

## ÍNDICE

Nota preliminar

Introducción

### CAPÍTULO I

#### **LAS APROXIMACIONES SOCIOLOGICAS Y LEGALES AL CRÉDITO AL CONSUMO Y SU INCIDENCIA EN EL TRATAMIENTO DEL SOBREENDEUDAMIENTO**

##### **I. Introducción**

##### **II. El reconocimiento del “crédito al consumo” como punto de partida**

1. Una precisión previa con relación al “crédito al consumo
2. Una visión general de las dinámicas del financiamiento al consumo y de las necesidades de protección del consumidor a partir de su desarrollo en Estados Unidos de América y Europa
3. Una lectura general de la evolución de la regulación chilena del financiamiento del consumo

##### **III. Los dilemas de la “democratización del crédito” y de la “inclusión financiera”**

1. Origen y desarrollo de la inclusión financiera
2. El relato chileno de la inclusión financiera
3. Aspectos cuantitativos de la inclusión financiera en Chile desde la perspectiva del acceso al crédito
4. Los aspectos cualitativos de la inclusión financiera en Chile y la protección de los derechos de los consumidores financieros: un análisis estadístico del acceso al crédito en Chile desde la perspectiva de la demanda

##### **IV. Hacia una descripción del sobreendeudamiento**

1. Las dificultades para definir el sobreendeudamiento
2. Una aproximación descriptiva a partir de las variables del sobreendeudamiento
3. Una descripción a partir de las causas del sobreendeudamiento

4. El problema del ámbito subjetivo para la aproximación al sobreendeudamiento

## **CAPÍTULO II**

### **LA RESPONSABILIDAD DEL DEUDOR EN LOS MODELOS DEL CÓDIGO CIVIL Y DE LA LEY DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES**

#### **I. Introducción**

#### **II. La lógica económica subyacente en la codificación civil decimonónica: del *homo economicus* al mito del prestatario responsable**

1. Una revisión general del modelo económico tras la codificación civil
2. Una reconducción a partir del préstamo de dinero en el escenario del siglo XIX y su proyección en los créditos al consumo

#### **III. La aproximación de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores: elementos para la construcción del paradigma del “consumidor responsable” y su incidencia en el problema del sobreendeudamiento**

1. El punto de atención en el establecimiento de deberes precontractuales de información: una lectura general
2. Una lectura a partir de las reglas chilenas de protección del consumidor
  - 2.1. El paradigma del “consumidor medio” en el ordenamiento nacional
  - 2.2. Los deberes de información precontractual en la LPDC, y, especialmente, en el ámbito del consumo financiero
  - 2.3. Normativa aplicable a los créditos hipotecarios, créditos de consumo y tarjetas de crédito
    - 2.3.1. La Ley N° 19.496 y los Decretos N°s. 42, 43 y 44, del Ministerio de Economía
    - 2.3.2. Normativa complementaria de las agencias regulatorias
3. La crítica a los deberes de información precontractual desde la perspectiva del sobreendeudamiento
  - 3.1. El mito del “prestatario racional”
  - 3.2. La incidencia de los diversos niveles de vulnerabilidad y de racionalidad imperfecta del consumidor financiero

3.2.1. La publicidad del crédito al consumo

3.2.2. Los problemas derivados de la racionalidad imperfecta del consumidor financiero

a. Los problemas derivados de la oportunidad de la información

i. El factor recordatorio

ii. El factor de la deseabilidad

iii. El factor del cálculo del riesgo financiero

iv. El factor de la dilación de la elección del momento y la forma de pago

b. El problema del sesgo optimista (*optimism bias*)

### **CAPÍTULO III**

## **LA REDISTRIBUCIÓN DE LOS DEBERES Y CARGAS ENTRE PROVEEDORES Y CONSUMIDORES FINANCIEROS PARA LA CONFIGURACIÓN DE UN MODELO DE CORRESPONSABILIDAD PARA PREVENIR EL SOBREENDEUDAMIENTO**

