

Trabajo recibido el 14 de septiembre de 2018 y aprobado el 12 de julio de 2019

El sobreendeudamiento y los paradigmas del consumidor financiero responsable y del proveedor financiero profesional*

OVER-INDEBTEDNESS AND THE PARADIGMS OF THE RESPONSIBLE FINANCIAL CONSUMER AND THE PROFESSIONAL FINANCE PROVIDER

JUAN LUIS GOLDENBERG SERRANO**

RESUMEN

El presente artículo analiza el estándar de diligencia esperable del consumidor financiero en el sistema jurídico nacional, advirtiendo su usual formulación casi en exclusiva a partir de la posición en la que este queda una vez cumplidos los deberes de información por parte del proveedor. No obstante, nos parece que tal acercamiento no revisa el comportamiento esperable por parte del proveedor financiero, quien, a la luz del deber de profesionalidad, se encuentra en mejor posición para aplicar medios preventivos para evitar que el deudor se enfrente al dilema del sobreendeudamiento.

ABSTRACT

This paper analyzes the expected diligence on the part of the financial consumer in the Chilean legal system, noting that its usual formulation almost exclusively arises from the position in which she is left once the information duties of the provider have been fulfilled. However, we believe that the said approach does not consider the expected behavior of the financial provider, who, in light of its duty of professionalism, is in a better position to apply preventive tools to avoid the debtor from facing the over-indebtedness dilemma.

PALABRAS CLAVE

Sobreendeudamiento, consumidor responsable, proveedor profesional.

KEY WORDS

Over-indebtedness, responsible consumer, professional provider.

1. Introducción

La historia del préstamo de dinero ha sido tortuosa, especialmente en virtud del conocido debate relativo al pago de intereses¹. Resuelto el punto, especialmente a la luz de la inspiración de Tourgot (*Mémoire*, 1770) y Bentham (*Defense of Usury*, de 1787), las codificaciones decimonónicas lo admitieron, aunque con ciertas limitaciones. Conforme a los planteamientos de Smith (*An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, 1776), se advierte que el mutuo constituiría un soporte para las actividades económicas como el comercio, la industria y la agricultura, necesitadas de fondos para la producción e inversión. El planteamiento de la “deuda personal” no se avizoraba desde una lógica institucional-financiera, de modo que la preocupación legislativa se centraba en la protección de la vulnerabilidad por medio de la persecución de la usura, entendida ahora, como el cobro de intereses excesivos².

* Este trabajo se inscribe en el proyecto Fondecyt Regular No. 1180329.

** Profesor asociado del Departamento de Derecho Privado de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Doctor en Derecho de la Universidad de Salamanca. Correo electrónico: jgoldenb@uc.cl.

¹ GELPI Y JULIÉN-LÀBRUYERE (2000), pp. 1-169.

² Sobre la discusión sobre el punto a inicios de la etapa republicana en Chile, ILLANES (2003), pp. 133-135.

Solo con la llegada del siglo XX, la problemática del crédito al consumo empezó a ser de interés, especialmente en los Estados Unidos de América³, en el que lastimera imagen del deudor como la del necesitado frente al usurero, fue relevada por la idea de quien recurre al crédito para un mejoramiento en su calidad de vida, permitiendo el acceso a bienes y servicios que, en otros tiempos, solo podrían haber sido conseguido con el ahorro personal o familiar⁴. Lo anterior, explica Bell, por medio del ingenioso truco de reemplazar el concepto de “deuda de consumo” por el de “crédito para el consumo”⁵, pasando este a ser entendido como un “ecualizador social”⁶. De este modo, se empezó a aceptar que el endeudamiento era una forma de vida, o, como expresa Calder, un medio para “financiar el sueño americano”⁷. Aunque con una cierta resistencia inicial, la fórmula se propagó a otras latitudes, pero siempre bajo la conciencia de estar aceptando el modelo impuesto por la cultura estadounidense⁸, dando cuenta de una estimulación artificial de la demanda que ponía a los comerciantes en riesgo en el caso de la ruina del consumidor, incluso, honesto⁹. En la Europa de la posguerra se empezó a hablar de la novedad que importaba el crédito al consumo, aunque debe destacarse que, en un primer tiempo, la idea se refería al financiamiento otorgado directamente por los vendedores a plazo, en la que la intervención de la banca estaba dada por medio del descuento o de la concesión de crédito al comerciante para soportar el descalce de los pagos¹⁰.

Por ello, las raíces del fenómeno del sobreendeudamiento se encuentran en los cambios económicos experimentados a nivel mundial desde la segunda mitad del siglo XX, donde se empieza a observar la tendencia de la transformación de la forma en la que se lleva a cabo la adquisición de los bienes durables, pasando del pago al contado al financiamiento del consumo por medio del pago en cuotas pactadas con el comerciante, y, luego, por la obtención de un crédito por parte de un tercer financista¹¹. La “sociedad de consumo” se articula, junto con la producción y el *marketing* masivo, en el “financiamiento en masa”, el que da cuenta de las lógicas de la necesaria expansión del crédito como soporte del modelo económico¹². Pero dicha mutación en la forma de solventar el consumo se estructura especialmente desde la idea del fomento del desarrollo nacional y el fortalecimiento económico, bajo la hipótesis de que la estimulación de la demanda de consumo provoca una aceleración en la producción¹³. Resultado de lo anterior es el incremento de la oferta, y, consecuentemente, las utilidades de los oferentes¹⁴. Por ello el crédito al consumo solo observa el mejoramiento de la situación general de la población como una consecuencia, poniendo el foco en la contribución a la planificación del productor, que requiere de una demanda continua facilitada por el financiamiento¹⁵. Como ha dejado de creerse que la oferta es capaz de crear su propia demanda, como había formulado Jean-Baptiste Say (*Traité d'économie politique*, 1803), el fortalecimiento económico ya no debe plantearse sobre la base de subsidios a la oferta, sino precisamente por medio del incentivo a la demanda¹⁶. Siguiendo el modelo *keynesiano* (*The General Theory of Employment, Interest, and Money*, 1936), es la demanda la que constituye el motor económico, y, consecuencia de su

³ GELPI Y JULIÉN-LÀBRUYERE (2000), p. 84.

⁴ HÉNAULT (1973), p. 3.

⁵ BELL (1976), p. 69.

⁶ MARRON (2009), p. 3.

⁷ CALDER (1999), p. 27.

⁸ LOGEMANN (2012), p. 1.

⁹ PETIT-DUTAILLIS (1964), p. 98.

¹⁰ SCHWEIZER (1953), pp. 92-93.

¹¹ Para una reflexión general del sobreendeudamiento y sus impactos en Chile, véase CABALLERO (2018), pp. 136-140.

¹² BURTON (2008), p. 29.

¹³ HÉNAULT (1973), p. 3.

¹⁴ CAPLOVITZ (1974), p. 1.

¹⁵ BRANGER (1968), p. 17.

¹⁶ POULALION (1975), p. 36.

fuerza podrá lograrse el crecimiento de las empresas y la generación de mayores fuentes de empleo y los beneficios sociales añadidos¹⁷.

En el contexto de la crisis *subprime* experimentada en los Estados Unidos, y la propagación en la inestabilidad financiera de los Estados, de las entidades financieras y de los individuos en todo el orbe, la discusión sobre el sobreendeudamiento y las lógicas propias del crédito al consumo han ocupado un lugar central en la discusión sobre el funcionamiento de la denominada “sociedad de la abundancia”¹⁸. A partir de este punto, no solo se han propiciado cambios en los ordenamientos concursales, perfeccionando o incluyendo procedimientos especialmente diseñados para los consumidores, sino que se han observado también las reglas aplicables al otorgamiento y ejecución de los créditos¹⁹.

Sin perjuicio de lo anterior, y pese a las mecánicas de resguardo que se han previsto en las referidas normativas, nos parece imperioso resolver un punto previo para determinar los niveles de protección que deben concederse al consumidor financiero, lo que redundará en determinar su diligencia esperable. La tradición histórica aún pesa en el sentido de propiciar el estigma que importa la imagen de la persona sobreendeudada en virtud de un comportamiento irresponsable, o, al menos, irreflexivo frente al crédito y al consumo, promoviendo su situación de sobreendeudamiento²⁰. Más allá del cuestionamiento que podrá hacerse sobre el punto, especialmente a la luz de lo que se ha denominado el “sobreendeudamiento pasivo”²¹, las estadísticas nacionales nos demuestran que, en términos generales, la utilización del crédito por parte de la población nacional también se concentra en bienes y servicios de primera necesidad²², con especial incidencia en lo referente al financiamiento de la educación²³. Siendo así, se pone en tela de juicio la caricatura del deudor que carga en sus manos bienes suntuosos, aunque tal circunstancia también exista, motivada por el modelo de vida instado por la publicidad y el valor simbólico del consumo, bajo la denominación de “sobreendeudamiento activo”²⁴.

Las cifras que representan la realidad nacional hablan por sí solas. Las estadísticas de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras (hoy, Comisión para el Mercado Financiero) señalan que un 49% de la población tiene acceso a crédito (representado con un 24,9% por medio de tarjetas de crédito bancarias, en el caso de los hombres, y un 27,2%, en el caso de las mujeres; y con un 32,9% en tarjetas de crédito no bancarias, en el caso de los

¹⁷ BOUYON Y MUSCEMI (2017), pp. 99 y 100.

¹⁸ CHARDIN (1988), p. 23. En este sentido, Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre “El crédito y la exclusión social en la sociedad de la abundancia” (2008/C 44/19).

¹⁹ Nuestro propio ordenamiento no ha estado ajeno a tales preocupaciones, como se observa de las modificaciones incorporadas por la Ley N° 20.555, que incorporó una regulación más específica en el ámbito de la ley de protección de los derechos del consumidor en lo referente a los productos y servicios financieros; la Ley N° 20.715, que estableció nuevas fórmulas de cálculo de la tasa de interés máxima convencional y un periodo de espera previo al vencimiento anticipado del crédito producto del retardo o la mora; y la Ley N° 20.720, que, entre otras materias, configuró procedimientos concursales particulares para las personas deudoras.

²⁰ Sin perjuicio de las dificultades técnicas para conciliar un concepto jurídico del sobreendeudamiento, una visión descriptiva se encuentra en la Sección 3.2.1. del Dictamen 2008/C 44/19, aludiendo a “situaciones en las que el deudor se ve en la imposibilidad, de forma duradera, de pagar el conjunto de sus deudas, o expuesto a una amenaza seria de no poder hacerles frente en el momento en que sean exigibles”.

²¹ Esto es, el “viene producido por causas ajenas a la voluntad del consumidor de la más variada índole: pérdida del puesto de trabajo, accidentes, enfermedades, fallecimiento del cónyuge, sanciones tributarias, disolución del matrimonio o aumento inesperado de la familia”, ÁLVAREZ (2010), p. 53. RUZ (2017), p. 485, lo caracteriza como “la imposibilidad pura y simple para hacer frente a las necesidades de la vida corriente por motivos imprevisibles, determinantes y accidentales”.

²² RUZ (2017), pp. 484 y 487.

²³ BANCO CENTRAL (2019).

²⁴ Se refiere este a “aquellos supuestos en los que el consumidor provoca en forma dolosa, o al menos negligente, su propio estado de insolvencia aumentando su endeudamiento excesiva o irreflexivamente [...], pudiendo llegar incluso a niveles de conducta compulsiva”, ÁLVAREZ (2010), p. 52. RUZ (2017), p. 485, lo grafica como “aquel derivado de la adicción al consumo o, cuando menos, el consumo irreflexivo”.

hombres, y un 38,4%, en el caso de las mujeres)²⁵. La profundidad del mercado financiero se constata por parte de las estadísticas disponibles en el Fondo Monetario Internacional, al registrarse en Chile un rango de 456,86 créditos bancarios por cada 1000 adultos, alcanzando, en cuanto a sus montos, a un 81,02% del PIB, todo ello al año 2017²⁶. Por su parte, el Banco Central informa en su Encuesta Financiera de Hogares de 2017, que un 66% de los hogares declara tener deuda, de la cual un 55% corresponde a deuda de consumo, y que un 37% de los hogares registraba deuda con casas comerciales, reduciéndose a un 29% con entidades bancarias. Con relación a los montos, la deuda de consumo promedio alcanza una mediana de \$1.103.137, considerando paralelamente que la mediana de ingreso por hogar es de \$869.286. Conforme a ello, se señala que la *ratio* promedio de carga mensual de deuda sobre ingresos llega a 24,7%²⁷. Finalmente, el XXIV Informe de Deuda Morosa (primer trimestre de 2019)²⁸, informa un valor de mora real de 63,6 Unidades de Fomento, estimándose que, de un número total de 11 millones de deudores, 4.604.770 personas presentan morosidades.

