



Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Económico

ANÁLISIS CRÍTICO DE LA NORMATIVA QUE PROTEGE AL CONSUMIDOR FINANCIERO EN CHILE.

ANTONIO ISAAC VALDIVIESO BARRALES

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS JU-
RÍDICAS Y SOCIALES

PROFESOR GUÍA:

SIMÓN ACCORSI

SANTIAGO DE CHILE

2015

Nuestro análisis sugirió que la mano invisible no sólo era imposible de ver, sino que no estaba ahí, o a lo más era decrepita.

- Joseph Stiglitz

AGRADECIMIENTOS

Es necesario que exprese mi profundo agradecimiento a mi eterna compañera, Andrea y a mi hijo Antonio por su paciencia, ayuda y constante motivación que incondicionalmente me han entregado. Agradecer a mi familia, consanguínea y por afinidad, por la red de seguridad que crearon para mí y mi familia durante todo el proceso de titulación que incluye escribir esta memoria. A mis amigos, cuya guía y ayuda ha sido invaluable para sacar adelante mi carrera. Y finalmente a Simón Accorsi, por dedicar de su tiempo y esfuerzo para ser mi profesor guía, de no ser por él, este proceso hubiera sido mucho más largo y complejo.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	1
CAPITULO 1: ¿POR QUÉ OTORGAR UNA PROTECCIÓN ADICIONAL AL CONSUMIDOR FINANCIERO?.....	7
1.1. ELEMENTOS DEL SISTEMA FINANCIERO QUE INFLUENCIAN LA RELACIÓN CONSUMIDOR-PROVEEDOR.....	8
1.1.1. Importancia de la intermediación financiera en la actual sociedad chilena	10
1.1.1.1. Importancia de la intermediación financiera para el estado...11	
1.1.1.2. Importancia de la intermediación financiera para el consumidor financiero	17
1.1.2. Asimetría en la información en el mercado financiero chileno	21
1.1.3. Problemas de competencia en el mercado de los bancos.	27
1.2. ELEMENTOS QUE AFECTAN LA TOMA DE DECISIONES DEL CONSUMIDOR FINANCIERO ..	36
1.2.1. Falta de información	37
1.2.2. Racionalidad limitada, voluntad maleable y sesgos de los consumidores financieros	42
1.3. IDENTIFICACIÓN DE LOS ABUSOS COMETIDOS CONTRA LOS CONSUMIDORES FINANCIEROS.	49
CAPITULO 2: PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR FINANCIERO EN CHILE	54
2.1. CIRCULAR BANCOS N° 3.505 Y 3.506 DICTADA POR LA SUPERINTENDENCIA DE BANCOS E INSTITUCIONES FINANCIERAS (SBIF).....	57
2.2. LEY 20.555 (DEL SERNAC FINANCIERO).....	65
2.2.1. análisis de los deberes de información como técnica de protección de los consumidores financieros y su aplicación en la Ley N° 20.555.	66
2.2.1.1. Deberes de información en el derecho común y en la ley de protección del consumidor	67
2.2.1.2. Deberes de información en la Ley de Protección del Consumidor (LPA).....	69
2.2.1.3. Deberes de información específicos incorporados por la Ley N° 20.555.....	72
2.2.1.4. Análisis crítico de los deberes de información cómo técnica de protección de los consumidores.	76

2.2.2. Sello SERNAC	84
2.3. ¿ES ADECUADA LA PROTECCIÓN QUE SE LE ENTREGA ACTUALMENTE A LOS CONSUMIDORES FINANCIEROS?	85
CAPITULO 3: PROPUESTAS PARA UNA MEJOR POLÍTICA DE PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES FINANCIEROS.	90
3.1. INCORPORACIÓN DE PRINCIPIOS Y MEJORES PRÁCTICAS ASOCIADAS	91
3.1.1. Principio de especialidad de las normas de protección al consumidor financiero	95
3.1.2. Principio de transparencia e información	99
3.1.3. Principio de educación financiera	103
3.1.4. Principio de equilibrio contractual	111
3.2. ROL ACTIVO DE UN ORGANISMO DE FISCALIZACIÓN CON DEDICACIÓN EXCLUSIVA A LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR FINANCIERO	124
3.2.1. Órgano de dedicación exclusiva a la protección del consumidor financiero	125
3.2.2. Atribuciones para regular, fiscalizar, y sancionar	129
CONCLUSIÓN	135

INDICE DE TABLAS

	Página
TABLA 1: Principales causas de reclamos en contra los proveedores de productos y servicios financieros, elaborada con los datos obtenidos hasta el final del primer semestre del año 2014	51

RESUMEN

Tal como se menciona en la portada de este trabajo, nuestro propósito es realizar un análisis crítico de la normativa que actualmente protege al consumidor financiero en nuestro país. Sin embargo estimamos que para realizarlo de manera apropiada es necesario el estudio de dos temas adicionales que ayudarán a comprender a cabalidad lo principal de nuestro trabajo, y que se expondrán al principio y al final de este trabajo respectivamente: por un lado entender si es necesario o no regular de manera especial la protección del consumidor financiero; y por el otro, como debería ser la normativa de marras, según lo propuesto por expertos o en comparación con las experiencias exitosas de otros países.

Así las cosas, el primer capítulo se titula ¿Por qué otorgar una protección especial al consumidor financiero? Y como se puede deducir del título, lo que se buscará demostrar son las condiciones especiales del mercado financiero y de sus consumidores que justifican un tratamiento especial por parte de los poderes del estado y que además sirven de guía para determinar la forma y el contenido que debería tener dicha regulación. Para ello se abarcaran temas como la importancia de la intermediación financiera y la poca competencia en el sector bancario, como elementos que crean desequilibrio en la relación de los consumidores financieros y sus proveedores. En la segunda parte del mismo

capítulo veremos las condiciones especiales de los consumidores financieros según los descubrimientos hechos por la economía conductual. Nos referiremos principalmente a las asimetrías en la información como obstáculos casi insalvables en el contexto del mercado financiero, y la propia naturaleza de los consumidores financieros que los hace vulnerables frente a los proveedores, en razón de su racionalidad limitada, voluntad maleable y sesgos a la hora de consumir productos y servicios financieros.

Al concluir este capítulo, se espera que el lector pueda entender que el consumidor financiero se enfrenta a un panorama distinto al de otros consumidores tanto por las características del mercado que sirve de contexto, como por sus propias debilidades como consumidor; y que en razón de los argumentos allí expuestos, se evidencie la necesidad de que el estado otorgue una protección especial a estos consumidores.

En el segundo capítulo denominado Protección del Consumidor Financiero en Chile, se realizará el análisis de la normativa que se ha dictado para otorgar una protección especial a los consumidores financieros. Al ser un tema que no se ha tratado muy extensamente en nuestro país, nos referiremos a las primeras regulaciones que se dictaron con este propósito y las técnicas de protección que trataron de implementar; para luego analizar la ley que actualmente está vigente con este propósito. Analizaremos la concepción de la economía

que motiva la dictación de esta ley y la forma en que pretende solucionar los problemas que afectan al consumidor financiero, que según veremos, consiste principalmente en el aumento de los deberes de información y la creación de un mecanismo de persuasión moral conocido como el sello SERNAC. Al finalizar el segundo capítulo se analizará la eficacia de estos métodos a la luz de lo sostenido por la doctrina y de los resultados empíricos que han según lo establecido en los informes del SERNAC.

En el tercer y último capítulo, denominado Propuestas para una Mejor Política de Protección de los Consumidores Financieros, se procederá a revisar las prácticas y principios que se han propuesto por organismos especializados y que han sido implementados en otros países. Este último capítulo se basa en los dos anteriores y sirve como su punto de encuentro, por cuanto, luego de ver cuáles son los problemas que actualmente enfrentan los consumidores financieros, y ver cuales si se han solucionado con la actual normativa, en este capítulo se realizan propuestas para solucionar aquellos problemas que no se han tratado, adaptando a la realidad nacional políticas que ya han sido implementadas en otros países y que según organismos expertos han tenido éxito en equilibrar la relación entre los consumidores financieros y sus proveedores.

INTRODUCCIÓN

La relación de las personas con las instituciones financieras siempre ha sido compleja. La importante labor que juegan las segundas en la economía nacional, sumado al poder que les entrega su potencia monetaria, siempre han supuesto un panorama complejo para las personas que contratan con ellas, por cuanto, por un lado necesitan de sus productos y servicios, y por el otro, está siempre la desconfianza de que están siendo constreñidos sus derechos como consumidores¹.

Sin embargo, no es de extrañar que las personas tengan esta impresión. Si nos remitimos tan sólo a los años recién pasados podemos apreciar en el ámbito internacional la llamada crisis de las hipotecas *subprime*, que encuentra una de sus causas fundamentales en el aprovechamiento por parte de los proveedores, de los sesgos y racionalidad limitada de los consumidores para com-pelerlos a optar por productos cuyos altos riesgos no entendían o que no co-rrespondían con su nivel socioeconómico (es decir, una práctica abusiva en contra de los consumidores financieros).²

¹ Tanto así que según veremos más adelante, actualmente un 62% de las personas, confía poco o nada en los bancos e instituciones financieras

² GERDING, E. 2009. "*The Subprime Crisis and the Link between Consumer Financial Protection and Systemic Risk*". *FIU Law Review (forthcoming)* [en línea] <http://works.bepress.com/erik_gerding/4> [consulta: 01 Abril 2015]

A nivel nacional, conocidos son los casos llevados por el SERNAC en contra de La Polar o de CENCOSUD, por concepto de repactaciones unilaterales y el cobro de comisiones impuestas de manera ilegal a los consumidores. Además de estos casos célebres, la sucesión de demandas hechas por el SERNAC de ahí en adelante, y el alto porcentaje que se mantiene a lo largo del tiempo de reclamos realizado en contra de los proveedores del mercado financiero, sirven como muestra clara de que los abusos cometidos en contra los consumidores de este ámbito son algo sistemático.

Entendiendo esto la primera pregunta que apuntamos a responder, es si estos problemas necesitan un tratamiento especial por parte del legislador, o al contrario, si es suficiente con la protección general que se les entrega a los consumidores de cualquier producto. Para ello nos remitiremos a las causas que subyacen a la relación asimétrica entre las instituciones financieras y sus consumidores, y los abusos que se cometen contra estos últimos por causa de esta diferencia en los poderes de negociación. Nuestra primera hipótesis, que se desarrolla a lo largo del primer capítulo, es que los problemas que enfrentan los consumidores financieros son más difíciles que los del consumidor común, tanto por las características de los proveedores y su rol en la economía familiar y nacional, como por la complejidad y constante cambio de los productos y servicios financieros que agudizan la racionalidad imperfecta, los sesgos y las limitaciones a la voluntad que ya posee cualquier consumidor. Además, veremos

que una protección adecuada de los consumidores no sólo es necesaria para garantizar los derechos de estas personas, sino también para mantener la estabilidad del sistema financiero y por tanto la Economía local³. Por lo mismo, sostenemos que es efectiva la necesidad de una protección especial por parte del Estado.

A priori podemos sostener que esta necesidad ya ha sido reconocida por distintos organismos. La dictación de alguna normativa como las Circulares 3.505 y 3.506 de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, y la ley N° 20.555 (del SERNAC financiero) que modifica la ley 19.496 (La Ley de Protección de los Consumidores) que tienen como propósito específico el otorgar una mejor protección a los consumidores financieros es evidencia que confirma nuestra primera hipótesis. Así las cosas, en el segundo capítulo nos dedicaremos a analizar la esta breve normativa que se ha dictado en orden de establecer una mejor protección de los consumidores de marras. Analizaremos

³ *“There can no longer be any doubt about the link between protecting consumers from abusive products and practices and the safety and soundness of the financial system. Products and practices that strip individual and family wealth undermine the foundation of the economy. As the current crisis demonstrates, increasingly complex financial products combined with frequently opaque marketing and disclosure practices result in problems not just for consumers, but for institutions and investors as well.” (GOOD PRACTICES FOR CONSUMER Protection and Financial Literacy in Europe and Central Asia: A Diagnostic Tool. 2010. RUTLEDGE, S. “et al.” Washington D.C., The World Bank, Finance and Private Sector Department. 2p.)*

las políticas introducidas a través de estas normas, y la efectividad que pudieron tener, analizándolo a la luz de lo establecido en el primer capítulo, las críticas hechas por la doctrina nacional e internacional y la evidencia empírica en los casos en que se encuentre disponible. La segunda hipótesis que planteamos, y que desarrollaremos a lo largo del segundo capítulo, es que las medidas plasmadas en la escasa normativa dictada para proteger a los consumidores financieros es exigua, por cuanto, nunca ha sido suficientemente comprensiva y se ha basado en conceptos erróneos respecto de la naturaleza de los consumidores, lo que lleva a que los mecanismos establecidos sean insuficientes para lograr el propósito por el que se han dictado.

Lo que nos lleva al tercer y último capítulo. Utilizando como fundamento las propuestas de mejores prácticas⁴ presentadas en documentos emanados de mesas de expertos de organismos internacionales como ,la Asociación de Supervisores Bancarios de las Américas A.C. (ASBA) y la OCDE entre otros, la experiencia del derecho comparado, los proyectos de ley presentados para mejorar la protección de los consumidores financieros en nuestro país y las propuestas de la doctrina especializada, procederemos a presentar aquellas pro-

⁴ “Conjunto de principios y acciones que en un determinado contexto han logrado el resultado esperado por quienes las han concebido y ejecutado. En este sentido se espera que las mejores prácticas, generen, en condiciones similares, resultados parecidos” (ASOCIACIÓN DE SUPERVISORES BANCARIOS DE LAS AMÉRICAS. 2012. Mejores prácticas y recomendaciones para la protección del consumidor financiero. México D.F., Fondo Multilateral de inversiones (FOMIN). 10p)

puestas que estimamos pueden realizar un cambio significativo en el panorama que enfrentan actualmente los consumidores financieros.

Así las cosas, en el tercer capítulo nuestra propuestas girarán en relación con la necesidad de contar con un cuerpo normativo especial para la protección de los consumidores financieros (y no una modificación de una ley general, como lo hace la ley 20.555), donde se incluyan principios de aplicación especial en esta materia y políticas que consideren las particularidades del mercado financiero, de sus proveedores, y en especial, que consideren los descubrimientos de la economía conductual respecto a la naturaleza y comportamiento esperable de los consumidores financieros. Además, de la necesidad de establecer un organismo encargado específicamente de fiscalizar, sancionar y dictar reglamentos para asegurar la aplicación efectiva (o *enforcement*) de la nueva normativa propuesta.

Por tanto la estructura de nuestro trabajo es sencilla, por cuanto pretende explicar el “por qué” es necesaria una normativa especial que proteja al consumidor financiero, el “cómo” se ha llevado a cabo esta tarea hasta ahora, y finalmente el “deber ser” de una normativa que tenga el objetivo de marras. Esperamos con este trabajo ayudar al lector a entender la necesidad de dedicar mayor atención a este tema, comprendiendo que una regulación adecuada significará a nivel microeconómico un aumento significativo en la calidad de vida

de las personas, y a nivel macroeconómico un aumento en la estabilidad, profundidad y competencia del mercado financiero.

CAPITULO 1: ¿POR QUÉ OTORGAR UNA PROTECCIÓN ESPECIAL AL CONSUMIDOR FINANCIERO?

En orden de analizar la regulación específica que se ha dictado para proteger a los consumidores financieros⁵ y determinar si es adecuada, lo primero que debemos comprender cuales son las características del mercado financiero en Chile y de qué manera afectan la relación consumidor-proveedor originada en este mercado; por otro lado, también es importante conocer la naturaleza o tendencias de estos consumidores, y como estos condicionan sus decisiones a la hora de contratar (v.gr. niveles de racionalidad, propensión a comparar datos o minimizar los riesgos, etc.).

Estimamos que una exposición clara de estos factores nos pueden ayudar a determinar la necesidad (o futilidad) de una normativa especial que proteja a los consumidores financieros, nos facilitará el análisis de las normas actua-

⁵Consideraremos a lo largo de este trabajo al consumidor financiero como “la persona natural o jurídica que en calidad de destinatario final celebre un contrato de servicios crediticios, de seguro y en general, de cualquier producto financiero, ya sea con un banco, con una institución financiera, una sociedad de apoyo a su giro, un establecimiento comercial, una compañía de seguro, una caja de compensación, una cooperativa de ahorro y crédito, o, en general, con cualquier persona natural o jurídica proveedora de dichos servicios o producto” (SAN MARTÍN, L. 2013. Artículo 3 inciso 2°. En: Protección de los derechos de los consumidores, comentario a la ley de protección de los derechos de los consumidores. Santiago de Chile. Thomson Reuters. pp. 140-150)

les que se avocan a este propósito, y nos ayudará a determinar si son necesarias modificaciones a las políticas actuales y hacia donde deben estar orientadas.

1.1. ELEMENTOS DEL SISTEMA FINANCIERO QUE INFLUENCIAN LA RELACIÓN CONSUMIDOR-PROVEEDOR.

Vale partir aclarando que no es mi propósito presentar una mala imagen del sistema en cuestión, más bien, tratar de demostrar como la propia naturaleza del sistema financiero tiende a crear un desequilibrio entre los consumidores financieros y los bancos e instituciones financieras. Y por lo mismo, este primer factor justificaría la necesidad de que el Estado intervenga en las relaciones de consumo, proveyendo de los elementos necesarios para restablecer el equilibrio entre el poder negociador de las partes.

Para alcanzar este propósito, lo primero que debemos hacer es entender a que nos referimos cuando se habla del Sistema Financiero, y de paso, definir los límites dentro de los cuales se trabajará en esta parte del capítulo. Para los efectos, entendemos que “El sistema financiero es el conjunto de mercados, instituciones, leyes, regulaciones y sistemas de operación, a través de los cuá-

les los instrumentos financieros se intercambian, se determina el nivel y la estructura de las tasas de interés y se producen los servicios financieros que demandan en todo el mundo la sociedad económica contemporánea. Tiene como objetivo principal la transferencia de dinero que se toma de los ahorros de los individuos hacia los agentes que demandan recursos, de esta forma, el Sistema Financiero hace posible el crecimiento económico de un Estado a través de la inversión y el mejoramiento del nivel de vida”⁶

Tomando como guía los elementos de esta definición, el propósito principal de esta memoria será el análisis de las normas que forman parte del sistema financiero, específicamente, aquellas relacionadas con la protección del consumidor financiero. Pero antes de abocarnos al análisis de ellas (que serán analizadas en los capítulos segundo y tercero de esta memoria), lo primero que haremos será referirnos a los elementos que justifican la dictación de tales normas.

Así las cosas, veremos la intermediación financiera cómo objetivo principal del sistema financiero (y por tanto, afectada por las regulaciones que se apliquen), la importancia que tiene para el país, para la vida de las personas y la

⁶ORTIZ, O. 2001. El dinero: la teoría, la política y las instituciones. Ciudad de México. Facultad de Economía, UNAM. 341p.

posición ventajosa en que pone a los Bancos e Instituciones Financieras, por cuanto son quienes la hacen posible.

En el resto del capítulo, nos referiremos a la relación entre los consumidores y los proveedores de los productos y servicios financieros (Bancos e Instituciones Financieras), las condiciones en la que se origina y como se desarrolla tal relación contractual

1.1.1. IMPORTANCIA DE LA INTERMEDIACIÓN FINANCIERA EN LA ACTUAL SOCIEDAD CHILENA

De la definición expuesta en el título anterior, se entiende que la principal función u objetivo del sistema financiero es la intermediación financiera, entendiendo esta como la actividad que consiste en captar dinero u otros recursos del público en general y colocarlo (prestarlo) a terceros.

De la misma definición se desprende que la intermediación financiera trae beneficios tanto para el Estado (crecimiento económico) como para los individuos (mejoramiento del nivel de vida). Así las cosas, para hablar de la importancia que tiene la intermediación financiera en Chile, me gustaría abordarlo de la misma manera: primero, describir la importancia que tiene para el desarrollo de un país y; segundo, la importancia que tiene para los consumidores.

Si bien, como ya mencioné, el propósito de esta parte del capítulo es una visión general del sistema financiero en orden de contextualizar la regulación que protege al consumidor financiero (y por tanto, desde esta perspectiva podría parecer baladí referirse a la importancia que la intermediación financiera tiene para el Estado), creo que es importante analizar el impacto de la intermediación financiera a nivel macroeconómico, por cuanto, cómo ya hemos mencionado, cambios en la regulación que protege a los consumidores financieros afectarán la forma en que se desenvuelven los mercados.

Así las cosas, estimo que es a lo menos responsable sentar las bases para que el lector de esta memoria entienda que un cambio en la protección del consumidor financiero afecta al sistema financiero en general (veremos más adelante en este trabajo si de manera positiva o negativa) y por tanto el crecimiento económico de un país. Y que por lo mismo, hay que considerarlo a la hora de plantear políticas públicas que se enmarquen dentro de lo definido como sistema financiero.

1.1.1.1. IMPORTANCIA DE LA INTERMEDIACIÓN FINANCIERA PARA EL ESTADO

La relación que existe entre la intermediación financiera y el desarrollo económico de un país es algo que se viene estudiando hace ya bastante tiem-

po. Ya en 1955 los profesores Gurley y Shaw⁷ publicaron un trabajo de investigación pionero en el tema, que subrayaba la función de los intermediarios financieros en la actividad económica a través de la oferta de crédito, al punto de sostener que la importancia que tuviera el sistema de intermediación financiera en un estado servía para distinguir a los países desarrollados de los que no lo eran.

Más adelante otros investigadores seguirían profundizando en el tenor de esta investigación, analizando de manera específica los efectos que tiene la intermediación financiera en el desarrollo de un país. Estos autores mencionaron que entre estos efectos se encuentra “mejorar la distribución del riesgo [Saint-Paul 1992], reducir los costos de transacción entre activos líquidos y activos fijos [Sala-i-Martin y Roubini 1992], mejorar la calidad y la distribución de la información relevante para tomar decisiones [Greenwood y Jovanovic 1990] y propiciar una mejor composición de ahorros que favorezca el crecimiento de la productividad [Bencivenga y Smith 1991]”⁸. En otras investigaciones se llegó

⁷GURLEY, J. y SHAW E. 1955. Financial Aspects of Economic Development. American Economic Review 45: 515-538.

⁸TENJO F. y GARCÍA G. 1995. Intermediación Financiera y Crecimiento Económico. Cuadernos de Economía. 14(23): 179-196

a demostrar que incluso los servicios financieros son esenciales para la innovación tecnológica.⁹

Por todo ello, “el desarrollo financiero y el crecimiento económico están claramente relacionados, y dicha relación ha estado presente en la mente de los economistas, desde Smith a Schumpeter, aunque los canales, e incluso la dirección de causalidad, siga sin resolverse tanto en la teoría como en su forma empírica (...) la existencia de una relación causal fuerte entre determinadas formas organizativas de las instituciones financieras y la consecución de altas tasas de crecimiento económico se ha convertido últimamente en un axioma fundamental de la teoría económica”.¹⁰

Como es de suponer, dado lo mencionado en los párrafos anteriores, cuando hay un bajo desarrollo de la intermediación financiera en un país, se producen los efectos contrarios a los mencionados. Un estudio del año 2010 publicado por CEPAL demuestra que “Por su parte, la insuficiente intermediación financiera, reflejo de un funcionamiento insuficiente del mercado, sumado al hecho de que la principal fuente de financiamiento son los recursos propios, implica que, en una gran parte, los recursos financieros permanecen en aque-

⁹KING, R. y LEVINE, R. 1993. Finance and Growth: Schumpeter Might be Right. The Quarterly Journal of Economics. 108(3): 717-737.

¹⁰FITZGERALD, V. 2007. Desarrollo Financiero y Crecimiento Económico. Principios: estudios de economía política. 7: 5-30

llos sectores que los generan y no necesariamente en los sectores que puedan hacer un uso más rentable de ellos. Esto a su vez no contribuye a un mayor desarrollo de la innovación y genera pérdidas de crecimiento por una asignación conservadora de los recursos.”¹¹ Vemos así el tremendo efecto que tiene la intermediación financiera en el desarrollo integral (no tan sólo económico) de un país.

Todo lo anterior se explica por cuanto la principal función de las instituciones financieras es servir de intermediarias entre ahorrantes (personas con exceso de liquidez y pobres oportunidades de inversión) y prestatarios (personas con necesidades de liquidez y eventualmente mejores oportunidades de inversión). Los ahorrantes colocan sus recursos líquidos (depósitos) en una institución financiera con la expectativa (motivación) de que en el futuro la institución financiera les devuelva dichos recursos más los intereses devengados, por su parte los prestatarios, obtienen los recursos necesarios para sus oportunidades de inversión o traer consumo futuro al presente .

Mediante el cumplimiento de esta importante función de intermediación financiera, las instituciones financieras contribuyen al desarrollo económico de los países, al permitir una asignación más eficiente de los recursos, de lugares

¹¹MANUELITO, S. y JIMÉNEZ L. 2010. Los mercados financieros en América Latina y el financiamiento de la inversión: hechos estilizados y propuestas para una estrategia de desarrollo. Revista CEPAL. Serie macroeconómica del desarrollo (107): 47-75

donde eventualmente se encuentran ociosos a lugares donde tienen un mejor uso productivo. Mediante esta función ahorrantes, prestatarios y la sociedad en general se ven beneficiados; los ahorrantes al recibir un rendimiento apropiado por sus recursos y los prestatarios al recibir en calidad de préstamo recursos que les permiten emprender sus actividades productivas que de otra manera se desperdiciarían.

Finalmente la sociedad se ve beneficiada al mejorar la productividad de los recursos disponibles a través de una mayor eficiencia en su asignación y al incrementarse los flujos de ahorro e inversión con los cuales se generan mayores fuentes de trabajo e ingreso con el consecuente bienestar económico para el país.

Para concluir este punto, y tomando en consideración la información presentada, quiero hacer dos reflexiones que justifican este capítulo para los propósitos de esta memoria: Primero, se debe tener en cuenta que si hay una intención de normar el sistema financiero en favor de los consumidores, debemos considerar el rol fundamental que juegan los bancos e instituciones financieras en el desarrollo de Chile, y por lo mismo, se debe cuidar de que al regularlas se apunte a perfeccionar el funcionamiento del mercado, cuidando que las reformas se puedan transformar en obstáculos para la intermediación financiera.

Segundo, y relacionado con en el párrafo anterior, el rol que juegan los bancos e instituciones financieras en el desarrollo de un país también los pone en una posición dominante con respecto de los consumidores financieros, que tomados de manera individual, tienen poca o ninguna injerencia en la vía hacia el desarrollo del estado. Es por lo mismo, que la visión más neoliberal de la economía siempre ha propuesto que la protección de los consumidores no puede implicar demasiados costos para los proveedores, por cuanto afectaría un mercado esencial para el desarrollo de los estados. Viéndolo de esa perspectiva, pareciera que regular de manera más intensa en favor de los consumidores financieros no es la mejor opción costo beneficio.

Sin embargo, tanto la protección de la libre competencia, como la defensa de los consumidores constituyen pilares fundamentales para el buen funcionamiento del sistema financiero. “En efecto, en la medida que hay consumidores más empoderados se logra mejorar el desempeño económico, puesto que pueden escoger y cambiarse de oferentes a favor de quien entrega el mejor bien o servicio, lo que promueve una mayor presión competitiva, estimula la innovación y disuade a los oferentes de incurrir en comportamientos abusivos.”¹² Así las cosas, la política de protección de los consumidores puede considerarse

¹²JIMENEZ, S. y GARCÍA, J. 2012. Protección de Derechos de Consumidores: Por qué, Cuánto y Cómo. Santiago, Libertad y Desarrollo. ISSN 0717-1536. 11p.

como un complemento que favorece al sistema financiero, y por tanto, la intermediación financiera; ambos se retroalimentan y generan mayor bienestar.¹³

En conclusión, al crear políticas de protección al consumidor, se debe buscar el equilibrio entre la libertad de actuar de los bancos e instituciones financieras (presupuesto necesario para que la bancarización alcance una profundidad adecuada en un país¹⁴) y una protección adecuada de los consumidores, por cuanto ambos elementos traen beneficios tanto para la sociedad como para el funcionamiento adecuado del sistema financiero.