### **I. Introducción**

### **II. El sentido de la vulnerabilidad del consumidor financiero**

1. El paradigma del consumidor vulnerable y los riesgos de la reacción paternalista

2. Un ejemplo de la problemática del planteamiento paternalista a partir de las políticas de inclusión financiera del adulto mayor

3. La distribución de los riesgos de sobreendeudamiento ante el consumidor financiero vulnerable

### **III. Elementos para la construcción del paradigma del proveedor profesional y su incidencia en el problema del sobreendeudamiento**

1. El principio del “préstamo responsable”

2. El sustrato fiduciario del principio de “préstamo responsable” y sus limitaciones intrínsecas

3. El principio del préstamo responsable como una expresión del “contractual welfarism”: características y debilidades de este planteamiento

4. El difícil reconocimiento y la evolución del “préstamo responsable” en las Directivas europeas

#### **IV. Dos formatos de protección del consumidor financiero**

1. Del paradigma de la información a la estabilidad del mercado

2. El diseño institucional de la protección del consumidor financiero

3. Las ideas de “conducta de mercado” y de “trato justo” al consumidor financiero

#### **V. La construcción del principio de “préstamo responsable” a partir de la configuración de cargas y deberes de los proveedores y consumidores financieros**

1. La insuficiencia del modelo informativo como medio de tutela del consumidor financiero ante el riesgo del sobreendeudamiento

2. La carga de calificación de solvencia

2.1. La justificación de la carga de calificación de solvencia

2.2. La configuración de la carga de calificación de la solvencia

2.3. El incumplimiento de la carga de calificación de solvencia

2.4. La evaluación del riesgo de crédito del consumidor financiero en el contexto de la normativa bancaria

3. Los deberes de adecuación y de consejo

3.1. El sentido de los deberes de adecuación y consejo en la órbita del consumo financiero

3.2. Los fundamentos de los deberes de adecuación y consejo en las ideas de cooperación, lealtad y confianza

3.3. El contenido del deber de adecuación: una reconducción a las lógicas de la “conducta del mercado”

3.4. El contenido del deber de consejo a partir del modelo de corresponsabilidad

3.5. Consecuencias de la infracción de los deberes de adecuación y consejo

3.6. Una cuestión final: el deber específico de información al consumidor financiero como resultado de su calificación de solvencia

## **CAPÍTULO IV**

### **UNA REVISIÓN DEL PROBLEMA DEL SOBREENDEUDAMIENTO EN CLAVE CONCURSAL**

#### **I. Introducción**

#### **II. El presupuesto subjetivo de los procedimientos concursales aplicables a la persona deudora**

1. Del “consumidor sobreendeudado” a los contornos jurídicos de la “persona deudora”
2. El concepto de “persona deudora”: sentido y valoración crítica

#### **III. El presupuesto objetivo de los procedimientos concursales aplicables a la persona deudora**

1. El presupuesto objetivo en el procedimiento concursal de liquidación de bienes
  - 1.1. La liquidación voluntaria de bienes
  - 1.2. La liquidación forzosa de bienes
2. El presupuesto objetivo en el procedimiento concursal de renegociación
  - 2.1. Pluralidad de obligaciones
  - 2.2. Obligaciones vencidas y actualmente exigibles
  - 2.3. Monto total superior a 80 unidades de fomento
  - 2.4. Requisitos negativos
    - 2.4.1. La preeminencia de la solución judicial
    - 2.4.2. El uso reiterado del procedimiento

#### **IV. La extinción de los saldos insolutos al término del procedimiento**

1. Origen del *discharge* y proyección en la legislación chilena
2. Valoración general del modelo
3. *Excursus*: algunas notas sobre la propuesta de modificación del *discharge* en el Boletín N° 13.802-03

## Bibliografía

CÓMO ACCEDER A ESTE LIBRO DIGITAL A TRAVÉS DE THOMSON REUTERS PROVIEW

## INTRODUCCIÓN

Al observar la publicidad de toda suerte de productos o servicios, pensamos si la experiencia ofrecida se encuentra o no a nuestro alcance. Pero la dinámica actual del consumo no intenta resolver si tenemos suficiente dinero ahorrado para estos fines, sino si aún existe un monto disponible del cupo de nuestra tarjeta de crédito o en cuántas cuotas podemos fraccionar el pago. Los tiempos de espera para la adquisición de los bienes o la obtención de los servicios se han desvanecido y, aunque en alguna parte de nuestra mente sabemos que ya llegará el momento en que deberemos empezar a pagar su precio, tendemos a desplazar esta carga negativa a un lugar secundario de nuestro proceso decisorio.