El punto por resolver en las páginas siguientes es si acaso la lectura tradicional que se ha hecho de las normas aplicables ha conllevado un aumento en los niveles de sobreendeudamiento de la población. Ello puesto que la hipótesis con la que trabajamos es que, a partir de una correcta lectura del ordenamiento nacional, debe optarse por un sistema de corresponsabilidad en la dinámica del crédito al consumo, desde la visión del consumidor financiero responsable contrastada con la del proveedor financiero profesional. Para tales efectos, el curso a seguir será el siguiente: en primer término, se indagará sobre la construcción del modelo de diligencia del deudor a partir de la noción de responsabilidad en el consumo, sea arbitrada por medio de la información o la educación, advirtiendo que ellas aún producen desajustes al intentar posicionarlo en el razonamiento particular del Código Civil (sección 2); luego, se analizará la necesaria revisión del comportamiento del concedente del crédito, especialmente a la luz del deber de profesionalidad, a efectos de conceder un mejor equilibrio en la dinámica del endeudamiento (sección 3). Todo ello, para terminar con las conclusiones de rigor.

2. Elementos para la construcción del paradigma del consumidor responsable y su incidencia en el problema del sobreendeudamiento

2.1. Las referencias legales expresas a un comportamiento responsable en materia de consumo

Si buscamos referencias explícitas a un comportamiento responsable en el texto de la Ley N° 19.496 (en adelante, la “LPDC”), advertiremos que ellas siempre aluden al consumidor. De tal suerte, el artículo 3°, inc. 1°, letra b) LPDC, dispone que el consumidor no solo tiene derecho a una información veraz y oportuna sobre los bienes y servicios ofrecidos, sino que, como contrapartida, tiene el “deber de informarse responsablemente” de ellos. De modo algo más oblicuo, la letra f) del mismo artículo insiste en que constituye un derecho del consumidor la educación para un “consumo responsable”, de forma tal que este pueda obtener la instrucción necesaria para enfrentar el mercado de bienes y servicios ponderando adecuadamente las consecuencias de sus actos²⁹.

Aun cuando se disponen en el marco de los derechos y deberes básicos de todo consumidor, estas normas también tienen aplicación en el campo de los productos y servicios

²⁵ SBIF, hoy CMF (2019).

²⁶ FMI (2019).

²⁷ BANCO CENTRAL (2019).

²⁸ USS-EQUIFAX (2019).

²⁹ DOMONT-NAERT (1992), p. 35.

financieros, en el entendido que los derechos específicos contenidos en el artículo 3°, inc. 2°, LPDC —como a su vez, los demás dispersos en la normativa incorporada por la Ley N° 20.555— solo tienen por finalidad reforzar la posición del consumidor en el contexto particular de aquella clase de productos y servicios³⁰. Desde esta perspectiva, deberá advertirse la lógica bilateral del consumo responsable, observada —de forma principal— desde la óptica de la información concedida al consumidor, y —de modo algo más difuso—, de la educación recibida al efecto. Es un lugar común señalar que el despliegue de estas técnicas generales de protección, subyacentes en la LPDC, pretende la disminución de las asimetrías que existen en la relación proveedor/consumidor³¹. Sin embargo, sostenemos que ellas no solo suponen la imposición de un mero derecho a la información (y el consiguiente deber correlativo del proveedor), sino que también buscan deslindar los parámetros que permiten enjuiciar un comportamiento diligente por parte del consumidor. En este sentido, el punto a partir del cual se estructura el sistema supone la identificación paradigmática de un consumidor medio, que debe actuar como un ente racional en la toma de sus decisiones de consumo.

2.2. La construcción del concepto del consumidor medio para la valoración de la conducta en materia de consumo

En nuestro país, la noción de “consumidor medio” se ha desarrollado fundamentalmente con relación al derecho marcario y en el campo de la competencia desleal, e, indirectamente, como forma de comprensión de los estándares para la calificación de una publicidad como falsa o engañosa³². En el primer caso, nuestra jurisprudencia le ha señalado como el destinatario modelo de la información conferida para la identificación de unos determinados productos o servicios, valorando la posibilidad de que, mediante los signos distintivos, pueda captar razonablemente su identidad³³. En este sentido, la ponderación de este consumidor medio no atiende a sus facultades deliberativas, sino esencialmente perceptivas, de modo de conceder un estatuto razonable de protección al titular del signo distintivo para justificar la finalidad de la tutela de la propiedad industrial. Por su parte, en el ámbito de la competencia desleal, el consumidor medio es ponderado como el destinatario de ciertas prácticas que, con la información distorsionada o engañosa conferida, puede ser desviado como cliente hacia otro competidor³⁴. Mucho más directo en este sentido ha sido el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, que ha empleado la noción del consumidor medio, identificándolo como “un consumidor razonablemente informado, atento y perspicaz”, valorándolo en torno a parámetros de “tiempo, de conocimiento y de medios” para apreciar la información recibida, en este caso, vía publicidad³⁵.

Si bien ambos parámetros se abocan a la protección de la competencia, sí llama la atención que en todos los casos el estándar comparativo se despliega en torno a los estímulos informativos recibidos. En el primer supuesto, respecto al signo propiamente tal, y, en el segundo, respecto a aquella información que puede derivar mañosamente en la desviación de la clientela. En el ámbito de la protección del consumidor parece ocurrir algo similar, pero con

³⁰ GOLDENBERG (2013), pp. 421-422. Sobre las motivaciones para la reforma propiciada por la Ley N° 20.555, tanto en lo que se refiere a la situación chilena como a los cambios en los paradigmas internacionales relativos a la regulación financiera, véase ANDRADE (2015), pp. 40-43.

³¹ A nivel nacional, se destacan DE LA MAZA (2010), y, con una aproximación específicamente relacionada con el consumo financiero, ANDRADE (2015).

³² ROJAS (2015), p. 414.

³³ Sentencias de la Corte Suprema, Rol N° 94.856-2016, de 28 de diciembre de 2017; Corte Suprema, Rol N° 101.743-2016, de 9 de noviembre de 2017; Corte Suprema, Rol N° 99.907-2016, de 17 de agosto de 2017.

³⁴ Sentencia de la Corte Suprema, Rol N° 4155-2010, de 23 de julio de 2012.

³⁵ Sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Rol N° C-151-2008, de 8 de septiembre de 2010.

el matiz de que las reglas de información no son directamente proporcionadas como un mecanismo de tutela de la competencia (y, en consecuencia, sus destinatarios naturales no son los competidores), sino que buscan un mejor desempeño del mercado en lo referente a la satisfacción de las necesidades que pretenden ser cubiertas por medio del consumo³⁶. Por ello, el parámetro comparativo no es observado solo en términos de percepción, sino que también en relación con las decisiones de consumo y su incidencia en la satisfacción individual de las expectativas del consumidor.

En consecuencia, la noción del consumidor medio no solo nos señalará el estándar de protección pretendido por la LPDC, sino que también será indiciaria del deber de diligencia que ella establece. En el contexto europeo, de donde se observa la matriz de nuestra normativa de consumo³⁷, se ha indicado que el consumidor medio es aquel “razonablemente bien informado y razonablemente atento y perspicaz”³⁸. La valoración se plantea de manera aún vaga³⁹, especialmente en lo que se refiere a la razonabilidad doblemente expresada, pero igualmente da cuenta de dos factores a ser considerados: el primero, con un cariz más bien pasivo, supone la recepción de niveles adecuados de información; el segundo, de carácter activo, impone una actitud prudente y juiciosa en la decisión de consumo.

Conforme a este modelo, se observará que las limitaciones impuestas por la asimetría informativa se resolverían tanto mediante el cumplimiento de los deberes especiales por parte del proveedor (resolviendo el fallo de mercado que importa la carencia de información adecuada por una de las partes⁴⁰), como por el comportamiento diligente del consumidor que sale en su búsqueda. Pero en ello, como han resuelto nuestros tribunales, existe una fuerte relación de dependencia. Así, se ha fallado que: “[...] El primero [*el proveedor*] debía informar y el segundo [*el consumidor*] informarse, más éste obviamente obtiene la información necesaria del primero, que tiene y conoce o debe conocer toda la información, más la omite en lo relativo a aquella parte relativa a la validación”⁴¹.

Una primera lectura, que luego controvertiremos, indicaría que la normativa de protección del consumidor pretendería la adecuada dotación del contenido y de las formas de transmisión de la información a efectos de suponer que, logrado el cumplimiento de los deberes correlativos por parte del proveedor, la posición del consumidor es íntegramente asimilable a la del contratante medio que permite volver a la aplicación de las lógicas del Código Civil⁴². Así pasaría a entenderse también que, en el ámbito del consumo responsable por medio del recurso al crédito, el consumidor que ha obtenido los insumos de información debe hacerse responsable de las consecuencias derivadas de los eventuales incumplimientos a los que puede verse expuesto, e, incluso, a los rigores legales derivados de la constatación de la insolvencia ponderada como incapacidad de pago.

³⁶ TAPIA (2017), p. 171.

³⁷ Aunque cabe observar que, en el contexto europeo, la preocupación por la posición del consumidor, y la elevación de su estándar y calidad de vida, es apreciada como un aspecto secundario o consecuencial de la generación de un mercado único. Sobre la lógica y evolución del Derecho europeo de consumo, REICH (2009), pp. 1-45, y para una valoración crítica de las orientaciones actuales, MECKLITZ (2012).

³⁸ Caso C-210/96 Gut Springenheide and Rudolf Tusky v. Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt [1998] ECR I-4657, con igual referencia en el Considerando 18 de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior.

³⁹ MAK (2011), pp. 28-30.

⁴⁰ ROJAS (2015), p. 418.

⁴¹ Sentencia de la I. Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 1535-2014, de 24 de marzo de 2015.

⁴² ROJAS (2015), p. 424.

2.3. Los problemas de la reconducción del modelo de responsabilidad a la lógica civil, una vez resueltos los problemas de información

a. La lógica económica del modelo subyacente al Código Civil

Deberá tenerse presente que el sustrato que subyace al sistema civil se basa en un incremento de la tutela de los acreedores al desencadenarse la insolvencia del deudor, cuya contrapartida se constata en una débil protección del deudor insolvente⁴³. La justificación de lo anterior se encuentra en el necesario fortalecimiento del crédito⁴⁴ para la conservación del modelo subyacente al derecho de las obligaciones planteado en las codificaciones del siglo XIX⁴⁵. La debilitación de las medidas destinadas a la satisfacción del acreedor pondrá un manto de duda sobre la confianza que implica el aplazamiento, a pesar de los riesgos ínsitos en la operación, y, en consecuencia, se producirá una ralentización del desarrollo económico. Configurado desde la dureza de la regla de responsabilidad patrimonial universal (artículo 2465 CC), solo la insolvencia accidental permite el aplazamiento legal del pago hasta que mejore la fortuna del deudor. Ello, por medio del recurso al pago por cesión de bienes (artículos 1614 y siguientes CC) y el beneficio de competencia (artículo 1626, núm. 6 CC)⁴⁶. Fuera de este supuesto excepcional, se mantiene el criterio del *pacta sunt servanda* (art. 1545 CC), de modo que, si bien los efectos directos de la insolvencia podrán terminar perjudicando la posición del acreedor, en especial si el crédito no se encuentra revestido de garantías personales o reales, es el deudor el que se someterá al reproche del ordenamiento jurídico. De lo anterior ha de suponerse que la lógica del Código Civil presupone un comportamiento diligente (“responsable”)⁴⁷ por parte de este último al tiempo de la contratación del crédito, valorando la posición actual de su patrimonio y proyectándola a futuro, de modo que solo los *accidentes inevitables* que han acarreado la insolvencia, a los que aluden los artículos 1614, 1616 y 1617 CC, le darán alguna suerte de respiro.

