de 2019", disponible en: https://www.bcentral.cl/documents/33528/762418/Cuentas_nacionales_tercer_trimestre_2019.pdf/a221d712-b2ed-8a52-530f-2b8c24665f61?t=1574168724037, fecha de consulta 11 de abril de 2020.

BANCO CENTRAL, "Informe de Estabilidad Financiera Segundo Semestre 2019", disponible en: https://www.bcentral.cl/documents/33528/133278/IEF2_2019.pdf/742c73b0-5002-594f-8972-a30facf10961?t=1573283231497, fecha de consulta 11 de abril de 2020.

BANCO CENTRAL, "Informe de Estabilidad Financiera Segundo Semestre 2018", disponible en: https://www.bcentral.cl/documents/33528/133278/IEF2_2018.pdf/8aacf13f-0f56-3ed2-8663-4f4b4486fef5?t=1573272564717, fecha de consulta 11 de abril de 2020.

BARAONA GONZÁLEZ, J.: "La regulación contenida en la Ley 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores y las reglas del Código Civil y Comercial sobre contratos: un marco comparativo", *Revista Chilena de Derecho*, 2014, núm. 2, pp. 301-408.

BARRIENTOS CAMUS, F.: *Lecciones de derecho del consumidor*, Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2019.

BARRIENTOS CAMUS, F.: "La función del artículo 23 como fuente ambigua de responsabilidad en la LPC", en AA.VV.: *Estudios de Derecho Civil IV. Jornadas Nacionales de Derecho Civil Olmué 2008* (coord. C. PIZARRO WILSON), Legal Publishing, Santiago de Chile, 2009, pp. 625-642.

BARRIENTOS CAMUS, F. y GOLDENBERG SERRANO, J.L.: "Comentario al artículo 37 inciso 3º", en AA.VV.: *La protección de los derechos de los consumidores. Comentarios*

a la Ley de Protección de los derechos de los consumidores (dirs. I. de la MAZA GAZMURI y C. PIZARRO WILSON), Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2013, pp. 1206-1212.

BARRIENTOS ZAMORANO, M.: "Comentario al artículo 3 letra B", en AA.VV.: *La protección de los derechos de los consumidores. Comentarios a la Ley de Protección de los derechos de los consumidores* (dir. I. de la MAZA GAZMURI y C. PIZARRO WILSON), Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2013, pp. 94-103.

BAEZA PINTO, S.: *El seguro*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2012.

BARROS, E. y RIOSECO, A.: "Responsabilidad de quien da un mal consejo", en AA.VV.: *Estudios de Derecho Civil X. Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Valparaíso 2014* (edit. A. VIDAL OLIVARES, G. SEVERIN FUSTER y C. MEJÍAS ALONSO), Thomson Reuters La Ley, Santiago de Chile, 2015, pp.633-651.

BOZZO HAURI, S; BRAVO ALLIENDE, F; GOLDENBERG SERRANO, JL Y RUZ LÁRTIGA, G.: Sobreendeudamiento: ¿De qué estamos Hablando", en <https://iid.uaautonoma.cl/investigacion/publicaciones-libros-articulos/>, fecha de consulta el 11 de abril de 2020.

COMISIÓN PARA EL MERCADO FINANCIERO, "Compendio de normas contables para bancos", disponible en: http://www.sbif.cl/sbifweb3/internet/archivos/norma_6545_1.pdf, fecha de consulta 22 de abril de 2020.

CONTRERAS STRAUCH, O.: *Derecho de Seguros*, Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2014.

CUENA CASAS, M.: "El sobreendeudamiento privado como causa de la crisis financiera y su necesario enfoque multidisciplinar", en AA.VV.: *Préstamo Responsable y fichero de solvencias* (coord. L. PRATS ALBENTOSA y M. CUENA CASAS), Thomson Reuters, Madrid, 2014, pp. 27-89.

DE LA MAZA, I.: "Comentario al artículo 1º nº 3", en AA.VV.: *La protección de los derechos de los consumidores. Comentarios a la Ley de Protección de los derechos de los consumidores* (dir. I. de la MAZA GAZMURI y C. PIZARRO WILSON), Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2013, pp. 24-31.

DE LA MAZA, I.: "El suministro de información como técnica de protección de los consumidores: los deberes precontractuales de información", *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 2010, núm. 2, pp. 21-52.

DIAZ ALABART, S.: "Evaluación de la solvencia del consumidor, tasación de inmuebles y consultas en ficheros de solvencia", en AA. VV.: *La protección del*

consumidor en los créditos hipotecarios (Directiva 2014/17/UE) (coord. M. P. REPRESA POLO), Editorial Reus, Madrid, 2015, pp. 223- 276.

FABRE-MAGNAN, M.: *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, LGDJ, Paris, 2014.

FERRANDO VILLALBA, M. L.: *La información de las entidades de crédito. Estudio especial de los informes comerciales bancarios*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.

GALLEGO SÁNCHEZ, E.: "La obligación de evaluar la solvencia del deudor. Consecuencias derivadas de su incumplimiento", en AA.VV.: *Préstamo Responsable y fichero de solvencias* (coord. L. PRATS ALBENTOSA y M. CUENA CASAS), Thomson Reuters, Madrid, 2014, pp. 207-242.