El consumo se nos presenta como omnipresente y vital. Nos vemos arrastrados a él como si todos sus pasos fuesen ineludibles. Para sentir su poder, basta advertir la ansiedad previa a la medianoche en que se dará inicio a la jornada de descuentos o los campamentos situados frente a una tienda antes del lanzamiento de una nueva tecnología. Con motivo de la pandemia del COVID-19, navegamos por largas horas por un sinnúmero de páginas para abastecernos, calmar nuestras ansiedades o reemplazar el contacto físico con un regalo a distancia. Y, ahora, los canales digitales nos permiten utilizar medios de pago sin efectivo, siendo la tarjeta de crédito el mecanismo principal. A fin de cuentas, es ésta la que también nos permite acceder a programas de fidelización (obteniendo puntaje o acumulación de dinero), dilatar la decisión de pago (al menos hasta la próxima facturación) o, en suma, hacer invisible la carga de la deuda al menos por un tiempo.

Los consumidores nos enfrentamos así a toda una lógica en que debemos tomar muchas decisiones al mismo tiempo, aun cuando no tengamos completa conciencia de estar haciéndolo. Unas, las más significativas, aluden a la pronta adquisición del producto o servicio; otras, más débiles, se refieren al endeudamiento. La *deuda*: un concepto cargado con la deshonra, con la mala gestión de los negocios, con la prodigalidad, con una catástrofe patrimonial. La *deuda*, palabra que se prefiere esconder en el lenguaje del consumo porque, precisamente por aquel significado negativo, ahuyentaría a la persona prudente y sólo atraería a la necesitada. La *deuda*, en fin, que se reemplaza por la confianza que supone el *crédito*, y así el verdadero deudor sólo aparece en el imaginario colectivo cuando se hace realidad la mora o el simple retardo. Antes no. Antes sólo disfrutamos de las ventajas de la adquisición inmediata.

Liberado de las cadenas morales de esta suerte de préstamos, sea del lado del acreedor (en razón de la condena a la usura), sea del deudor (por la imagen de los préstamos de caridad), el *crédito al consumo* ha pasado a formar parte de nuestras vidas, de la misma manera como se ha convertido en el motor de las economías mundiales. El riesgo de impago es gestionado por las entidades crediticias dando cumplimiento a los

estándares prudenciales y buscando formas de dilución entre el mayor número de deudores posibles (haciendo uso de los subsidios cruzados) o transfiriendo el riesgo a terceros (por ejemplo, por medio de la securitización). Pero estas ópticas ponen el énfasis en la estabilidad de los mercados –un tema por cierto relevante–, pero omiten el drama que pesa sobre los hombros de quien no puede dar cumplimiento regular a sus obligaciones, sea porque nunca pudo hacerlo, sea porque algo ocurrió en su vida que le impide cumplir.

En este escenario, el sobreendeudamiento debe entenderse como el resultado desfavorable, aunque previsible, de un cierto planteamiento económico: en términos globales, los niveles de endeudamiento han presentado un alza sostenida a partir de fines de la década de los setenta del siglo XX, en razón de una facilitación de acceso al mercado de crédito, como un medio para lograr un incremento del consumo. Con ello, se ha pretendido conseguir un impacto en la situación social y financiera de las economías domésticas en razón del crecimiento positivo de los productos brutos y la consecuente alza en los índices de empleo. Pero luego de la crisis *subprime*, se constató a nivel mundial que la ausencia de respuestas concretas al sobreendeudamiento incrementó el número de personas que, en lugar de contribuir a la sociedad, fueron forzadas a depender de ella. Luego, al tiempo en que el incumplimiento masivo provocó el debilitamiento de las entidades financieras, debió recurrirse a instancias de conversión de la “deuda privada” en “deuda pública”, haciendo que los Estados terminaran socavando su propia solvencia. Estas consecuencias desencadenaron fenómenos de aceleración de la pobreza y exclusión social, incrementados por los planes de austeridad que debieron llevar adelante las economías afectadas.