El problema que se presenta aquí es que el modelo del acceso al crédito en la órbita del Código Civil era diverso a la que se estructura en torno al crédito al consumo, de forma tal que la mera reconducción lógica presenta inconvenientes. A modo de condicionantes del sobreendeudamiento, Caplovitz anunciaba a inicios de los setenta, que la estimulación del crédito al consumo tiende a excesos o disfunciones del sistema⁴⁸. En este sentido, se destaca especialmente el diseño institucional que marca las fórmulas legales que subyacen al modo en el que se lleva a cabo la contratación, que, sin mediar mayores análisis sobre el problema, mantienen el modelo de las relaciones comerciales que usualmente accedían al crédito para efectos del financiamiento de la empresa. Al efecto, la remisión al sustrato de las reglas generales, propias de la codificación decimonónica, omiten que tras ellas encontramos el modelo liberal y fisiocrático del *homo oeconomicus* (Quesney, Smith, Ricardo, Stuart Mill)⁴⁹, suponiendo el acceso y la comprensión de la información que le resulta necesaria para la adopción de sus decisiones y la pretensión última de la maximización en el uso de sus recursos, ajeno a cualquier valoración política, social o religiosa⁵⁰.

⁴³ GOLDENBERG (2017b), pp. 239-241.

⁴⁴ LESTAPIS (1941), p. 163.

⁴⁵ WARNOTTE (1927), p. 108.

⁴⁶ GOLDENBERG (2017b), pp. 242-243.

⁴⁷ Como expresa DÍEZ-PICAZO (2011), p. 152, se considera que solo “el deudor solvente es un deudor responsable”.

⁴⁸ CAPLOVITZ (1974), p. 2.

⁴⁹ HÉNAULT (1973), p. 11. Sobre las particularidades del *homo oeconomicus* y las dificultades de su consideración como un modelo de consumidor, véase ANDRADE (2015), p. 45.

⁵⁰ REIFNER et al. (2010), p. 55.

b. Los esfuerzos de reconducción y la persistencia del problema desde la base del comportamiento del consumidor

Las medidas de protección dadas a los deudores, considerando especialmente la forma de contratación mediante contratos por adhesión, suelen desdoblarse del siguiente modo. Primero, en la eliminación de las cláusulas abusivas o en la imposición de ciertas cláusulas obligatorias (*regulation of substance*), aunque no se trata de las herramientas favoritas respecto a quienes observan en ella limitaciones al libre mercado⁵¹; y, luego, en deberes de información precontractual (*regulation of disclosure*), los que parecen suponer que, una vez cumplidos, el consumidor no solo ha leído toda la información entregada, sino que además la ha comprendido a efectos de ponderar sus consecuencias económicas o jurídicas, construyendo el modelo teórico del consumidor libre e informado⁵². Ambos aspectos han sido puestos en duda, particularmente respecto a los contratos de crédito para el consumo⁵³.

Caplovitz, señalaba que se trata esta de una imagen de la negociación que se acerca más a la fantasía que a la realidad⁵⁴. Su planteamiento descansa en lo que se ha denominado “*consumer choice*” (o “elección del consumidor”)⁵⁵, un modelo por medio del cual la protección del consumidor en contra de los riesgos del consumo se fundamenta en la entrega de información precisa y comprensible que le permita generar medidas de auto-resguardo y servir como política de mercado al tiempo en que, sobre la base del conocimiento adquirido mediante la información entregada, se producirá un movimiento del consumo hacia mejores competidores⁵⁶. Este modelo conserva una aproximación neoliberal del “*rational choice theory*” (o “teoría de la elección racional”)⁵⁷, fundamentándose en el empoderamiento del consumidor por medio de la técnica informativa, permitiendo que se le siga observando como un “maximizador racional de su propia utilidad, quien realiza decisiones de asignación óptimas cuando ha sido provisto de información suficiente”⁵⁸.

En el ámbito del crédito al consumo, promotor de los fenómenos de sobreendeudamiento, la aseveración del modelo racional antes indicado presenta graves inconvenientes. Mencionamos a continuación los que nos parecen más relevantes para efectos del discurso.

(i) Los problemas derivados de la racionalidad imperfecta del consumidor financiero

Este problema parte de observar que el proceso de deliberación del sujeto, dirigida a la expresión de su voluntad respecto a la decisión de endeudamiento, se encuentra intensamente afectada⁵⁹. Por una parte, se aprecian fuertes sesgos cognitivos que advierten una racionalidad imperfecta⁶⁰, fundados tanto en lo que se refiere a la oportunidad en que se recibe la información como en la problemática del sobreoptimismo al tiempo de tomar la decisión de consumo, con el consecuente aplazamiento del pago que se supone su financiamiento⁶¹. No debe olvidarse que, en esta órbita, la persona es doblemente consumidora: “consumidora del

⁵¹ LESSER (2007), p. 304.

⁵² REIFNER et al. (2010), p. 56.

⁵³ GARCÍA Y VAN BOOM (2012), p. 41.

⁵⁴ CAPLOVITZ (1974), p. 2.

⁵⁵ GARCÍA Y VAN BOOM (2012), p. 21.

⁵⁶ LESSER (2007), p. 302.

⁵⁷ FAURE Y LUTH (2011), pp. 337-338.

⁵⁸ GARCÍA Y VAN BOOM (2012), p. 23 (traducción del autor).

⁵⁹ ROJAS (2015), pp. 416-417.

⁶⁰ BAR-GILL (2012), p. 53; DE LA MAZA (2010), p. 27, y con mayor detalle, DE LA MAZA (2010), p. 33; ROJAS (2015), p. 419; y ANDRADE (2015), pp. 45-47.

⁶¹ En general, GOLDENBERG (2017a), pp. 70-78.

producto o servicio financiado” y “consumidora del producto o servicio financiero”⁶². Según la métrica racional, el consumidor debería superar todos los problemas que conlleva la asimetría informativa en esta doble dimensión, restando el hecho que, propio de las técnicas de incitación por medio de la publicidad, la satisfacción inmediata y la deseabilidad del producto se situarán en una escala superior al tiempo de la decisión definitiva⁶³.

En similar línea de argumentación, se ha señalado que el comportamiento del consumidor medio reconoce dos fases⁶⁴: la primera, aun medianamente racional, en la que los ingresos son destinados a la satisfacción de las necesidades primarias, las que muchas veces deben ser financiadas ante la inexistencia o disminución del “estado de bienestar”⁶⁵ y a modo de sustituto de los ingresos insuficientes⁶⁶; y, la segunda, en la que ellos dan cuenta de una racionalidad diversa a la que supone el planteamiento básico del *homo oeconomicus*⁶⁷, siendo incentivada por medio de técnicas de “tentación” por parte de la publicidad. En la sociedad de consumo, la publicidad tiende a presentar un estándar de vida que puede ser alcanzado mediante el acceso al crédito, de manera que se tiende a la confusión entre los órdenes económicos y afectivos de los sujetos⁶⁸. La tendencia al sobreconsumo se despierta en virtud de los valores hedonistas que se han impulsado en las sociedades occidentales, en las que el crédito no es obtenido únicamente para la inversión en el mejor futuro, sino también para la adquisición de bienes que ya no solo satisfacen las necesidades primarias⁶⁹. Su adquisición solo puede ser lograda por medio del crédito, constituyéndose tanto en causa como consecuencia del “sobreendeudamiento activo”⁷⁰.

En este sentido, deberán tenerse presente las técnicas de *marketing* que pueden terminar incitando a la adquisición de bienes durables sin que el consumidor pueda llevar a cabo una debida ponderación de las fuerzas de su patrimonio ni de la real necesidad de la contratación⁷¹. El crédito al consumo se presenta en el ámbito de un sistema económico que crea la necesidad, generando frustración en caso de falta de acceso, y remediando tal frustración mediante la posibilidad de satisfacción por medio del crédito⁷². Así, se ha demostrado que el comportamiento del consumidor se encuentra fundado en factores psicológicos, sociales y culturales. Los primeros dan cuenta de los móviles emotivos (no racionales) y selectivos⁷³, en los que se destacan aspectos emotivos o pasionales del consumo, justificados en el mero deseo⁷⁴. Los factores sociales y culturales se refieren principalmente al fortalecimiento de la imagen propia y a elementos de emulación. En este último caso, nos referimos a la función simbólica del consumo, en la que el acceso a una cierta clase de bienes se formula desde la idea del *status*, la

⁶² CHARDIN (1988), p. 34.

⁶³ GOLDENBERG (2017a), pp. 72-74.

⁶⁴ POULALION (1975), p. 29.

⁶⁵ GLOUKOVIEZOFF (2008), p. 223.

⁶⁶ GARCÍA Y VAN BOOM (2012), p. 37.

⁶⁷ CHARDIN (1988), p. 183, señala que el *homo oeconomicus* se dibuja como uno completamente informado y racional, de modo que la teoría racional desde el punto de vista sociológico, otorga la ilusión de la existencia de un consumidor libre.

⁶⁸ DOMONT-NAERT (1992), p. 28.

⁶⁹ GARCÍA Y VAN BOOM (2012), p. 37.

⁷⁰ DOMONT-NAERT (1992), p. 31.

⁷¹ HÉNAULT (1973), p. 6, nos recuerda que las estrategias de *marketing* siguen de modo bastante cercano el comportamiento del deudor, y se acomodan a él para la incitación del consumo.

⁷² CHARDIN (1988), pp. 38-39.

⁷³ HÉNAULT (1973), p. 7.

⁷⁴ CHARDIN (1988), p. 36.

pertenencia o la aspiración⁷⁵, y en la que el acceso a una cierta clase de bienes produce una jerarquización social⁷⁶ (el denominado “consumo para la ostentación”)⁷⁷.

(ii) Los problemas derivados de la asunción de que el consumidor informado es un consumidor apto para la adopción autónoma de la decisión de endeudamiento

Este segundo aspecto advierte que la decisión envuelve una incertidumbre respecto al futuro que proviene precisamente del mentado aplazamiento⁷⁸, que no se resuelve adecuadamente por medio de la mera transmisión de un mensaje objetivo y general. Sin asistencia en este punto, se supondría que el consumidor es capaz de ponderar todos los factores económicos, personales y sistémicos, que podrían situarlo en una posición de riesgo. Lo anterior implicaría que los ajustes propiciados en la órbita del Derecho del consumidor no solo traerían como resultado a un *hombre racional*, sino, además, un ser dotado de ciertas capacidades que, previo al ajuste, no parecían serles propias⁷⁹. En este punto, la duda fundamental se plantea porque el deudor informado no tiene por qué contar con las habilidades para resolver adecuadamente todos los nudos financieros que provoca el endeudamiento, advirtiendo también que, en muchas oportunidades, no pueden despreciarse las dificultades para ponderar su propia situación patrimonial⁸⁰.

A efectos de generar un mecanismo de solución, se ha planteado la necesidad de intensificar las lógicas de la educación financiera. Constatados los niveles de analfabetismo financiero existente en la población⁸¹, que se van acusando temporalmente en la medida en que la arquitectura de los productos crediticios y de inversión se complejiza, un perfeccionado modelo de respuesta se encontraría en el empleo de técnicas de educación que doten a la población que es (o eventualmente será) sujeto de crédito, de los conocimientos suficientes como para sustentar un comportamiento racional y eficiente. Un comportamiento que aseguraría no solo su bienestar personal, sino que se proyectaría en la estabilidad del sistema financiero. Iniciativas como estas no solo se encuentran alentadas por organizaciones internacionales, como la OCDE⁸² o la Unión Europea⁸³, sino, particularmente en nuestro país por medio de instancias públicas⁸⁴ y privadas⁸⁵ orientadas a tal fin.