1.1.1.2. IMPORTANCIA DE LA INTERMEDIACIÓN FINANCIERA PARA EL CONSUMIDOR FINANCIERO

En la encuesta Bicentenario publicada en enero del año 2014 por el instituto Libertad y Desarrollo, uno de los puntos tratados por el documento se refería al nivel de confianza que tienen las personas en las instituciones. En el documento de marras aparece que un 62% de las personas confía “poco o nada” en

¹³ *“Markets will not work on their own. You need all the institutions that regulate markets, stabilize markets, that compensate losers and provide the safety nets, without which markets can neither be legitimate or, for that matter, efficient, if you don’t have the appropriate regulatory frameworks.”* (RUTLEDGE, S. 2010. *Consumer Protection and financial Literacy*. Washington D.C., The World Bank, Finance and Private Sector Department. 11p.)

¹⁴“Según [Mckinnon y Shaw]... la desregulación de los sistemas financieros y la ‘profundización financiera’ estimulan el crecimiento económico a través de su efecto positivo sobre las tasas de ahorro y la eficiencia en la asignación de los recursos de inversión.” (TENJO F. y GARCÍA G. op. Cit. pp. 179-180)

los Bancos e Instituciones Financieras en general. Este porcentaje de desconfianza se ubica en tercer lugar dentro de esta parte del estudio, detrás de los Parlamentarios y de las casas comerciales (que dicho sea de paso, también ofrecen tarjetas de crédito)¹⁵.

Si a lo anterior sumamos, que en el primer semestre del año 2014 un 19,05% de los reclamos presentados al Servicio Nacional del Consumidor (SERNAC) fueron contra Bancos e Instituciones Financieras¹⁶, podemos decir con bastante seguridad que en Chile el general de las personas no tiene la mejor imagen de los proveedores de productos y servicios financieros.

Sin embargo, es un hecho que las personas siguen contratando con estas entidades; es más, si analizamos los niveles de endeudamiento, la apertura de cuentas corrientes o cuentas de débito y el uso de tarjetas de crédito en los últimos años¹⁷, nos daremos cuenta que a pesar de los niveles de desconfian-

¹⁵LIBERTAD Y DESARROLLO. 2014. Encuesta Bicentenario: La Radiografía de la Confianza de los Chilenos. [en línea] Temas Públicos. N° 1.145 <http://www.lyd.com/wp-content/files_mf/tp1.145encuestabicentenerioll.pdf> [consulta: 26 noviembre 2014]

¹⁶SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR (SERNAC). 2014. Reporte estadístico de reclamos. [en línea] Primer semestre del 2014. Ministerio de Economía, Fomento y Turismo. <http://www.sernac.cl/wp-content/uploads/2014/09/Reporte-1er-semestre-reclamos_2014.pdf> [Consultado en 14 de Septiembre del 2014]

¹⁷Sin ir más lejos, y a modo de ejemplo, entre los años 2004 al 2012 el número de adultos con cuentas de crédito aumentó de un poco menos de 600 por cada 10.000, a más de 1.052 por cada 10.000 (este mismo indicador, en el promedio de países de ingreso medio del mundo, categoría en donde se incluye a Chile, aumentó de un poco menos de 200 por cada 10.000 a 312 por cada 10.000); por otro lado, en el mismo periodo de tiempo, el número de

za y los abusos cometidos en contra de los consumidores financieros, estos siguen contratando con los Bancos e Instituciones Financieras. Lo anterior nos lleva a la siguiente pregunta ¿que motiva a los consumidores a aumentar su consumo de productos y servicios financieros a pesar de los altos niveles de desconfianza en el mercado?

Al igual que para el país, la intermediación financiera juega un papel fundamental para el desarrollo económico de una persona o de su núcleo familiar. En teoría esto se explica por cuanto "...le permite a los consumidores maximizar su utilidad producto de sus ingresos presentes y futuros, al poder combinar el crédito y el ahorro para su mayor utilidad en el horizonte temporal que ocupa la vida de las personas"¹⁸. Básicamente la intermediación financiera le permite a las personas que tienen exceso de dinero, obtener beneficios por recursos que de otra manera habrían permanecido ociosos; mientras que le facilita a otras los recursos necesarios para obtener algún bien o servicio que en el presente le sirva para financiar gastos (que la persona percibe como relevantes para aumentar su calidad de vida) o inversiones (utilizar el dinero para un fin

adultos endeudados aumentó de aproximadamente 2.500 por cada 10.000 a 3.672 por cada 10.000 cuando en el promedio de países de ingreso medio del mundo, este ítem varió de un poco más de 1.000 por cada 10.000 a 1.981 por cada 10.000. (INDICADORES DE ACCESO y uso a servicios financieros, situación en Chile 2013. 2013. ALARCÓN C. "et al". Santiago, Serie Técnica de Estudios SBIF N° 13. 14p)

¹⁸ORTIZ O. op. cit. pp. 355-356

que sirve para aumentar los flujos futuros, abriendo oportunidades de desarrollo económico).

Sí consideramos que en Chile, según la Encuesta Financiera de Hogares realizada por el Banco Central, el ingreso promedio total del hogar, considerando a todos sus miembros, es de \$810.077, con una mediana de \$503.246¹⁹, es de presumir, que en la generalidad de los casos para que un hijo del grupo familiar acceda a la educación superior, para comprar la vivienda principal de la familia, para realizar algún tipo de emprendimiento, o cualquier otro tipo de inversión, el promedio de los hogares chilenos tendrá que consumir algún tipo de producto o servicio financiero. Lo mismo sucede si dentro de este promedio de personas, alguna desea realizar gastos que ha llegado a percibir como necesarios para mantener o aumentar su calidad de vida, cómo serían, por ejemplo, accesorios electrónicos, viajes, vehículos con fines particulares, etc.

Vemos así que en la sociedad actual el poder acceder a productos y servicios financieros es esencial para que una persona pueda aspirar a mejorar su calidad de vida (sea a través de gastos o inversión). Por tanto no es de extrañar que, a pesar de los altos niveles de desconfianza y el mantenimiento del porcentaje de abusos cometidos contra los consumidores financieros, las personas

¹⁹BANCO CENTRAL. 2013. Encuesta Financiera de Hogares: Metodología y Principales Resultados. Santiago, Banco Central. 18p

sigan contratando con los bancos e instituciones financieras. La otra opción es mantener o incluso rebajar (en el caso, por ejemplo, que un hijo no acceda al tipo de educación que tiene alguno de los progenitores) el nivel de vida que el grupo familiar tiene. En resumen, la intermediación financiera es para muchos grupos familiares, esencial para el aumento o el mantenimiento de su calidad de vida.

Nos encontramos así, frente a una demanda de característica inelástica, y por su calidad de tal, según lo demuestra la experiencia empírica en caso de no regularse adecuadamente, se presta para una variedad de abusos en contra de los consumidores. Así las cosas, la naturaleza de la demanda es otro de los factores que desequilibran la relación de consumo en el sistema financiero y que justifican una intervención del estado, tanto por justicia social, cómo para un adecuado funcionamiento del mercado.

1.1.2. ASIMETRÍA EN LA INFORMACIÓN EN EL MERCADO FINANCIERO CHILENO

Otra de las características del sistema financiero - y según el paradigma neoclásico, la principal causa del desequilibrio en las relaciones de consumo - es que en él se producen, en distintos niveles, asimetrías en la información. Entendiendo que estas se producen cuando una de las partes involucradas en

un contrato no cuenta con toda la información relevante sobre las características del otro contratante, o del producto o servicio que se contrata.

Cabe mencionar que “Las imperfecciones en la información son omnipresentes en la economía: de hecho, es difícil imaginar cómo sería un mundo con información perfecta (...) Los trabajadores saben más que su empresa respecto a sus capacidades; la persona que suscribe un seguro conoce mejor su salud, por ejemplo, si fuma o bebe en exceso, que la compañía aseguradora. De forma similar, el propietario de un coche lo conoce mejor que los posibles compradores; el propietario de una empresa tiene un mejor conocimiento de la misma que un posible inversor; el prestatario tiene un mayor conocimiento del grado de riesgo de su proyecto que el prestamista; etcétera”²⁰.

Partiendo por una aproximación histórica de este fenómeno, cabe mencionar que el estudio de mercados con información asimétrica se inició en la década de los 80, en el afán de sus primeros expositores por explicar por qué “los mercados no funcionaban de la manera en la que lo dictaba la teoría estándar: por qué los mercados podrían no existir, por qué haya quizá desempleo, por qué se puede dar el racionamiento de créditos”²¹. El modelo presentado por

²⁰STIGLITZ, J. 2002 La Información y el Cambio en el Paradigma de la Ciencia Económica. Revista Asturiana de Economía. 25: 95-164

²¹STIGLITZ, J. 2001. Asimetrías de Información y Políticas Económicas. [en línea] Project Syndicate. Economics <<https://www.project-syndicate.org/commentary/asymmetries-of-information-and-economic-policy/spanish>> [consulta: 14 noviembre 2014]

estos profesores recibió una amplia aprobación tanto en los círculos académicos como profesionales, “La popularidad de los modelos de información imperfecta está avalada por su habilidad para mejorar el poder explicativo y predictivo de los modelos más tradicionales”.²²

Este mejoramiento explicativo viene por cuanto, “...durante doscientos años los economistas utilizaron modelos económicos simples que asumían que la información es perfecta, por ejemplo, que todos los participantes tienen el mismo transparente conocimiento de los factores relevantes. Ellos sabían que la información no era perfecta, pero tenían la esperanza de que un mundo con moderadas imperfecciones en la información, sería semejante a un mundo con información perfecta.”²³; según estos teóricos, si tomáramos como ejemplo el caso en el cual una persona contrata un crédito hipotecario con un Banco, este último sabría suficiente de la condición financiera del solicitante del crédito: con qué fin lo utilizará, el riesgo asociado al crédito, intención de pagarlo, etc. Mientras que el consumidor conocería la mayor parte del producto que contrata: los beneficios que le reporta, los derechos que le asisten, los riesgos que corre, los gastos asociados al crédito, etc.

²²BEBCZUK, R. 2000. Información asimétrica en mercados financieros. Cambridge, Cambridge University Press. 9p

²³STIGLITZ, J. op. cit.

Al final de cuentas, en teoría, ambas partes tienen información suficiente respecto del otro, por tanto, contratarían en igualdad de condiciones. Así las cosas no habría problema en que se regulen a sí mismas, y aún más, no habría mayores inconvenientes en la forma en que se entrega el producto o servicio financiero, y tampoco en la forma en que se paga dicho producto o servicio.

Sin embargo, tal como se demostró en el trabajo con el que George Akerlof, Michael Spence y Joseph Stiglitz ganaron el Premio Nobel de Economía del año 2001, el mundo real no es así; Hay diferencias en la información que manejan ambas partes acerca de la contraria y estas diferencias producen efectos en la forma en que funciona (en nuestro caso) el sistema financiero y también la forma en que contratan sus productos y servicios los consumidores. Así las cosas, veremos que la asimetría en la información tiene distintas causas y efectos tanto si lo miramos desde el punto de vista de cómo afecta a los Bancos e Instituciones financieras, o si lo miramos desde el punto de vista de cómo afecta a los consumidores financieros.

En el caso del sistema financiero la información asimétrica “propicia que los prestamistas (principal), teniendo conocimiento del valor esperado de rendimiento bruto pero desconociendo el riesgo de los proyectos que financian, racionen los recursos (créditos) disponibles entre los prestatarios (agentes) solicitantes. A pesar de la disposición de ciertos prestatarios (Agentes) por aceptar altas tasas de interés por el crédito, los prestamistas (principal) temen au-

mentar las tasas de interés por arriba de cierto umbral, eso, para evitar el deterioro de la capacidad de reembolso de esos prestamistas”²⁴

En otras palabras, las causas de las asimetrías en la información en el mercado de crédito surgen de la dificultad de obtener datos reales o fehacientes tanto a nivel cuantitativo como cualitativo de los potenciales deudores (información oculta), así las cosas, los bancos e instituciones financieras no pueden saber por ejemplo, la rentabilidad del negocio para el que se solicita el crédito o las predisposición de los prestatarios para honrar sus deudas. Lo anterior trae como consecuencia que se limite el acceso al crédito de personas que no tienen determinado estatus económico y también que los costos para los que sí pueden acceder al sistema, sean altos en orden de tener una forma de amortiguar el riesgo de entregar créditos con esa falta de información²⁵.

Si nos remitimos a lo que ya señalamos respecto de la importancia de la intermediación financiera, entenderemos que asimetrías en la información muy grandes pueden perjudicar profundamente tanto el desarrollo de un país, como de las personas y sus grupos familiares, ya que impide que se alcancen los

²⁴GERALD, A. “Los Mercados con Información Asimétrica”, tema tratado por los Premio Nobel de Economía 2001. Aportes: Revista de la Facultad de Economía-BUAP. 7(19): 173-176

²⁵Se identifican como problemas básicos en la asignación de crédito derivados de la asimetría en la información en los sistemas financieros: la selección adversa y el riesgo moral, que finalmente conducen a un racionamiento del crédito. Dado el sentido y alcance de esta memoria no se trataran en profundidad estos temas. Un estudio más detallado de estos temas se puede encontrar en la obra de Joseph Stiglitz (STIGLITZ, J. La información..., op. cit.)

niveles de profundidad del sistema bancario necesarios para que el sistema financiero los beneficie. Es en virtud de lo anterior se hace necesaria una intervención por parte del Estado, y no que se deje todo a la guía de la “mano invisible”.²⁶

Ahora volvemos al tema de esta memoria ¿Cómo afecta este problema a los consumidores financieros? Si los bancos carecen de la información necesaria esto repercute en los consumidores, por cuanto, si los primeros no tienen un nivel de seguridad suficiente a la hora de entregar sus productos o servicios; en orden de compensar el nivel de riesgo y así asegurar sus utilidades, subirán las tasas de interés y las otras exigencias para acceder al mercado se tornan gravosas. Si a lo anterior sumamos la mencionada naturaleza inelástica de la demanda, nos encontramos con una situación precaria para los consumidores donde deben elegir arriesgarse (por causa de las altas tasas) para acceder a los beneficios de la intermediación financiera, o simplemente no acceder a estos productos y servicios, con sendas desventajas.

²⁶En palabras de Stiglitz “Uno de los resultados más profundos de nuestro trabajo se relacionó con la noción, planteada por Adam Smith, de que los mercados eficientes llevaban, “como guiados por una mano invisible”, a resultados eficientes. Nuestro análisis sugirió que la mano invisible no sólo era imposible de ver, sino que no estaba ahí, o a lo más era decrépita. Trabajando con Bruce Greenwald de la Universidad de Columbia, demostramos que al interior de una economía de mercado hay intervenciones, por parte del gobierno, que pueden mejorar la situación de todos, incluso cuando el gobierno enfrenta las mismas imperfecciones en la información que el sector privado” (STIGLITZ, J. Asimetrías..., op cit.)

Estimamos que este fenómeno debe ser considerado a la hora de establecer políticas públicas para proteger al consumidor financiero, por cuanto, los altos costos de los productos y servicios financieros también desequilibran las relaciones de consumo en Chile. Por lo mismo, creemos que una política apropiada y polifuncional²⁷ sería la creación de una institución pública que reúna, analice y entregue (según un reglamento estricto que vele por la protección de derechos fundamentales) la información que se estima necesaria para disminuir los riesgos de la asimetría en la información para los bancos, obligaría (al quitarle la excusa de las asimetrías para subir los costos) a los bancos e instituciones financieras a disminuir los costos de sus productos y servicios. Así las cosas, el sistema financiero en su totalidad se beneficia, por cuanto se disminuyen las dañinas asimetrías en la información y, por lo mismo, debería apreciarse una disminución en los costos para los consumidores.

1.1.3. PROBLEMAS DE COMPETENCIA EN EL MERCADO DE LOS BANCOS.

²⁷ Mencionamos que es polifuncional, por cuanto, estimamos que esta institución serviría también de base para llevar a cabo una política de limitación del crédito a personas que no tengan las condiciones para pagar, y que el acceso al crédito sólo los perjudicaría. Esto lo veremos más adelante.

Por último, trataremos el tema de la competencia en el mercado financiero, por cuanto, al ser Chile un lugar donde se practica el libre mercado, la competencia es un presupuesto esencial para que los consumidores puedan acceder a productos con una buena calidad y a un precio competitivo. Como se aprecia en el título, enfocaremos el análisis de la competencia en el mercado de los bancos, por cuanto, si bien con la aparición de las tarjetas de crédito bancarias un amplio sector de la población tiene acceso al mercado de los créditos, estos están orientados al consumo con montos acordes a ese propósito²⁸. Los productos y servicios financieros utilizados para inversión (y por tanto, importantes para el desarrollo económico de las personas) siguen siendo aquellos que sólo se pueden contratar en los bancos²⁹.

Para hacernos una idea de la concentración del mercado de los bancos en Chile podemos mencionar que la industria se compone de cuatro bancos grandes (Banco Santander, Banco de Chile, Banco de Crédito e Inversiones y

²⁸... referente a si los créditos de consumo en financieras o en casas comerciales, o los créditos otorgados por las cajas de compensación, cooperativas u otros, son o no parte del mercado relevante de los créditos, tentativamente se podría afirmar que las instituciones no bancarias forman parte del mismo mercado que los préstamos de consumo bancarios, salvo posiblemente para los créditos de consumo de montos altos (e.g. aquellos por sobre 10 millones de pesos). (GONZALEZ A. 2010. Competencia en Servicios Bancarios a Personas. Santiago, Departamento Economía, Universidad de Chile. 13p)

²⁹En la oferta de estos servicios, también podemos encontrar que una parte del mercado de créditos que "no son de consumo" los bancos la comparten con las cajas de compensación y con las cooperativas, sin embargo, su participación no es suficientemente significativa para decir que ayudan a aumentar la competencia en este mercado.

Banco del Estado) que en total representan el 70% de los ingresos del mercado del segmento personas. Luego están los bancos de tamaño mediano (BBVA, Corpbanca, Itaú y Scotiabank), que ofrecen los mismo servicios que los primeros, pero con una menor actividad, representando en conjunto el 22% de los ingresos del sector. Finalmente están los bancos de nicho, por cuanto se enfocan en un servicio o público específico (Banco Falabella, París, Ripley para créditos de consumo; Security y Bice, que se enfocan en el sector corporativo y personas naturales de altos ingresos) que se reparten el 8% de los ingresos restantes.³⁰

Según se puede deducir de los estudios pertinentes, el hecho de que no hayan muchas instituciones bancarias parece ser una característica del mercado tanto a nivel nacional como internacional: “De la extensa revisión que se ha realizado en este estudio, se puede concluir que la industria bancaria en Chile no parece ser atípica a nivel mundial en cuanto a sus niveles de concentración (...) Esto apunta a que posiblemente existan factores estructurales o propios de esta industria, tanto en Chile como en otros países, que generan altas rentabilidades en algunos segmentos y posiblemente una baja intensidad de la competencia. Con la información que se dispuso no fue posible dar un juicio categóri-

³⁰GONZALEZ A. op. cit. 9p

co respecto al grado de competencia que presenta la industria bancaria en Chile.”³¹

Así las cosas, podemos decir que los consumidores en cualquier parte del mundo se enfrentan con el mismo problema de baja cantidad de oferta para contratar los productos o servicios financieros que necesitan. Lo anterior, aunque sea de la naturaleza del sistema financiero, de todas maneras es un inconveniente, por cuanto al haber menos opciones se pierden los beneficios de la buena competencia tanto para el mercado como para los consumidores, cómo son el aumento de de la variedad e innovación en los productos que se ofrecen, cómo el control de precios que se produce de manera natural en un mercado competitivo y que va en beneficio de los consumidores.

Sin perjuicio de lo anterior, estimamos que el real problema son las prácticas en que incurren los bancos en Chile, con las que profundizan o se aprovechan de los problemas de competencia que ya tiene *per se* el mercado financiero, con el fin de aumentar o mantener sus utilidades, y que terminan por afectar al consumidor financiero.

En el informe encargado por la Fiscalía Nacional Económica (FNE) al Departamento de Economía de la Universidad de Chile se identifican las princi-

³¹GONZALEZ A. op cit. 10p

pales prácticas que perjudican aún más la competencia en este sector y/o que se aprovechan de la falta de ella para aumentar sus utilidades en perjuicio de los consumidores. Este informe identifica tres: La existencia e introducción de costos de cambio en la industria, el empaquetamiento de productos financieros junto con las ventas atadas; Finalmente, la complejidad y falta de transparencia en los precios que presentan los productos de este mercado³².

Cuando hablamos de costos de cambio, debemos entender que son aquellos experimentados por un cliente al cambiarse de proveedor o de un servicio. Dentro de este punto se identifican distintos tipos de costos de cambio, entre los que queremos destacar los costos administrativos (el tiempo, esfuerzo y dinero que debe invertir el consumidor en orden de cambiar la institución bancaria con la que contrata el producto o servicio financiero), la pérdida del “prestigio” que el consumidor ha ganado con su buen comportamiento (un individuo de bajo riesgo crediticio, con las ventajas que ello tiene para contratar productos y servicios financieros, será catalogado como de riesgo promedio por un banco que desconoce su registro) y el empaquetamiento (según se verá más adelante, es una práctica generalizada el vender productos, que contratados en conjunto ofrecen una mejor relación costo/beneficio. Por tanto, el querer cam-

³²Estos tres puntos los trataremos de manera resumida, con el sólo propósito de presentar los problemas que tienen para la competencia y para los consumidores financieros, para un estudio con más detalle del tema, se recomienda la lectura del estudio mencionado. (GONZALEZ A. op. cit. 134p)

biar de proveedor para un producto o servicio específico, puede significar un aumento de los costos de los otros contratados con la entidad primitiva).

Los costos de cambio afectan la competencia por cuanto “transforman en cautivos a los clientes ya adheridos a una institución, lo cual permite a las empresas tomar ventaja y subir los precios de sus servicios sin temer la pérdida de clientes debido al mayor precio. Los costos de cambio también actúan como barrera a la entrada, pues los bancos que deseen ingresar deben internalizar el costo de cambio que experimenta el cliente para inducirlos a cambiarse a su institución”³³.

Como ya dijimos, otro problema mencionado cómo parte del problema de la competencia en el mercado bancario, es el empaquetamiento de productos financieros. Esta se identifica cuando la empresa ofrece una canasta de productos a un precio menor que la suma de los precios individuales de los productos. Cuando el empaquetamiento se lleva a un extremo, se le llama una venta atada, que se manifiesta cuando el cliente no tiene la posibilidad de comprar alguno de los bienes en forma separada del resto de la canasta ofrecida por el proveedor. Cada uno de estos fenómenos, tiene efectos sobre la competencia, y por tanto perjudica a los consumidores, en directa relación con su nivel de intensidad.

³³GONZALEZ A. op. cit. 138p

El empaquetamiento presenta el problema de que “dificulta la comparación de precios de un producto individual entre los distintos proveedores. Las ofertas empaquetadas, al incluir descuentos, no permiten identificar precios individuales, pues no es evidente como asignar el descuento entre la canasta de bienes incluida en la oferta. En ocasiones, las empresas, para inducir la compra empaquetada, incrementan los precios de los bienes separados, de modo que su representatividad como precio de mercado pierde valor. La mayor dificultad en la comparación, no solo afecta eventualmente a los consumidores, sino que también a las entidades reguladoras. A éstas últimas les será más difícil por ejemplo, estimar si los precios de algún producto individual es o no excesivo, al momento de realizar ejercicios de *benchmarking* con otros países.”³⁴

Respecto de las ventas atadas, estas presentan un problema mayor, por cuanto “reducen las alternativas de elección del consumidor. Un cliente que desee comprar todos los productos de la canasta, podría preferir contratar algunos de una empresa y el resto de otras. Dicha elección no es posible si los bancos ofrecen los productos en forma atada (...) El daño al consumidor se produce por que obtiene un menor beneficio que el obtenido al comprar el producto individual que él desea. O bien, en el caso límite, no contrata ningún ser-

³⁴GONZALEZ A. op. cit. 153p

vicio, en caso dar escaso valor a los productos impuestos y el valor de la canasta completa es menor a su precio.”³⁵

Así las cosas, el empaquetamiento y las ventas atadas, afectan a los consumidores por cuanto les privan de la oportunidad de contratar libremente y con quien les parezca conveniente los productos de manera individual. También afecta al mercado, disminuyendo la competencia, por cuanto dificulta la entrada de nuevas entidades bancarias que desearan ofrecer algún producto en específico, que al ser especializadas podrían ofrecer el mismo servicio con mejor calidad a un menor precio.

Finalmente, el último problema que se relaciona con los problemas de competencia en el mercado financiero y que se menciona en el informe de marras es la falta de transparencia en los precios que presentan los productos de este mercado. Este punto se relaciona íntimamente con los problemas de asimetrías en la información para los consumidores y por tanto, nos remitimos íntegramente a esa parte de este trabajo.

Al considerar todo lo que hemos mencionado, es posible decir que en Chile, tal como en el resto del mundo, hay una alta concentración del mercado, con lo problemas que la falta de competencia significa para los consumidores.

³⁵GONZALEZ A. op. cit. 152p

La fundación Chile Ciudadano resumió este punto de la siguiente manera en la discusión del proyecto de la ley número 20.555 “El mercado financiero es un mercado cartelizado, con poca competencia (la SBIF informa sobre 21 bancos), segmentado y de nichos y además con altas tasas de interés, extremadamente complejo, marcado por las letras chicas, donde los abusos son reales, como lo demostró la detección de cláusulas abusivas en los contratos de adhesión, primero negadas y luego reconocidas por la asociación gremial bancaria.”³⁶

Sin embargo, tal como vimos, los bancos, lejos de tratar de mitigar los problemas de competencia, se aprovechan de ellos e inclusive incurren en prácticas que los profundizan en orden de asegurar sus utilidades, todo ello en perjuicio de los consumidores. Así las cosas, si en el mercado financiero actual no se promueve la sana competencia que válida el sistema de libre mercado, es necesario recurrir a medidas más estrictas por parte del estado que recreen las condiciones para los consumidores (tal como se hace en otros mercados concentrados) que se producirían en un mercado con una competencia adecuada.

³⁶ • CHILE. Congreso Nacional. Historia de la Ley 20.555. 2011. Santiago, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. 199p.

1.2. ELEMENTOS QUE AFECTAN LA TOMA DE DECISIONES DEL CONSUMIDOR FINANCIERO

En un principio, influenciada por la acogida general a las teorías de la economía neoclásica, se sostuvo que la principal causa del desequilibrio en las relaciones de consumo de productos y servicios financieros se producían a causa de las asimetrías en la información³⁷. Sin embargo, sostener lo anterior, implicaba una serie de presunciones respecto de las características de los consumidores (como una racionalidad y voluntad ilimitados³⁸) que hacía difícil una asimilación con el consumidor real.

Estudiosos del tema entendieron que para comprender el desequilibrio en las relaciones de consumo, era necesario estudiar el comportamiento de los consumidores financieros. Fue así que se comenzó a trazar un mapa de los factores psicológicos, emotivos y socioculturales que influyen en los consumidores a la hora de tomar decisiones. La agrupación de estos conocimientos llegó a conocerse como economía conductual (*behavioral economics*), y de-

³⁷ GARCÍA W., y VAN BOOM W. 2009. *Information Disclosure in the EU Consumer Credit Directive: Opportunities and Limitations*. [en línea] Rotterdam, Rotterdam Institute of Private Law. <<http://ssrn.com/abstract=1538111>> [consulta: 01 abril 2015]. 7p.