A partir de ello, los ordenamientos comparados se han enfrentado a varias encrucijadas, en especial, al tiempo de diseñar reglas coherentes con dos fuerzas opuestas en apariencia: la protección del consumidor y la estabilidad del mercado financiero. Sin embargo, un punto de conexión puede situarse en la generación de barreras en el otorgamiento de crédito cuando, atendidas las circunstancias patrimoniales del deudor, puede preverse su exposición al riesgo de impago. Con ello, por una parte, el consumidor queda a salvo de la eventual pérdida de su patrimonio, y, por la otra, se evita un colapso financiero derivado de la acumulación de créditos incobrables. De acuerdo con esta visión, un mecanismo concursal, como medida curativa, sólo se activaría en caso de haber fracasado tales barreras, o cuando los pronósticos sobre la estabilidad patrimonial del consumidor han resultado errados, funcionando como una válvula de salida para ambas partes: respecto al deudor, liberándolo de las deudas una vez liquidado su activo embargable bajo la técnica del *fresh start*; y al acreedor, haciendo innecesarias las gestiones individuales de cobro (judiciales y extrajudiciales), probablemente infructuosas, para obtener el pronto castigo tributario de la deuda.

No obstante, ante la advertencia de igual fenómeno, el ordenamiento chileno ha seguido un camino singular, articulando una respuesta curativa en la nueva legislación concursal e ignorando la previa creación de un sistema que plantee las medidas preventivas como el principal foco de atención. En nuestro país, la literatura jurídica sólo ha empezado a abordar el problema del sobreendeudamiento al estudiar los

procedimientos aplicables a las “personas deudoras” conforme a la Ley N° 20.720, de reorganización y liquidación de activos de empresas y personas. Por ello, una primera aproximación crítica al Derecho nacional permite sostener que éste ha olvidado que las respuestas concursales deben operar como medidas de *ultima ratio*, puesto que en ellas se conserva la posibilidad de los acreedores de agredir el patrimonio del deudor, aun cuando ella pueda ser atenuada: en un procedimiento concursal de renegociación, por medio de los acuerdos alcanzados con los acreedores, y en un procedimiento concursal de liquidación de bienes, a través de la extinción de los saldos insolutos de sus obligaciones (*discharge*). Como demuestra el Derecho comparado, por cierto la respuesta concursal es admisible. Sin embargo, el problema se presenta en nuestro país porque podríamos estar ante un ordenamiento carente de mecanismos preventivos, lo que implicaría que una parte relevante de la población logra acceder a créditos que jamás podría restituir. Planteadas así, las medidas curativas incumplirían sus propósitos, generando con ello una potencial inestabilidad del mercado financiero. En particular, cuando observamos una regulación demasiado generosa del descargue de la deuda, cuestión que ha debido ser contenida por sendas reinterpretaciones jurisprudenciales y administrativas a la espera de una reforma correctora (Boletín N° 13.802-03).

Entonces, si la respuesta del ordenamiento chileno es esencialmente concursal, el problema se refleja en que el sistema jurídico estaría asumiendo que, carente de herramientas jurídicas de prevención, el deudor sería capaz de apreciar sus propios riesgos y autogenerar métodos para evitar el endeudamiento excesivo. Sin embargo, esta conclusión es cuestionable si se toman en cuenta las dos dimensiones del sobreendeudamiento, activo y pasivo, y sus causas particulares. Aquí se suman evidencias de racionalidad imperfecta (*bounded rationality*), problemas de sobreoptimismo y de analfabetismo financiero, pero de manera más radical, los que derivan de las motivaciones del crédito cuando se pretende la satisfacción de necesidades vitales, como la vivienda, la alimentación, la salud, la educación, etcétera.