No obstante, ellas nuevamente parten del supuesto neoliberal del hombre medio, que ahora no solo requiere de información para la adecuada toma de decisiones, sino que, en una escala superior, también requiere de la instrucción necesaria para la comprensión de aquellos aspectos que le son informados. Así, los problemas de racionalidad imperfecta, en que el consumidor medio obtiene la información, pero no comprende los términos de aquello que se le transmite, podrían ser solucionados por medio del aseguramiento de la dotación de educación

⁷⁵ El consumo es alentado también por los grupos de referencia, sean asociativos (pertenencia) o aspiracionales (emulación).

⁷⁶ DOMONT-NAERT (1992), p. 28.

⁷⁷ DOMONT-NAERT (1992), p. 30. Sección 3.1.5.2 del Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre “El crédito y la exclusión social en la sociedad de la abundancia” (2008/C 44/19).

⁷⁸ CHARDIN (1988), pp. 74-75.

⁷⁹ Para una crítica al modelo de intensificación de la información en el ámbito del consumo financiero, ANDRADE (2015), pp. 48-49.

⁸⁰ GARCÍA Y VAN BOOM (2012), p. 26.

⁸¹ En el caso chileno, el marcado “analfabetismo financiero” de la población ha sido puesto de manifiesto por parte del SERNAC (ver http://www.sernac.cl/wp-content/uploads/2015/08/Educaci%C3%B3n-financiera-en-j%C3%B3venes_-clave-para-un-desarrollo-econ%C3%B3mico-saludable-vf.pdf) y, más recientemente, por la ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y DESARROLLO ECONÓMICO (2015).

⁸² Ver <http://www.oecd.org/finance/financial-education/>.

⁸³ Sección 5.1 (b) del Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre “El crédito y la exclusión social en la sociedad de la abundancia” (2008/C 44/19).

⁸⁴ Por ejemplo, el programa “Aprende\$”, de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, o “Central en tu vida”, del Banco Central.

⁸⁵ Por ejemplo, el proyecto “Educación Financiera en la Escuela”, del Centro de Políticas Públicas UC, con la colaboración del Banco Santander.

suficiente sobre aquellos extremos de la decisión de endeudamiento que pueden, a la larga, resultarles nocivos. Cumplidos los deberes por parte de los proveedores de productos financieros (cifrados esencialmente en la satisfacción de los deberes de información, en forma y contenido) y, capacitada que ha sido la población en la comprensión de dicho caudal informativo, el deudor se encontraría nuevamente en el punto de mira, y ahora su irresponsabilidad se centraría no solo en la información entregada, sino también en la que debió haber sido comprendida.

Una posición crítica a este acercamiento al problema, explica Willis, es que no se les pide a las personas que sean sus propios doctores, abogados, mecánicos de auto o inspectores sanitarios (aun cuando alguna instrucción escolar tengamos respecto a todos los fenómenos propios de tales actividades), de manera que tampoco debería solicitarse al consumidor ser su propio asesor financiero⁸⁶. Lo anterior, sumado a los costos que este tipo de políticas públicas implican⁸⁷ y a la constatación de que, en muchas oportunidades, la educación financiera puede incrementar la confianza del consumidor en sus propias habilidades, pero no necesariamente aumentar estas⁸⁸. A nuestro juicio, lo anterior no implica desmerecer las funciones generales de la educación en estas materias, pero subraya la advertencia de no centrar los esfuerzos únicamente en el fortalecimiento de esta medida de prevención, sino a modo de complemento de otras formas más específicas de protección del consumidor financiero.

2.4. El abandono total de la lógica racional y el planteamiento de un modelo alternativo fundado en la intervención estatal

El punto de inflexión se encuentra en la conformación de un modelo alternativo, bajo la pretensión de ubicar al consumidor en una posición de debilidad tal que amerita una mayor intervención estatal en vistas a su adecuada protección⁸⁹. El foco de atención se encuentra en la vulnerabilidad del sujeto asumiendo y, dado que no hay forma de asegurar su plena racionalidad, deberá primar un cierto nivel de intervención directa en el contrato basado en criterios de justicia diversos, tales como la inclusión financiera (o “democratización del crédito”)⁹⁰, la redistribución de la riqueza, la mitigación de exclusiones culturales y marginaciones, etc.⁹¹.

En esta órbita, al menos con respecto a las decisiones de endeudamiento, se observa que en la mayor parte de los casos el desajuste entre los ingresos y egresos no proviene de una situación pretendida *ex ante* por parte del consumidor, sino que es provocado por factores disruptivos en el presupuesto individual o familia, con especial énfasis en los casos que previamente se han indicado como de “sobreendeudamiento pasivo”. Desde esta perspectiva, el sobreendeudamiento se aprecia como un fenómeno ínsito en la dinámica del crédito al consumo, en virtud de causas estructurales, tales la precariedad de las fuentes laborales y la incertidumbre de flujos de ingresos⁹², los que impiden la formulación de presupuestos mensuales equilibrados⁹³, especialmente si se observa la inelasticidad del consumo de bienes esenciales a los que también suele accederse bajo la lógica del crédito. Estos problemas,

⁸⁶ WILLIS (2011), p. 432.

⁸⁷ CENTRO UC DE POLÍTICAS PÚBLICAS (2017).

⁸⁸ GARCÍA Y VAN BOOM (2012), p. 50.

⁸⁹ REIFNER et al. (2010), pp. 54 y 55.

⁹⁰ CABALLERO (2018), pp. 135-136.

⁹¹ GARCÍA Y VAN BOOM (2012), p. 24.

⁹² CHATAIN Y FERRIERE (2002), p. 2.

⁹³ DOMONT-NAERT (1992), p. 47. Respecto a la vinculación del sobreendeudamiento y la exclusión financiera, GLOUKOVIEZOFF (2008), pp. 213-244.

generalmente relacionados a contextos de sectores con menores ingresos, han transitado desde la lógica de los apoyos públicos (estado de bienestar) a incrustarse en ciertas órbitas del derecho privado. Pero ello requiere desplazar la mirada de la vulnerabilidad del consumidor en términos de asimetría de información y de poder, a aquella fundada en su precariedad económica⁹⁴. Esta última, que había propiciado, por ejemplo, el tratamiento de la usura, había quedado desposicionada en el ámbito de la protección del consumidor, precisamente porque la dinámica del crédito al consumo ya no se establecía bajo el estigma del deudor enfrentado al usurero, ahora renace bajo la mirada de las consecuencias económicas y sociales del sobreendeudamiento⁹⁵.

El mayor cuestionamiento sobre este punto se encuentra en que las formas de intervención estatal y los efectos que ella produce. En nuestro entorno, podrán advertirse algunos casos, tales como: regulaciones imperativas, por ejemplo, mediante la regulación específica de los mecanismos de cobranza extrajudicial, como en el varias veces reformado artículo 37 de la LPDC; regulaciones prohibitivas, por ejemplo, por medio de la limitación a las tasas de interés o impidiendo el cobro inmediato de la deuda, como los incorporados en nuestro ordenamiento en la Ley N° 20.715; o regulaciones directamente resolutivas, como aquellas que simplemente extinguen los saldos insolutos de las obligaciones al término de un procedimiento concursal de tipo liquidatorio, como ocurre al término de un procedimiento concursal de liquidación o en el caso que el procedimiento concursal de renegociación que concluya con un acuerdo de ejecución, ambos de conformidad a la Ley N° 20.720. Especialmente relevante es esta última medida, altisonante en un adecuado modelo de asignación de riesgos de insolvencia en el derecho de obligaciones, por cuanto, a diferencia de regulaciones concursales pasadas⁹⁶ y de modelos comparados, no ofrece distinciones basadas en el carácter honesto y de buena fe del consumidor, no precisa de un plan de pagos ni genera deberes o cargas ulteriores para el deudor (operando de forma automática), ni delinea adecuadamente los créditos que se verán expuestos a la extinción⁹⁷.

Todas ellas provocan costos operativos y financieros que, sin ser adecuadamente ponderados, pueden terminar siendo traspasados a la masa de consumidores o, más grave aún, acaban constituyéndose en causa de exclusiones del mercado crediticio⁹⁸. En el extremo, esta reacción se advierte como un “extremo paternalismo”⁹⁹ y podría incluso infantilizar a los consumidores, generando una suerte de incapacidad y exclusión de toda suerte de operación bancaria por medio del otorgamiento de niveles excesivos de protección¹⁰⁰. Y, en esta “sociedad de consumo”, no podrá negarse que quien se encuentra privado de acceso al crédito formal, deberá optar por renunciar a la adquisición de ciertos bienes, aun imprescindibles, o aceptar lisa y llanamente la posibilidad de la explotación¹⁰¹. Esto último se provoca especialmente porque la ausencia de crédito no importa la disminución de las necesidades de subsistencia, y, con ello, los medios a los cuales accederá para tales fines se caracterizan por la falta de competencia¹⁰² o, incluso, se sitúan en la ilegalidad¹⁰³.

⁹⁴ Sobre la vulnerabilidad como pobreza, BROWN (2012), p. 63.

⁹⁵ BROWN (2012), p. 63.

⁹⁶ Considerando que la extinción de los saldos insolutos como consecuencia del término del concurso se incorporó en Chile en la Ley N° 4.558, de 1929, como efecto del denominado “sobresimiento definitivo extraordinario” del juicio de quiebras.

⁹⁷ CABALLERO (2018), pp. 140-146. Sobre los límites a las reglas de descargo de la deuda, véase ALARCÓN (2018), pp. 19-33.

⁹⁸ REIFNER et al. (2010), p. 57.

⁹⁹ GARCÍA Y VAN BOOM (2012), p. 25.

¹⁰⁰ MCMEEL Y VIRGO (2001), p. 23.

¹⁰¹ DOMONT-NAERT (1992), p. 28.

¹⁰² DOMONT-NAERT (1992), p. 49.

¹⁰³ BROWN (2012), p. 65.

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

3.1. La necesidad de ajuste del modelo del consumidor financiero y racional a partir del reposicionamiento de los deberes del concedente del crédito

Nos parece que la lectura dada en el apartado precedente es parcial, y no observa que la alusión al consumidor responsable debe ser equilibrada con la del proveedor profesional¹⁰⁴. A partir de tal constatación, el punto se encuentra en emplear la idea de la diligencia que deben desplegar ambas partes durante todo el *iter* contractual, propiciando un modelo de corresponsabilidad. Como hemos explicado previamente, nos parece que todos los mecanismos que observan el punto únicamente desde la perspectiva del consumidor están condenados al fracaso si no se establecen incentivos claros, sean positivos o negativos, para que los concedentes del crédito participen activamente en los mecanismos que disminuyen las causas o alivian los efectos del sobreendeudamiento¹⁰⁵. Ello parte de la base de considerar que es imposible que un consumidor se sobreendeude solo, puesto que obviamente para ello requiere de un proveedor que esté dispuesto a concederle el crédito, especialmente cuando, como indica Ruz, “estamos ante un mercado financiero tradicional (bancos) y no tradicional (casas comerciales) que acusa algunos rangos de irresponsabilidad en el otorgamiento de créditos, provocada por una facilitación descontrolada del acceso al crédito, sobre todo en sectores vulnerables”¹⁰⁶.

A nuestro juicio, observar las cosas desde esta perspectiva tiene algunas ventajas. Por una parte, no desarticula completamente el modelo base del derecho de las obligaciones, al tiempo en el que solo constata un fallo de mercado¹⁰⁷, pretendiendo su corrección. Si no es previsible que el consumidor financiero siempre pueda conformarse íntegramente al sustrato del *homo oeconomicus*, deberán buscarse otros ajustes que sean pertinentes para el buen funcionamiento del sistema financiero. Por otra parte, no se llega al extremo de la intervención estatal bajo la formulación de regulaciones prohibitivas, que impedirían el acceso al crédito, sino que solo impulsarían un paternalismo “suave” o “libertario”¹⁰⁸, en el que se intensifica su protección mediante la traslación de parte del riesgo de sobreendeudamiento al concedente del crédito. Lo anterior, que en contexto comparado se ha denominado “principio del préstamo responsable”, pretende poner en cabeza del acreedor la adecuación de los productos financieros a las necesidades y particularidades propias del consumidor, incluyendo, sus capacidades de pago¹⁰⁹, aunque sin ignorar que, a fin de cuentas, será el deudor quien tome la decisión final del endeudamiento.