³⁸ Nos referiremos a estas presunciones y el problema de la explicación del paradigma neoclásico para el desequilibrio en las relaciones de consumo más adelante, cuando hablemos de los deberes de información como mecanismo de protección de los consumidores.

mostró que las políticas de protección de los consumidores deben considerar, no sólo los tradicionales problemas de información, sino también considerar las facultades limitadas, tendencias irracionales y recursos limitados que tienen las personas al enfrentarse a una relaciones de consumo.

En esta parte del capítulo procederemos a analizar estos factores, partiremos hablando del problema clásico de la falta de información para luego referirnos a las condiciones de los consumidores que afectan sus decisiones de consumo, estudiadas por la economía conductual. Estimamos que el consiguiente análisis arrojará las luces necesarias para determinar el carácter de las políticas necesarias para una adecuada protección del consumidor financiero.

1.2.1. FALTA DE INFORMACIÓN

Ya hablamos de cómo las asimetrías en la información afectan a los bancos e instituciones financieras y a la sociedad en general. Este fenómeno también se puede analizar desde el punto de vista de los consumidores financieros donde tiene igual o mayor relevancia para explicar los problemas que se producen en la relación consumidor-proveedor, sobre todo para la visión neoclásica del derecho del consumidor (que es la visión que influencia nuestra actual política de protección de los consumidores financieros), donde estos pro-

blemas radican casi exclusivamente en esta diferencia en la información que ambos manejan.

El origen de las asimetrías en la información para los consumidores financieros es similar al del mercado financiero, por cuanto, la primera causa de este problema para los consumidores es la información que se le oculta de determinado producto o servicio.

Cuando una persona desea contratar algún tipo de producto o servicio financiero, detrás del extenso y complejo contrato que se firma, se encuentra con un sinfín de términos técnicos y prácticas comerciales con los que la generalidad de las personas no se encuentra familiarizada. A esto se le suma que, por lo general, las entidades que ofrecen los servicios o productos financieros omiten realizar mayor esfuerzo para facilitar a sus clientes el conocimiento de los términos y prácticas ya mencionados.³⁹

Así las cosas, la gran mayoría de los consumidores financieros, al contratar algún producto o servicio, por lo general no conocen mucho más que la cantidad de dinero que pidieron, cuanto tienen que pagar mensualmente y por cuanto tiempo. Por tanto, al establecer una relación comercial con un Banco o

³⁹En este punto hay una contra faz de moneda, por cuanto, mientras los proveedores, como ya mencionamos, no realizan un mayor esfuerzo por aclarar o facilitar los términos del contrato, también hay un problema por parte de los consumidores de no poder comprender la información que se les entrega, este punto se verá más adelante en este mismo trabajo.

Institución Financiera un consumidor poco o nada sabe de los derechos que le asisten como cliente (por causa del pago de la comisión correspondiente), cómo cobrar seguros asociados al producto o servicio financiero, por qué debe pagar determinado seguro siendo que se le está cobrando una comisión mensual por contratar el producto o servicio (además de los intereses si es que se ha solicitado algún crédito), condiciones para poner término anticipado al contrato, etc.

Por otro lado, en este ítem de falta de información, no sólo nos encontramos con que no se le entrega la información que necesitan los consumidores para contratar con pleno (o suficiente) conocimiento, además tenemos los actos que bancos e instituciones financieras, que se realizan a espaldas de sus clientes, o “sin informarles”. Algunos casos en que salieron a la luz estas malas prácticas son, por ejemplo, el caso de la demanda que entabló SERNAC contra Cencosud Administradora de Tarjetas S.A. en el año 2006, por la cláusula en el contrato que habilitaba a la empresa a modificar unilateralmente el mismo (dando aviso al consumidor), vulnerando el artículo 16 a) de la Ley de Protección al Consumidor (LPC) además del derecho a información veraz y oportuna que tienen todos los consumidores de acuerdo a los señalado en el artículo 3° letra b) de la LPC.

El supuesto aviso se realizó mediante un inserto de tal comunicación en los estados de cuenta mensuales de los clientes, cosa que (evidentemente)

muy pocos vieron; por tanto, se vieron expuestos a modificaciones que los perjudicaban y a las que no pudieron oponerse. Es decir, por causa de las asimetrías en la información, la empresa Cencosud pudo proceder a modificar de manera unilateral todos los contratos, sin que los consumidores pudieran oponerse por ignorancia de lo que se estaba realizando.

Otro caso conocido que podemos tomar como ejemplo es la demanda interpuesta por el SERNAC contra La Polar. En este caso, el contrato estipulaba una cláusula por la cual se habilitaba La Polar a realizar repactaciones unilaterales en virtud de un mandato contenido en el mismo, que además le otorgaba la facultad discrecional de aceptar esas renegociaciones. Aquí también, la institución financiera se aprovechó de la asimetría en la información para obtener un injusto beneficio a costa de los consumidores financieros, por cuanto, primero no se les hizo ver los riesgos de firmar el mandato en virtud del cuál se realizaron estas repactaciones y, segundo, no se les informaba de manera alguna que se estaba renovando una deuda.

En conclusión, ya sea porque no se toman las medidas necesarias para que los consumidores financieros conozcan el producto o servicio que contratan y la plenitud de los derechos y deberes derivados de ello, o por malas prácticas, que tienen por objetivo ocultar información relevante, vemos como la falta de información deja en una posición muy desfavorable a los consumidores frente a los bancos e instituciones financieras.

Al respecto se ha sostenido “que el conocimiento que cada empresario tiene respecto de sus productos ha incrementado enormemente su poder de negociación. A diferencia de los consumidores, que sólo pueden aspirar a conocer precariamente un reducido número de los bienes y servicios del mercado, el empresario posee recursos e incentivos económicos para conocerlos en profundidad. Esta situación se ha agudizado por la tecnología, por cuanto los productos son cada vez más difíciles de conocer.”⁴⁰ En otras palabras, mientras los Bancos e Instituciones Financieras tienen los medios necesarios para conocer todos los deberes que pueden exigir de los consumidores, contando con los medios para hacerlos efectivos; la mayoría de las veces los consumidores no conocen todos sus derechos y por tanto, no los pueden exigir.

Así las cosas, nos encontramos con una relación contractual donde una parte obtiene la mayor parte de los beneficios que le corresponden, mientras que la otra no goza de todos sus privilegios por cuanto no los conoce o no sabe como hacerlos efectivos. Al final de cuentas, los Bancos e Instituciones Financieras, a causa de la falta de información de los consumidores, obtienen como ganancia el pago de los consumidores (muchas veces excesivo), además del ahorro de no tener que entregar servicios que no son exigidos por el consumidor, enriqueciéndose en perjuicio de los consumidores.

⁴⁰TAPIA,, M. y VALDIVIA M. 2002. Contratos de Adhesión: Ley N° 19.496, Santiago: Editorial Jurídica de Chile. 49 p

1.2.2. RACIONALIDAD LIMITADA, VOLUNTAD MALEABLE Y SESGOS DE LOS CONSUMIDORES FINANCIEROS

Sin embargo, según lo estudiado por la denominada economía conductual, las asimetrías en la información no explican por completo el desequilibrio en las relaciones de consumo. Así las cosas, esta ciencia ha descubierto que el consumidor promedio o “real” no se comporta como el ser racional incorporado en el paradigma neoclásico⁴¹, con capacidades procesar toda la información que se le entrega, que actúa con una racionalidad ilimitada, plena fuerza de voluntad y con absoluto egoísmo.

El primer problema planteado por la economía conductual, y que agudiza los problemas de información mencionados en el título anterior, es que la mayoría de los consumidores opta por no estudiar a cabalidad el contrato por adhesión, en atención al costo-beneficio de hacerlo, y por tanto, no hace uso de toda la información que se le entrega al contratar un producto o servicio financiero⁴².

Cómo ya fue mencionado, la falta de información es uno de los problemas que afectan a los consumidores financieros, sin embargo hay una instan-

⁴¹ MILL, J.S. 1836. *Essays on Some Unsettled Questions of Political Economy*, 2ª ed. Londres, Longmans, Green, Reader & Dyer.

⁴²DE LA MAZA, I. 2010. El Suministro de Información Como Técnica de Protección de los Consumidores: Los Deberes Precontractuales De Información. *Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte*. 17(2): 21-52

cia en que se da toda la información (por lo menos) pertinente al producto o servicio financiero se le entrega: esto sucede cuando se le entrega el contrato por adhesión. En este documento, se encuentra una regulación detallada y extensiva del producto o servicio que se contrata, teniendo el consumidor la posibilidad de leerlo y estudiarlo antes de firmar. Y es aquí donde está la trampa: como veremos, la única instancia que se le entrega al consumidor para informarse, es una que, para la mayoría de las personas, es casi imposible aprovechar.

Es en la naturaleza extensa y compleja del contrato por adhesión (este documento que contiene toda la información respecto del producto o servicio financiero) donde radica uno de los problemas de asumir la completa racionalidad de los consumidores financieros. Si tuviéramos a un consumidor con una racionalidad⁴³ ilimitada, según lo plantea el modelo neoclásico, al momento de contratar un producto o servicio, lo primero que hará será acumular una cantidad de información óptima sobre el producto o servicio, lo que en el caso de los productos y servicios financieros, significaría un análisis exhaustivo del contrato por adhesión que contiene la descripción y regulación del producto.

⁴³En general, el concepto de racionalidad que utiliza el análisis económico del derecho se relaciona con la idea de Elster según la cual la racionalidad específicamente humana se caracteriza por la capacidad de relacionarse con el futuro (ELSTER, J. 1997. Ulises y las sirenas, Estudios sobre Racionalidad e Irracionalidad. 2º de. México D.F., Fondo de Cultura Económica. 7p)

Sin embargo, "...la lectura de un contrato por adhesión puede no resultar eficiente. Ya se ha advertido que los consumidores no invierten una suma que les permita conocer toda la información relativa al negocio, sino únicamente aquella que consideran estrictamente necesaria para dicho negocio. Lo que interesa advertir aquí es que, por regla general, la cantidad de recursos que deberían invertir los consumidores en leer y comprender los términos de un contrato por adhesión es superior al beneficio que este les produce"⁴⁴

Así las cosas, al ser más altos los costos de leer y comprender el contrato por adhesión, que el beneficio que este les produce, el consumidor prescinde de la comprensión integral del contrato, recurriendo a normas heurísticas⁴⁵ para completar aquella información no computada, lo que manifiesta una falta de racionalidad en su comportamiento

Además de la disposición a estudiar a cabalidad el contrato por adhesión en atención al costo-beneficio de hacerlo, están las limitaciones propias de una

⁴⁴DE LA MAZA, I. 2003. Contratos por Adhesión y Cláusulas Abusivas ¿Por qué el Estado y No Solamente el Mercado?. Revista Chilena de Derecho Privado, Fernando Fueyo Laneri. 1: 109- 147

⁴⁵ Enfrentados a la necesidad de tomar decisiones de consumo, sin poder procesar toda la información los consumidores recurren a "reglas de oro", que no serían otra cosa que "atajos" a los que recurrimos para la elaboración rápida de respuestas frente a una determinada circunstancia, sin perjuicio de la posibilidad de que fallen o que no estén basados en construcciones lógicas racionales. Así para evaluar el costo de un determinado producto crediticio los consumidores tendrían como referencia la tasa de interés nominal y el valor final de su cuota mensual, pues dichos factores en el pasado les han sido útiles para adoptar sus decisiones de consumo" (ANDRADE, V. LA PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR DE TRAJETAS DE CRÉDITO...9p)

persona promedio para comprender un documento de las características señaladas. Los estudiosos del tema han identificado que las personas únicamente tienen capacidades computacionales limitadas y una memoria seriamente defectuosa. Como consecuencia de esto "...los consumidores rara vez acumulan toda la información necesaria. (...) suelen tener dificultades para tomar decisiones que involucran la consideración de un número amplio de factores. Esto significa que, enfrentado a un contrato que involucra una pluralidad de factores, el consumidor tenderá a concentrarse únicamente en algunos de ellos, probablemente los más evidentes como el precio o el número de cuotas en que puede ser pagado dicho precio, dejando los demás de lado".⁴⁶

Los dos problemas anteriores, tienen que ver con la posibilidad de que el consumidor haga uso de la información que se le entrega. A continuación veremos que además los consumidores tienen una tendencia a modificar su percepción de la realidad en orden justificar sus decisiones de consumo. En relación con esto, el tercer problema de los consumidores financieros es que cuando se les presenta información ambigua, algunos psicólogos sostienen que estos la acomodan a sus creencias y deseos. Esto produce una especie de diso-

⁴⁶DE LA MAZA, I. El suministro... op. cit.

nancia cognitiva⁴⁷, que puede implicar que los consumidores hagan caso omiso de cierta información relevante.

Finalmente, el último fenómeno que trataremos es la tendencia de los consumidores a subestimar los riesgos que toman. En el caso de los contratos por adhesión, los consumidores tendrían una tendencia a mirar con un optimismo excesivo las formas en que se puede desenvolver la relación de consumo, exacerbando los beneficios y haciendo caso omiso de los riesgos. Al respecto Calabresi ha dicho que: “(A)ún cuando los individuos contaran con los datos necesarios para evaluar el riesgo [de un producto], serían incapaces, psicológicamente, de hacerlo. Se afirma que la gente no suele apreciar, racionalmente, la probabilidad de morir o la de sufrir un accidente grave. Estas cosas les ocurren a los demás –pensamos-; y no hay forma que nos persuadan de que también pueden sucedernos a nosotros por muchas estadísticas que nos muestren.”⁴⁸

Entre otros problemas que tienen los consumidores financieros también se mencionan la procrastinación, las inconsistencias intertemporales, el sesgo de status quo (lo veremos más adelante, pero valga decir por ahora que es difícil que los consumidores modifiquen su comportamiento) y la sobrecarga de

⁴⁷ AKERLOF, G. y DICKENS, W. 1982. *The Economic Consequences of Cognitive Dissonance*. American Economic Review. 72(3): 307-319

⁴⁸ CALABRESI, G. El costo de los accidentes. Editorial Ariel S.A. Barcelona: 1984. P. 71. Citado en: DE LA MAZA, I. Contratos por adhesión... op. cit.

información⁴⁹ (que puede ser otra forma de no entregar información, no es de extrañar que el profesor Roa se refiera al mercado financiero como “confusopolio”⁵⁰). No profundizaremos en ellos dada la extensión de este trabajo, sin embargo, estos junto con los problemas anteriores demuestran que claramente el desequilibrio tiene un origen mucho más complejo que lo planteado por el paradigma neoclásico. Por tanto, no es de extrañar que en la discusión que se produjo en el Senado respecto de la aprobación de la ley número 20.555 denominada del “SERNAC Financiero” se mencionara que “Poco se saca con solicitar a los emisores de crédito más información y más regulaciones si lo que hoy en día existe son consumidores que no son capaces de comprender”⁵¹.

En la misma línea, también se mencionó que “...el proyecto no es lo que se esperaba, porque no logra equilibrar la capacidad negociadora de las partes. El proyecto enfoca este desequilibrio casi exclusivamente en la falta de información, en circunstancias que hay otras causas, como la capacidad de los

⁴⁹ MEZA D., IRLLENBUSCH B. y REYNIERS D. 2008. *Financial Capability: A Behavioural Economics Perspective*. *Consumer Research*. 69.

⁵⁰ “El confusopolio es competencia por confusión y no por claridad de información... las empresas que ofrecen créditos en el mercado financiero no entregan suficiente información a los consumidores: hablan de tasas de interés, de comisiones en UF, de seguros asociados, datos que no siempre resultan fáciles de procesar y que, por lo tanto, reducen la posibilidad de que un consumidor cualquiera compare lo que ofrece una y otra compañía” (SENTIDOS COMUNES. 2011. Entrevista: José Roa, ex director del Sernac, habla del endeudamiento de los chilenos. [En línea] <<http://www.sentidoscomunes.cl/dossier-2-jose-roa-ex-director-del-sernac-habla-del-endeudamiento-de-los-chilenos/>> [Consulta: 01 de abril de 2015])

⁵¹ CHILE. Congreso Nacional. *Op cit.* 32p

usuarios para tomar decisiones. [Se] Enfatizó que en los hechos hay un abuso de poder por asimetría, no sólo cultural, sino por la urgencia de muchos consumidores por obtener ciertos recursos y por los excesos de la publicidad.”⁵²

Vemos así la naturaleza vulnerable de los consumidores, en contraposición a la figura del agente racional; en la realidad son susceptibles a elementos que para un agente racional podrían parecer triviales, como es el formato en que se entrega la información, el contexto en que se toman las decisiones, los agentes con quienes negocia y tienen posibilidades limitadas para negociar o defenderse dentro del sistema financiero⁵³, siendo marginal el aporte que hace la entrega de más información. No es de extrañar que la OECD en su “*consu-*

⁵² ⁵² CHILE. Congreso Nacional. *Op cit.* 181p

⁵³ No es de extrañar que el contrato por adhesión entregado por los bancos e instituciones financieras esté diseñado de la manera actual. Mientras las políticas de nuestro país hacen caso omiso de los planteamientos de la economía conductual, los bancos utilizan estos para vender sus productos y servicios. Hillman y Rachlinski (HILLMAN, R. y RACHLINSKI, J. 2001. *Standard-Form Contracting in the Electronic Age*. [en línea] <<http://ssrn.com/abstract=287819>> [consulta: [01 abril 2015]) identifican siete factores de cómo el contrato por adhesión influye en la toma de la decisión del consumidor: 1) El lenguaje de este tipo de acuerdo resulta difícil de entender para el consumidor. 2) Letra pequeña u otros obstáculos similares que dificultan la lectura de los términos 3) Tiempo limitado para la lectura del contrato, usualmente frente a un agente que usa la presión social para disuadir la lectura detenida 4) El agente carece de la autoridad necesaria para negociar los términos del acuerdo. 5) Los consumidores creen que todos los que riesgos que vienen con el contrato son de ocurrencia improbable (HANSON, J. y KYSAR, D. 1999. *Taking Behavioralism Seriously: The Problem of Market Manipulation*. New York. University Law Review 74: 632-750) 6) Los consumidores asumen que todos los oferentes utilizan las mismas cláusulas (DE LA MAZA, I. Contratos por adhesión... op. cit.) 7) Los consumidores asumen que los tribunales no harán exigibles los términos injustos. Así, las instituciones financieras han perfeccionado a lo largo del tiempo un documento y una forma de entregarlo que se promueve el poco estudio y comprensión, al redactarse utilizando al máximo posible, la técnicas y sesgos de los consumidores aquí expuestos.

mer policy toolkit” haga un llamado a basarse en la evidencia obtenida por la ciencia de las conductas para hacer mejores políticas de protección de los consumidores.⁵⁴

1.3. IDENTIFICACIÓN DE LOS ABUSOS COMETIDOS CONTRA LOS CONSUMIDORES FINANCIEROS.

Para finalizar este capítulo, queremos referirnos al efecto que tiene el desequilibrio en las relaciones de consumo, cuyas causas nos hemos dedicado a analizar acá. Si el desequilibrio en la relación de consumo no tuviera consecuencias perjudiciales (pensamiento utópico por lo demás) no habría necesidad de dedicarle tanta atención a este tema, sin embargo, como sabemos, la posición desfavorable del consumidor financiero se ha traducido en que se han visto perjudicados por una variedad considerable de abusos.

Entendemos que en general existen abusos en contra de los consumidores financieros, cuando los proveedores, haciendo uso de su poder de mercado obtienen rentas monopólicas en perjuicio de los consumidores, cobrando en exceso por sus productos o servicios y utilizando mecanismos (legales o ilegales) para que los beneficios obtenidos por consumirlos sean inferiores a los esperados.

⁵⁴ OCDE. 2010. *Consumer Policy Toolkit*. OECD Publishing, Paris. [En línea] <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264079663-en> [consulta: 01 abril 2015]

Ahora, para los propósitos de este trabajo, es importante ver cómo este concepto general toma forma en la práctica, ya que como hemos dicho, una normativa eficaz de protección para el consumidor financiero debe tener las herramientas necesarias para eliminar con presteza los problemas que actualmente enfrentan estas personas, además de mejorar progresivamente las condiciones en que los mismos contratarán en el futuro con bancos e instituciones financieras.

Para ver los casos más relevantes de abusos cometidos contra los consumidores financieros, utilizaremos la tabla presentada en el Ranking de Reclamos del Mercado Financiero presentado por el SERNAC en Octubre del 2014⁵⁵, que muestra el desglose del total de reclamos presentados contra instituciones financieras a través del SERNAC (recordemos que un 19,05% del total de reclamos recibidos por el SERNAC pertenecen al sector financiero) y que son tramitados por el mismo organismo.

⁵⁵SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR. 2014. Ranking De Reclamos Del Sistema Financiero, Sub Mercado Instituciones Bancarias, 1er semestre 2013 vs 1er semestre 2014. [En línea] < <http://www.sernac.cl/ranking-financiero-primer-semester-ernac-tomo-radiografia-del-comportamiento-de-la-banca-hacia-los/> > [Consulta: 01 abril 2015]

TABLA 1

PRINCIPALES CAUSAS DE RECLAMOS CONTRA LOS PROVEEDORES DE PRODUCTOS Y SERVICIOS FINANCIERO	PORCENTAJE
NO REVERSA CARGOS MAL EFECTUADOS	15%
DINERO NO ENTREGADO PARCIAL O TOTAL	7%
NO RECONOCE DEUDA	6%
PRODUCEN UN DESEQUILIBRIO CONTRACTUAL EN PERJUICIO DEL CONSUMIDOR	5%
CONSUMIDOR NO RECONOCE TRANSACCION CLONACION	5%
COBROS POR PRODUCTOS O SERVICIOS NO CONTRATADOS	4%
COBRO DE COMISIONES EXCESIVOS	4%
COBRANZA QUE AFECTAN LA PRIVACIDAD FAMILIAR Y LABORAL	4%
COBRO DE SEGUROS NO CONTRATADOS	3%
DUPLICIDAD DE COBROS	3%
COBRO DEUDA DE TERCERO NO CONOCIDO EN EL DOMICILIO	2%
COBRO DE DEUDA EXCESIVA	2%
NEGATIVA A PAGAR SINIESTRO ASEGURADO	2%
CONSUMIDOR NO RECONOCE TRANSACCION SUPLANTACION	2%
NEGATIVA O RETRASO DE PROVEEDOR EN CIERRE DE PRODUCTO O TERMINO DE CONTRATO.	2%
FALTA O NO ENTREGA RESPALDO DE LA OPERACION (COPIA DE CONTRATO COMPROBANTE PAGO FACTURA)	2%

PUBLICADO CON DEUDA PAGADA	2%
NO INFORMAR COSTO TOTAL DE LOS SERVICIOS	2%
OTROS	29%

Podemos apreciar en la tabla acompañada, que los abusos contra los consumidores financieros de nuestro país se producen en todas las etapas del *iter*-contractual. También llama la atención que el 22% de los reclamos sea concerniente a la entrega de dinero por parte de los proveedores a los consumidores, por cuanto uno esperaría que siendo parte esencial del giro de los bancos la entrega de dinero, esos mecanismos deberían estar funcionando perfectamente, sin embargo, para los consumidores las cosas no funcionan así cuando ellos son los acreedores.

No nos vamos a detener mucho más en este título, ya que es más bien una enunciación de cómo actualmente la posición dominante de los bancos e instituciones financieras se traduce en abusos contra los consumidores. Sin embargo, por lo mismo, vale mencionar que en esta lista se puede apreciar que la menor parte de los reclamos consisten en la entrega de información errónea o incompleta, lo que, según veremos más adelante, pone en duda la eficacia de las políticas de protección implementadas en nuestro país.

En armonía con la definición expuesta, los reclamos dan cuenta de actos realizados por los proveedores con el fin de obtener ganancias excesivas perjudicando a los consumidores financieros para lograrlo, o poniendo obstáculos para que los beneficios obtenidos por los consumidores sean menores a los esperados (lo que también se traduce en aumento de las utilidades de los bancos e instituciones financieras).

Así las cosas, al concluir este título, y agregando lo que vimos a lo largo de este capítulo, podemos decir que hemos logrado construir un panorama amplio de la situación precaria en que se encuentra el consumidor financiero frente a los proveedores, y los potenciales abusos que estos últimos podrían cometer aprovechándose de la posición desventajosa de los consumidores. Con este diagnóstico a la vista a continuación veremos cómo se han tratado de solucionar estos problemas en la normativa nacional, y si el enfoque realizado con su dictación era el correcto a la luz de las reales necesidades de los consumidores financieros.

CAPITULO 2: PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR FINANCIERO EN CHILE

Hasta ahora hemos visto el “porqué” se debe proteger a los consumidores, que consiste en una serie de factores que ponen en una situación extremadamente desigual a los consumidores financieros frente a sus proveedores. A continuación procederemos a analizar el “como” se ha tratado de solucionar este problema hasta la fecha, estudiando la evolución y actual estado de la normativa e institucionalidad establecida para solucionar el desequilibrio en la relación consumidor-proveedor, y si ha sido eficaz en la forma de hacerlo.

La protección específica del consumidor financiero ha sido una rama del derecho de protección al consumidor que ha ido tomando especial relevancia en el último tiempo. Esta tendencia ya se podía apreciar en la cuenta pública del SERNAC de los años 2005-2010 en donde este organismo informaba que “Los reclamos ante SERNAC contra proveedores que comercializan productos crediticios representan uno de cada cuatro del universo total de reclamos formulados por los consumidores ante este organismo.”⁵⁶

⁵⁶ SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR. Gestión 2005-2010 y Perspectivas de futuro. Disponible en: <<http://www.SERNAC.cl/acercade/Cuenta%20de%20gestión%202005-2010.pdf>> [consulta: 01 abril 2015].

Es por ello que en el mismo informe, al hablar de las posibles soluciones para enfrentar este espacio de desprotección, ya asomaba la necesidad de dictar una normativa que desarrollara de manera pormenorizada los deberes de las entidades que dan créditos a los consumidores; proponiendo al mismo tiempo la creación de mesas de trabajos con la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras (SBIF) y con la Superintendencia de Valores y Seguros (SVS) para alcanzar el fin último de mejorar la protección de los consumidores financieros. Es producto de estas propuestas que en el año 2010 se dictaron las circulares N° 3.505 y 3.506 de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras que tenían como propósito aumentar la protección a los consumidores financieros, según la visión y trabajo conjunto de estas instituciones.

Sin embargo, desde ese entonces, el tema sólo fue cobrando cada vez más importancia, por cuanto a pesar de la dictación de esas circulares, las tasas de reclamos se mantuvieron estables. A esta alta tasa de reclamos, se debe sumar los conocidos casos que pusieron en la palestra de la opinión pública y en la mira del legislativo este tema, cómo fueron los juicios llevados por prácticas abusivas, en contra de Cencosud Administradora de Tarjetas S.A. y La Polar entre otros.

Es así, que en un afán de dar una solución definitiva a los problemas de los consumidores financieros, se dictó la ley 20.555 presentada como del

“SERNAC financiero” que venía a poner en rango de ley la tan solicitada protección específica de los consumidores financieros. La idea principal era aumentar los deberes de información que deben cumplir los proveedores del mercado financiero, dotar de personal adicional al SERNAC para velar de manera específica por el cumplimiento de la nueva normativa (sin otorgar atribuciones adicionales a este órgano fiscalizador) y establecer un mecanismo que ayudara a discernir a los proveedores que cumplen con lo establecido en la ley de protección del consumidor, de los que no lo hicieran.

Así las cosas, en este capítulo comenzaremos por analizar las ya mencionadas circulares dictadas por la SBIF que fue la primera entidad encargada de regular de manera específica los problemas que enfrentaban los consumidores con los bancos e instituciones financieras, estableciendo en su normativa un catálogo de cláusulas abusivas de aplicación específica a los contratos de productos y servicios financieros. Veremos si fue una buena medida y si se condice con las buenas prácticas en materia de protección al consumidor financiera propuestas por distintos organismos internacionales. En otras palabras, ver que tan acertadas fue el contenido de estas circulares.