La tesis principal de este texto es que la lectura tradicional del Código Civil y los énfasis de la Ley N° 19.496 generan un desequilibrio entre las posiciones de las partes del crédito al consumo, pudiendo derivar en escenarios de sobreendeudamiento del consumidor. Lo anterior, porque no se considera que el prestamista es un profesional que debería asumir ciertas cargas y deberes en esta órbita, y que el deudor es un individuo que requiere de asistencia para la decisión del endeudamiento. Lo anterior impone reconocer que el sustrato de la codificación, que provoca una intensificación de la tutela del acreedor ante supuestos de insolvencia, asume su falta de previsión o de participación en la creación del riesgo de crédito y, al mismo tiempo, califica al deudor como un comerciante o de un sujeto con fortuna de respaldo, capaz de ponderar su situación patrimonial de forma independiente. A su turno, asume que el modelo de la Ley N° 19.496 no logra un ajuste total a la realidad del crédito al consumo puesto que no observa directamente la problemática del sobreendeudamiento, enfatizando la protección del consumidor por medio de deberes de información y mecanismos de cobranzas extrajudiciales que no siempre conducen al ajuste de la deuda con su capacidad de pago. Implica, por último, observar las reglas concursales aplicables a las

personas deudoras como piezas de un modelo que se construye de manera ajena a la realidad del crédito al consumo y, en consecuencia, al sobreendeudamiento, y en que las normas se ofrecen bajo estándares de simplificación de los procedimientos aplicables a la empresa deudora.

En consecuencia, el objetivo de esta investigación consiste en revisar pormenorizadamente el ordenamiento chileno en búsqueda de elementos que permitan superar las imágenes antedichas y, a partir de ellos, configurar un sistema preventivo de protección de los consumidores financieros que equilibre de mejor modo las posiciones de las partes del crédito.

A efectos de conseguir lo anterior, este libro se estructura del siguiente modo. En el *Capítulo I* pretendo seguir la huella del crédito al consumo, desde sus primeras formulaciones como “ventas a plazo” hasta la realidad actual, graficada por medio del uso corriente de las tarjetas de crédito o de los “avances en efectivo”. Resuelto lo anterior, revisaré las políticas públicas subyacentes al modelo vigente, que pretenden su expansión mediante las lógicas de la inclusión financiera o, de forma más particular, de la “democratización del crédito”. Y, finalmente, ofreceré un acercamiento al fenómeno del sobreendeudamiento a partir de fórmulas descriptivas fundadas en las variables más usuales para su medición y en sus principales causas.

En el *Capítulo II* pondré atención en el mentado sustrato económico del Código Civil, en que es posible construir el paradigma de un “prestatarario racional” que, fundado en la idea del *homo economicus*, elegirá aquella operación crediticia que maximice su utilidad entre los diversos contratos disponibles en el mercado, minimizando sus costos financieros. Esta imagen asume que el deudor debe hacerse responsable de su incapacidad de pago, lo que se aprecia en la dureza de la regla de la responsabilidad patrimonial universal. Así, al deudor en desventura se le mira bajo el prisma de la sospecha por haber administrado su patrimonio hasta llevarlo a la insolvencia. De ahí que el mínimo espacio que se le confiere para la protección de sus intereses, articulado por medio del “pago por cesión de bienes”, suponga que aquél debe desvirtuar la presunción de culpabilidad acreditando que el estado patrimonial crítico proviene de “accidentes inevitables”. Sin embargo, el punto de partida de toda esta regulación está en la construcción de un sistema económico en que el préstamo era utilizado como un mecanismo de financiamiento de la oferta (propio del pensamiento fisiocrático), y de ahí el desajuste en los casos en que se intente utilizar idéntico molde para el financiamiento de la demanda, en que los estándares son diversos. Ahora bien, la reacción clásica de la legislación de consumo tampoco ha logrado configurar mecanismos efectivos de prevención del sobreendeudamiento. En efecto, basado en ciertos modelos propiciados por el Derecho comparado (en especial, las Directivas europeas), el paradigma del “consumidor medio” se ha construido desde el ideal de una persona que logra participar activamente en los mercados y cuya principal deficiencia se encuentra en los costos que le significaría acceder a información relevante para la adopción de sus decisiones. Con ello, el énfasis histórico de las leyes de consumo se ha encontrado en la formulación de deberes precontractuales de información que, en el ámbito de los productos y servicios financieros, se han ido simplificando por medio de

conceptos tales como la “carga anual equivalente” o el “costo total del crédito”. Pero estas medidas ignoran los otros problemas antes identificados, que han sido motivo de estudio por medio de la denominada “economía conductual”, con tendencias a calificar al consumidor financiero como uno vulnerable.