El impulso al mentado concepto proviene de la revisión del comportamiento de la banca en la *crisis subprime*, y las consecuencias que esta produjo en la economía europea, propiciando una revisión en el modelo del crédito al consumo¹¹⁰. La asignación, aún parcial, del riesgo en los hombros del concedente del crédito provienen de la noción del fracaso de las medidas que tradicionalmente se habían empleado en torno a los deberes precontractuales de información, de modo que se asignarán a este ciertos deberes adicionales por medio de los cuales se controle

¹⁰⁴ PINOCHET (2013), p. 372.

¹⁰⁵ Sección 5.1 (i) del Dictamen del Comité Económico y Social 2008/C 44/19, y MARSHALL (2015), p. 3.

¹⁰⁶ RUZ (2017), p. 502.

¹⁰⁷ GARCÍA Y VAN BOOM (2012), p. 29.

¹⁰⁸ Sobre el particular, SUNSTEIN (2013), pp. 1835 y 1860, aunque sujeto a críticas en SUNSTEIN (2013), pp. 1890-1898. En Chile, véase ANDRADE (2015), p. 47.

¹⁰⁹ GARCÍA Y VAN BOOM (2012), p. 30.

¹¹⁰ FAIRWEATHER (2012), p. 87.

la adecuación del crédito al perfil de riesgo efectivo del cliente, todo ello, bajo el concepto genérico del préstamo responsable¹¹¹. A partir de la vulnerabilidad del consumidor, vuelven a incorporarse valores sociales en el núcleo del derecho privado, logrando que la población obtenga acceso al crédito, pero sin que ello importe una explotación injusta de sus debilidades¹¹².

3.2. Las referencias legales expresas al comportamiento profesional del proveedor en materia de consumo

El punto de partida se encuentra en el modelo de diligencia al que debemos contrastar la conducta del proveedor financiero, la cual también se encuentra expresada en la LPDC a partir de la idea del “deber de profesionalidad”. La profesionalidad, nos indica la Real Academia Española, es la “cualidad de la persona u organismo que ejerce su actividad con capacidad y aplicación relevantes”, y, de ello es posible deducir ciertos parámetros que resultan inmanentes al concepto. El primero es que se trata de una cualidad y, conforme a ello, es posible efectuar una ponderación de la conducta desplegada por el sujeto en el ejercicio de su actividad. El segundo, es que tales parámetros están dados por la capacidad y aplicación que son relevantes en el contexto de la actividad, dando cuenta de estar frente a casos en los que se requiere contar con ciertos conocimientos o habilidades específicas, de las que no necesariamente goza la mayoría de la población¹¹³. Esta experticia, nos indica Barros Bourie, es relevante para fijar el nivel de cuidado que el autor del daño, justificado ello en que “la confianza comprometida respecto de su conducta es correlativamente mayor”¹¹⁴.

Más directamente, el “deber de profesionalidad” se sustenta de modo expreso en el artículo 23 LPDC, en materia de imposición de sanciones en caso de infracción a la normativa. Sin indicación precisa del contenido de dicho deber, la reconducción de este al estándar de diligencia esperable del proveedor ha sido declarada por nuestra jurisprudencia. Así, se ha fallado “[q]ue la denunciada -que actuó por una de las empresas líder en el Retail, como es empresas Ripley- ha faltado al deber de profesionalidad que le impone la ley como proveedor que debe actuar con mayor diligencia a aquel comportamiento esperado en un profesional competente y habitual de su actividad, conocedor, por tanto, de los riesgos asociados al mismo”¹¹⁵.

3.3. Las consecuencias del establecimiento de un deber de profesionalidad para el proveedor financiero: más allá de la entrega de la información al consumidor

Entendemos que el estándar de actuación cifrado en la profesionalidad supone la calificación de la actuación del proveedor a partir de la lógica de la *lex artis*¹¹⁶. En el ámbito de los productos y servicios financieros, aun carente de definición particular, son proveedores aquellos reseñados en el artículo 17 B LPDC. Coordinado lo anterior con el artículo 1º, núm. 2, LPDC, especialmente en lo referente a la habitualidad, comprendemos que nos encontramos

¹¹¹ PELLECCIA (2012), pp. 69-73.

¹¹² LOBOCKA-POGUNTKE (2012), p. 174.

¹¹³ Lo anterior se condice también con la referencia expresa a dicho deber en el artículo noveno, núm. 6, de la Ley N° 20.416, de 2010. Tal indicación es relevante a efectos de sostener que el deber de profesionalidad se encuentra directamente relacionado con la actividad desplegada por quien cuya conducta es valorada.

¹¹⁴ BARROS (2000), p. 89.

¹¹⁵ Sentencia de la I. Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 792-2013, de 15 de abril de 2014 (el destacado es nuestro).

¹¹⁶ La Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, define la “diligencia profesional” como “el nivel de competencia y cuidado especiales que cabe razonablemente esperar del comerciante en sus relaciones con los consumidores, acorde con las prácticas honradas del mercado o con el principio general de buena fe en el ámbito de actividad del comerciante”.

frente al ejercicio profesional de la prestación de servicios o productos financieros. El estándar comparativo del proveedor medio, asumiendo el carácter conmutativo del contrato (artículo 1547 CC), impone la diligencia del buen padre de familia (artículo 44 CC), pero matizada en torno al ejercicio profesional de la actividad desplegada. En este sentido, se suele hacer referencia a la noción del *bonus argentarius*¹¹⁷, como una culpa calificada por la competencia técnica y los medios idóneos conferidos por el ordenamiento jurídico a las entidades financieras para la valoración de la condición de la persona con la que contrata, especialmente si esta última tiene el carácter de consumidor. Esta diligencia, identificada primariamente en la disciplina pública del Derecho bancario¹¹⁸, es traspasada al vínculo que se genera con el consumidor no solo en torno a los parámetros de la responsabilidad civil, sino como un reflejo de la posición central de las entidades financieras en la operatividad del sistema económico¹¹⁹.

3.4. La reconducción del deber de profesionalidad a las medidas necesarias para prevenir o resolver el sobreendeudamiento del consumidor financiero: algunas concreciones particulares

Como señala Fairweather, el concepto de “préstamos responsables” tiene obvios problemas de definición, y, del mismo modo que dar cuenta de todas las conductas irresponsables de las entidades financieras parece imposible¹²⁰, parece mejor abordar el punto sobre un cierto estándar de comportamiento. Dado que el deber de profesionalidad hace precisamente referencia a tal estándar, tendrá que atenderse a las circunstancias particulares de cada caso, y, por ello, solo podemos ofrecer un catálogo ejemplar de herramientas que, sobre la base de tal nivel de conducta, han sido consideradas en el contexto comparado para prevenir o resolver algunos de los problemas que plantea el sobreendeudamiento del consumidor. A fin de cuentas, como indica Reifner con cierta sorna, la idea del “préstamo responsable” solo implica un deber de esta clase de acreedores de “obedecer la ley y actuar como un banquero”¹²¹.

a. El deber de calificación de la solvencia del deudor

En el contexto internacional, los contornos del préstamo responsable suponen un comportamiento diligente del proveedor, asegurándose que el deudor tenga mérito crediticio (*creditworthiness*) y pueda proyectarse una efectiva de capacidad de pago (*affordability*)¹²². De tal suerte, el establecimiento de obligaciones de evaluación de la solvencia del deudor, no se plantea ya solo como un modo de asegurar la estabilidad de la banca¹²³, sino como núcleo de protección del consumidor¹²⁴. En Estados Unidos, estos deberes se proyectan sobre la base de evitar el comportamiento abusivo del proveedor del crédito (*Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*), aunque controlado mediante la *Equal Credit Opportunity Act* a efectos de no incluir elementos de discriminación en tal valoración. Por su parte, en el ámbito europeo tal obligación aparece establecida en el considerando 26 de la Directiva 2008/48/CE, bajo la idea de que “los prestamistas deben tener la responsabilidad de controlar individualmente la solvencia del consumidor”, normada luego en su artículo 8º, donde sí se han

¹¹⁷ PRAT (1983), pp. 31-33.

¹¹⁸ VISCUSI (2004), p. 74.

¹¹⁹ VISCUSI (2004), p. 75.

¹²⁰ FAIRWEATHER (2012), p. 87.

¹²¹ REIFNER (2006).

¹²² CUENA (2014), p. 64.

¹²³ PELLECCIA (2012), pp. 74 y 75.

¹²⁴ ÁLVAREZ (2017), p. 758.

apreciado dudas sobre los criterios de discriminación antes indicados¹²⁵. De ahí que una formulación abierta del deber podría conllevar riesgos de exclusión financiera sobre la base de estándares que resultan poco adecuados, de modo que consideramos que la solución se encuentra en que, más que enunciar únicamente un deber de calificación de solvencia, deberán establecerse ciertos parámetros objetivos para poder llevarla a cabo.

La razón de la incorporación de este deber se debe a la evidencia de que, ante los costos que una calificación individual implica, la tendencia ha sido emplear criterios más bien estadísticos a efectos de dar mayor agilidad a la aprobación del crédito en un mercado intensamente competitivo¹²⁶, especialmente en los casos en los que no se establece un deber regulatorio y general de conocer directamente las particularidades del cliente (“*know your client*”). El cuestionamiento se encuentra en la forma en la que esta debe ser llevado a cabo, que no podrá limitarse únicamente a la información transmitida por el consumidor, y dependerá, en consecuencia, de la regulación de los sistemas de información financiera disponibles¹²⁷, a fin de evitar el riesgo de selección adversa.

Contrastado con lo anterior, se aprecia que en Chile no existen reglas o procedimientos formales que tengan por finalidad examinar la solvencia de los deudores por parte de los proveedores financieros. No obstante, lo anterior, existen algunos instrumentos administrativos que obligan a los bancos, a la industria del *retail* financiero y a otros proveedores de crédito a llevar a efectos tal examen, pero con el objeto de resguardar su propia estabilidad patrimonial y, con ello, la del sistema financiero (Capítulo B-1 del Compendio de Normas Contables SBIF), respondiendo al modelo tradicional que impone la calificación de solvencia como un medio de control de las entidades financieras. Sin embargo, en un ámbito más amplio, el artículo 3, núm. 29 del Decreto N° 42 del Ministerio de Economía, de 2012, desarrolla el concepto de cotización planteado en los artículos 17C y 17G, inciso segundo, de la LPDC. Al efecto, la norma distingue la “cotización” de la “simulación” del crédito, graduando con ello el carácter vinculante de su ofrecimiento a partir de la evaluación del riesgo comercial de los eventuales deudores. De ahí que el simple recaudo de información por parte del consumidor, accediendo a vías simuladas del crédito eventual (como las que incluso se despliegan en las plataformas *web* de los bancos) no se ordenan directamente a la contratación, lo que sí ocurrirá al tiempo en que el proveedor financiero haya efectuado una valoración del riesgo, concediendo, con ello, un carácter estable a la oferta tendiente a la perfección del consentimiento.

El punto tiene relevancia, especialmente al tiempo de ponderar la idea de la “responsabilidad previa al préstamo”, puesto que es esta la época donde primeramente pueden razonablemente anticiparse los riesgos del sobreendeudamiento. Habrá de considerarse que, carente de una revisión sobre el punto, el consumidor financiero tendrá una legítima confianza en que, si la entidad financiera le está otorgando un préstamo, es porque ha valorado positivamente su posibilidad de pago¹²⁸, especialmente al tiempo de no alertar de los riesgos concretos que pudiesen derivarse del endeudamiento¹²⁹. En este sentido, no tendría razones para desconfiar de quien, en su carácter profesional, ha tomado una decisión que naturalmente conlleva un riesgo (de incumplimiento y de insolvencia), y que, supuestamente ponderado este, ha transformado la simulación en una cotización vinculante del producto o servicio financiero.