Después de ello estudiaremos el contenido de la primera y única norma de rango legal que se ha consagrado específicamente a la protección del consumidor financiero, que es la ley N° 20.555 que modifica la ley N° 19.496 de protección de los consumidores (LPC), y que utiliza cómo principal técnica para

lograr su objetivo, aumentar los deberes de información de los proveedores, además de recoger algunas de las prohibiciones establecidas en las circulares de la SBIF e incorporar un mecanismo de persuasión moral conocido como sello SERNAC. Dada la extensión de este trabajo, nos enfocaremos en la parte esencial de esta ley, que es el análisis de los deberes de información como técnica de protección, pero también analizaremos sucintamente el sello SERNAC además de ver tangencialmente las prohibiciones establecidas en la ley.

2.1. CIRCULAR BANCOS N° 3.505 Y 3.506 DICTADA POR LA SUPERINTENDENCIA DE BANCOS E INSTITUCIONES FINANCIERAS (SBIF)

Se dictaron con fecha 22 de septiembre de 2010, la circular N° 3.505 se dictó para prohibir varias cláusulas abusivas que no se avenían con las sanas prácticas de equidad que deben prevalecer en las relaciones con los clientes, y la circular N° 3.506 con el propósito modificar la Recopilación Actualizada de Normas (RAN) en orden de que ese cuerpo normativo fuera armónico con lo establecido en la Circular anterior.

Respecto de la finalidad de la dictación de estas circulares, el entonces superintendente Carlos Budnevich Le-Fort dijo que “durante los últimos años, y consciente de la importancia de los derechos de los consumidores de servicios financieros, esta Superintendencia ha estimado prudente impartir un conjunto de normativas asociadas a la calidad de atención de público y derechos de los

usuarios de productos bancarios. Todo ello, en el marco del proceso de supervisión y evaluación de la gestión que la propia ley le ha encomendado”⁵⁷. Por tanto, la idea general de estas circulares era la de identificar y prevenir que se siguieran pactando cláusulas que tenían un contenido evidentemente abusivo, o en el caso de haberlas pactado, que los bancos se abstuvieran de hacerlas efectivas, siempre dentro del marco de atribuciones otorgadas a la SBIF.

Dado que el análisis de estas normas sólo responde a una exposición histórica de las normas que regularon en el pasado la problemática de los derechos del consumidor financiero, y que quedaron sin vigencia en el momento en que se promulgaron las modificaciones hechas a la ley 19.496 por la ley 20.555, no haremos un estudio acabado de ellas. Así las cosas, nos limitaremos a exponer el principal contenido de estas circulares, ver cuál fue su aporte a la protección de los consumidores de esa época, y al derecho de protección de los consumidores financieros en general.

Así las cosas, la circular 3.505 establece una serie de cláusulas abusivas que prohíben los siguientes comportamientos:

⁵⁷BUDNEVICH, C. 2010. Presentación del Superintendente de Bancos e Instituciones Financieras. Invitación a Comisión de Economía, Fomento y Desarrollo. Proyecto sobre indicación sustitutiva de las mociones que establecen normas sobre protección de los derechos de titulares y usuarios de tarjetas de crédito [en línea] <http://www.sbif.cl/sbifweb3/internet/archivos/DISCURSOS_9295.pdf> [consulta: 01 abril 2015]

- a. Se imposibilita que un banco se declare exento de toda responsabilidad por errores o fallas de sus procesos o sistemas, salvo fuerza mayor, en el procesamiento y operaciones que se realicen en las cuentas corrientes, tarjetas de crédito y otras en que claramente pueden deberse a causas que le son imputables.
- b. No se permite que en los mandatos conferidos por sus clientes para contratar o renovar las pólizas de seguros que el banco ofrece o exige, se exima de toda responsabilidad por el incumplimiento del encargo.
- c. Se eliminan las cláusulas que eximen al banco mandatario de la obligación de rendir cuentas, debiendo hacer la correspondiente rendición
- d. Se impiden cláusulas que permiten al banco la modificación unilateral de los contratos a su solo arbitrio, como también las que le autoricen suspender o bloquear temporalmente los productos financieros contratados.
- e. En contratos de créditos hipotecarios de largo plazo, la tasa de interés convenida, no podrá estar condicionada a la mantención de una cuenta corriente u otro producto, no pudiéndose aumentar la tasa de interés de un crédito de largo plazo como consecuencia de poner término a otro producto bancario.
- f. Adicionalmente, se establece que en los créditos hipotecarios en cualquiera de sus modalidades, la cláusula de garantía general debe ser siempre opcional para el cliente que se interese en caucionar otras obligaciones. En consecuen-

cia, el banco no podrá incluir en el mutuo otras hipotecas que no sea la que cauciona el crédito que se contrata, salvo expresa solicitud del deudor.

Estimamos que estas circulares tienen especial importancia para el derecho de protección del consumidor, por cuanto tienen la gran virtud de identificar cláusulas específicas recurrentes en los contratos por adhesión del sector financiero, cómo abusivas, eliminando así cualquier tipo de interpretación de las normas de aplicación general de la LPC que validará la inclusión de estos abusos en los contratos referidos. Esto representó un avance en las políticas de protección de los consumidores financieros, por cuanto reconoció la necesidad de establecer un catálogo de cláusulas abusivas específicas para el mercado financiero, en vista de que las cláusulas prohibidas por la LPC no tenían la especialidad ni la extensión suficientes para asegurar el equilibrio contractual en contratos tan complejos y en constante cambio como son los del sector financiero.

Tal como veremos más adelante, la SBIF tomó una medida acertada, por cuanto esta política de protección (es decir, el establecimiento de cláusulas abusivas específicas) es un mecanismo eficaz para asegurar un equilibrio contractual⁵⁸ por cuanto se establece de manera clara que la pactación de dichas

⁵⁸ La doctrina afirma frecuentemente “la necesidad de concretizar la buena fe y el equilibrio contractual en hipótesis típicas en que podría generarse la infracción en perjuicio del consumidor. Esta metodología esconde una cierta confesión ineludible de aumentar la lista negra a

cláusulas siempre irá en contra de los principios de equidad y de la buena fe, dando seguridad a los consumidores de que tienen un derecho a reclamar ante el organismo que corresponda, cuando se enfrente a los efectos de haber pactado este tipo de cláusulas tipificadas y que este organismo fallará a su favor en caso de comprobar la existencia de las mismas.

Lo anterior es importante, por cuanto antes de la dictación de esta circular, el consumidor tendría que construir una argumentación en base a lo establecido en las normas de la LPC y en las normas del derecho privado (principalmente resguardándose en el principio de la buena fe contenida en el artículo 1546 de nuestro Código Civil y el artículo 16 G) de la LPC), para construir su causa, y esperar que el juez, luego de escuchar a ambas partes, estimara que la pactación de estas cláusulas efectivamente constituía una violación de los derechos del consumidor. En resumidas cuentas, con la dictación de estas circulares, se tiene la certeza que las cláusulas contenidas en ella son abusivas, y por tanto, impugnables ante el organismo correspondiente.

Otra virtud de estas circulares, es la de reconocer de manera tácita que la pactación de cláusulas abusivas son violaciones a lo establecido en ese momento por la ley 19.496 y que por tanto les es aplicable a los bancos e insti-

través de casos específicos de cláusulas que debemos considerar abusivas...” (MOMBERG R. y PIZARRO, C. “Artículo 16 G). La Buena Fe y el Equilibrio Contractual. En: BARRIENTOS F., PIZARRO W. y DE LA MAZA, I. La Protección de los Derechos de los Consumidores. Chile, Legalpublishing. pp. 340-351)

tuciones financieras. Así se colige de lo establecido en la circular 3.505 cuando se dice que “Todos los ejemplos anteriores muestran la necesidad de revisar y perfeccionar el tenor de los contratos que se utilicen, dado que en algunos casos no se han ponderado adecuadamente las incidencias de algunas cláusulas, especialmente en relación con el cumplimiento de disposiciones de la Ley N° 19.496”⁵⁹.

Mencionamos que es importante por cuanto uno de los argumentos recurrentes de los bancos e instituciones financieras cuando enfrentaban demandas por violación del derecho del consumidor, era que esa legislación no les era aplicable. Con esta circular, no queda duda que si los bancos e instituciones financieras utilizan su posición dominante para aprovecharse de los consumidores, quedan sometidos a las disposiciones que protegen a los consumidores.

Sin embargo, a pesar de, cómo hemos visto, esta circular significó un avance en la protección de los derechos de los consumidores financieros, también tiene varias falencias. Lo primera, es que si bien representa un avance por cuanto reconoce que hay prácticas abusivas específicas del sector financiero que deben ser prohibidas, estimamos que la cantidad de causales adicionadas son insuficientes. Tal como veremos en el último capítulo, la complejidad y va-

⁵⁹CHILE. Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras. 2010. Circular Bancos N° 3.505: Buenas Prácticas de Contratación. 22 de septiembre de 2010.

riedad de los productos financieros exige que se haga un listado de cláusulas prohibidas más extenso, y que también se regulen de manera individual los productos más utilizados, más riesgosos y aquellos que contratan sectores sociales más vulnerables. Así las cosas, estimamos que la ampliación de la lista negra que realizó la SBIF a través de estas circulares es insuficiente.

La segunda, tiene que ver con la naturaleza y propósito de la institución que las dicta. La SBIF es el organismo encargado de regular el funcionamiento de los bancos e instituciones financieras, y la relación con los consumidores fue un tema que le tocó tratar dado el gran revuelo que habían producido casos emblemáticos que dejaban en evidencia la situación precaria en que se encontraban los consumidores frente a los bancos e instituciones financieras.

Por lo mismo, la SBIF dicta normas que están dentro de su competencia, que es regular la actividad de los bancos e instituciones financieras, con miras a mantener la estabilidad del mercado financiero. Así las cosas, estas circulares no se hacen cargo de los demás problemas que tienen los consumidores: las asimetrías de la información, la racionalidad imperfecta y sesgos de los consumidores, el control de los créditos de demanda inelástica y de la concentración del mercado no encuentran solución en un catálogo ampliado de cláusulas abusivas. Además, no se amplían los mandatos para la SBIF en orden de que actúe activamente en defensa de un consumidor que la mayoría de las veces

no puede detectar las cláusulas abusivas. Y si las detecta, no tiene los medios o no está dispuesto a invertirlos (costos de transacción⁶⁰) para hacerlo valer.

El tercer problema que queremos tratar es la misma naturaleza jurídica de la norma, que finalmente es la de una circular que nace desde las atribuciones generales de la SBIF y no de un mandato legal que le ordena regular este tema. Por tanto, podían ser modificadas con la misma facilidad con la que fueron dictadas. Y de hecho, así ocurrió, con la dictación de otras circulares, que modificaron la prohibición absoluta de las ventas atadas por causa de la presión de los bancos.

Con este primer intento por proteger a los consumidores financieros, también queda de manifiesto la necesidad de crear una ley y una institución dedicadas exclusivamente a la protección del consumidor financiero, que además de regular y supervisar el comportamiento de los proveedores, también supla las falencias de los consumidores y la necesidad de igualar las condiciones en que ambos negocian, creando por lo mismo, condiciones que favorezcan a estos últimos. Esta es la necesidad que se supone viene a satisfacer la dictación de la ley 20.555 que analizaremos a continuación.

⁶⁰ SOVERN, J. 2006. Toward a New Model of Consumer Protection: The Problem of Inflated Transaction Costs, 47 Wm. & Mary L. Rev. 1635, 1635-1709 (2006), [en línea] <http://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol47/iss5/4> [Consulta: 01 Abril 2015]

2.2. LEY 20.555 (DEL SERNAC FINANCIERO).

Como respuesta a los recientes escándalos financieros a la época, las crisis del endeudamiento que se pudieron apreciar en distintos lugares del mundo, en especial durante el año 2008, y en general, la creciente necesidad, con fecha 4 de marzo del 2012, se promulgó la ley 20.555, la primera norma con rango de ley dedicada de manera exclusiva a la protección específica del consumidor financiero en nuestro país, modificando para estos efectos la ley 19.496.

Para conocer el tenor de la ley y finalidad de esta ley, es clarificador remitirse al mensaje presidencial del proyecto de ley, donde se aprecia que la idea central es que “la mejor forma de proteger a los consumidores es mejorando la información a la que pueden acceder para la toma de sus decisiones de consumo”⁶¹. Lo mismo se puede apreciar en las ideas matrices contenidas en el mensaje presidencial de la modificación legal. De estas tres, la primera es “el convencimiento de que la mejor forma de proteger a los consumidores es mejorando la información a la que pueden acceder para la toma de sus decisiones de consumo...”⁶²

⁶¹ CHILE. Congreso Nacional. Op cit. 8p

⁶² Ibid.

A continuación procederemos a analizar esta normativa, y dado su tenor, nos centraremos principalmente en el análisis de los deberes de información introducidos como mecanismo de protección del consumidor financiero. Si bien en la normativa, esto no es todo, y por lo tanto se pueden reconocer otros segmentos de normas⁶³, a continuación nos referiremos a los segmentos más relevantes para este análisis, que como ya mencionamos corresponden a los deberes de información, además de las prohibiciones (que serán analizadas de manera tangencial) y a las normas que regulan el sello SERNAC.

2.2.1. ANÁLISIS DE LOS DEBERES DE INFORMACIÓN COMO TÉCNICA DE PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES FINANCIEROS Y SU APLICACIÓN EN LA LEY N° 20.555.

Como ya adelantamos, y atendida la extensión que se le pretende dar a este trabajo, nos enfocaremos en analizar el aspecto más relevante de esta ley que, según lo dicho en el mensaje presidencial, corresponde a los deberes de información. Para realizar este análisis, veremos primero cómo se han recogido estos deberes en el derecho común y en la LPC, y teniendo esa base, ver en qué consiste el aporte de la ley 20.555 en esta materia. Teniendo a la vista el

⁶³ Estos consisten en: el segmento de normas que establecen deberes de información específicos, el segmento de normas que regulan el denominado sello SERNAC, las normas que regulan la dotación de personal adicional para la institución del SERNAC; las nuevas atribuciones de las que gozan determinados funcionarios y algunas normas repartidas a lo largo de la ley que recogen algunas de las prohibiciones ya establecidas en las circulares de la SBIF

panorama completo de los deberes de información contemplados en toda la normativa que protege al consumidor financiero, procederemos a realizar un análisis crítico respecto de la idoneidad de este mecanismo para la protección de los clientes, lo que se hará tanto desde una mirada teórica, cómo a la luz de los efectos que se pueden apreciar desde su implementación.

2.2.1.1. DEBERES DE INFORMACIÓN EN EL DERECHO COMÚN Y EN LA LEY DE PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

Partiendo desde la base del derecho común, se puede apreciar que los deberes de información son un tema que se ha venido tratando desde hace ya bastante tiempo. La doctrina nacional ha determinado la existencia de estos deberes precontractuales de información, cómo presupuesto para una manifestación libre de la voluntad a la hora de contratar. Para esto se basa en el principio de la buena fe y su extensión a la etapa precontractual en virtud de lo establecido en el artículo 1546 de nuestro Código Civil (CC)⁶⁴.

Sin embargo, en el derecho común, los deberes de información limitan con otros principios que son igual de válidos dentro del mismo ámbito, “Así ha señalado la doctrina la existencia de principios como el de auto-responsabilidad

⁶⁴ “Artículo 1546. Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella.

o deber de auto-informarse, el sistema económico de libre mercado imperante en la sociedad y el carácter adversarial del contrato en que cada una de las partes tiene la legítima expectativa de obtener una ganancia.”⁶⁵

Así las cosas, los deberes de información tienen un alcance restringido dentro del derecho común, se refieren más bien a un respeto de los deberes fundamentales de corrección social⁶⁶ y a la información necesaria para que se forme adecuadamente la voluntad⁶⁷, y no con una protección por parte del legislador hacia una parte más desvalida en lo que a información se refiere. Lo anterior tiene sentido cuando se considera que en esta rama del derecho se parte del supuesto de que ambas partes contratan en condiciones similares. En vista de todo lo anterior, es efectivo sostener que en el derecho común de los contratos "la regla general es que cada uno de los contratantes debe procurarse su propia información, por lo mismo, en principio debe asumirse que cada

⁶⁵ VALDÉS, D. 2012. Algunas consideraciones sobre el deber de información en las tratativas preliminares: un análisis desde el Código Civil chileno. Revista Estudios Jurídicos Democracia y Justicia (1). ISSN 0719-4064. pp. 14-32.

⁶⁶ *Ibíd.*

⁶⁷ Sentencia de la ltma. Corte de Apelaciones de Concepción, de 24 de septiembre de 2002, citada en CORRAL, H. 2006. "La aplicación jurisprudencial de la buena fe objetiva en el ordenamiento civil chileno", (versión ampliada), en Íñigo de la Maza G. (editor), Temas de contratos, Cuadernos de Análisis Jurídicos, Colección de Derecho Privado, U. Diego Portales, Santiago, , pp. 187-226.

parte soporta el costo de su ignorancia, salvo que exista una buena razón para establecer un deber precontractual de informar.”⁶⁸

2.2.1.2. DEBERES DE INFORMACIÓN EN LA LEY DE PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR (LPA)

En las relaciones de consumo, el presupuesto contemplado en el derecho común, de que las partes se encuentran en igualdad de condiciones, no se cumple, (de hecho esta es una de las justificaciones fundamentales para la existencia de esta rama del derecho). Y por cuanto, se ha identificado que las asimetrías en la información se encuentran en el fondo de los problemas entre proveedores y los consumidores⁶⁹, es lógico que se recurra a mecanismos que disminuyan la brecha en la información, para intentar solucionar los problemas que le plantea al derecho la relación entre consumidor y proveedor. Así las cosas, el deber de información, dentro del derecho de protección del consumidor, tiene un contenido distinto que en el derecho común.

La doctrina ha indicado que la regla general sobre deberes de información en el derecho del consumidor chileno se encuentra en el artículo 3 b) de la ley 19.496, que establece que: “Son derechos y deberes básicos del consumidor: b) el derecho a una información veraz y oportuna sobre los bienes y servi-

⁶⁸ DE LA MAZA, I. 2010. El Suministro de Información como Técnica de Protección de los Consumidores: Los Deberes Precontractuales de Información. Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte. (2): pp.21-52.

⁶⁹ *Ibíd.*

cios ofrecidos, su precio, condiciones de contratación y otras características relevantes de los mismo, y el deber de informarse responsablemente de ellos”. De este artículo la doctrina desprende la gran diferencia que hay con el derecho común de los contratos, por cuanto mientras en este, las partes tienen el deber de proveerse a sí mismas de la información que va más allá de la necesaria para una correcta formación del consentimiento, en la LPA se establece “un amplísimo deber precontractual de informar para el proveedor, por lo mismo, en general –salvo que exista una buena razón– debe asumirse que el riesgo del error del consumidor es soportado por el proveedor.”⁷⁰

El propósito de este deber de información es permitir, que a pesar de las asimetrías en la información que típicamente se dan en las relaciones de consumo, el consumidor pueda formar su voluntad de manera consciente, racional y libre. Así lo ha establecido la doctrina al decir que respecto de “la finalidad [del derecho de información del consumidor], es unánime la doctrina en considerar que el objetivo de la atribución del derecho de información del consumidor, no es otro que facilitar que el consentimiento que presta al contratar un producto o servicio haya sido formado clara y reflexivamente”⁷¹.

⁷⁰ *Ibíd.*

⁷¹ ORTIZ, A. 1992. Comentario artículo 13”. *En*: BERCOVITZ, R. y SALAS, J. Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. España, Civitas. 404p.

Para dotar del contenido necesario a los deberes de información para que logren su cometido, la ley dispone que la información debe ser veraz y oportuna. Sin embargo, la doctrina ha establecido que aquello no es suficiente para satisfacer lo requerido por la ley, por cuanto ésta debe ser además “útil, utilizable y usada”⁷². Al final de cuentas, es importante que la información sea veraz, pero no es suficiente y lo oportuno de la información, se subentiende en la utilidad. Además se señala que la información debe ser comprensible, es decir “que su contenido resulta intelectualmente accesible a un consumidor medio, sin que deba realizar un esfuerzo intelectual extraordinario o requiere la asistencia de terceros o procurarse otra información adicional”⁷³

Finalmente, se puede apreciar en el artículo 3 letra b) de la LPC que el artículo también hace referencia al contenido de la información, por cuanto establece que esta debe tratar “sobre los bienes y servicios ofrecidos, su precio, condiciones de contratación y otras características relevantes de los mismos”. Otorgando al deber de información un alcance amplio y flexible, lo cual es necesario para la universalidad de productos y relaciones de consumo que abarca una norma general de protección para todos los consumidores.

⁷² GÓMEZ, J. 1980. Notas sobre el derecho de información del consumidor” en RJC, Nº 3. Citado en: DE LA MAZA, I. El suministro de información... *óp. Cit.*

⁷³ DE LA MAZA, I. El suministro de información... *óp. Cit.*

2.2.1.3. DEBERES DE INFORMACIÓN ESPECÍFICOS INCORPORADOS POR LA LEY N° 20.555

Como vemos, antes de la ley 20.555 ya existía un amplio desarrollo de los deberes de información como método de protección de los consumidores lo que sin duda era aplicado al ámbito financiero. Sin embargo, al ver que los problemas que afectaban a los consumidores financieros no soslayaban, el legislador estimó que las normas que establecían deberes de información en la LPC y en el derecho común no eran suficientes. Así las cosas, decidió que la forma de solucionar este problema, era mejorar la legislación vigente aumentando y especificando estos deberes de información para los proveedores del mercado financiero.

La pregunta entonces es ¿Qué es lo que aporta la ley 20.555 a los deberes de información ya contenidos en el derecho común y en la LPC? Se estima que “lo particularmente novedoso de las modificaciones introducidas con la ley 20.555 y los reglamentos dictados conforme a esta, es que la información que se debe suministrar obligatoriamente al consumidor se particulariza, en lo que respecta a contenido, presentación, y oportunidad, y su alcance se estandariza a fin de que permita la comparación de productos”⁷⁴. Es decir, no hay una inno-

⁷⁴ ANDRADE, V. 2013. La protección al Consumidor de Tarjetas de Crédito: ¿Son suficientes los deberes de información? En: III CONGRESO Estudiantil de Derecho Civil. Santiago, Universidad de Chile. Facultad de derecho. pp. s.p.

vación en la técnica legislativa para la protección de los consumidores financieros, más bien una especialización de lo que ya se venía haciendo.

Entonces, aparecen otras preguntas ¿Era realmente necesaria esta modificación, o particularización, de los deberes de información recogidos en la LPC? ¿Es más información lo que requieren los consumidores financieros para evitar los abusos de los que son víctimas? A continuación veremos en qué consisten los deberes específicos de información introducidos por la ley 20.555 y su funcionalidad dentro de un sistema donde la ley, complementada por la doctrina y la jurisprudencia, ya había establecido deberes de información amplios para los proveedores en general. En el título que sigue, veremos si a la luz de los problemas planteados en este trabajo, este era el mecanismo necesario para la protección de los consumidores financieros.

En la ley 20.555, los deberes de información fueron repartidos entre derechos de los consumidores, deberes de los proveedores y designación de contenido mínimo que deben pactarse en los contratos por adhesión. Así las cosas, lo primero a analizar son los deberes y derechos a la información, de aplicación exclusiva para los consumidores proveedores del mercado financiero.

Estos son introducidos a través del artículo 1° de la ley 20.555 literales a), b) y e) que complementan el artículo 3° de la LPC. Así las cosas, la ley modificada ahora dispone a grandes rasgos que son derechos del consumidor de productos o servicios financieros: recibir la información del costo total del pro-

ducto o servicio, lo que comprende conocer la carga anual equivalente (CAE)⁷⁵, ser informado por escrito de las razones del rechazo a la contratación del servicio financiero, las que deberán fundarse en condiciones objetivas⁷⁶, conocer las condiciones objetivas que el proveedor establece previa y públicamente para acceder al crédito y para otras operaciones financieras y conocer la liquidación total del crédito, a su solo requerimiento.

Tal como adelantamos, la ley 20.555 también introduce normas que, por lo menos en teoría, obligarían a los proveedores a clarificar sus contratos en orden de que sean más fáciles de entender para los consumidores financieros y así disminuir las brechas de información. Así las cosas, se contempla un deber de informar a los consumidores expresando en términos simples las condiciones de contratación, el cobro de bienes y el cobro de servicios ya prestados (Artículo 17 “a”); se promueve la entrega simplificada y transparente del conte-

⁷⁵ Esta fue una de las novedades más difundidas de la ley, el propósito es que las personas, al momento de cotizar y de contratar, sepan cual será el costo total del producto o servicio financiero considerando, no sólo la tasa de interés del crédito, sino todos los costos y productos asociados al mismo, y que esto se entregue en forma de porcentaje. Sin embargo, estimamos que un indicio de la insuficiencia de esta norma es que pese a entregar una herramienta que permite la comparación de productos y servicios financieros, se esperaba que tuviera un efecto en la competencia y por tanto en los precios de productos.

Sin embargo, según lo informado por el SERNAC en Julio del 2014, a pesar de que se está informando la CAE según lo establecido por la ley y el respectivo reglamento, las grandes diferencias entre el valor de los productos financieros indicaría que la información no ha permeado en los consumidores, o que simplemente, estos no pueden hacer uso de ella. (SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR. 2014. Boletín Créditos Hipotecarios. [en línea] <<http://www.sernac.cl/wp-content/uploads/2014/08/Boletin-CH-julio-141.pdf>> [Consulta: 01 abril 2015])

nido de las cláusulas principales en los contratos, estableciendo como mínimo la obligación de acompañar un desglose de todos los cargos, además de expresar las causales de término anticipado del contrato, su duración, el carácter obligatorio o voluntario de los productos adicionales contratados, además del costo adicional por contratarlos, y finalmente, informar si el contrato cuenta o no con sello SERNAC (Artículo 17 “b”). Para estos efectos se establece la inclusión de un documento adicional llamado “hoja de resumen” que deberá contenga las principales cláusulas del contrato para el mejor entendimiento del consumidor y para facilitar su acceso a la información (Artículo 17 “c”)

Finalmente se establecen la obligación comunicar periódicamente y dentro del plazo de 3 días hábiles, una vez solicitado, la información referente al servicio prestado y el costo de su término anticipado (Artículo 17 “d”); y la obligación de informar, al aval, fiador o codeudor de un consumidor sobre el rol, deberes, responsabilidades, medios de cobranza, etc. (Artículo 17 “j”).

En general, esta es la forma de mejorar la LPC en favor de los consumidores financieros, en lo que a deberes de información se refiere. Ahora, si consideramos las problemáticas planteadas en el primer capítulo respecto de las particularidades del mercado financiero, además de los problemas de sesgos y racionalidad limitada de los consumidores y lo contrastamos con los deberes de información recién expuestos la pregunta que surge es ¿Son estos los mecanismos apropiado para proteger a los consumidores financieros?

2.2.1.4. ANÁLISIS CRÍTICO DE LOS DEBERES DE INFORMACIÓN COMO TÉCNICA DE PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES.

Como ya mencionáramos, es desde el paradigma neoclásico de la economía que aparecen los deberes de información como respuesta a los problemas consumidor-proveedor, por cuanto se estima que el desequilibrio entre los consumidores y los proveedores se debe a las asimetrías en la información.