En el *Capítulo III* ofrezco una reformulación del problema a partir de la idea de la corresponsabilidad de las partes (entidad crediticia y consumidor) en todo el *iter* contractual de la operación de crédito. Aquí el propósito es evitar fórmulas en extremo paternalistas que terminarían por infantilizar al consumidor, promoviendo una exclusión financiera que bien podría derivar en otra aún más grave, de tipo social. Al contrario, propongo reconocer un conjunto de deberes y cargas accesorias para ambas partes, con la esperanza de que el producto crediticio se ajuste a las capacidades de pago del cliente. Ello se realiza a partir de lo que en la órbita europea se ha reconocido como “principio del préstamo responsable”, que, en nuestro ordenamiento, sostengo puede ser construido a partir de nociones de buena fe, cooperación, lealtad, profesionalidad del prestamista y legítima ignorancia del prestatario. En resumen, siendo el préstamo la encarnación de la actividad profesional del concedente del crédito, es esperable que este pueda anticipar el riesgo de incumplimiento o insolvencia, haciendo uso de múltiples herramientas de ponderación de la situación patrimonial, actual y proyectada, del solicitante. La cooperación supone que este último deberá estar dispuesto a entregar los datos que sean necesarios para efectuar el examen, de la misma manera como deberá responder las consultas que permitan perfilar sus capacidades de pago e identificar sus necesidades. Realizadas dichas gestiones, el proveedor financiero quedará en buen pie para orientar el proceso decisorio del consumidor que, enfrentado a productos y servicios de creciente complejidad, no siempre estará en condiciones de escoger aquella opción que le es más conveniente. No obstante, aquí el discurso se disgrega entre las aproximaciones que aprecian todo este sistema protector desde el objetivo de la recuperación de una confianza perdida en el mercado financiero, construyendo un pilar de supervisión de la “conducta de mercado” por parte de las agencias regulatorias, y otras que prefieren incrustar estos deberes y cargas en el plano contractual, generando reacciones basadas en la pérdida de derechos (como el cobro de intereses) o en la responsabilidad civil. Por ello, tanto la carga de calificación de solvencia como los deberes de adecuación y consejo se analizarán conforme a ambas ópticas, aunque no oculto mi preferencia por la segunda de las miradas recién indicadas, como parece asomarse en las últimas propuestas de reforma (Boletín N° 12.409-03).

En el *Capítulo IV* analizaré el problema del sobreendeudamiento en clave concursal. Si bien el énfasis de este texto se encuentra en su prevención, me parece que el estudio estaría incompleto si no considerase que tal fenómeno encuentra una respuesta curativa en el Derecho de la insolvencia, considerando, además, que sus reglas también pueden tener una eficacia preventiva si son observadas a partir de sus efectos *ex ante*. No obstante, el énfasis de dicho capítulo se encuentra en graficar los defectos de esta aproximación como punto focal del ordenamiento chileno (Ley N° 20.720) y, como hemos adelantado, su desconexión con el endeudamiento excesivo como una realidad derivada de las relaciones de consumo. Siendo así, revisaré estos desajustes por medio

de la identificación de un curioso presupuesto subjetivo (la “persona deudora”) y de un escurridizo presupuesto objetivo, que en nada aluden al sobreendeudamiento del consumidor. Así también, valoraré en forma crítica la incorporación de una estrategia de extinción de saldos insolutos (*discharge*) que termina desbalanceando todo el sistema crediticio al estar privada de contornos adecuados y justificaciones suficientes, generando una gran desconfianza y una cierta reticencia por parte de los tribunales y operadores jurídicos.

*LOS EDITORES*