¹²⁵ LOBOCKA-POGUNTKE (2012), p. 176.

¹²⁶ FAIRWEATHER (2012), p. 88.

¹²⁷ A nivel comparado, el esfuerzo se ha dado por medio de la creación de *credit scorings* o ficheros de solvencia, CUENA (2014), pp. 21-98. Sin embargo, a nivel nacional debe observarse que han existido dificultades para el avance de estas medidas, como se constata en la tramitación legislativa del Boletín 7886-03.

¹²⁸ LOBOCKA-POGUNTKE (2012), p. 175.

¹²⁹ RUZ (2017), p. 505.

b. El deber de consejo en la fase precontractual

El carácter profesional del proveedor financiero, sumado a la legítima ignorancia del consumidor¹³⁰, pueden dar lugar a la necesidad de superar los deslindes de los deberes precontractuales de información, aún tipificados, y sostener la necesidad de que estos sean complementados por medio de un deber de consejo¹³¹. En la órbita financiera, se indica que el consejo comporta la entrega de una recomendación respecto a una forma de comportamiento o una adquisición adecuada de un producto o servicio financiero¹³², y, en ellos, más que la valoración del objeto mismo de la prestación (que será el dinero), el punto de atención estará dado por la calidad de la asesoría desplegada por el profesional¹³³. De este modo, como señala Hernández Paulsen, se pretende orientar “a los clientes cuyos conocimientos, experiencia o cualificación les impiden comprender adecuadamente la respetiva operación, en el sentido de que por lo menos deben prevenirles, en su caso, acerca de la inconveniencia de la misma para sus intereses”¹³⁴. Y, como deber relativo¹³⁵, deberá considerarse a la persona del destinatario del consejo y la complejidad y riesgos del producto financiero¹³⁶.

Sin perjuicio de lo anterior, el carácter profesional no resulta suficiente para la constitución de esta clase de deberes¹³⁷, sino que deberá apreciarse el contenido mayormente técnico del contrato o del objeto mismo de la prestación, y, con ello, verificar si estos exponen al potencial cliente a una situación que este último no puede fácilmente prever¹³⁸. La intervención legislativa de los últimos años en los mercados financieros, nos advierten McMeel y Viggo, se ha fundado en la mitigación de los riesgos sistémicos, y, en lo que nos interesa, en la protección de los consumidores contra las imperfecciones del mercado causadas por la información asimétrica y las complejidades de los contratos que subyacen a esta clase de productos y servicios. De lo anterior deducen la necesidad de regulación de los términos financieros y, adicionalmente, aumentar los controles respecto a la calidad del consejo entre proveedores y consumidores¹³⁹. Pero el consejo solo opera como una guía, que, en lo que nos interesa, supone una recomendación juzgada sobre los parámetros de diligencia llevada a cabo por la entidad financiera en el ajuste del producto o servicio a las particularidades del sujeto y a los efectos que este podría exponerse en relación con su economía personal¹⁴⁰. De ello se sigue que, superada la calificación de riesgo por parte de la entidad financiera y elaborado y transmitido el consejo sobre la base de la misma, esta formulación supone que la decisión final sigue en manos del consumidor, quien debería asumir consecuencias, aun desfavorables, correctamente advertidas por el proveedor¹⁴¹.

En la órbita de los productos y servicios financieros en el ordenamiento chileno, solo encontramos referencia expresa en el contrato de seguro (artículos 529, núm. 1 del Código de

¹³⁰ CHINCHILLA (2011), p. 339.

¹³¹ MCMEEL Y VIGGO (2001), p. 26.

¹³² MCMEEL Y VIGGO (2001), p. 18.

¹³³ MCMEEL Y VIGGO (2001), p. 26.

¹³⁴ HERNÁNDEZ (2014), p. 130.

¹³⁵ BERNARD DE SAINT AFFRIQUE (1995), pp. 919-920.

¹³⁶ LOBOCKA-POGUNTKE (2012), p. 180.

¹³⁷ GÓMEZ CALLE (1994), p. 120.

¹³⁸ BOUCARD (2002), pp. 48-50.

¹³⁹ MCMEEL Y VIGGO (2001), p. 27.

¹⁴⁰ LOBOCKA-POGUNTKE (2012), p. 176.

¹⁴¹ Si bien esta responsabilidad del deudor parece atemperada por la posibilidad de obtener la extinción de los saldos insolutos en el contexto de los procedimientos concursales regidos por la Ley N° 20.720, redistribuyendo el riesgo hacia la parte de los acreedores, cabe recordar que tal posibilidad supone que el deudor debe perder la totalidad de su patrimonio embargable, sea en un procedimiento concursal de liquidación, sea en razón de un acuerdo de ejecución en un procedimiento concursal de renegociación (artículos 130, 267, 271 y 276 de la Ley N° 20.720).

Comercio y 57 del Decreto Ley N° 251, de 1931), pero su formulación expresa en dicho ámbito no resta que ella pueda presentarse en otras formas contractuales, en este caso, derivadas de una relación crediticia, en los casos en los que esta pueda ser caracterizada por su complejidad. Para estos efectos, la conducta a ser desplegada por el proveedor financiero no se satisface en la mera transmisión de un mensaje objetivo, sino que requiere de la indagación previa de las circunstancias y necesidades personales del consumidor para efectos de ofrecer un producto o servicio que se ajuste a ellas y no lo exponga a situaciones que no puede fácilmente comprender o prever¹⁴². En la primera fase, se esperará del proveedor financiero una iniciativa diligente en la investigación de tales circunstancias, debiendo, al efecto, revisar los antecedentes que ya se encuentran en su poder, bases públicas o privadas de información e, incluso, la indagación de la información que puede ser obtenida de parte del propio consumidor por medio de los denominados “estados de situación”¹⁴³. Conforme a dicho caudal informativo, y en atención al carácter profesional del proveedor, este estará en condiciones de preparar un consejo, que bien puede incluir la recomendación de no contratar en atención a la inadecuación del producto o servicio a la realidad del sujeto.

En el ámbito que nos interesa, la información a ser recabada se refiere a la situación patrimonial del consumidor, en especial lo que se refiere a su solvencia. Pero en ello no debemos incluir solamente la posición actual, sino también aquella que puede proyectarse razonablemente a partir de dichos datos y los comportamientos estadísticos a disposición del proveedor. Un comportamiento responsable y profesional de este le alertará, incluso, de los peligros que puede implicar la contratación de un determinado producto o servicio, no solo en razón de su volatilidad (por ejemplo, en referencia a la rentabilidad), sino también porque podrá caer en un espiral de impagos, produciendo un aumento exponencial de la deuda (en virtud de los intereses moratorios, y, en especial, de la posibilidad su capitalización) y el riesgo de ejecución de la obligación en cualquiera de sus bienes embargables, conforme al principio de responsabilidad patrimonial universal.

c. El deber de asistencia en el contexto de las dificultades de pago

A diferencia de los anteriores, un deber de asistencia se establece una vez que el contrato se encuentra en vigor y se pueden apreciar las dificultades en el cumplimiento de la obligación de restitución por parte del consumidor financiero. En este punto, entramos en la órbita más precisa de la colaboración que puede prestar el acreedor para asegurar el pago de la deuda, especialmente en los casos en los que puede observarse que, pese a las barreras iniciales, ya se está frente a casos de sobreendeudamiento actual o inminente. Algunos factores, como los que usualmente caracterizan al sobreendeudamiento pasivo, pudieron no haber sido advertidos al tiempo de la contratación¹⁴⁴, pero ahora sí pueden dar curso a la propuesta de instancias de solución que consideren los intereses (y la dignidad) del deudor.

Para estos efectos, proponemos una lectura de las normas relativas a la cobranza extrajudicial (artículo 37 LPDC) y de la participación de los acreedores financieros en el contexto de los procedimientos concursales de renegociación (artículos 260 y siguientes de la Ley N° 20.720). En ambos casos se observará que el consumidor aún se encuentra en una posición desmedrada, ahora intensificada por la evidencia de la incapacidad de pago en los términos originalmente convenidos, pero sin contar con herramientas y conocimientos suficientes para abordar correctamente todos los extremos de una renegociación de la deuda. Los vestigios de la razonabilidad del sujeto se verán incluso más erosionados si, por una parte, se ha visto

¹⁴² KHOURY (2010), p. 57.

¹⁴³ Particular atención debe prestarse, en este punto, al delito contemplado en el artículo 160 de la Ley General de Bancos.

¹⁴⁴ LOBOCKA-POGUNTKE (2012), p. 182.

expuesto a los fenómenos que dan curso al sobreendeudamiento pasivo (como nuevos factores emocionales) y, por la otra, cuando finalmente logra proyectar las dañinas consecuencias del consumo excesivo, no solo en su patrimonio, sino en su estabilidad familiar y personal.

Respecto a la cobranza extrajudicial, debe tenerse presente que la Ley N° 21.062, de 2018, incorporó ciertos deberes adicionales de información que deben llevar a cabo las empresas que las realicen y los proveedores de créditos que efectúen procesos de cobro, al iniciar cualquier gestión destinada a la obtención del pago de la deuda. La mayor parte de dichos deberes reposa en un principio de transparencia informativa, pero se agrega la indicación de *“la posibilidad de pagar la obligación adeudada o las modalidades de pago que se ofrezcan”*. La norma destaca porque se impone como un contenido obligatorio de la gestión de cobranza, aunque este se plantea de manera alternativa. La primera es la que se refiere directamente al pago de la deuda, de forma tal que el consumidor no suponga que el ejercicio de cualquier gestión ulterior de cobro sea irremediable, provocándose el embargo y posterior liquidación de sus bienes. La segunda involucra un ofrecimiento de modalidades de pago diferentes a las inicialmente convenidas, pero, en este caso, estimamos que el deber de profesionalidad impone seguir nuevamente las lógicas del consejo, acentuadas ahora ante la evidencia de las dificultades de pago.

Por su parte, en el ámbito del procedimiento concursal de renegociación dispuesta en la Ley N° 20.720, deberá tenerse presente que la propuesta originalmente emana de la propia persona deudora, que deberá presentarla en conjunto con el cúmulo de declaraciones juradas que expresan su situación patrimonial y el cumplimiento de los presupuestos objetivos, subjetivos y normativos necesarios para la admisibilidad del procedimiento (artículo 261 de la Ley N° 20.720). En este sentido, como consta del artículo 9° del Oficio Circular SIR N° 4, de 26 de enero de 2018, la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento ha entendido que se trata esta de una oferta de renegociación, y, como tal, debe cumplir con ciertos estándares, debiendo ser expresa, seria, completa y formulada con la intención de crear un vínculo jurídico. Si bien la forma en la que se encuentra explicada pareciese dar cuenta de recomendaciones por parte de la Superintendencia, conforme a la misma normativa, esta entiende que podrá ordenar su rectificación de acuerdo a las facultades concedidas por el artículo 262 de la Ley N° 20.720. En este punto, deberá destacarse que los parámetros que utiliza la entidad fiscalizadora se plantean en torno a un esfuerzo máximo de destinación de los ingresos al pago (de un 60 por ciento, a menos que se demuestren otros ingresos esporádicos o aportados por terceros) y, en caso de incluir remisiones de deuda, se observarán criterios tales como la edad, ingresos líquidos, cargas, profesión u oficio y bienes del deudor.