Lo anterior se fundamenta en esta visión de la economía concibe al consumidor como un *homo economicus*, y que por tanto posee las siguientes características: “(1) tiene un conjunto estable de deseos o preferencias; (2) posee un conocimiento perfecto de las alternativas relevantes respecto de un determinado problema; (3) posee la habilidad para predecir las consecuencias futuras de sus acciones en el presente y en el futuro; (4) posee la habilidad de usar su conocimiento para maximizar su beneficio personal; (5) puede modificar rápidamente su conducta una vez reciba nueva información; (6) presenta decisiones consistentes en el tiempo y; (7) evita el uso de herramientas basadas en las emociones o en la intuición.”⁷⁷ En resumen, una persona para la que hay una relación directamente proporcional entre la información que recibe y lo acertado de sus decisiones.

⁷⁷ SIMON, H. 1987. Behavioral economics. En: EATWELL, J., MILLGATE y NEWMAN, P. The New Palgrave: A Dictionary of Economics. Londres, Macmillan. 1era Edición, 221p.

Así las cosas, cuando en el mensaje presidencial de la ley 20.555 se indica que la mejor forma de proteger a los consumidores financieros es mejorando la información, se está diciendo de manera implícita que el consumidor financiero chileno es un *homo economicus*, y tal como vimos en el primer capítulo de este trabajo esto se aleja sustancialmente de la realidad; el consumidor financiero posee una racionalidad imperfecta, sesgos a la hora de tomar decisiones y una voluntad limitada. Con respecto a los deberes de información establecidos en la ley 20.555, esto significa que la mayoría de las veces el consumidor no leerá la información que se le entrega, no estudiará ni comparará productos y servicios en base a las herramientas que la ley le entrega, y no modificará su comportamiento en base a los estudios que se le presenten, más bien recurrirá a reglas heurísticas⁷⁸ para tomar sus decisiones.

Además, según estudios realizados en Alemania respecto de la entrega y uso de una hoja estandarizada de información del producto o servicio financiero (similar a la hoja resumen del artículo 17 C introducido por la ley 20.555) demuestran que de todas las personas a quienes se les entregó la hoja estandarizada, el 50% no la leyó⁷⁹. Las causas para este comportamiento pueden

⁷⁸ ANDRADE V. *Op. Cit.*

⁷⁹ GARCÍA W., y VAN BOOM W. 2009. *Information Disclosure in the EU Consumer Credit Directive: Opportunities and Limitations* [en línea] <<http://ssrn.com/abstract=1538111>> [Consulta: 01 abril 2015]

ser variadas y exceden el tema de esta memoria, sin embargo no hay razón para creer que en Chile los consumidores se comportarían de manera distinta.

En la suma de lo expuesto anteriormente radica el primer problema del énfasis en los deberes de información: es difícil que la información permee en la sociedad de consumidores financieros, ya que 1) les cuesta o sencillamente no pueden entender la información (la presentación sencilla de la misma es un avance, pero sigue siendo información con determinado grado de dificultad); 2) En muchos casos el consumidor ni si quiera se dará el tiempo leer, mucho menos estudiar y comparar, independiente si puede entender o no la información; y 3) Aunque usen la información, es difícil que los consumidores dejen de lado sus “reglas de oro” (heurística) a la hora de tomar decisiones, por cuanto perciben que estas les han sido de utilidad en el pasado, a pesar de que ello no sea cierto

Si lo miramos de esta manera, se puede ver que para los consumidores financieros no se justifican los aumentos en los deberes de información de la ley 20.555. Es verdad que en general mayor información beneficia a los consumidores, lo que se puede apreciar respecto del mercado de alimentos (información nutricional), de tecnología (uso de garantías), etc. Sin embargo en el mercado financiero, la complejidad y constante cambio de sus productos y servicios además los problemas de racionalidad limitada, sesgos y voluntad maleable de los consumidores que se agudizan respecto de ellos, hacen que los

deberes de información sean por sí solos, un mecanismo insuficiente para la protección del consumidor financiero.

El segundo problema es la dificultad para implementarlos, y que la ley no considera un mecanismo apropiado que esté a la altura de esa dificultad. Para que los deberes de información cumplan su propósito es tan importante la información que se entrega (el “qué”) y la forma en que se hace (el “cómo”), como el tiempo en que se entrega dicha información (el “cuando”). Por cuanto el fin último de los deberes de información es aumentar la conciencia del consumidor en el momento que le es útil, es decir, al tomar la decisión de consumo, es importante que se vele por que la información se esté entregando en un momento y contexto apropiados para influir sobre el individuo⁸⁰.

Es decir, para que los deberes de información introducidos por la ley 20.555 surtan algún efecto, es imperante que se establezca la forma de asegurar que esta información se entreguen en el momento y condiciones adecuadas. Así las cosas, el legislador diseñó un mecanismo ad-hoc para asegurar que el “qué”, el “cómo” y el “cuando” que es el mecanismo de persuasión moral conocido como “Sello SERNAC”, diseñado para impulsar la incorporación de estas prácticas por parte de los proveedores a cambio de una supuesta ventaja com-

⁸⁰ “es vital tener en consideración que la única forma en que tales normas logren su propósito de aumentar conciencia del consumidor al momento de que este delibera sobre su decisión de consumo es cuando se suministra en el instante y en la forma correcta” (ANDRADE, V. *Op. Cit.*)

petitiva. Sin embargo, con el fracaso del Sello SERNAC el *enforcement*⁸¹ de los deberes de información introducidos por la ley 20.555 quedó a la deriva, y el alto costo que significa verificar el cumplimiento de estos nuevos deberes, no pudo ser asumido por el SERNAC que cuenta con recursos y atribuciones bien limitados.

Así las cosas, no es de extrañar que hasta el momento no hayan estudios o informes del SERNAC que indiquen el nivel de aplicación que se le ha dado a las normas de la ley 20.555 o el nivel de eficacia que han tenido en transparentar la información financiera⁸². Por otro lado, actualmente “las conductas principalmente objetadas por el SERNAC no [dicen] relación directa al incumplimiento de la normativa del Sernac Financiero sino más bien a una infracción de la normativa preexistente en materia de intereses asociados a las operaciones de crédito y a la incorporación de cláusulas abusivas...”⁸³. Lo que confirma lo ineficiente del enfoque en los deberes de información, y lo débil de los mecanismos de *enforcement* establecidos en ella.

⁸¹ El profesor Roa hace notar que la poca importancia que culturalmente se le ha dado al *enforcement* en las políticas de protección de los consumidores se evidencia en el hecho de que ni siquiera existe una palabra en el español que sea una traducción exacta del término. (ROA, J. Buenas prácticas y perspectivas de análisis para la mejora del Sistema de Protección al Consumidor en Chile. [en línea] < <http://95propuestas.cl/site/wp-content/uploads/2013/05/buenas-practicas-y-perspectivas-de-analisis-para-la-mejora-del-sistema-de-proteccion-al-consumidor-jose-roa.pdf>> [Consulta: 01 abril 2015] 10p)

⁸² *Ibíd.* 14p.

⁸³ ANDRADE, V. *Óp. Cit.*

El tercer y último punto, como hemos visto en las normas analizadas, la principal herramienta para proveer de información a los consumidores financieros es la de entregar información estandarizada (CAE y la Hoja de Resumen). Sin embargo, hay un riesgo en determinar de antemano los elementos que van a servir de comparación, por cuanto, los proveedores pueden ocultar diferencias en los productos y servicios ofrecidos, que son importantes en la decisión de consumo, pero que no se exige informar en los instrumentos estandarizados. Así las cosas, se le puede dar una falsa sensación de seguridad al usuario de los instrumentos estandarizados de información, si es que la información que recibe no es completa y útil, atendidas las características que no se muestran del producto.

Estimamos que este problema exige una constante revisión de los instrumentos de entrega estandarizada de la información, lo que se facilita con lo que estimamos un acierto de la ley, al dejar que el diseño y contenido de estos instrumentos esté entregado a un reglamento. Sin embargo, por cuanto no hay un organismo de dedicación exclusiva a la protección de los consumidores financieros, y las limitaciones que tiene el SERNAC para hacerse cargo de esta tarea (atendida la extensión de su mandato y lo limitado de sus recursos), es difícil que se realice la fiscalización necesaria para poder identificar si los mecanismos regulados siguen siendo útiles, y labor normativa para adaptarlos.

En conclusión, podemos ver que la incorporación de deberes de información de la ley 20.555 presenta tres problemas: primero, que es dudoso, en atención a la racionalidad limitada de los consumidores y en general todos los fenómenos estudiados por la economía conductual, que los consumidores puedan o pretendan hacer uso de la información que se les entrega. Formatos y contenidos mínimos simplificados, no son garantía de que el consumidor promedio chileno pueda entender y aplicar los instrumentos normados en la ley 20.555, sobretodo si consideramos los bajos de niveles de comprensión lectora en el país⁸⁴.

Segundo, para que los deberes de información tengan efecto en aquella parte de la población que pueda saltar la barrera de la racionalidad limitada, los sesgos y la voluntad maleable, es necesario que se asegure que la información se entregue según lo establecido en la ley, en cuanto a contenido, tiempo y forma. Sin embargo, parara asegurar que esto se cumpla, es absolutamente necesario un mecanismo de *enforcement* adecuado, y según veremos en el siguiente título, el mecanismo diseñado para esto, el sello SERNAC, no ha sido solicitado por ninguna institución y por tanto, en este momento no hay una fiscalización adecuada del cumplimiento de esta normativa y por lo mismo, los

⁸⁴ CONSEJO NACIONAL DE LA CULTURA Y LAS ARTES. 2011. Estudio sobre el Comportamiento Lector a Nivel Nacional [en línea] <<http://www.cultura.gob.cl/wp-content/uploads/2013/04/Estudio-Comportamiento-Lector.pdf>> [Consulta: 01 Abril 2015]

deberes de información no han tenido un impacto significativo en el sistema financiero.

Finalmente, al establecer previamente las formas en que se debe entregar la información, es de esperar que los proveedores busquen la forma de ocultar de lo requerido por estos instrumentos aquello que puede disuadir al consumidor de contratar con ellos. Así las cosas, es necesaria una constante revisión y actualización de los reglamentos que contienen los diseños para transparentar la información que le es útil a los consumidores. Para realizar dicha labor, es necesario que haya un organismo que pueda dedicarse a la tarea de vigilar la utilidad de los mismos y que pueda abocarse a la labor técnica y normativa modificar o diseñar mecanismos que se adecuen a los constantes cambios que tiene la forma en que se entregan los productos y servicios financieros. En la ley no se establece un organismo que se pueda encargar de esta tarea como corresponde, y el SERNAC, dado que debe encargarse de la defensa de todos los consumidores, estimamos que no puede alcanzar los niveles de especialidad y de dedicación necesarios para realizar esta tarea.

La suma de estos tres problemas, dejan en evidencia que los deberes de información establecidos en la ley no fueron acompañados del tan necesario mecanismo de *enforcement* necesarios para que surtieran algún efecto; y aunque lo tuvieran, en atención a las dificultades de los consumidores y la comple-

alidad del mercado financiero, por sí solos no son suficientes para otorgar una protección eficaz a los consumidores financieros.

2.2.2. SELLO SERNAC

Diseñado como un mecanismo de persuasión moral, consiste en un certificado que entrega el SERNAC a los productos y servicios financieros que revisados, se haya verificado que cumplen con lo dispuesto en la LPA y en especial, con los deberes introducidos por la ley 20.555. La motivación para los proveedores de obtener este sello sería la ventaja competitiva para quienes cuentan con el Sello, por cuanto, sería una garantía de transparencia y confiabilidad para los consumidores y por tanto, propenderían a contratar con estas instituciones.

Este mecanismo recibió gran atención en el mensaje presidencial y en la propia ley 20.555, donde se puede apreciar que gran parte del articulado está destinado a normar esta institución. Esta atención se justifica, por cuanto, fue el mecanismo ideado por la ley, para velar por el cumplimiento de los deberes de información introducidos por el mismo cuerpo normativo.

Sin embargo, este será todo el análisis que haremos de este mecanismo, por cuanto, a pesar de parecer una buena idea, el contar con el sello SERNAC es tan sólo una opción para los bancos e instituciones financieras. Por causa de lo anterior, al momento de realizar esta memoria, ningún proveedor ha pos-

tulado a que sus productos y servicios cuenten con este sello, así las cosas, si nadie tiene el sello, ningún proveedor tiene una ventaja competitiva, pero tampoco ninguno sale perjudicado. Y los consumidores quedan en la misma situación que antes, por cuanto se frustra el mecanismo que fue diseñado para garantizar la entrega de la información en la forma establecida por la ley, para proteger a los consumidores.

Es por ello, que estimamos que no sirve de mucho analizar un mecanismo que nunca se ha usado, y que al parecer, a menos que se modifique la ley, tampoco será usado en el futuro. Por tanto, la principal crítica a la parte de la ley que regula el sello SERNAC tiene relación con lo mismo: debiera ser obligatorio para las empresas someter a revisión sus contratos para contar con este sello además de contar con políticas adecuadas de atención al cliente, por que, como empíricamente se encuentra demostrado, los proveedores no van a someterse de manera voluntaria a la fiscalización del SERNAC.

2.3. ¿ES ADECUADA LA PROTECCIÓN QUE SE LE ENTREGA ACTUALMENTE A LOS CONSUMIDORES FINANCIEROS?

Como se puede apreciar, la normativa que ha regulado este tema no es muy extensa y por lo mismo, estimamos que falta mucho por hacer. Sin embargo, en orden de poder realizar los cambios que ayuden realmente a los consumidores, es importante hacer un alto y analizar lo que ya se ha hecho, ver el

impacto y la lógica detrás de la norma, y ver si es necesario modificar el rumbo de la regulación que se dicta para proteger a unos consumidores, que cómo vimos, están en una real necesidad de amparo por parte del Estado.

En este capítulo hemos visto dos aproximaciones que se han tomado en Chile frente a los problemas que tienen los consumidores financieros. La SBIF por un lado, decidió ampliar la “lista negra” de cláusulas abusivas contempladas en la ley 19.496, para prohibir situaciones que se presentaban especialmente en el sector financiero. Luego, al ver que las circulares de la SBIF no solucionaban mayormente estos problemas, se decidió promulgar la ley 20.555 que modificó la LPC en orden de establecer deberes de información específicos al mercado financiero y un mecanismo de persuasión moral conocido como el sello SERNAC. En esta misma ley se repitieron algunas de las prohibiciones establecidas en las circulares de la SBIF, pero no se replicó (en lo que consideramos un desacierto) el mecanismo de establecer un listado de cláusulas abusivas de aplicación especial al sector financiero

Así las cosas, la primera crítica, es que el principal enfoque de la ley 20.555 fuera especificar los deberes de información que ya se encontraban recogidos en la LPC, por cuanto, según se puede desprender del mensaje presidencial y su énfasis recalcitrante en los deberes de información como solución del problema, el legislador consideró que el consumidor chileno es semejante al

homo economicus del modelo económico neoliberal. Sin embargo, como hemos visto a lo largo del trabajo, esta presunción es completamente errónea.

La economía conductual ha demostrado que los consumidores poseen una racionalidad limitada, tienen sesgos a la hora de consumir y poseen una voluntad maleable, según lo estudiado en el primer capítulo; y por lo mismo, el provecho que pueden sacar de las políticas establecidas en la ley de marras es ínfimo. En otras palabras, consideramos que el hecho de que la ley 20.555 haya puesto su enfoque únicamente en los deberes de información para la protección de los consumidores financieros fue un error. De una ley tan publicitada, era esperable una serie de medidas adicionales, que se hicieran cargo de las problemáticas originadas en la naturaleza de los consumidores y de la complejidad mercado según lo expuesto en este trabajo.

La segunda crítica, es el fracaso del sello SERNAC como mecanismo de persuasión moral y que daba consistencia a esta ley, por cuanto era el único mecanismo contemplado expresamente en ella para verificar el cumplimiento de las disposiciones incorporadas a la LPC. Como vimos, el *enforcement* es esencial para el éxito de cualquier política de protección al consumidor, y el mecanismo de esta ley fracasó por cuanto se diseñó de tal manera, que ninguna institución financiera lo solicitó. Por lo mismo, la fiscalización de estas normas (que es un trabajo considerable) terminó sumándose a la extensa lista de

cosas para hacer que tiene el SERNAC, que por su carácter de órgano de protección para todos los consumidores, no cuenta con los recursos ni la experticia necesaria para hacerlo.

Así las cosas, podemos decir que la ley 20.555 es insuficiente, primero, porque exalta a los deberes de información como la única y mejor política para solucionar los problemas de los consumidores financieros en Chile. Y si bien se establecen algunas prohibiciones específicas (y necesarias por lo demás), como las ventas atadas, la prohibición de los mandatos en blanco, entre otros; no hay políticas de protección adicionales que consideren la naturaleza de los consumidores y del mercado financiero. Y segundo, que si bien no podemos desconocer que establecer deberes de información específicos es un avance, sin los dispositivos de *enforcement* correspondientes, jamás tendrán el efecto esperado⁸⁵.

En conclusión, con la promulgación de la ley 20.555 no hubo un cambio real en el panorama para los consumidores financieros. Lo anterior se puede apreciar en la mantención del porcentaje de reclamos ante el SERNAC en contra los proveedores del mercado financiero, el contenido de los reclamos (todas materias no reguladas por la ley 20.555) y su poca aplicación en los juicios lle-

⁸⁵ ROA, J. *Óp. Cit.* 9p

vados por el SERNAC⁸⁶. Todo lo anterior hace que esta ley, que prometía mucho, terminara por ser poco gravitante en el ámbito de protección de los consumidores financieros.

⁸⁶ “Result[a] del todo curioso que en estos casos las conductas principalmente objetadas por el SERNAC no digan relación directa al incumplimiento de la normativa del Sernac Financiero sino más bien a una infracción de la normativa preexistente en materia de intereses asociados a las operaciones de crédito y a la incorporación de cláusulas abusivas...” (ANDRADE, V. *Óp. Cit.*)

CAPITULO 3: PROPUESTAS PARA UNA MEJOR POLÍTICA DE PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES FINANCIEROS.

Hasta ahora en este trabajo hemos analizado el “por qué” es necesaria una protección específica de los consumidores financieros, y “cómo” se ha tratado de solucionar este problema, demostrando que hasta ahora, las políticas implementadas han sido más bien una declaración de buenas intenciones que políticas efectivas para equilibrar la balanza a favor de los consumidores financieros.

Es por ello que en este último capítulo procederemos a realizar un análisis del “cómo deberían ser” o hacia donde deberían avanzar las políticas nacionales de protección del consumidor financiero para que llenar los vacíos dejados por la ley 20.555. Para realizar estas propuestas, utilizaremos como marco teórico los documentos generados por expertos internacionales a la luz de un sinnúmero de estudios y análisis legislativos, como son el documento presentado por la OCDE en el año 2011 a petición del G20, conocido como “*High-level principles on financial consumer protection*”, diseñado por un panel de expertos que, basados en la experiencia de una serie de países, señalan una serie de

principios y medidas que debieran implementarse para mejorar la protección de los consumidores; también tendremos a la vista el documento emanado de la Asociación de Supervisores Bancarios de las Américas A.C. (ASBA), llamado “Mejores prácticas y recomendaciones para la protección del consumidor financiero”, donde se presentan una serie de prácticas exitosas en el ámbito de protección del consumidor financiero y cómo se han llevado a la a cabo en distintos países de América.

Así las cosas, expondremos los principios y prácticas recogidos desde estos y otros estudios, analizando cómo podrían llevarse a la práctica considerando la realidad de nuestro país. Mientras realizamos nuestras propuestas, también consideraremos el proyecto de ley mensaje N° 141-362 del 2 de Junio de 2014 (que dota de nuevas atribuciones al SERNAC) por cuanto varias de nuestras propuestas son recogidas en este proyecto de ley, y también consideraremos cuáles han sido las propuestas para enfrentar este desafío en el derecho comparado. Todo con miras a descubrir y proponer políticas de protección del consumidor financiero realmente eficaces, con los beneficios que, según hemos visto, conlleva tanto para las personas como para la estabilidad del sistema financiero.

3.1. INCORPORACIÓN DE PRINCIPIOS Y MEJORES PRÁCTICAS ASOCIADAS

En esta parte agruparemos nuestras propuestas respecto de las modificaciones a la estructura legislativa (*legal framework*). Para llevar a cabo esta tarea ordenaremos esta parte del capítulo por principios a los que nuestras propuestas se asocian, detallando el contenido de cada uno y las mejores prácticas⁸⁷ que fundamentarán aquellas propuestas.

Creemos que enmarcar nuestras propuestas dentro de determinados principios es fundamental, por cuanto estos permiten comprender las normas, interpretarlas e incluso llenar sus vacíos en algunos casos. Además, en el sector financiero, el establecer o legislar en base a principios es un mecanismo apropiado para que tanto los jueces como los fiscalizadores puedan adaptar la aplicación de las normas a la creciente complejidad y rápido cambio que se aprecia en los productos, servicios y prácticas del mercado financiero.

Así lo ha entendido también el grupo de estudio de la OCDE al señalar que una aproximación eficaz para mejorar la estructura de la legislación que protege a los consumidores financieros, es entrelazar en ella tanto principios

⁸⁷ Con el fin de ayudar al lector de esta memoria, repetimos el concepto de mejores prácticas presentado en la y que consiste en el “conjunto de principios y acciones que en un determinado contexto han logrado el resultado esperado por quienes las han concebido y ejecutado. En este sentido se espera que las mejores prácticas, generen, en condiciones similares, resultados parecidos” (ASOCIACIÓN DE SUPERVISORES BANCARIOS DE LAS AMÉRICAS, Óp. Cit. 10p)

como regulación específica del mercado y sus productos.⁸⁸ Asimismo lo plantea la ASBA al mencionar que “Un ordenamiento jurídico sólido debe estar regido por principios que funjan como directrices fundamentales de la regulación para orientar el sentido de la misma, permitiendo un desarrollo coherente y consistente”⁸⁹. Es en atención a estas recomendaciones, que diseñamos esta parte de nuestro trabajo enlazando nuestras propuestas con los principios rectores en los que se subsumen.

Además, estimamos que en nuestra legislación se hará más necesario el establecimiento de estos principios en el caso de que el proyecto de ley N° 141-362 se llegara a promulgar y se diera al SERNAC la facultad de dictar instrucciones de carácter general que serán obligatorias para los proveedores⁹⁰, por cuanto estos principios serían de gran importancia para guiar el uso de esta función normativa promoviendo un desarrollo consistente de los reglamentos que pueda dictar el SERNAC en el uso de esas atribuciones.

⁸⁸ G20/OECD TASK FORCE ON FINANCIAL CONSUMER PROTECTION. 2014. *Effective Approaches to Support the Implementation of the Remaining G20/OECD High-Level Principles on Financial Consumer Protection*. Francia, OCDE. [en línea] <<http://www.oecd.org/daf/fin/financial-markets/48892010.pdf>> [Consulta: 01 abril 2015] 13p.

⁸⁹ ASOCIACIÓN DE SUPERVISORES BANCARIOS DE LAS AMÉRICAS, Óp. Cit. 13p

⁹⁰ BACHELET M., ARENAS A. y RINCON X. 2014. Proyecto de ley que modifica la ley N° 19.496 (Mensaje N° 141-362) [en línea] <<http://www.camara.cl/sala/verComunicacion.aspx?comuid=11517&formato=pdf>> [Consulta:01 abril 2015] 6p.

Actualmente en la legislación nacional dictada para proteger al consumidor financiero no se contemplan expresamente principios que establezcan directrices para su protección. Quizás el único principio recogido, es el principio de transparencia e información según se puede extraer del mensaje presidencial de la ley 20.555. Sin embargo, hemos visto a lo largo de este trabajo que recoger ese principio es insuficiente. Por lo mismo proponemos que se contemple expresamente principios adicionales que amplíen el área de influencia de las políticas de protección al consumidor y sirvan de guía para todas las partes interesadas⁹¹, sean consumidores, proveedores, fiscalizadores o jueces.

Así las cosas, procederemos a exponer en qué consisten los principios que estimamos más relevantes para fortalecer la protección de los consumidores financieros en nuestra legislación (y que proponemos deben incorporarse expresamente en una nueva normativa especial de protección al consumidor financiero⁹²), junto con las mejores prácticas que se les asocian, la forma en

⁹¹ Utilizaremos el término "Partes interesadas" como traducción del término "*Stakeholders*" según lo establecido en la obra de R.E. Freeman "*Strategic Management: a Stakeholder approach*" (FREEMAN, R. 1984. *Strategic Management: a Stakeholder approach*. Edición Digital. Gran Bretaña, Cambridge University Press.)

⁹² Un buen ejemplo de cómo se recogen los principios de manera expresa en una legislación de protección al consumidor financiero, es la ley 1328 del 2009 de Colombia, que establece lo siguiente: "Artículo 3°. Principios. Se establecen como principios orientadores que rigen las relaciones entre los consumidores financieros y las entidades vigiladas, los siguientes: a) Debi- da diligencia; b) Libertad de elección; c) Transparencia e información cierta, suficiente y oportuna; d) Responsabilidad de las entidades vigiladas en el trámite de quejas; e) Manejo adecuado de los conflictos de interés; f) Educación para el consumidor financiero." (Cada uno de ellos es definido en el mismo cuerpo normativo, aquí sólo se han enumerado en atención a la extensión

que se recogen en diversos proyectos de ley, y también cómo se han materializado en el derecho comparado. Luego de ese análisis, en cada título expon-dremos nuestras propuestas para la construcción de una normativa apropiada de protección del consumidor financiero en nuestro país.

3.1.1. PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD DE LAS NORMAS DE PROTECCIÓN AL CONSUMI-DOR FINANCIERO

Este principio reconoce que las relaciones de consumo relativas a la prestación de servicios financieros requieren un tratamiento normativo especial y exclusivo, dado que por lo general, los contratos de los productos y servicios financieros son más complejos que en otras relaciones de consumo. Por ello, es recomendable promulgar una legislación especializada, que reúna todas las normas que la componen en un solo lugar y de manera sistemática, de manera que garantice la claridad y eficiencia del sistema de regulación.

Respecto de este punto la ASBA informa que “Los mejores sistemas de regulación son aquellos que están conformados por normas que han sido re-dactadas por reguladores expertos en temas financieros, de supervisión y de protección al consumidor financiero, con preceptos y principios que se aplican exclusivamente a ello. Esto se contrapone a los sistemas donde existen normas

que se le pretende dar a este trabajo). Creemos que un artículo semejante debe ser incluido en el cuerpo normativo que se dicte para proteger al consumidor financiero (COLOMBIA, Ministe-rio de Hacienda y Crédito Público. 2009. Ley 1328, Por la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones. 15 de julio de 2009.)

de carácter general que se aplican a todas las relaciones de consumo, pues en ellas claramente encontramos vacíos al intentar aplicarlas a relaciones con el sistema financiero, las cuales son muy especiales y complejas.”⁹³

Como ya mencionáramos en el primer capítulo, no hay duda del vínculo que existe entre la protección de los consumidores y la estabilidad del sistema financiero. Entendiendo la importancia que tiene una normativa apropiada que fundamente estas políticas, es que varios países han decidido crear cuerpos normativos específicos para la protección de los consumidores financieros; tenemos por ejemplos la “Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros”⁹⁴ dictada por México; la “*Financial Consumer Agency of Canada Act*”⁹⁵ de Canadá, la ley N° 1.328 de 2009 de Colombia⁹⁶ y la *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*⁹⁷ de Estados Unidos, entre otras.

⁹³ ASOCIACIÓN DE SUPERVISORES BANCARIOS DE LAS AMERICAS, *Óp. Cit.* 19p

⁹⁴ Norma de carácter especial y que controla la protección del consumidor financiero mediante la creación de la Comisión Nacional para la Defensa de Usuarios de Servicios Financieros (CONDUSEF), que tiene como fin velar por la aplicación de las normas contenidas en la misma ley, además de ejercer sus facultades para regular las prácticas y cláusulas abusivas en los contratos de adhesión. (MÉXICO. Congreso de los Estados Unidos Mexicanos. 1999. Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros. 18 enero 1999 (Última reforma publicada el 10 de enero de 2014))

⁹⁵ Que crea la agencia del mismo nombre, con facultades para sancionar y regular, además de velar por el cumplimiento de los derechos de los consumidores establecidos en otros cuerpos normativos específicos al sector financiero como son la *Bank Act, Trust and Loan companies act*, etc. En la página de la agencia hay un detalle de que parte de cada norma contiene estos derechos (CANADA. *Senate and House of Commons of Canada*. 2001. *Financial Consumer Agency of Canada Act*. 14 de junio de 2001.)