GÓMEZ CALLE, E.: *Los deberes precontractuales de información*, La Ley, Madrid, 1994.

GOLDENBERG SERRANO, J. L.: "El deber de asesoramiento en el marco del Derecho de Seguros, paradigma de una técnica de protección intensificada para el consumidor financiero", en AA.VV.: *Libro de Actas de las IX Jornadas Chilenas de Derecho Comercial organizadas por la Universidad Católica del Norte*, Tirant lo Blanch, 2020 (en prensa).

GOLDENBERG SERRANO, J. L.: "¿Existe un deber del deudor de conocer e informar su situación de insolvencia al tiempo de contratar? ", *Revista de Derecho (Valdivia)*, 2019, vol. XXXII, núm. 2, pp. 101-121.

GOLDENBERG SERRANO, J. L.: "Los contornos del deber de consejo como expresión de la colaboración y como técnica de protección", *Revista de Derecho (Concepción)*, 2018, vol. 86, núm. 244, pp. 9-41.

GOLDENBERG SERRANO, J. L. y BARRIENTOS CAMUS, F.: "La asunción del riesgo de insolvencia del deudor: una lectura a partir del artículo 1637 del Código Civil", en AA.VV.: *Estudios de Derecho Civil XIV. Jornadas Nacionales de Derecho Civil Coquimbo 2018* (edit. M. GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, G. HERNÁNDEZ PAULSEN, F. LATHROP GÓMEZ y M. TAPIA RODRÍGUEZ), Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2019, pp. 469-486.

GUZMÁN BRITO, A.: *Las reglas del "Código Civil" de Chile sobre interpretación de las leyes*, 2ª edición, Abeledo Perrot, Santiago de Chile, 2011.

JÉRUSALMY, O.: "Pratiques de crédits responsables: des progrès notables dès 2015", disponible en: <https://www.financite.be/fr/reference/pratiques-de-credits-responsables-des-progres-notables-des-2015>, fecha de consulta: 13 de abril de 2020.

LÓPEZ DÍAZ, P.: "La tutela precontractual en la Ley 19.496: su configuración, alcance y eventual *convergencia con aquella propia de la contratación civil*", *Revista Chilena de Derecho*, 2019, vol. 46, núm. 2, pp. 399-425.

MARÍN LÓPEZ, J.: "La nueva regulación europea del crédito al consumo (Directiva 2008/48/CE, de 23 de abril de 2008) "; disponible en: https://previa.uclm.es/profesorado/mjmarin/invest_art_35.pdf, fecha de consulta 13 de abril de 2020.

ROSTIÓ, I.: "SERNAC Financiero: Nuevos deberes de información y responsabilidad civil", *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 2014, núm. 1, pp. 423-442.

RUZ LÁRTIGA, G.: *Nuevo Derecho Concursal Chileno: reorganización de la empresa deudora y renegociación de la persona deudora*, Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2017.

SCHMALZRIED, M.: "El modelo belga: información positiva y regulación de préstamo responsable", en AA.VV.: *La prevención del Sobreendeudamiento Privado. Hacia un Préstamo y Consumo Responsables* (dir. M. CUENA CASAS), Thomson Reuters, Madrid, 2017, pp. 811-829.

SERNAC, "¿Endeudado o 'sobreendeudado'?", disponible en: <https://www.sernac.cl/portal/607/w3-article-1494.html>, fecha de consulta 11 de abril de 2020.

SERNAC, "¿Qué hacer si estás sobreendeudado?", disponible en: <https://www.sernac.cl/portal/618/w3-article-55112.html>, fecha de consulta 11 de abril de 2020.

SUPERINTENDENCIA DE BANCOS E INSTITUCIONES FINANCIERAS, "Informe de Endeudamiento de 2019", disponible en: http://www.cmfchile.cl/portal/estadisticas/606/articles-28149_recurso_1.pdf, fecha de consulta 11 de abril de 2020.

SUPERINTENDENCIA DE BANCOS E INSTITUCIONES FINANCIERAS, "Informe de Endeudamiento de 2018", disponible en: https://www.sbif.cl/sbifweb3/internet/archivos/publicacion_12362.pdf, fecha de consulta 11 de abril de 2020.

SUPERINTENDENCIA DE BANCOS E INSTITUCIONES FINANCIERAS, "Informe de Endeudamiento de 2017", disponible en: https://www.sbif.cl/sbifweb3/internet/archivos/publicacion_11891.pdf, fecha de consulta 11 de abril de 2020.

SUPERINTENDENCIA DE BANCOS E INSTITUCIONES FINANCIERAS, "Informe de Endeudamiento de 2016", disponible en: https://www.sbif.cl/sbifweb3/internet/archivos/DISCURSOS_11422.pdf, fecha de consulta 11 de abril de 2020.

UNIVERSIDAD SAN SEBASTIÁN y EQUIFAX, "XXIII Informe de Deuda Morosa Cuarto Trimestre 2018", disponible en: https://www.uss.cl/wp-content/uploads/2019/01/Morosidad-Cuatro-Trimestre-2018_PPT_31_01_20192.pdf, fecha de consulta 11 de abril de 2020.

ZIMMERMANN, R.: *Estudios de Derecho Privado Europeo*, trad. A. VAQUER ALOY, Civitas, Madrid, 2000.