En todo caso, la propuesta de renegociación solo se presentará como un antecedente en la audiencia de renegociación, y, por ello, es posible que sus términos sean alterados previo a la votación (artículo 266 de la Ley N° 20.720). La tutela directa del deudor por parte de la Superintendencia se encuentra en duda al tiempo que esta ha interpretado sus funciones de facilitación de los acuerdos bajo la idea de resguardar los intereses de todas las partes (considerando cuarto del Oficio Circular SIR N° 2, de 25 de noviembre de 2015). La lógica se encuentra aún centrada en los resultados de la negociación y la aplicación del principio mayoritario en lo que se refiere a los acreedores, de forma tal que la Superintendencia tiene por función velar por el cumplimiento del rito procedimental¹⁴⁵. Así, se conserva el desequilibrio técnico y de poderes negociadores entre la persona deudora y sus acreedores, omitiendo una estructura que efectivamente genere un nivel de resguardo institucional.

¹⁴⁵ Sentencia de la I. Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 3984-2017, de 2 de febrero de 2018, confirmada luego por sentencia de la Corte Suprema, Rol N° 2750-2018, de 5 de abril de 2018, validando el resultado de la votación sin observar el fondo del acuerdo de renegociación.

Podrá observarse que es posible atender a un fortalecimiento de los poderes del deudor en torno a que su consentimiento es necesario para la aprobación del acuerdo de renegociación, de modo tal que una negativa conllevará la extinción de los saldos insolutos cuando los bienes embargables no sean suficientes para la cobertura total de las deudas, sea en el marco de un acuerdo de ejecución o al término de la liquidación refleja (artículos 255 y 268, inc. 2 de la Ley N° 20.720). La posibilidad de *discharge* de la deuda, como advierte Caballero, incorpora una fuerte caracterización *pro debitoris* en los procedimientos concursales, asociada a la función redistributiva de las pérdidas derivadas de la insolvencia y del sobreendeudamiento¹⁴⁶. Y, como agrega Alarcón, se transforma en el objetivo principal del procedimiento concursal de la persona deudora, a efectos de favorecer el *fresh start*¹⁴⁷. Pero, especialmente por la amplitud que la regla presenta en el derecho nacional, tal finalidad se ha visto desbordada, provocando una reformulación jurisprudencial y administrativa de la norma para efectos de evitar la utilización abusiva de los procedimientos liquidatorios¹⁴⁸.

Pero, volviendo a la idea del reequilibrio del poder negociador del deudor, ello será un arma de doble filo, especialmente en los casos en los que este pretenda la conservación de ciertos bienes embargables con alto valor de afección o de necesidad (por ejemplo, su vivienda), probablemente la razón por la que escogió el procedimiento de renegociación y no directamente el de liquidación voluntaria. Apreciándolo de este modo, la decisión del deudor no es necesariamente racional, aun en el caso que los efectos extintivos le dejaran en mejor posición que aquella que se avizoraría a partir de un acuerdo de renegociación que, en realidad, sigue estando desajustado a sus pretensiones y lo mantiene en situación de sobreendeudamiento.

No obstante, si la finalidad principal de los procedimientos concursales se enfoca en la recuperación económica del deudor (sea por medio de la renegociación de sus deudas, sea por el efecto extintivo de las obligaciones en un procedimiento liquidatorio)¹⁴⁹ y en la tutela de los derechos de los acreedores por medio del diseño de la fórmula que maximice sus posibilidades de cobro¹⁵⁰, deberá concluirse que la negociación debe enfocarse tales parámetros. En este punto, al igual que respecto a los deberes anteriormente señalados, los acreedores financieros no podrán ignorar su deber de profesionalidad, empleando su mayor experticia en el contexto financiero en búsqueda de un acuerdo que se ajuste a la realidad de la persona deudora, ahora que, en especial, cuenta con un acervo informativo bastante completo, dado por la información entregada por el deudor, revisada por la propia Superintendencia en el trámite de admisibilidad y por los demás acreedores en la audiencia de determinación del pasivo.

¹⁴⁶ CABALLERO (2018), pp. 149-150.

¹⁴⁷ ALARCÓN (2018), p. 12.

¹⁴⁸ CABALLERO (2018), pp. 150-161. A nuestro juicio, si bien el descargo de la deuda se ofrece de manera extremadamente generosa en la ley chilena, lo anterior no priva de lógica la búsqueda de mecanismos preventivos del sobreendeudamiento. La construcción de un sistema de reasignación de riesgos y responsabilidades fundado únicamente en una regla concursal haría suponer que el deudor siempre debe perder todo su patrimonio embargable para resolver la crisis patrimonial. De este modo, parece más coherente situar la regla del *discharge* en una de las herramientas que también justifican los deberes y cargas precontractuales del acreedor, o, como se sostiene en este texto, potencia el poder de renegociación del deudor, por cuanto hacen más patente y probable la eventual pérdida del crédito si no hubo una correcta asistencia y valoración de la capacidad de pago del deudor. Pero ello importa que esta formulación solo justifica la extinción de los saldos insolutos para los acreedores que se encuentran capacitados para efectuar esta ponderación *ex ante* (los denominados *adjusting creditors*), de lo que nuevamente se deduce la necesidad de acotar los efectos extintivos de los artículos 255 y 268 de la Ley N° 20.720. En este sentido, ALARCÓN (2018), p. 17, explica, a fin de justificar el aparente quiebre con la fuerza obligatoria del contrato y con la obligación moral y el honor en el cumplimiento de las obligaciones voluntariamente asumidas, que “la obligación moral de cumplimiento supone necesariamente una equitativa dinámica relacional entre las partes, lo que no se produce en el ámbito de las relaciones entre los consumidores deudores y sus acreedores profesionales en el mercado del crédito, al no existir una efectiva paridad o equilibrio entre prestatario o *borrower* (deudor-consumidor) y su prestamista o *lender* (acreedor)”.

¹⁴⁹ El denominado *fresh start* al que hacen referencia PUGA (2014), p. 460; CABALLERO (2017), pp. 358-360; CABALLERO (2018); y ALARCÓN (2018), p. 11.

¹⁵⁰ GOLDENBERG (2015).

Conclusiones

Los niveles de sobreendeudamiento de la población chilena llegan a cifras alarmantes, existiendo una escasa preocupación en nuestro país por su análisis desde una perspectiva jurídica. Los ajustes propiciados por la LPDC se esbozan a partir de los conocidos problemas de asimetría informativa, a partir de lo cual los esfuerzos por determinar el nivel de diligencia del consumidor financiero se han posicionado en la confirmación del cumplimiento del deber de información por parte del proveedor, y, en fases más avanzadas, mediante el impulso público o privado de la educación financiera. De este modo, una vez que nos enfrentamos a un consumidor informado y que ha sido receptor de instrucción para la comprensión del mensaje conferido, lograríamos asumir que podemos, sin más, volver a la lógica subyacente del Código Civil que disciplina los efectos del incumplimiento y de la insolvencia.

Este modelo, como lo evidencia la realidad chilena, ha fracasado al desatender las características cognitivas y conductuales del consumidor. Sin embargo, creemos que ello también obedece a que, en esta reconstrucción, se ha ignorado la estructura bilateral del crédito, omitiendo cualquier referencia a la diligencia esperable de los proveedores financieros en tanto profesionales del endeudamiento, más allá de la mera dotación de una información generalizada. De esta forma, una mejor ponderación del papel que estos cumplen en el mercado nos permite reconducir el problema desde la idea de la consagración de ciertos deberes preventivos o resolutorios, siempre desde la matriz del “préstamo responsable”, a modo de incentivos para colaborar en el desafío que implica evitar o resolver la situación de insolvencia personal. La propuesta, en suma, es reforzar una relación colaborativa entre deudores y acreedores, situando la solución más adecuada al problema en una lógica de corresponsabilidad.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALARCÓN CAÑUTA, MIGUEL ÁNGEL (2018): “La deuda por obligación constituida a través de crédito con aval del estado no constituye excepción al *discharge* en el ordenamiento jurídico chileno”, en: Revista Chilena de Derecho Privado (N° 31), pp. 9-59.

ÁLVAREZ OLALLA, PILAR (2017): “La obligación de evaluar la solvencia y su incumplimiento”, en: Cuenca, Matilde y Alcañiz, Vicente (coordinadores), La prevención del sobreendeudamiento privado. Hacia un préstamo y consumo responsables (Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi), pp. 725 - 810.

ÁLVAREZ VEGA, MARÍA ISABEL (2010): La protección jurídica del consumidor sobreendeudado e insolvente (Cizur Menor, Thomson Reuters Civitas).

ANDRADE VALENZUELA, VÍCTOR MANUEL (2015): “La protección al consumidor de tarjetas de crédito: ¿son suficientes los deberes de información?”, en: Revista de Derecho y Humanidades (N° 26), pp. 39-56.

BANCO CENTRAL (2019): “Encuesta Financiera de Hogares 2017”. Disponible en: <https://www.efhweb.cl/> [visitado el 28 de junio de 2019].

BAR-GILL, OREN (2012): Seduction by contract. Law, economics and psychology in consumer markets (Oxford, Oxford University Press).

BARROS BOURIE, ENRIQUE (2006): Tratado de responsabilidad extracontractual (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

BELL, DANIEL (1976): The cultural contradictions of capitalism (Nueva York, Basic Books, Inc., Publishers).

BERNARD DE SAINT AFFRIQUE, JEAN (1995): "Du devoir de conseil", en: Deffrenois (Vol. 115, N° 1), pp. 913-925.

BOUCARD, FRANÇOIS (2002): Les obligations d'information et de conseil du banquier (Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille).

BOUYON, SYLVAIN Y MUSCEMI, ROBERTO (2017): "Las dos dimensiones del sobreendeudamiento: protección del consumidor y estabilidad financiera en la Unión Europea", en: Cuenca, Matilde y Alcañiz, Vicente (coordinadores), La prevención del sobreendeudamiento privado. Hacia un préstamo y consumo responsables (Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi), pp. 99 - 118.

BRANGER, JACQUES (1968): Traité d'économie bancaire (París, Presses Universitaires de France), tomo I.

BROWN, SARAH (2012): "European regulation of consumer credit: enhancing consumer confidence and protection from a UK perspective", en: A.A.V.V., Consumer credit, debt and investment in Europe (Cambridge, Cambridge University Press), pp. 56-83.

BURTON, DAWN (2008): Credit and consumer society (Nueva York, Routledge).

CABALLERO GERMAIN, GUILLERMO (2017): "La exclusión de un crédito del procedimiento concursal de una empresa deudora", en: Revista Chilena de Derecho Privado (N° 29), pp. 347-361.

_____ (2018): "Sobreendeudamiento y exoneración legal de los saldos insolutos en el procedimiento concursal del consumidor", en: Revista Ius et Praxis (Vol. 24, N°3), pp. 133-172.

CALDER, LENDOL (1999): Financing the American dream. A cultural history of consumer credit (Princeton, Princeton University Press).

CAPLOVITZ, DAVID (1974): Consumers in trouble. A study of debtors in default (Estados Unidos, The Free Press).

CENTRO UC DE POLÍTICAS PÚBLICAS (2017): "Estudio de la alfabetización y comportamiento financiero en Chile". Disponible en: https://politicaspUBLICAS.uc.cl/wp-content/uploads/2018/01/Informe_Ecuesta-Ed.-Financiera_2017_CORTO_V4.pdf [visitado el 26 de junio de 2019].

CHARDIN, NICOLE (1988): Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté (París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence).

CHATAIN, PIERRE-LAURENT Y FERRIERE, FREDERIC (2002): Surendettement des particuliers (París, Dalloz).

CHINCHILLA IMBETT, CARLOS ALBERTO (2011): "El deber de información contractual y sus límites", en: Revista de Derecho Privado (Vol. 21), pp. 327-350.

COMISIÓN PARA EL MERCADO FINANCIERO (2019): “Informe de inclusión financiera en Chile 2019”. Disponible en: https://www.sbif.cl/sbifweb3/internet/archivos/publicacion_12462.pdf [visitado el 28 de junio de 2019].

CUENA CASAS, MATILDE (2014): “El sobreendeudamiento privado como causa de la crisis financiera y su necesario enfoque multidisciplinar”, en: Prats, Lorenzo y Cuena, Matilde (Coordinadores), Préstamo responsable y ficheros de insolvencia (Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi), pp. 21-98.