Vemos así, que es reconocida la importancia la creación de un cuerpo normativo específico de manera que pueda incorporar principios y normas especiales para la protección del consumidor financiero y ya se ha llevado a la práctica en varios lugares del mundo (incluso en Estados con un desarrollo y problemáticas similares al nuestro), estableciendo cuerpos normativos que consideran “la naturaleza, escala y complejidad del mercado financiero, y las especificidades de los diferentes actores de ese mercado”⁹⁸.

La creación de una normativa especial y exclusiva tiene varios beneficios, entre los que podemos mencionar que facilita el acceso a la información para todos los agentes externos, permite la creación de un sistema de normas cohesionadas y complementadas por principios específicos permitiendo una interpretación sistemática e integradora de las normas contenidas en el mismo cuerpo y de los reglamentos que se dicten por mandato del mismo, facilitando la tarea tanto de los órganos fiscalizadores cómo judiciales frente a los constan-

⁹⁶ Norma que regula de manera especial los derechos y obligaciones de los consumidores financieros, crea el sistema de Atención al Consumidor Financiero, establece directrices para el defensor del cliente, regula cláusulas y prácticas abusivas y establece un régimen sancionatorio especial. (COLOMBIA. *Óp. Cit.*)

⁹⁷ Relativo a los consumidores financieros, establece el *Bureau of Consumer Financial Protection*, además de regular distintos tipos de crédito, establecer derechos y obligaciones de los consumidores financieros, y asegurar educación financiera y consejo a determinados grupos de consumidores. (ESTADOS UNIDOS. Senate and House of Representatives of the United States of America. 2010. *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*. 5 de enero de 2010.)

⁹⁸ G20/OECD TASK FORCE ON FINANCIAL CONSUMER PROTECTION. *Op. Cit.* 7p

tes avances de los productos y servicios financieros que la norma escrita muchas veces no alcanza a regular.

Sin embargo, lo mencionado anteriormente no es todo; una normativa especial para la protección del consumidor financiero, también implica la creación y regulación de un órgano encargado exclusivamente del tema de marras. La complejidad de los productos y servicios financieros, además de los problemas que nacen de la racionalidad imperfecta y sesgo de los consumidores cuando los contratan, justifican el establecimiento de un órgano con dedicación exclusiva a este tema, con los conocimientos y pericia necesaria para dictar regulaciones específicas, sanciona, solucionar y representar adecuadamente a los consumidores frente a conflictos relacionados con la ley de protección del consumidor financiero. Profundizaremos respecto de este punto más adelante en este capítulo, por ahora baste decir que tan importante como una legislación especial, es la creación de un órgano especial que se encargue de la fiscalización y “*enforcement*” de esa normativa.

En nuestro país, como ya vimos, la única norma que regula específicamente los derechos y obligaciones de los consumidores financieros, es la ley 20.555, que al final lo que hace es modificar la LPC. Por tanto, tenemos en nuestro país una norma general de protección de los consumidores, que se aplica por tanto al consumidor financiero, incorporando algunos artículos para

la protección del consumidor financiero segregados a lo largo de la ley y que se abocan casi exclusivamente a particularizar la provisión de información. Es decir, no hay una estructura normativa apropiada, ni mucho menos exclusiva y sistemática para la protección de los consumidores financiero.

Así las cosas, nuestra primera propuesta para asegurar la debida protección de los clientes financieros, es contar con cuerpo normativo especial, de fácil acceso y comprensión, que regule temas específicos de la relación del consumidor con los bancos e instituciones financiera. Que además en ella se establezca la creación de un órgano encargado exclusivamente de la protección del consumidor financiero, y se le otorguen mandatos para dictar reglamentos en aquellas materias que requieran una constante actualización para que la norma se mantenga al paso de los cambios de los productos y servicios financieros.

En los títulos que siguen a continuación propondremos algunas políticas, principios y normas que estimamos deben ser incorporados en este nuevo cuerpo normativo. En el último título de este capítulo nos referiremos con más detalle a la necesidad de un órgano fiscalizador de dedicación exclusiva a este tema.

3.1.2. PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA E INFORMACIÓN

Como ya adelantáramos, este es el único principio que se recoge en la actual legislación de protección al consumidor financiero y se manifiesta a lo largo de toda su normativa, y por lo mismo, su tratamiento en este trabajo será más bien sucinto, en atención a que ya se ha dicho suficiente respecto de este tema, cuando se dictó la ley 20.555.

En cuanto al principio, este “supone la necesidad de revelar en términos adecuados y comprensibles los principales aspectos y condiciones del producto financiero para que el consumidor entienda los derechos y deberes que adquiere al entablar una relación con la institución financiera.”⁹⁹

Las políticas públicas que emanan de este principio y que se recogen en nuestra legislación ya las hemos analizado y criticado ampliamente. Sin embargo, esto no quita que sea un principio rector que debe considerarse en cualquier estructura de protección de los clientes financieros, por cuanto la entrega de información (independiente de si el consumidor la entiende adecuadamente o no) es un requisito esencial para la adecuada formación del consentimiento, y un mecanismo apropiado para aumentar los niveles de confianza en el sistema financiero cuando transparenta y facilita el entendimiento de aquellos puntos que coinciden con los métodos heurísticos de los consumidores como son, por ejemplo, el entendimiento claro del precio y el plazo para pagar.

⁹⁹ ASOCIACIÓN DE SUPERVISORES BANCARIOS DE LAS AMERICAS. *Óp. Cit.* 14p

A pesar de los problemas que tiene para erigirse por sí solo como un método efectivo de protección para los consumidores, eso no quita que bien complementado (con políticas de educación financiera por ejemplo), sean de ayuda para una cantidad considerable de consumidores financieros. Además, las normas dictadas en virtud de este principio cumplen roles adicionales para otras partes interesadas, como pueden ser otras instituciones financieras (fomentando la competencia) o para los fiscalizadores (permitiendo elaborar políticas, reglamentos e informes que vayan en beneficio de los consumidores).

El contenido esencial (debe plasmarse al expresar el principio en la ley) de este principio indica en que la información que se entregue por parte de los proveedores debe ser oportuna, clara y específica. Y esto debe mantenerse durante todas las etapas del *iter* contractual, es decir, la etapa precontractual, la celebración del contrato, la ejecución del mismo, e inclusive la etapa post contractual. La precisión de la información también es un factor que considera este principio, por cuanto si es muy compleja o hay un exceso de ella, la información termina siendo un obstáculo adicional para el consumidor.

En cuanto a la aplicación de este principio, estimamos que el aporte de la ley 20.555 está bien encaminado, y proponemos que su normativa respecto de los deberes de información debería repetirse en un nuevo cuerpo normativo. Ahora, en el caso de establecer un nuevo cuerpo de normas de especial apli-

cación para la protección del consumidor financiero, tal como ya hemos mencionado, es importante que además el principio se exprese.

Un buen ejemplo de cómo debería hacerse, lo encontramos en la la Ley 1.328 del 2009 de Colombia por cuanto establece que “Artículo 3°. Principios. Se establecen como principios orientadores que rigen las relaciones entre los consumidores financieros y las entidades vigiladas, los siguientes: c) Transparencia e información cierta, suficiente y oportuna.- Las entidades vigiladas deberán suministrar a los consumidores financieros información cierta suficiente, clara y oportuna, que permita, especialmente, que los consumidores financieros conozcan adecuadamente sus derechos, obligaciones y los costos en las relaciones que establecen con las entidades vigiladas.”¹⁰⁰

El expresar este principio en la nueva ley, se amplía la posibilidad de acción de los consumidores, de los fiscalizadores y jueces, frente a situaciones en que los proveedores, cumpliendo con las disposiciones de la ley, diseñen nuevas forma de mantener en la obscuridad al consumidor o de que la información que se entrega, o la forma en que se entrega, no le sea de provecho al consumidor que pretende hacer uso de ella.

Así las cosas, nuestra propuesta en este punto son:

¹⁰⁰ COLOMBIA. *Óp. Cit.*

- 1) La repetición y sistematización (v.gr. la creación de un título dentro de la ley dedicado a los deberes de información) de las normas establecidas en la ley 20.555. Que al ser complementadas con otras políticas y mecanismos efectivos de fiscalización, estimamos pueden llegar a uno de los mecanismos que ayuden a la protección de los consumidores
- 2) La incorporación expresa del principio de transparencia e información, considerando en su definición y en normas adicionales, los aspectos de oportunidad, especificidad, claridad y precisión aplicados a las relaciones de consumo en el mercado financiero.

3.1.3. PRINCIPIO DE EDUCACIÓN FINANCIERA

El principio de educación financiera consiste en establecer políticas públicas y normativas que ayuden e impulsen a que los consumidores puedan tener un “conocimiento integral del sistema financiero: entidades que lo integran, beneficios y riesgos de los productos y servicios que se ofrecen, principios de finanzas personales y familiares, régimen de protección al consumidor y términos contractuales de las relaciones financiera.”¹⁰¹ Este conocimiento del siste-

¹⁰¹ ASOCIACIÓN DE SUPERVISORES BANCARIOS DE LAS AMERICAS. *Óp. Cit.* 15p

ma y de los principios de finanzas personales y familiares son esenciales para mitigar las fallas de comprensión y conflictos con las entidades financieras.¹⁰²

No es casualidad que este principio lo pongamos a continuación del de Información y Transparencia, por cuanto, es un complemento necesario para que este cumpla su propósito. No es de extrañar que el profesor Lorenzini al hablar de los desafíos pendientes de la ley 20.555 sostuviera que “Una reglamentación como ésta no se entiende completa sino se considera como supuesto básico e indispensable para el logro de los objetivos perseguidos que el Estado desarrolle una efectiva política de Educación Financiera, con el fin de facilitar la comprensión del público consumidor sobre aspectos relevantes en el ámbito financiero. Se trata de un mercado altamente complejo para el consumidor promedio, con una terminología de difícil alcance, con nociones que exigen un elevado nivel de abstracción y la aplicación de habilidades matemáticas por parte de la población.”¹⁰³

¹⁰² Como ya hemos mencionado anteriormente, este principio tiene una relación cercana con el deber de información y transparencia, por cuanto, para que un consumidor pueda aprender acerca de determinado producto requiere que se le entregue la información de manera adecuada (educación acerca del producto); y por otro lado, en orden de que el consumidor pueda hacer uso de la información que se ha ordenado entregar, requiere de la educación financiera.

¹⁰³ LORENZINI, J. 2012. SERNAC Financiero: fundamentos y perspectivas. Revista de Derecho, Universidad de Chile. (2): pp. 267-280

Este principio también considera que la educación financiera es un pilar fundamental de las políticas de protección al consumidor financiero¹⁰⁴ y lo mismo es una labor en la que se debe involucrar a todas las partes interesadas. Al considerar este principio, en Colombia la ley establece que “Las entidades vigiladas, las asociaciones gremiales, las asociaciones de consumidores, las instituciones públicas que realizan la intervención y supervisión en el sector financiero, así como los organismos de autorregulación, procurarán una adecuada educación de los consumidores financieros respecto de los productos y servicios financieros que ofrecen las entidades vigiladas, de la naturaleza de los mercados en los que actúan, de las instituciones autorizadas para prestarlos, así como de los diferentes mecanismos establecidos para la defensa de sus derechos.”¹⁰⁵

¹⁰⁴ En el documento presentado por la OCDE en donde se recopilan principios para estrategias nacionales para la educación financiera, se reconoce la importancia de la educación financiera, destacándola como una política a largo plazo necesaria no sólo para proteger a los consumidores financieros, sino para asegurar el buen funcionamiento de la economía. “*In the aftermath of the financial crisis, financial literacy has been increasingly recognised as an important individual life skill in a majority of economies... In addition, the consequences of the financial crisis have demonstrated the potential implied costs and negative spill-over effects of low levels of financial literacy for society at large, financial markets and households. Financial education has thus become an important complement to market conduct and prudential regulation, and improving individuals’ financial behaviour(s) has become a long-term policy priority in many countries.*” (OECD/INFE. 2012. *High-Level principles on national strategies for financial education*. Francia, OCDE. [en línea] <http://www.oecd.org/finance/financial-education/OECD_INFE_High_Level_Principles_National_Strategies_Financial_Education_APEC.pdf> [consulta 01 abril 2015] pp. 2-3)

¹⁰⁵ COLOMBIA. *Óp. Cit.*

En cuanto a su contenido, la ASBA muy acertadamente, reconoce dos enfoques que se deben dar a la educación financiera. El primero es la entrega de una “cultura general” con la que se “busca “alfabetizar” a la población en temas financieros básicos, como ser matemáticas financieras básicas, tasas de interés, generalidades sobre las entidades y los productos ofrecidos, aportándole al consumidor conocimientos elementales de la estructura práctica, financiera y jurídica de los servicios financieros con el fin de permitirle aproximarse a una relación contractual más segura e informada.”¹⁰⁶ El otro enfoque es el de la “Cultura especializada” y consiste en la entrega de información adecuada por parte del proveedor durante toda la relación de consumo, es decir, aquí se superponen el principio de información y transparencia con el de educación financiera.

Como ya hemos mencionado una de las críticas que se hace a la actual normativa que protege al consumidor financiero, es que eno hay mandato legal respecto de este tema. En la LPC, modificada por la ley 20.555, los únicos artículos que se refieren al tema son el artículo 3° donde se establece que la educación para el consumo responsable es un derecho y deber del consumidor, y en el artículo 58, donde se establece como uno de los propósitos del SER-

¹⁰⁶ ASOCIACION DE SUPERVISORES BANCARIOS DE LAS AMERCIAS. *Óp. Cit.* 15p

NAC. Sin embargo no hay disposiciones que regulen de manera más detallada el tema, ni directrices para una política nacional de educación financiera.

Por otro lado, algunos ejemplos de buena regulación respecto de este tema lo podemos encontrar en México, por cuanto en la Ley para la Transparencia y Ordenamiento de los Servicios Financieros se establece que la Cámara de Diputados deberá destinar recursos para el desarrollo de diferentes programas de educación y cultura financiera, y en el estatuto orgánico de la organización para la protección de los consumidores financieros (CONDUSEF) se contempla la creación de una Dirección General de Educación Financiera, con atribuciones suficientes para reunir información respecto de los productos y servicios financieros, para desarrollar e implementar programas de educación financiera, proponer nuevas políticas pudiendo coordinar con diversas entidades, entre otras. Es decir, hay una parte de la CONDUSEF, con patrimonio exclusivo, dedicada al desarrollo e implementación de políticas de educación financiera.

En el uso de estas atribuciones, ha creado una página dedicada exclusivamente a la información y educación de los consumidores financieros, donde se puede acceder a diplomados en línea, cuadernos y videos educativos diseñados para que toda la población pueda capacitarse, calculadoras y simuladores creados y actualizados por la CONDUSEF (y no por los mismo bancos e

instituciones financieras como sucede en Chile), además de toda la información que pueda ser útil para un consumidor financiero.

No sería justo dejar de mencionar que por nuestra parte, en un esfuerzo por cumplir con su función en la página web del SERNAC¹⁰⁷ también hay partes dedicadas a la protección del consumidor y a la educación financiera, sin embargo, al ser una parte de todos los distintos productos que debe abarcar, la parte dedicada a la protección del consumidor financiero y las plataformas educativas respecto del mismo tema, se diluyen en un sinfín de información; por lo que no tienen la profundidad, la amplitud de temas ni el impacto que se pueden apreciar en la página y materiales de la CONDUSEF¹⁰⁸.

A pesar del buen ejemplo de México en esta y otras materias, estimamos que se puede hacer muchos más. La OCDE cuando se refiere a los segmentos sociales a los que las políticas de educación financiera debieran apuntar, recomienda “la introducción de la educación financiera lo más temprano posible en la vida de los individuos y es preferible que se haga a través de la inclusión de esta materia en los currículos escolares”¹⁰⁹. En la misma línea la ASBA propone que “Las normas adecuadas de protección al consumidor podrían incluir po-

¹⁰⁷ SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR. Página web del Servicio Nacional del consumidor. [en línea] <www.sernac.cl> [consulta 01 abril 2015]

¹⁰⁸ COMISION NACIONAL PARA LA PROTECCIÓN Y DEFENSA.DE LOS USUARIOS DE SERVICIOS FINANCIEROS. Página web de la CONDUSEF. [en línea] <www.condusef.gob.mx> [consulta 01 abril 2015]

¹⁰⁹ •OECD/INFE. *Óp. Cit.* 15p.

líticas de Estado sobre educación básica financiera en colegios y universidades basadas en estrategias pedagógicas para la formación básica del consumidor, buscando culturizar a la mayor cantidad de la población sobre temas que le permitan tomar decisiones apropiadas en esta materia.”¹¹⁰

Así las cosas, tal como lo recomiendan estos estudios especializados, estimamos que no es suficiente para cumplir con el contenido del principio de facilitar el desarrollo de material educativo de fácil acceso y entendimiento, por cuanto, según ya hemos visto, uno de los problemas del consumidor en general es su tendencia a ser negligente, a no entender y por lo mismo, mantenerse en un *statu quo*. Estimamos necesario que se establezcan políticas públicas a través del ministerio de educación, en orden de que la educación financiera se incluya dentro del currículo escolar, tanto en los niveles básico como secundario, además de promover su profundización en la educación terciaria (estimamos que es crítica la inclusión de la educación financiera en este último nivel, en atención a los altos niveles de endeudamiento que se pueden apreciar en estudiantes universitarios¹¹¹) garantizando así un nivel mínimo de educación financiera para toda la población.

¹¹⁰ ASOCIACIÓN DE SUPERVISORES BANCARIOS DE LAS AMÉRICAS. *Op Cit.* 21p.

¹¹¹ DENEGRI, C., DEL VALLE, G., ETCHEBARNE, S. y GONZÁLEZ, J. 2010. Proyecto FONDECYT 1090179: “Alfabetización Económica y patrones de consumo y endeudamiento en estudiantes de pedagogía: hacia un modelo explicativo”. Fondo Nacional de Desarrollo Científico y Tecnológico, Chile. [en línea]

En conclusión, cuando el consumidor financiero se encuentra debidamente educado, aumentan las posibilidades (antes muy bajas) de que éste conozca sus derechos, entienda sus deberes, esté al tanto de las condiciones del servicio, el manejo del mismo y las condiciones contractuales a las que está sometido. Asimismo sabrá cómo presentar sus consultas y quejas, lo cual favorecerá el equilibrio de su relación con la entidad financiera, y a la vez le brindará herramientas de protección. Esto traerá entre otros efectos positivos, que aumenten los niveles de competencia y estabilidad del sistema financiero con todos los beneficios que eso trae para el desarrollo de la economía local.

Entendiendo lo anterior, la inversión en esta materia se encuentra plenamente justificada, y en atención a ello que respecto de este punto proponemos:

- 1) Que el principio de educación financiera sea considerado como rector de una nueva legislación, y en la normativa se contemple una sección dedicada a regular esta materia.
- 2) Que se establezca en la ley un mandato para que el organismo de dedicación exclusiva a la protección del consumidor financiero, se dedique, entre otras cosas, al desarrollo, actualización y promoción

<http://investigacion.ufro.cl/index.php?option=com_content&view=article&id=375:estudio-revela-preocupante-endeudamiento-de-universitarios&catid=1:latest-news> [Consulta: 01 abril 2015]

de cursos y programas de educación financiera, contando con un patrimonio dedicado al efecto y atribuciones para coordinar el avance en esta materia con distintas instituciones públicas y privadas.

- 3) El establecimiento de una página web dedicada exclusivamente a la protección del consumidor financiero, administrada por el órgano de dedicación exclusiva a la protección del consumidor financiero, donde se suban los materiales desarrollados, además de mantener una plataforma que otorgue una amplia variedad de herramientas en línea a los consumidores, de manera de que estos no dependan de las herramientas puestas a disposición por los mismos Bancos e Instituciones financieras, con las problemáticas que eso conlleva.
- 4) Que por ley se establezca la inclusión de la educación financiera en el currículo escolar; además de dar mandato al órgano de protección del consumidor financiero para que coordine con las instituciones de educación superior en orden de que también incluyan en sus mallas curriculares cursos respecto de esta materia.

3.1.4. PRINCIPIO DE EQUILIBRIO CONTRACTUAL

Este es uno de los principios menos desarrollados en la legislación vigente y que tiene una gran relevancia en atención a que el mercado financiero chileno, tal como hemos visto, no puede autorregularse. Con este principio se apunta a eliminar una de las causas fundamentales de del desequilibrio entre

proveedores y consumidores del sector financiero, por cuanto regula la contratación misma del producto o servicio y las condiciones en que se lleva a cabo este acto jurídico, para que no se utilice esta instancia para lograr una ventaja a costa del consumidor. Es por lo mismo que en virtud de este principio se regulan conceptos, y en su mayor parte, se prohíben específicamente determinados comportamientos que atentan contra la buena fe contractual.¹¹²

Así las cosas, la aplicación de este principio implica tanto modificaciones físicas y la adición de complementos al contrato físico para facilitar su comprensión y poner en evidencia el contenido que más le podría interesar al consumidor (lo que ya se hace según lo establecido en la ley 20.555); cómo la regulación o prohibición de determinado contenido de los contratos. Todo en orden de propiciar una situación de paridad entre el proveedor y el consumidor, donde el contrato mismo y las condiciones de contratación permitan que el consumidor pueda acceder a la plenitud de derechos esperados, y poder cumplir sin problemas con sus deberes.

Si este principio se recoge y aplica de manera apropiada, las propuestas que se le asocian pueden provocar un cambio considerable en los niveles de protección de los consumidores, además de propiciar un aumento significativo

¹¹² ASOCIACIÓN DE SUPERVISORES BANCARIOS DE LAS AMÉRICAS, *Óp. Cit.* 16p

en los niveles de confianza¹¹³ hacia el sector financiero, con los beneficios que ello implica.

El primer punto que queremos analizar respecto de este principio, es la necesidad de establecer un listado de cláusulas abusivas específicas para los contratos financieros. En la LPC, antes de la dictación de la ley 20.555, ya se establecía una “lista negra” de 6 cláusulas abusivas de general aplicación a todas las relaciones de consumo (Artículo 16), además de una norma que dota de un control represivo amplio a los jueces contenida en el literal G) del mismo artículo 16, (con el que se pretendía ampliar el catálogo de cláusulas prohibidas a través de la aplicación del principio de la buena fe, pero que hasta el momento ha tenido escasa aplicación)¹¹⁴.

Sin embargo, como ya hemos mencionado en reiteradas ocasiones, la complejidad y constante avance de los productos y servicios financieros, sumado a los descubrimientos de la economía conductual, requieren de un trata-

¹¹³ Para lograr la confianza entre las partes, es fundamental lograr un equilibrio en la relación contractual, donde ambos se sientan tranquilos y seguros respecto del otro y se garantice el respeto por los derechos y la transparencia en el manejo de la información. Para ello es recomendable que la regulación establezca un régimen de protección especial frente a la imposición de cláusulas abusivas en los contratos del sector financiero. Este es uno de los elementos más importantes a la hora de generar confianza. (ASOCIACIÓN DE SUPERVISORES BANCARIOS DE LAS AMÉRICAS. Óp. Cit. 26p)

¹¹⁴ PIZARRO, C. 2007. El fracaso de un sistema: Análisis empírico y dogmático del control de cláusulas abusivas en contratos por adhesión. en Revista de Derecho, 20(2): pp. 31-47. [en línea] <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071809502007000200002&lng=es&nrm=iso> [Consulta: 01 abril 2015]

miento especial, y la ley 20.555, a pesar de que establece la prohibición de algunas cláusulas, como la de no pactar mandatos en blanco (Artículo 17 A literal “g”) o la prohibición de realizar ventas atadas (Artículo 17H), no agregó a la LPC un listado de cláusulas abusivas específicas del sector financiero o un mecanismo adicional para identificarlas y sancionarlas.

Así las cosas, en nuestra legislación la protección del consumidor financiero contra posibles cláusulas abusivas consiste en un control represivo a cargo de los Juzgados de Policía Local que se fundamenta en un catálogo genérico y limitado de cláusulas abusivas. Si bien el artículo 16 literal g) de la LPA establece una norma amplia en base al principio de buena fe que podría usarse para extender esta “lista negra” a los abusos que se cometen en contra del consumidor financiero; su ineficiencia empírica parece ratificar lo sostenido por la doctrina respecto de este tipo de cláusulas, cuando afirma la necesidad de concretar esta buena fe y el equilibrio contractual en hipótesis típicas en que podría generarse la infracción en perjuicio del consumidor.¹¹⁵ Vemos así, que

¹¹⁵ Hablando del artículo 7° del Código Civil Español, que contiene una cláusula similar a la de marras, se ha mencionado que “siempre nos ha parecido que la única vía de aplicación del artículo 7° y de sus correlativos era la vía de la formación de tipos o, si se quiere calificarlo de otra manera, de llevar a cabo concreciones o concretizaciones” (DIEZ-PICAZO, L. 2007. Fundamentos del derecho civil patrimonial. Introducción Teoría del Contrato, 6ª Edición, Navarra, Thompson-Civitas, 2007. 464p)

es necesaria una regulación más acabada del tema y dejar que el principio de la buena fe sirva para complementar dicha regulación¹¹⁶.

¿Cuál es, entonces, la mejor forma de normar el tema concerniente a las cláusulas abusivas? En el derecho comparado podemos encontrar buenas prácticas en relación con este principio y que pueden servir de guía para modi-

¹¹⁶ Es decir al respecto, que en el año 2013 se haya presentado un proyecto de ley en el Boletín N° 9146-03 para “Especificar cláusulas abusivas más recurrentes en los contratos por adhesión” y que según los fundamentos del proyecto, estas se refieran principalmente a las que se producen en los contratos del mercado financiero, proponiendo que se agreguen 12 nuevas cláusulas a la lista negra contenida en el artículo 16 de la Ley 19.496. y que son: 1) Aquellas que faculden al proveedor a rescindir, modificar o alterar unilateralmente las condiciones o cláusulas del contrato; 2). Aquellas que faculden al proveedor dejar sin efecto una transacción celebrada con el consumidor y/o anular la venta cuando el precio ha sido fijado erróneamente por la misma; 3). Aquella que faculte al proveedor a reservarse el derecho de rescindir o restringir el uso que haga del servicio, sin aviso, con o sin causa; 4). Aquellas que obliguen al consumidor la suscripción de un pagaré o letra de cambio en blanco y/o al otorgamiento de un mandato en favor del proveedor facultándolo, para que, antes del cobro del documento, pueda incorporar las menciones exigidas por la ley para la validez del pagaré o letra de cambio; 5). Aquellas que importen cobros por concepto de reprogramar una deuda o cuando se solicita una evaluación comercial para conceder o no un crédito de consumo; 6). Aquellas que importen dobles cobros de comisiones de administración de la tarjeta de crédito; 7). Aquellas que consideren al silencio del consumidor como aceptación, salvo que él así lo haya autorizado expresamente con anterioridad; 8). Aquellas que hagan constar de forma indubitada la adhesión del consumidor a cláusulas respecto de las cuales no ha tenido la oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato; 9). Aquellas que prorrogan automáticamente un contrato de duración determinada si el consumidor no se manifiesta en contra, dentro de un plazo razonable; 10) Aquellas en cuya virtud el consumidor autoriza al proveedor para proporcionar a sus filiales, su matriz y a las personas a través de las cuales ésta ejerce el control, antecedentes relativos a su situación económica, financiera y a las operaciones de cualquier naturaleza efectuados con él, aún respecto de aquellas sujetas a secreto bancario y reserva, debiendo quedar dichas empresas sometidas también a la obligación de secreto y reserva; 11) Aquellas que impliquen que toda aceptación de oferta y por ende la formación del consentimiento, quedará sujeta a la condición suspensiva de que la empresa oferente valide la transacción; 12) Aquellas que eximan de responsabilidad al proveedor de la información que directa o indirectamente se pueda obtener de los sitios a los que se acceda a través de los hipervínculos contenidos en el sitio. (HARBOE, F. 2013, Proyecto de Ley que Especifica cláusulas abusivas más recurrentes en los contratos de adhesión. (Boletín N° 9146-03).16 octubre de 2013.)

ficar nuestra legislación. Por ejemplo en Colombia, en su Régimen de Protección al Consumidor Financiero¹¹⁷ establece en el capítulo V la prohibición de una serie de cláusulas y prácticas abusivas, adicionando que la Superintendencia Financiera de Colombia podrá prohibir nuevas cláusulas si lo estima conveniente, dejando la puerta abierta a que la normativa se pueda ir ajustando de acuerdo a los problemas que vayan apareciendo.

En México se utiliza una técnica similar, al establecer en el artículo 56 BIS de la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros que “Los contratos de adhesión que utilicen las Instituciones Financieras para la celebración de operaciones con Usuarios, en adición a los requisitos a los que están sujetos conforme a ésta y, en su caso, otras leyes, no deberán contener cláusulas abusivas. La Comisión Nacional, mediante disposiciones de carácter general que emita con el acuerdo de su Junta de Gobierno establecerá los casos y supuestos bajo los cuales se considere la existencia de una cláusula abusiva.”

La normativa dictada por Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros (CONDUSEF) está contenida en

¹¹⁷ COLOMBIA. *Óp. Cit.*

las Disposiciones de Carácter General en Materia de Cláusulas Abusivas¹¹⁸ (que se adjunta en el anexo N° 1 de este trabajo para que el lector pueda ver un buen modelo a seguir y que ayuda a entender el sentido de esta parte de la memoria), un documento completo y actualizado, donde se establece un catálogo de cláusulas que son abusivas en cualquier contrato por adhesión del sector financiero, y además se establece listados de cláusulas abusivas aplicables a contratos específicos como son los créditos de Nómina, los créditos comerciales; los crédito simples y los Depósitos a la Vista o Cuentas de Ahorro.

Así las cosas, estimamos que el modelo Mexicano, es el modelo a seguir para nuestro país en esta materia. En la ley de protección especial para el consumidor financiero, proponemos que se otorgue al organismo encargado exclusivamente de la protección de los consumidores financieros, el mandato de determinar un catálogo amplio de cláusulas abusivas generales para todos los contratos por adhesión del sector financiero, además de determinar un listado de cláusulas abusivas específicas para los productos con más uso, o aquellos que son usados por aquel segmento de clientes que necesitan mayor protección¹¹⁹. Una regulación amplia y en constante revisión, sumada a una fiscaliza-

¹¹⁸ MÉXICO. Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros. 2014. Disposiciones de Carácter General en Materia de Cláusulas Abusivas Contenidas en Los Contratos de Adhesión. 19 de noviembre de 2014.

¹¹⁹ El informe del G20 propone este cuidado especial, al establecer que los proveedores deberían tener reglas y estándares distintos dependiendo del segmento con el que se relacionan (37.- *“Financial services providers may be subject to different rules and standards depending on*

ción efectiva, disuadirá a los proveedores de contemplar en sus contratos el contenido prohibido y por lo mismo, garantizará niveles mínimos de buena fe contractual, aumentando por consiguiente los niveles de confianza y competencia en el mercado financiero.

La segunda propuesta que queremos presentar, la hemos tomado de la regulación establecida por la Superintendencia de Banca y Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones de Perú. En este país se le entrega a esta entidad la posibilidad de dictar reglamentos que establezcan comisiones prohibidas en el sistema financiero. Para ello, la legislación peruana parte por entregar una definición de lo que son las comisiones y gastos, para luego regular cómo se determinan y además establece que estos deben tener un sustento¹²⁰. Con esa base, procede a prohibir el cobro de cargos que no sean comisiones o gastos según lo establece la ley y además se contempla la creación

the consumer segments they engage with (e.g. private or corporate consumers, consumers with different experience levels, risk tolerances, financial backgrounds or time horizons.)” G20, 14p

¹²⁰ Es de notar que en el Reglamento de Transparencia de Información y Contratación con Usuarios del Sistema Financiero, dictado por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP Peruana se establece claramente que “las comisiones y gastos son retribuciones por operaciones o servicios adicionales y/o complementarios a las operaciones contratadas” (Artículo 9° del reglamento) y que “Las empresas no podrán establecer comisiones y gastos respecto a operaciones y/o servicios esenciales o inherentes a las operaciones activas o pasivas que hayan sido contratadas por el cliente” y luego establece criterios a observar para determinar si es una operación o servicio esencial (Artículo 10°). (PERÚ. Superintendencia de Banca, Seguros y AFP. 2012. Resolución N° 8181-2012: Reglamento de Transparencia de Información y Contratación con Usuarios del Sistema Financiero. 25 octubre de 2012.)

de catálogo no taxativo de cláusulas abusivas¹²¹ relacionadas con el cobro de cargos ilegales disfrazados de comisiones o gastos.

Gran parte de los abusos se produce a través del cobro de un sinnúmero de comisiones, en la discusión del Senado relacionado con un proyecto de ley que pretende regular este tema, el senador Carlos Bianchi sostuvo que “los abusos cometidos por los bancos a través del cobro de comisiones han sido mi preocupación desde hace mucho tiempo” y que a su juicio entidades como el Banco Estado “ejecuta, remata, cobra intereses abusivos, y ha dejado en la ruina, en la calle, a personas de gran esfuerzo que depositaron su confianza en sus libretas de ahorro y han sido objeto de reiterados abusos vía cobro de comisiones”¹²². Por lo mismo, regular este tema puede ser un gran paso adelante en la protección de los consumidores financieros.

En nuestra legislación, la SBIF, ha establecido Principios y Criterios para la aplicación del cobro de intereses y comisiones¹²³. Sin embargo, no se establece una definición de comisión, ni criterios de determinación. Las únicas

¹²¹ Anexo N°03 del Reglamento de Transparencia de Información y Contratación con Usuarios del Sistema Financiero (*Ibíd.*)

¹²² DEPARTAMENTO DE PRENSA DEL SENADO. 2014. Cobro de comisiones bancarias: insisten en la necesidad de regular para evitar abusos. [en línea] <http://www.senado.cl/cobro-de-comisiones-bancarias-insisten-en-la-necesidad-de-regular-para-evitar-abusos/prontus_senado/2014-02-13/095650.html> [Consulta: 01 abril 2015]

¹²³ SUPERINTENDENCIA DE BANCOS E INSTITUCIONES FINANCIERAS. 2010. Circular N° 3.514: Intereses y Comisiones. Principios y Criterios para la Aplicación de su Cobro. 15 noviembre de 2010.

limitaciones que se les ponen a las comisiones, son que deben corresponder a servicios reales efectivamente acordados y prestados (no hace referencia a lo esencial o complementario del servicio) y los deberes de información y transparencia.

Así las cosas, nuestra segunda propuesta en relación con el principio de equilibrio contractual, es que en una ley especial de protección del consumidor financiero, al igual que en la normativa peruana, se establezca una definición de comisiones y gastos, en donde se determine que estos sólo se pueden cobrar por servicios adicionales o complementarios y no por operaciones y servicios esenciales (en el anexo N° 2 se acompaña la parte del reglamento peruano que norma el tema de las comisiones y gastos, que estimamos sirve de modelo para entender nuestras propuestas relativas a este tema). Que además, se establezcan en la misma ley criterios de determinación de los mismos y el requisito de que deben tener un sustento. Junto con ello, prohibir el cobro de cargos que no cumplan con lo establecido en la ley, encargando al organismo encargado de la protección de los consumidores financieros, la creación de un catálogo de comisiones prohibidas.

La tercera y última propuesta que queremos hacer respecto de este principio, es que se establezca como regla general, al contratar productos y servicios financieros, el derecho a un periodo de enfriamiento para los consumidores.

Entendiendo este como el derecho a desistirse del contrato, sin expresión de causa y sin más costos que los que necesarios para devolver al proveedor los costos operativos en que se incurrió.

Lo proponemos como un mecanismo muy eficaz para proteger al consumidor, por cuanto permite que este pueda arrepentirse de haber contratado un producto o servicio contratado adquirido por impulso, deslumbrado por la publicidad, o bajo condiciones de contratación compulsivas propiciadas por el proveedor¹²⁴; y que luego de algunos días de reflexión, se percate de que no es lo que quería, o que no puede permitirse el costo del producto o servicio.

Actualmente en nuestra LPC, según se establece en el artículo 3° BIS, se contemplan algunas situaciones excepcionales donde se contemplan estos periodos de enfriamiento y que corresponden a los casos de ventas a domicilio, en las llamadas tele ventas, en las ventas a distancia, las que hacen por catálogos, por muestrario, por Internet, y en general donde el bien no es apreciado físicamente por el adquirente. Vemos así que los consumidores financieros no tienen muchas opciones para retractarse, haciendo que queden a merced de la

¹²⁴ En un estudio referido a los factores que afectan el juicio de los consumidores a la hora de comparar y utilizar la información estandarizada que se les entrega, se menciona que uno de los factores sociales que los afecta, es que los agentes del proveedor (conocidos en Chile como ejecutivos de cuenta) hacen sentir a los consumidores que les están haciendo perder el tiempo, que leer y comprar la información indica falta de confianza hacia ellos (usualmente luego de establecer una relación con el consumidor) o que el mismo agente usa una suave presión social para disuadir al consumidor de leer la hoja estandarizada o comparar. (HILLMAN, R. y RACHLINSKI, J. *Óp. Cit.*)

publicidad o los mecanismos de compulsión a la contratación por parte de los proveedores.

A este respecto, organismos especializado también han dicho que “un banco debería proveer al consumidor de un período de enfriamiento de una cantidad de días razonable, contados desde la firma o cualquier otra forma de acuerdo entre el consumidor y el banco para obtener un crédito, tiempo durante el cual, después de un aviso escrito al banco, pueda tratar el acuerdo como nulo, sin sanción para el consumidor de ningún tipo”¹²⁵. Teniendo esto en consideración, y los beneficios para una sana relación entre los consumidores y proveedores, es que proponemos que se contemple en la ley un plazo de 10 días hábiles, para que el consumidor financiero pueda arrepentirse de seguir adelante con el acuerdo celebrado con el banco o institución financiera, sin que deba pagar sanción alguna. Reembolsando sólo los gastos operativos, cuyo cobro deberá ser justificado por el banco y en modo alguno disuasivo para el consumidor, que quiera dar por nulo el contrato.

En conclusión, en orden de establecer una normativa apropiada de protección del consumidor financiero, en este título proponemos que:

- 1) Se recoja como uno de los principios rectores de la legislación el de Equilibrio Contractual entre proveedor y consumidor financiero.

¹²⁵ RUTLEDGE, S. “et. al” *Óp. Cit.* 18p

- 2) El establecimiento de un listado no taxativo de cláusulas abusivas aplicables a todos los contratos de adhesión celebrados entre proveedor y consumidor en el sector financiero, y catálogos específicos no taxativos para la contratación de los productos y servicios que más se contratan, y aquellos a los que acceden segmentos más vulnerables de consumidores. Que estos catálogos, por mandato legal, sean dictados, ampliados y modificados por el organismo fiscalizador teniendo en consideración los principios y directrices establecidos en la ley.
- 3) Que se establezca en la ley una definición y criterios de determinación de los cargos conocidos como comisiones y gastos. Que se establezca que estos sólo pueden ser cobrados por servicios adicionales o complementarios y no por operaciones y servicios esenciales. Y finalmente, que se establezca una prohibición general de realizar cobros de cargos que no se adecuen a lo establecido en la ley, además de crear un catálogo no taxativo de comisiones prohibidas, que el organismo encargado de la protección del consumidor financiero pueda ampliar.
- 4) Que se contemple en la ley un plazo de 10 días hábiles, para que el consumidor financiero pueda arrepentirse de seguir adelante con el acuerdo celebrado con el banco o institución financiera, sin que deba

pagar sanción alguna. Reembolsando sólo los gastos operativos, cuyo cobro deberá ser justificado por el banco y en modo alguno disuasivo para el consumidor, que quiera dar por nulo el contrato.

3.2. ROL ACTIVO DE UN ORGANISMO DE FISCALIZACIÓN CON DEDICACIÓN EXCLUSIVA A LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR FINANCIERO

Hemos visto a lo largo de este trabajo, que uno de los grandes problemas de las políticas de protección aplicadas en nuestro país, es que dada su escasa aplicación y seguimiento no pasan de ser buenas intenciones. Estimamos que este problema tiene dos raíces, la primera es que la institución encargada de proteger a los consumidores (SERNAC) tiene asignada la titánica labor de proteger los intereses de todos los consumidores de los más diversos productos y servicios, con atribuciones reducidas que se remiten al asesoramiento, labores de mediación y representación ante tribunales; la segunda, son los costos de transacción que implica llevar los reclamos ante los tribunales, quienes en este momento son los que tienen la autoridad para realizar el *enforcement* de las normas de protección al consumidor en general (entre las que se cuentan las del consumidor financiero).

Así las cosas, en nuestro país para que un consumidor financiero se pueda protegerse contra los abusos, primero debe ser capaz de reconocerlos (lo que ya hemos visto, según lo demostrado por la economía del comporta-

miento, muchas veces está por sobre las capacidades del consumidor común), luego puede ir al SERNAC quien tratará de facilitar un acuerdo entre las dos partes sin mecanismos adecuados que ayuden a persuadir a las partes a allanarse a la mediación; por tanto, la mayoría de las veces esta instancia no fructifica, y por tanto el consumidor debe decidir si lleva su reclamo ante los tribunales, con todos el gasto de recursos e incertidumbre que ello implica, lo que termina muchas veces por disuadirlo a menos que se trate de casos de demandas colectivas.

Es decir, si se llegara a legislar una nueva ley de protección exclusiva para el consumidor financiero, incorporando las propuestas que hemos hecho en el título anterior entre otras, esto no tendría mayor impacto en las relaciones de consumo, y por tanto en el sistema financiero, por cuanto no hay una manera eficaz de asegurar su aplicación. Así las cosas, en la última parte de este capítulo, desarrollaremos la propuesta que estimamos es la más importante de todas, en atención que es el mecanismo que asegurará que las ideas plasmadas en la ley sean llevadas a la práctica, y que es la creación de un organismo fiscalizador, regulador y sancionador de dedicación exclusiva a la protección del consumidor financiero.

3.2.1. ÓRGANO DE DEDICACIÓN EXCLUSIVA A LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR FINANCIERO

Entre las recomendaciones que la OCDE plantea para otorgar una mejor protección al consumidor financiero es la de “otorga[r] mandato específico a una autoridad reguladora y fiscalizadora, con poderes suficientes para llevar a cabo la regulación y la fiscalización para la protección del consumidor financiero, haciendo seguimiento del cumplimiento de las normas, emprendiendo acciones de *enforcement* cuando lo estime pertinente frente a problemas con la aplicación de la normativa y para tratar con los reclamos del público”¹²⁶

Ya hemos analizado que la complejidad y el constante cambio de los productos y servicios financieros son un desafío para cualquier persona u organización. Hemos visto además los sesgos y problemas de racionalidad limitada que tienen además los consumidores por regla general. Así las cosas, aparece como lógico el consejo de la OCDE de establecer un órgano que tenga el acervo de conocimiento y experiencia necesarios, además de un set de atribuciones suficientes para enfrentar a los proveedores del mercado financiero en igualdad de condiciones en representación y defensa de los consumidores financieros.

En las legislaciones que han reconocido la importancia de la protección del consumidor financiero y han establecido políticas acordes, se puede ver como factor común el establecimiento de un mandato legal a una institución encargada específicamente de esta materia. Así podemos reconocer la ya

¹²⁶ G20/OECD TASK FORCE ON FINANCIAL CONSUMER PROTECTION. *Óp. Cit.* 7p

mencionada Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros (CONDUSEF) de México, el *Consumer Financial Protection Bureau (CFPB)* de Estados Unidos, la Defensoría del Consumidor Financiero en Perú, o la *Financial Consumer Agency of Canada (ACFC)* de Canadá, entre otros. La extensión de las atribuciones de cada una de estas organizaciones varía en cada caso, sin embargo tienen en común que todas tienen el mandato específico de proteger al consumidor financiero, encargándose de la provisión de información especializada y de fácil acceso además de fiscalizar y dictar reglamentos para asegurar una protección completa que evolucione al ritmo del mercado.

En Chile es el SERNAC, quien se encarga de la protección de todos los consumidores entre los que se cuentan los financieros, sin que haya un organismo especializado en la protección del consumidor financiero. Si bien en la ley 20.555 se normó el establecimiento de un departamento de protección del consumidor financiero, y se abrieron 23 nuevos cupos para este propósito, en la misma ley no se establecieron nuevas atribuciones ni mucho menos un mandato específico para este departamento. Es así que, para todos los efectos, se dotó de personal adicional a este servicio que al tener un mandato tan amplio y con pocas atribuciones, no puede alcanzar los niveles de especialidad y experiencia necesarios para realizar la compleja labor de proteger adecuadamente a los consumidores financieros.

Por otro lado la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras (SBIF), órgano que tiene el nivel de especialidad, experiencia y acervo de conocimiento suficientes y por tanto podría velar por la protección de consumidores financieros (en efecto en otras legislaciones es la institución con mandato para hacerlo) se desligó de esta función una vez dictada la ley 20.555¹²⁷, por cuanto antes era una función compartida entre el SERNAC y la SBIF (en ese contexto se dictaron las circulares N° 3.505 y 3.506 ya analizadas). Así las cosas, en lo que a protección del consumidor por parte de un órgano fiscalizador, pareciera que la ley 20.555 dejó en una mayor desprotección a los consumidores financieros, por cuanto sacó de la escena a la SBIF.

Así las cosas, y siguiendo el ejemplo de otros países, la primera propuesta en esta materia es la creación de un organismo especializado en la protección de los consumidores financieros, a quien se le otorgue un mandato por ley de encargarse de este tema yponer recomendaciones del ASBA en esta

¹²⁷ La principal conclusión del mencionado proceso de análisis, que incluyó la opinión legal externa, es que, a partir de la entrada en vigencia de la modificada Ley de Protección del Consumidor (marzo de 2012), “coexisten dos sistemas de control en materia financiera en función de los diversos objetivos de fiscalización y de los distintos bienes jurídicos protegidos:

1. En relación al consumidor financiero, se prevé una entidad especializada, SF, la que podrá solicitar antecedentes a los prestadores de servicios.

2. En relación al sistema financiero, la SBIF conservará en plenitud la supervisión, en el ámbito de sus competencias regladas, sobre las operaciones de los bancos e instituciones financieras, tendiente a preservar la estabilidad y solvencia agregadas, resguardando con ello el interés público comprometido. (BERGOEING R. 2013 Adecuación de Normas SBIF a la Nueva Ley de Protección del Consumidor. En: Comisión de Hacienda de la Cámara de diputados. Valparaíso, 15 de mayo de 2013.)

materia.... . En otras palabras, que se cree una entidad similar al SERNAC, pero con dedicación exclusiva a la protección del consumidor financiero y con más y mejores atribuciones según veremos en el título que sigue.

3.2.2. ATRIBUCIONES PARA REGULAR, FISCALIZAR, Y SANCIONAR

Según lo que hemos visto en este capítulo no es suficiente que sea un órgano de dedicación exclusiva. Hemos visto la necesidad del *enforcement* para que las políticas de protección al consumidor financiero tengan un verdadero impacto en el mercado, y por lo mismo, este órgano debe tener atribuciones suficientes para poder tener relevancia en un mercado donde los proveedores poseen tanto poder.¹²⁸

Según hemos visto en la primera parte de este capítulo, para garantizar que la legislación se pueda adaptar al constante cambio y creciente complejidad de los productos y servicios financieros, es necesario dotar de atribuciones para regular a la institución fiscalizadora. Ella, al ser un ente especializado que constantemente reúne y procesa la información concerniente a las relaciones de consumo en el mercado financiero es la entidad mejor capacitada para ir dictando o adaptando nuevas normativas (en forma de reglamentos) a las pro-

¹²⁸ Aunque sea de perogrullo, vale mencionar que en este capítulo nos enfocaremos en aquellas atribuciones que son relevantes para que la entidad fiscalizadora pueda asegurar el cumplimiento de la normativa. Sin embargo, hay muchas otras atribuciones que no analizaremos en este trabajo que deben incorporarse en orden de asegurar el adecuado funcionamiento de una institución de esta naturaleza.

blemáticas que vayan apareciendo para los consumidores financieros. Esta facultad reglamentaria deberá enmarcarse dentro del marco que la misma ley determina, así las cosas, si se incorporaran nuestras propuestas en una nueva ley debería por ejemplo poder crear y actualizar el catálogo de cláusulas y comisiones abusivas.

Respecto de este punto, consideramos que además debe replicarse la propuesta contemplada en el proyecto de ley mensaje N° 141-362 de dar a este organismo facultades para interpretar la ley, en orden de otorgar mayor certeza tanto a consumidores como a proveedores. Así las cosas, respecto de este punto, este nuevo ente fiscalizador debería quedar dotado de la atribución de dictar reglamentos obligatorios para los proveedores respecto de aquellos temas que la ley expresamente le encargue, además de tener la facultad de interpretar administrativamente la normativa de protección del consumidor financiero. Para cumplir ambas funciones, deberán servir como guía los principios establecidos en la ley, en orden de que los reglamentos e interpretaciones sean coherentes y sistemáticos.

Otra facultad que deberá darse a organismo encargado de la protección de los consumidores financieros es la de fiscalizar. Hasta ahora, el SERNAC tiene esta facultad, sin embargo, dada la corta extensión de sus atribuciones y la gran variedad de áreas de consumo que debe abarcar, su fiscalización es

reactiva y sin la fuerza suficiente para disuadir el incumplimiento de la normativa que protege al consumidor. Así las cosas, no es de extrañar que en el proyecto de ley mensaje N° 141-362, para fortalecer al SERNAC le otorgue una fortalecida facultad para fiscalizar, proponiendo que “Esta facultad de orden preventivo resulta relevante para que el SERNAC pueda anticiparse a los efectos negativos que producen las infracciones. Para asegurar la eficacia de aquella, en caso de que el proveedor no colabore y se oponga a la fiscalización, se contempla la facultad del SERNAC de ingresar a inmuebles con el auxilio de la fuerza pública en caso que los fiscalizados le nieguen el acceso.”¹²⁹

Estimamos que esta misma atribución debería darse a la institución fiscalizadora que proponemos. Para poder realizar una labor eficaz, la institución fiscalizadora debe tener el mandato y la posibilidad de revisar los contratos, supervisar la atención al público, las condiciones de contratación, la forma en que se entregan los servicios, entre otros para verificar el real cumplimiento de la normativa establecida en la ley.¹³⁰ De manera de poder realizar un diagnóstico basado en los informes de funcionarios especializados e imparciales, y no en informes de las propias instituciones financieras que pueden ser maquillados.

¹²⁹ Proyecto de ley N° 141-362 4p

¹³⁰ Como ya hemos visto, esto es especialmente necesario para verificar el cumplimiento de los deberes de información en cuanto a precisión y oportunidad, y respecto de la no inclusión de cláusulas abusivas, por cuanto la mayoría de los consumidores financieros no tiene la capacidad para reconocerlas.

Además, estimamos que la posibilidad de ser fiscalizado en cualquier momento disuade a los proveedores de cometer abusos o infracciones a la ley de protección del consumidor financiero.

Finalmente, la última atribución que estimamos debe ser incorporada en orden de garantizar que el ente fiscalizador pueda asegurar el cumplimiento de la normativa es la facultad de poder sancionar. Bajo la normativa actual, es el consumidor quien (exceptuando los juicios colectivos) debe soportar los costos de reclamar ante los tribunales la infracción de la LPC generando, como ya hemos analizado, altos costos de transacción dificultando un adecuado control de los abusos cometidos por los proveedores. Por otra parte, al entregar la facultad de sancionar al ente fiscalizador, es una institución especializada quien denuncia y sanciona los abusos a través de un procedimiento administrativo sancionatorio, a través del cual, de verificarse la infracción, se asegura la aplicación de multas y medidas para prevenir o corregir los efectos de la infracción.

El proyecto de ley mensaje N° 141-362 acertadamente reconocer la necesidad de que el ente fiscalizador cuente con esta atribución. Así las cosas, establece un procedimiento administrativo sancionatorio, un mecanismo de impugnación como contrapeso a estas nuevas atribuciones, incentivos al cumplimiento inmediato para los proveedores, además de un procedimiento breve para que el consumidor pueda solicitar ante el juez de letras que corresponda

las acciones indemnizatorias que corresponda. A este punto, proponemos agregar la facultad de endurecer las sanciones en el caso de inobservancia reiterada, según las buenas prácticas recomendadas por la OCDE¹³¹.

Así las cosas, sostenemos que esta propuesta también se debe repetir en el estatuto orgánico del ente fiscalizador exclusivo que proponemos. La facultad de fiscalizar de manera preventiva junto con esta facultad de sancionar entrega las herramientas suficientes para un control efectivo de los abusos cometidos en el mercado financiero contra los consumidores, y por lo mismo, es también un disuasivo importante contra esos comportamientos. Al mismo tiempo, quita la pesada carga que actualmente llevan los consumidores financieros de reconocer los abusos y reclamar ante los tribunales, debiendo utilizar recursos que no tienen o muchas veces no justifican en virtud de los montos.

Al entregar las tres atribuciones mencionadas en este título, el ente fiscalizador tiene las herramientas necesarias para fiscalizar que haya una real aplicación de las normas establecidas en la ley. El fiscalizador se transforma así en un representante de los intereses de los consumidores ante los proveedores, con los conocimientos y los recursos necesarios, y sin los sesgos o racionalidad limitada del consumidor financiero. Así las cosas, no es exagerado soste-

¹³¹ Una regulación adecuada en materia de protección al consumidor financiero, debe contar con un régimen sancionatorio especial que contenga causales de agravación de las multas por inobservancia de las entidades a las normas vigentes. (G20/OECD TASK FORCE ON FINANCIAL CONSUMER PROTECTION. *Óp. Cit.* 29p)

ner que el establecimiento de un ente dedicado exclusivamente a la protección del consumidor financiero, con atribuciones para fiscalizar preventivamente, reglamentar y sancionar es la piedra angular de una legislación eficaz para proteger a los consumidores financieros.

CONCLUSIÓN

A lo largo de este trabajo, hemos podido demostrar que el panorama que enfrentan los consumidores financieros no es el mismo que enfrentan los demás consumidores. La importancia que tiene la intermediación financiera en el país y en la vida de las personas, la complejidad y constante cambio de los productos financieros y la escasa competencia, hacen que los consumidores se enfrenten a proveedores con mucho poder, y por tanto, en una posición muy desmejorada a la hora de contratar con ellos.

Además, por su parte, se ha demostrado que los consumidores no son aquel *Homo Economicus* que se utiliza en el paradigma neoclásico, más bien, son sujetos de voluntad maleable, con una racionalidad limitada y lleno de sesgos a la hora de tomar decisiones. Lo que no hace más que profundizar la importante brecha de poder entre proveedores y consumidores, además de complejizar la labor de establecer políticas adecuadas para la protección de estos últimos. Lo que termina por justificar la necesidad de promulgar normas especiales de protección a los consumidores financieros.

Sin embargo, hemos visto que el no tomar en cuenta este complejo panorama, y legislar de manera acorde, fue el gran error que se cometió a la hora de diseñar y promulgar la ley 20.555, que actualmente rige para, supuestamente, otorgar una protección especial a los consumidores financieros.