DE LA MAZA GAZMURI, ÍÑIGO (2010): “El suministro de información como técnica de protección de los consumidores: los deberes precontractuales de información”, en: Revista de Derecho (Universidad Católica del Norte) (Vol. 17, N° 2), pp. 21-52.

DE PATOUL, FREDERIC Y SCHOONHEYT, VIRGINIE (2016): “La responsabilité des prêteurs et des intermédiaires de crédit”, en: A.A.V.V., Crédit aux consommateurs et aux P.M.E. (Bruselas, Lancier), pp. 127-246.

DÍEZ-PICAZO, LUIS (2011): Fundamentos de Derecho civil patrimonial, sexta edición (Cizur Menor, Thomson Civitas), Vol. II.

DOMONT-NAERT, FRANÇOISE (1992): Consommateurs défavorisés: crédit et endettement. Contribution á l'étude de l'efficacité du droit de la consommation (Bruselas, Kluwer Story-Scientia).

FAIRWEATHER, KAREN (2012): “The development of responsible lending in the UK consumer credit regime”, en: A.A.V.V., Consumer credit, debt and investment in Europe (Cambridge, Cambridge University Press), pp. 84-110.

FAURE, MICHAEL G. Y LUTH, HANNECKE A. (2011): “Behavioral economics in unfair contract terms. Cautions and considerations”, en: Journal of Consumer Policy (N° 34), pp. 337-358.

FONDO MONETARIO INTERNACIONAL (2019): “Financial Access Survey”. Disponible en: <http://data.imf.org/?sk=E5DCAB7E-A5CA-4892-A6EA-598B5463A34C&slid=1460043522778> [visitado el 28 de junio de 2019].

GARCÍA PORRAS, CATHERINE Y VAN BOOM, WILLIAM (2012): “Information disclosure in the EU Consumer Credit Directive: opportunities and limitations”, en: A.A.V.V., Consumer credit, debt and investment in Europe (Cambridge, Cambridge University Press), pp. 21-55.

GELPI, ROSA-MARÍA Y JULIEN-LABRUYÈRE, FRANÇOIS (2000): The history of consumer credit (traducción LM Liam Gavin, Chippenham, Palgrave MacMillan).

GLOUKOVIEZOFF, GEORGES (2008): “From financial exclusion to overindebtedness”, en: A.A.V.V., New frontiers in banking services (Berlin / Heidelberg, Springer), pp. 213-244.

GOLDENBERG SERRANO, JUAN LUIS (2013): “Artículo 17 B”, en: A.A.V.V., La protección de los derechos de los consumidores. Comentarios a la Ley de Protección a los Derechos de los Consumidores (Santiago, Thomson Reuters), pp. 419-442.

GOLDENBERG SERRANO, JUAN LUIS (2017A): "El necesario ajuste de la asignación del riesgo de sobreendeudamiento en la regulación de las tarjetas de crédito: desde un sistema basado en los deberes de información a un modelo de corresponsabilidad", en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (Vol. 49), pp. 55-98.

_____ (2017B): "La responsabilidad patrimonial universal y el sobreendeudamiento de la persona deudora", en: A.A.V.V., *Estudios de Derecho Civil XII* (Santiago, Thomson Reuters), pp. 239-255.

KHOURY, HICHEM (2011): *L'information et le conseil dus preneur d'assurance* (Aix-en-Provence, Presses Universitaires D'Aix-Marseille).

HENAULT, GEORGES-MAURICE (1973): *Le comportement du consommateur* (Québec, Les presses de l'Université du Québec).

HERNÁNDEZ PAULSEN, GABRIEL (2014): *La obligación precontractual de la entidad de crédito de informar al cliente en los servicios bancarios y de inversión* (Marcial Pons, Madrid).

ILLANES, MARÍA ANGÉLICA (2003): *Chile des-centrado. Formación socio-cultural republicana y transición capitalista 1810-1910* (Santiago, LOM).

LESSER MANSFIELD, CATHY (2007): "Predatory lending: the failure of consumer choice as a regulatory model in the United States", en: A.A.V.V., *Risk and choice in consumer society* (Bruselas, Bruylant), pp. 299- 328.

LESTAPIS, PIERRE DE (1941): *La notion juridique de crédit. Etude de Droit civil français* (París, Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence).

LOBOCKA-POGUNTKE, INGA (2012): *The evolution of EC Consumer Protection in the field of consumer credit* (Frankfurt, Peter Lang).

LOGEMANN, JAN (2012): *The Development of Consumer Credit in Global Perspective: Business, Regulation, and Culture* (Nueva York, Palgrave MacMillan).

MAK, VANESSA (2001): "Standards of protection: in search of the 'average consumer' of EU Law in the Proposal for a Consumer Rights Directive", en: *European Review of Private Law* (Nº 1), pp. 25-42.

MARRON, DONTCHA (2009): *Consumer credit in the United States: a sociology perspective from the 19th century to the present* (Nueva York, Palgrave Macmillan).

MARSHALL, ENRIQUE (2015): "Reflexiones sobre la educación financiera en Chile", en: *Documentos de Política Económica*, No. 53. Disponible en: <http://www.bcentral.cl/-/reflexiones-sobre-la-educacion-financiera-en-chi-1> [visitado el 28 de junio de 2019].

MCMEEL, GERARD Y VIGGO, JOHN (2001): *Financial advice and financial products. Law and liability* (Oxford, Oxford University Press).

MECKLITZ, HANS-W. (2012): "The expulsion of the concept of protection from the Consumer law and the return of social elements in the Civil law: a bittersweet polemic", en: *Journal of Consumer Policy* (N° 35), pp. 283-296.

OECD (2015): *PISA 2015 Results (Volume IV): Students' Financial Literacy* (París, OECD Publishing).

PELLECCHIA, ENZA (2012): *Dall'insolvenza al sovraindebitamento. Interesse del debitore alla liberazione e ristrutturazione dei debiti* (Turín, G. Giappichelli Editore).

PETIT-DUTAILLIS, GEORGES (1964): *Le crédit et les banques* (París, Sirey).

PINOCHET OLAVE, RUPERTO (2011): "Modificación unilateral del contrato y pacto de autocontratación: dos especies de cláusulas abusivas a la luz del derecho de consumo chileno", en: *Revista Ius et Praxis* (Vol. 19, N° 1), pp. 365-378.

PRAT, GEORGES (1983): *La responsabilité du banquier et la "faillite" de son client* (París, Technique & Documentation Lavoisier).

PUGA VIAL, JUAN ESTEBAN (2014): *El acuerdo de reorganización* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

REICH, NORBERT (2009): "Economic law, consumer interest and integration", en: Micklitz, Hans-Wolfgang, Reich, Norbert y Rott, Peter Rott (Autores), *Understanding EU Consumer Law* (Antwerp, Intersentia). pp. 1-60.

REIFNER, UDO (2006): "Credit in Europe and responsible lending?", en: A.A.V.V., *Responsible credit, Brussels 2006, 6th international conference on financial service* (material de la conferencia).

ROJAS COVARRUBIAS, NICOLÁS (2015): "¿Es el consumidor un mal padre de familia? Alcance del deber de cuidado exigible a los consumidores", en: Vidal, Álvaro, Severín, Gonzalo y Mejías, Claudia (editores), *Estudios de Derecho Civil X* (Santiago, Thomson Reuters La Ley), pp. 413-431.

RUZ LÁRTIGA, GONZALO (2017): *Nuevo derecho concursal chileno* (Santiago, Thomson Reuters), tomo I.

SCHWEIZER, SAMUEL (1953): "La transformation du crédit bancaire et ses formes nouvelles", en: A.A.V.V., *L'évolution récente du rôle des banques dans l'économie* (Bruselas, Association Belge des Banques), pp. 75-100.

SUNSTEIN, CARL (2013): "The storrs lectures: behavioral economics and paternalism", en: *The Yale Law Journal* (Vol. 122, N° 7), pp. 1826-1899.

TAPIA RODRÍGUEZ, MAURICIO (2017): "Competencia desleal por culpa", en: *Revista Chilena de Derecho Privado* (N° 29), pp. 165-207.

POULALION, GABRIEL (1975): *Revenu et consommation discrétionnaires* (París, Droz).

USS-EQUIFAX (2019): "XXIV Informe de Morosidad de Personas. 1er trimestre de 2019". Disponible en: <http://www.uss.cl/economia-y-negocios/wp-content/uploads/sites/12/2019/05/XXIV-Informe-de-Deuda-Morosa.pdf> [visitado el 28 de junio de 2019].

VISCUSI, AMALITA (2004): *Profili di responsabilità della banca nella concessione del crédito* (Milán, Giuffrè Editore).

WARNOTTE, D. (1927): *Les origines sociologiques de l'obligation contractuelle* (Bruselas, Maurice Lamertin, Librairie-éditeur).

WILLIS, LAUREN (2011): "The financial education fallacy", en: *The American Economic Review* (Vol. 101, N° 3), pp. 429-434.

JURISPRUDENCIA CITADA

COMERCIAL ARAUCO LTDA. CON DISTRIBUCIÓN Y SERVICIO D Y S S.A. E HIPERMERCADO VALDIVIA LTDA. (2010): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia 8 de septiembre de 2010 (libre competencia), en: Westlaw: CL/JUR/17813/2010

FARMACIAS AHUMADA SA CON CRUZ VERDE SA (2012): Corte Suprema 23 de julio de 2012 (competencia desleal), en: Westlaw: CL/JUR/1486/2012

SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR CON CAR S.A. (2014): Corte de Apelaciones de Santiago 15 de abril de 2014 (consumo), en: Westlaw: CL/JUR/1353/2014

JEAN PHILIPPE PRISMAK CON INSTITUTO CENTRO DE FORMACIÓN TÉCNICA MAGNOS (2015): Corte de Apelaciones de Santiago 24 de marzo de 2015 (consumo), en: Westlaw: CL/JUR/1638/2015

QUALCOMM INCORPORATED CON SERVICIOS INTEGRALES QUACROM LIMITADA (2017): Corte Suprema 17 de agosto de 2017 (propiedad industrial), en: Westlaw: CL/JUR/5433/2017

FEDERICO MCKAY ALLIENDE CON MACKAY AND COMPAÑÍA ABOGADOS LIMITADA (2017): Corte Suprema 9 de noviembre de 2017 (propiedad industrial), en: Westlaw: CL/JUR/7184/2017

SONORA PALACIOS Y COMPAÑÍA CON HUGO ENRIQUE PALACIOS CARO (2017): Corte Suprema 28 de diciembre de 2017 (propiedad industrial), en: Westlaw: CL/JUR/8209/2017

BANCO DE CHILE CON LOBOS (2018): Corte de Apelaciones de Santiago 2 de febrero de 2018 (recurso de protección), en: Westlaw: CL/JUR/528/2018

BANCO DE CHILE CON LOBOS (2018): Corte Suprema 5 de abril de 2018 (recurso de protección), en: www.pjud.cl

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

CÓDIGO CIVIL DE CHILE.

DECRETO CON FUERZA DE LEY N° 3, que contiene la Ley General de Bancos. Diario Oficial, 29 de octubre de 2016.

LEY N° 19.496, que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores. Diario Oficial, 7 de marzo de 1997.

LEY N° 20.416, que fija normas especiales para las empresas de menor tamaño. Diario Oficial, 3 de febrero de 2010.

LEY N° 20.555, que modifica ley N° 19.496, sobre protección de los derechos de los consumidores, para dotar de atribuciones en materias financieras, entre otras, al Servicio Nacional del Consumidor. Diario Oficial, 5 de diciembre de 2011.

LEY N° 20.715, sobre protección a deudores de créditos en dinero. Diario Oficial, 13 de diciembre de 2013.

LEY N° 20.720, que sustituye el régimen concursal vigente por una ley de reorganización y liquidación de empresas y personas, y perfecciona el rol de la superintendencia del ramo. Diario Oficial, 9 de enero de 2014.

LEY N° 21.062, que establece nuevas obligaciones a proveedores de crédito y a empresas de cobranza extrajudicial. Diario Oficial, 8 de enero de 2018.