Por lo mismo, compartimos el diagnóstico que hizo el ... Joaquín Tuma en la discusión del proyecto de la ley 20.555 cuando dijo que “A lo más, el proyecto se hizo cargo de algunos tópicos de la contratación por adhesión (...) y de generar instrumentos de acceso a la información, con lo cual se sigue sosteniendo el ideologismo neoliberal que inspiraba el proyecto original, en el sentido de que un consumidor informado tiene toda la libertad del mundo para tomar las decisiones que quiera, orientado por principios de racionalidad económica. Ese prejuicio es falso. La gente no es libre. La mayor parte de los chilenos del mundo popular y de las capas medias están endeudados entre tres y siete veces su renta mensual. Viven -mes a mes- haciendo una bicicleta financiera (...) En Chile, vivimos el drama cotidiano de que las familias no deciden qué crédito contratar, sino que deben echar mano a lo que esté disponible, que normalmente es lo más gravoso e inconveniente.”¹³²

Promulgada la ley y habiendo pasado un tiempo, este diagnóstico resultó ser certero por cuanto hemos visto que las políticas introducidas por la ley 20.555 no fueron adecuadas para solucionar los problemas de los consumidores financieros. Esto se puede apreciar en la mantención de las tasas de reclamos, en la naturaleza de los abusos que se denuncian y en el desuso en

¹³² CHILE. Congreso Nacional. Historia de la Ley 20.555. *Op. Cit.* 199-200pp

que han caído estas normas para fundamentar las demandas que se dirigen en contra de las instituciones financieras por parte del SERNAC.

Es por lo anterior, y considerando además la importancia que tiene para la estabilidad del sistema financiero una protección adecuada de estos consumidores, que estimamos que debe prestarse una especial atención a este tema siguiendo el ejemplo de otros países que han regulado adecuadamente la protección del consumidor financiero como son los casos de Perú, Brasil, o México por mencionar algunos con condiciones similares al nuestro y que han comprendido la importancia de hacerlo.

Así las cosas planteamos en este trabajo la necesidad de promulgar una legislación especial de protección del consumidor financiero, que incorpore principios y normas diseñadas para considerar las particularidades de los productos y servicios financieros y para proteger a los consumidores de sus propias limitaciones. Sin perjuicio de lo anterior, este problema no se soluciona tan sólo con una buena legislación. Hemos visto la importancia que tiene el *enforcement* de las normas, para que las políticas introducidas puedan dar los frutos esperados. En consecuencia, estimamos que la dictación de nuevas normas que protejan al consumidor financiero no servirá de mucho si no se contempla además la creación de un organismo que tenga la tarea exclusiva de verificar el cumplimiento de estas normas, contando con las atribuciones necesarias para

hacerlo como son la de fiscalizar, sancionar y de dictar reglamentos, según se trató en este trabajo.

Si bien el regular este tema en los términos expresados en esta memoria podría parecer costoso y poco probable, ya hemos mencionado ejemplos de países que han decidido regular adecuadamente este tema, con cambios aún más profundos que los propuestos. Y lo han hecho por cuanto entienden los beneficios que trae para todos el regular adecuadamente este tema, que según hemos visto, tiene que ver con un aumento de la competencia (que siempre es una externalidad positiva, sobretodo en una economía de libre mercado como la nuestra) y con la mantención de la estabilidad del sistema financiero a nivel macroeconómico; también es lógico pensar que se produzca una rebaja de los precios e innovación en los productos que ayudará a que la intermediación financiera sea accesible a una mayor parte de la población (en términos apropiados, y no mediante prácticas abusivas), con los beneficios que ello trae para la economía local.

Además de los beneficios para el país, son evidentes los beneficios para los consumidores, pudiendo acceder a mejores productos y servicios a un mejor precio, lo que se espera, genere una confianza renovada entre consumidores y proveedores que también repercutirá en la salud del sistema financiero, aumentando la calidad de vida de las personas. Así las cosas, estimamos que

la inversión de los recursos necesarios para generar políticas adecuadas de protección al consumidor financiero se verá debidamente recompensada, generando beneficios para la economía nacional, para el mercado financiero y para los consumidores del mismo. En conclusión, regular adecuadamente este tema es una oportunidad que no se debería dejar pasar.

BIBLIOGRAFÍA

1. AKERLOF, G. y DICKENS, W. 1982. *The Economic Consequences of Cognitive Dissonance*. American Economic Review. 72(3): 307-319
2. ANDRADE, V. 2013. La protección al Consumidor de Tarjetas de Crédito: ¿Son suficientes los deberes de información? En: III CONGRESO Estudiantil de Derecho Civil. Santiago, Universidad de Chile. Facultad de derecho.
3. ASOCIACIÓN DE SUPERVISORES BANCARIOS DE LAS AMÉRICAS. 2012. Mejores prácticas y recomendaciones para la protección del consumidor financiero. México D.F., Fondo Multilateral de inversiones (FOMIN).
4. BACHELET M., ARENAS A. y RINCON X. 2014. Proyecto de ley que modifica la ley N° 19.496 (Mensaje N° 141-362) [en línea] < <http://www.camara.cl/sala/verComunicacion.aspx?comuid=11517&formato=pdf>> [Consulta:01 abril 2015]
5. BANCO CENTRAL. 2013. Encuesta Financiera de Hogares: Metodología y Principales Resultados. Santiago, Banco Central.
6. BEBCZUK, R. 2000. Información asimétrica en mercados financieros. Cambridge, Cambridge University Press.
7. BERGOEING R. 2013 Adecuación de Normas SBIF a la Nueva Ley de Protección del Consumidor. En: Comisión de Hacienda de la Cámara de diputados. Valparaíso, 15 de mayo de 2013
8. BUDNEVICH, C. 2010. Presentación del Superintendente de Bancos e Instituciones Financieras. Invitación a Comisión de Economía, Fomento y Desarrollo. Proyecto sobre indicación sustitutiva de las mociones que establecen normas sobre protección de los derechos de titulares y usuarios de tarjetas de crédito [en línea] < http://www.sbif.cl/sbifweb3/internet/archivos/DISCURSOS_9295.pdf> [consulta: 01 abril 2015]
9. CALABRESI, G. El costo de los accidentes. Editorial Ariel S.A. Barcelona: 1984.
10. CANADA. *Senate and House of Commons of Canada*. 2001. *Financial Consumer Agency of Canada Act*. 14 de junio de 2001
11. CHILE. Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras. 2010. Circular Bancos N° 3.505: Buenas Prácticas de Contratación. 22 de septiembre de 2010.
12. CHILE. Congreso Nacional. Historia de la Ley 20.555. 2011. Santiago, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.
13. SOVERN, J. 2006. *Toward a New Model of Consumer Protection: The Problem of Inflated Transaction Costs*, (47) Wm. & Mary L. Rev. 1635, 1635-1709 (2006), [en línea] <http://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol47/iss5/4> [Consulta: 01 Abril 2015]

14. COLOMBIA, Ministerio de Hacienda y Crédito Público. 2009. Ley 1328, Por la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones. 15 de julio de 2009.
15. COMISION NACIONAL PARA LA PROTECCIÓN Y DEFENSA.DE LOS USUARIOS DE SERVICIOS FINANCIEROS. [s.a.] Página web de la CONDUSEF. [en línea] <www.condusef.gob.mx> [consulta 01 abril 2015]
16. CONSEJO NACIONAL DE LA CULTURA Y LAS ARTES. 2011. Estudio sobre el Comportamiento Lector a Nivel Nacional [en línea] <<http://www.cultura.gob.cl/wp-content/uploads/2013/04/Estudio-Comportamiento-Lector.pdf>> [Consulta: 01 Abril 2015]
17. CORRAL, H. 2006. “La aplicación jurisprudencial de la buena fe objetiva en el ordenamiento civil chileno”, (versión ampliada), en Íñigo de la Maza G. (editor), Temas de contratos, Cuadernos de Análisis Jurídicos, Colección de Derecho Privado, U. Diego Portales, Santiago, , pp. 187-226
18. DE LA MAZA, I. 2003. Contratos por Adhesión y Cláusulas Abusivas ¿Por qué el Estado y No Solamente el Mercado?. Revista Chilena de Derecho Privado, Fernando Fueyo Laneri. (1): 109- 147
19. DE LA MAZA, I. 2010. El Suministro de Información Como Técnica de Protección de los Consumidores: Los Deberes Precontractuales De Información. Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte. 17(2): 21-52
20. DENEGRI, C., DEL VALLE, G., ETCHEBARNE, S. y GONZÁLEZ, J. 2010. Proyecto FONDECYT 1090179: “Alfabetización Económica y patrones de consumo y endeudamiento en estudiantes de pedagogía: hacia un modelo explicativo”. Fondo Nacional de Desarrollo Científico y Tecnológico, Chile. [en línea] <http://investigacion.ufro.cl/index.php?option=com_content&view=article&id=375:estudio-revela-preocupante-endeudamiento-de-universitarios&catid=1:latest-news> [Consulta: 01 abril 2015]
21. DEPARTAMENTO DE PRENSA DEL SENADO. 2014. Cobro de comisiones bancarias: insisten en la necesidad de regular para evitar abusos. [en línea] <http://www.senado.cl/cobro-de-comisiones-bancarias-insisten-en-la-necesidad-de-regular-para-evitar-abusos/prontus_senado/2014-02-13/095650.html> [Consulta: 01 abril 2015]
22. DIEZ-PICAZO, L. 2007. Fundamentos del derecho civil patrimonial. Introducción Teoría del Contrato, 6ª Edición, Navarra, Thompson-Civitas, 2007.
23. ELSTER, J. 1997. Ulises y las sirenas, Estudios sobre Racionalidad e Irracionalidad. 2º de. México D.F., Fondo de Cultura Económica.
24. ESTADOS UNIDOS. *Senate and House of Representatives of the United States of America*. 2010. *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*. 5 de enero de 2010.

25. FITZGERALD, V. 2007. Desarrollo Financiero y Crecimiento Económico. Principios: estudios de economía política. 7: 5-30
26. FREEMAN, R. 1984. *Strategic Management: a Stakeholder approach*. Edición Digital. Gran Bretaña, Cambridge University Press
27. G20/OECD TASK FORCE ON FINANCIAL CONSUMER PROTECTION. 2014. *Effective Approaches to Support the Implementation of the Remaining G20/OECD High-Level Principles on Financial Consumer Protection*. Francia, OCDE. [en línea] < <http://www.oecd.org/daf/fin/financial-markets/48892010.pdf>> [Consulta: 01 abril 2015]
28. GARCÍA W., y VAN BOOM W. 2009. *Information Disclosure in the EU Consumer Credit Directive: Opportunities and Limitations* [en línea] <<http://ssrn.com/abstract=1538111>> [Consulta: 01 abril 2015]
29. GERALD, A. 2001. "Los Mercados con Información Asimétrica", tema tratado por los Premio Nobel de Economía 2001. Aportes: Revista de la Facultad de Economía-BUAP. 7(19): 173-176
30. GERDING, E. 2009. "The Subprime Crisis and the Link between Consumer Financial Protection and Systemic Risk". FIU Law Review (forthcoming) [en línea] <http://works.bepress.com/erik_gerding/4> [consulta: 01 Abril 2015]
31. GÓMEZ, J. 1980. Notas sobre el derecho de información del consumidor" en RJC, N° 3
32. GONZALEZ A. 2010. Competencia en Servicios Bancarios a Personas. Santiago, Departamento Economía, Universidad de Chile.
33. *GOOD PRACTICES FOR CONSUMER Protection and Financial Literacy in Europe and Central Asia: A Diagnostic Tool*. 2010. RUTLEDGE, S. "et al." Washington D.C., The World Bank, Finance and Private Sector Department.
34. GURLEY, J. y SHAW E. 1955. *Financial Aspects of Economic Development*. *American Economic Review* 45: 515-538.
35. HANSON, J. y KYSAR, D. 1999. *Taking Behavioralism Seriously: The Problem of Market Manipulation*. New York. University Law Review 74: 632-750
36. HARBOE, F. 2013, Proyecto de Ley que Especifica cláusulas abusivas más recurrentes en los contratos de adhesión. (Boletín N° 9146-03).16 octubre de 2013
37. HILLMAN, R. y RACHLINSKI, J. 2001. *Standard-Form Contracting in the Electronic Age*. [en línea] <<http://ssrn.com/abstract=287819>> [consulta: [01 abril 2015]
38. INDICADORES DE ACCESO y uso a servicios financieros, situación en Chile 2013. ALARCÓN C. "et al". Santiago, Serie Técnica de Estudios SBIF N° 13.
39. JIMENEZ, S. y GARCÍA, J. 2012. Protección de Derechos de Consumidores: Por qué, Cuánto y Cómo. Santiago, Libertad y Desarrollo. ISSN 0717-1536.

40. KING, R. y LEVINE, R. 1993. *Finance and Growth: Schumpeter Might be Right*. *The Quarterly Journal of Economics*. 108(3): 717-737.
41. LIBERTAD Y DESARROLLO. 2014. Encuesta Bicentenario: La Radiografía de la Confianza de los Chilenos. [en línea] Temas Públicos. N° 1.145 <http://www.lyd.com/wp-content/files_mf/tp1.145_encuestabicentenerioll.pdf> [consulta: 26 noviembre 2014]
42. MANUELITO, S. y JIMÉNEZ L. 2010. Los mercados financieros en América Latina y el financiamiento de la inversión: hechos estilizados y propuestas para una estrategia de desarrollo. *Revista CEPAL. Serie macroeconómica del desarrollo* (107): 47-757
43. MÉXICO. Congreso de los Estados Unidos Mexicanos. 1999. Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros. 18 enero 1999 (Última reforma publicada el 10 de enero de 2014)
44. MÉXICO. Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros. 2014. Disposiciones de Carácter General en Materia de Cláusulas Abusivas Contenidas en Los Contratos de Adhesión. 19 de noviembre de 2014.
45. MEZA D., IRLENBUSCH B. y REYNIERS D. 2008. *Financial Capability: A Behavioural Economics Perspective*. *Consumer Research*. (69)
46. MILL, J.S. 1836. *Essays on Some Unsettled Questions of Political Economy*, 2ª ed. Londres, Longmans, Green, Reader & Dyer.
47. MOMBERG R. y PIZARRO, C. "Artículo 16 G). La Buena Fe y el Equilibrio Contractual. En: BARRIENTOS F., PIZARRO W. y DE LA MAZA, I. 2013 La Protección de los Derechos de los Consumidores. Chile, Legalpublishing. pp. 340-351
48. OCDE. 2010. *Consumer Policy Toolkit*. *OECD Publishing, Paris*. [En línea] <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264079663-en> [Consulta: 01 abril 2015]
49. OECD/INFE. 2012. *High-Level principles on national strategies for financial education*. Francia, OCDE. [en línea] <http://www.oecd.org/finance/financial-education/OECD_INFE_High_Level_Principles_National_Strategies_Financial_Education_APEC.pdf> [consulta 01 abril 2015]
50. ORTIZ, A. 1992. Comentario artículo 13". En: BERCOVITZ, R. y SALAS, J. Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. España, Civitas.
51. ORTIZ, O. 2001. El dinero: la teoría, la política y las instituciones. Ciudad de México. Facultad de Economía, UNAM. 341p.
52. PERÚ. Superintendencia de Banca, Seguros y AFP. 2012. Resolución N° 8181-2012: Reglamento de Transparencia de Información y Contratación con Usuarios del Sistema Financiero. 25 octubre de 2012

53. PIZARRO, C. 2007. El fracaso de un sistema: Análisis empírico y dogmático del control de cláusulas abusivas en contratos por adhesión. en *Revista de Derecho*, 20(2): pp. 31-47. [en línea] <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071809502007000200002&lng=es&nrm=iso> [Consulta: 01 abril 2015]
54. ROA, J. [s.a.] Buenas prácticas y perspectivas de análisis para la mejora del Sistema de Protección al Consumidor en Chile. [en línea] <<http://95propuestas.cl/site/wp-content/uploads/2013/05/buenas-practicas-y-perspectivas-de-analisis-para-la-mejora-del-sistema-de-proteccion-al-consumidor-jose-roa.pdf>> [Consulta: 01 abril 2015]
55. RUTLEDGE, S. 2010. *Consumer Protection and financial Literacy*. Washington D.C., *The World Bank, Finance and Private Sector Department*.
56. SAN MARTÍN, L. 2013. Artículo 3 inciso 2°. En: Protección de los derechos de los consumidores, comentario a la ley de protección de los derechos de los consumidores. Santiago de Chile. Thomson Reuters.
57. SENTIDOS COMUNES. 2011. Entrevista: José Roa, ex director del Sernac, habla del endeudamiento de los chilenos. [En línea] <<http://www.sentidoscomunes.cl/dossier-2-jose-roa-ex-director-del-sernac-habla-del-endeudamiento-de-los-chilenos/>> [Consulta: 01 de abril de 2015]
58. SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR (SERNAC). 2014. Reporte estadístico de reclamos. [en línea] Primer semestre del 2014. Ministerio de Economía, Fomento y Turismo. <http://www.sernac.cl/wp-content/uploads/2014/09/Reporte-1er-semester-reclamos_2014.pdf> [Consultado en 14 de Septiembre del 2014]
59. SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR. 2010. Gestión 2005-2010 y Perspectivas de futuro. [en línea] <<http://www.SERNAC.cl/acercade/Cuenta%20de%20gestión%202005-2010.pdf>> [consulta: 01 abril 2015].
60. SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR. 2014a. Boletín Créditos Hipotecarios. [en línea] <<http://www.sernac.cl/wp-content/uploads/2014/08/Boletin-CH-julio-141.pdf>> [Consulta: 01 abril 2015]
61. SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR. 2014b. Ranking De Reclamos Del Sistema Financiero, Sub Mercado Instituciones Bancarias, 1er semestre 2013 vs 1er semestre 2014. [En línea] < <http://www.sernac.cl/ranking-financiero-primer-semester-sernac-tomo-radiografia-del-comportamiento-de-la-banca-hacia-los/>> [Consulta: 01 abril 2015]
62. SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR. [s.a.] Página web del Servicio Nacional del consumidor. [en línea] <www.sernac.cl> [consulta 01 abril 2015]

63. SIMON, H. 1987. *Behavioral economics*. En: EATWELL, J., MILLGATE y NEWMAN, P. *The New Palgrave: A Dictionary of Economics*. Londres, Macmillan. 1era Edición.
64. STIGLITZ, J. 2001. Asimetrías de Información y Políticas Económicas. [en línea] Project Syndicate. Economics <<https://www.project-syndicate.org/commentary/asymmetries-of-information-and-economic-policy/spanish>> [consulta: 14 noviembre 2014]
65. STIGLITZ, J. 2002 La Información y el Cambio en el Paradigma de la Ciencia Económica. *Revista Asturiana de Economía*. 25: 95-164
66. SUPERINTENDENCIA DE BANCOS E INSTITUCIONES FINANCIERAS. 2010. Circular N° 3.514: Intereses y Comisiones. Principios y Criterios para la Aplicación de su Cobro. 15 noviembre de 2010.
67. TAPIA, M. y VALDIVIA M. 2002. *Contratos de Adhesión: Ley N° 19.496*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
68. TENJO F. y GARCÍA G. 1995. Intermediación Financiera y Crecimiento Económico. *Cuadernos de Economía*. 14(23): 179-196
69. VALDÉS, D. 2012. Algunas consideraciones sobre el deber de información en las tratativas preliminares: un análisis desde el Código Civil chileno. *Revista Estudios Jurídicos Democracia y Justicia* (1). ISSN 0719-4064.

ANEXOS

ANEXO N°1: Disposiciones de Carácter General en Materia de Cláusulas Abusivas Contenidas en Los Contratos de Adhesión dictadas por la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros con fundamento en lo dispuesto por los artículos 11, fracciones XVIII y XXXIV; 16; 26, fracciones I, II, IV y XX; 56; 56 Bis, y 57 de la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros; 59, fracciones I y XII, de la Ley Federal de las Entidades Paraestatales; así como 1 y 10, primer párrafo, del Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros. 2014 con fecha 19 de noviembre de 2014.

DISPOSICIONES DE CARÁCTER GENERAL EN MATERIA DE CLÁUSULAS ABUSIVAS CONTENIDAS EN LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN

CAPÍTULO I

DISPOSICIONES GENERALES

PRIMERA.- Las presentes Disposiciones tienen por objeto establecer los casos y supuestos en los cuales se considerará la existencia de Cláusulas Abusivas, así como establecer la forma en la que deberán suprimirse de los Contratos de Adhesión.

SEGUNDA.- Para efecto de las presentes Disposiciones se entenderá, en singular o plural, por:

I. Cláusula Abusiva: A cualquier estipulación, término o condición, establecida en los Contratos de Adhesión, que verse sobre temas distintos a tasas de interés, comisiones o cualquier otro concepto que implique la contraprestación recibida por la Institución Financiera y que cause un desequilibrio en los derechos y obligaciones entre las partes, en detrimento o perjuicio del Usuario, de conformidad con lo establecido en la TERCERA de las presentes Disposiciones. Lo anterior, salvo que esté permitido en disposiciones legales vigentes;

II. Comisión Nacional: A la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros;

III. Contrato de Adhesión: Al documento elaborado unilateralmente por las Instituciones Financieras para establecer en formatos uniformes los términos y condiciones aplicables a la contratación de uno o más productos, operaciones o servicios que lleven a cabo con los Usuarios, en el entendido de que estos últimos no podrán negociar dichos términos y condiciones;

IV. Crédito Comercial: A los créditos directos o contingentes otorgados a personas morales o físicas con actividad empresarial, que se destinan a dicho giro;

V. Crédito de Nómina: Al crédito otorgado a personas físicas a quienes les depositan su salario, pensión o cualquier otra prestación de carácter laboral en las Instituciones Financieras otorgantes del crédito;

VI. Crédito Simple: A aquél en el que la Institución Financiera se obliga a poner una suma de dinero a disposición del acreditado, para que el mismo haga uso del crédito concedido en la forma, términos y condiciones convenidos, teniendo un vencimiento fijo, quedando obligado el acreditado a restituir las sumas de que disponga o cubrirlo oportunamente por el importe de la obligación que contrajo, y en todo caso a pagar los intereses, prestaciones, gastos y comisiones que se estipulen;

VII. Crédito en Cuenta Corriente o Revolvente: A aquel que da derecho al acreditado a hacer remesas, antes de la fecha fijada para la liquidación, en reembolso parcial o total de las disposiciones que previamente hubiere hecho, quedando facultado, mientras el contrato no concluya, para disponer en la forma pactada del saldo que resulte a su favor;

VIII. Cuenta de Ahorro: Aquella que la Institución Financiera comercialice como un producto de ahorro, independientemente del medio de disposición o transacción utilizado;

IX. Depósito a la Vista: Al depósito de una suma determinada de dinero en moneda nacional o extranjera, que transfiere la propiedad a la Institución Financiera y la obliga a restituir la suma depositada en la misma especie, teniendo el depositante el derecho de hacer libremente las remesas en efectivo para abono de su cuenta y a disponer, total o parcialmente, de la suma depositada en cualquier momento;

X. Institución Financiera: A las sociedades controladoras, instituciones de crédito, sociedades financieras de objeto múltiple, sociedades de información crediticia, casas de bolsa, especialistas bursátiles, fondos de inversión, almacenes generales de depósito, uniones de crédito, casas de cambio, instituciones de seguros, sociedades mutualistas de seguros, instituciones de fianzas, administradoras de fondos para el retiro, PENSIONISSSTE, empresas operadoras de la base de datos nacional del sistema de ahorro para el retiro, Instituto del Fondo Nacional para el Consumo de los Trabajadores, sociedades cooperativas de ahorro y préstamo, sociedades financieras populares, sociedades financieras comunitarias, y cualquiera otra sociedad que requiera de la autorización de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas y de la Comisión Nacional del Sistema de Ahorro para el Retiro para constituirse y funcionar como tales y ofrecer un producto o servicio financiero a los Usuarios,

XI. Ley: A la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros, y

XII. Usuario: A la persona que contrata, utiliza o por cualquier otra causa tenga algún derecho frente a la Institución Financiera, como resultado de la operación o servicio prestado.

CAPÍTULO II

DE LOS CASOS Y SUPUESTOS

TERCERA.- Son Cláusulas Abusivas las que se ubiquen en los siguientes casos y supuestos:

- I.** En cualquier tipo de Contratos de Adhesión, cuando:
 - a)** Limiten injustificadamente el ejercicio de los derechos del Usuario;
 - b)** Impongan al Usuario la obligación de acreditar con pruebas las operaciones, movimientos o pagos efectuados a la propia Institución Financiera, salvo cuando en la contabilidad o registros de operación de esta última no obren dichas operaciones, movimientos o pagos;
 - c)** Establezcan obligaciones indeterminables para el Usuario, en caso de incumplimiento de éste al Contrato de Adhesión;
 - d)** Permitan a la Institución Financiera terminar un Contrato de Adhesión sin notificación previa;
 - e)** Establezcan como causal de terminación anticipada del Contrato de Adhesión, la conclusión de otra relación contractual o la realización de actos no vinculados directamente con las obligaciones del Usuario convenidas en el contrato, salvo que se trate de actos que deriven de un incumplimiento de obligaciones crediticias;
 - f)** Impliquen la renuncia del Usuario al derecho de ser resarcido o reembolsado de cualquier erogación que corresponda a la Institución Financiera, o
 - g)** Permitan la modificación, restricción o ampliación de lo pactado en el Contrato de Adhesión, sin el consentimiento del Usuario, salvo que sea en beneficio del mismo.
- II.** En contratos de Créditos de Nómina, cuando:
 - a)** Establezcan como causal de vencimiento anticipado del crédito, la cancelación de la cuenta de depósito en la que el acreditado recibe su nómina;
 - b)** Establezcan como causal de vencimiento anticipado del crédito, que el acreditado termine con la relación laboral existente al momento de la firma, o
 - c)** Establezcan que la acreditación del pago será hasta el momento en que el patrón realice la transferencia de los recursos a la Institución Financiera, sin señalar un plazo cierto para tal acreditación.
- III.** En contratos de Créditos Comerciales, cuando:
 - a)** Establezcan que la Institución Financiera unilateralmente podrá realizar modificaciones a la forma de pago establecida en el Contrato de Adhesión;
 - b)** Prohíban en general la contratación de cualquier otro tipo de crédito durante la vigencia del contrato o limiten la movilidad del crédito, o
 - c)** Trasladen al Usuario obligaciones que no deriven de manera directa del contrato celebrado, sino que corresponda cumplir a la Institución Financiera por actos o requisitos establecidos por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, el Banco de México, la Comisión Nacional Bancaria y de Valores y cualquier otra autoridad.

IV. En contratos de Crédito Simple, en Cuenta Corriente o Revolventes, cuando:

- a)** Establezcan el cargo de adeudos vencidos en cuentas de depósito, sin que se indique el plazo en el que se realizará el cargo ni el saldo por el cual se hará el cargo;
- b)** Establezcan la autorización irrevocable para cargar las parcialidades del crédito en cualquier cuenta de nómina o de depósito a nombre del Usuario contratada con otra Institución Financiera;
- c)** Establezcan que el acreditado debe avisar con antelación a la Institución Financiera la realización de un pago anticipado total o parcial del crédito;
- d)** Establezcan que los pagos anticipados o adelantados se aplican a discreción de la Institución Financiera;
- e)** Restrinjan o limiten la disposición de saldos existentes en las cuentas de depósito que el acreditado tenga abiertas con la Institución Financiera, mientras el crédito esté vigente, excepto cuando los recursos depositados en la cuenta se hubiesen otorgado en garantía;
- f)** Establezcan que la acreditación del pago con cheque será hasta el momento en que la Institución Financiera dé por cumplido el pago, sin determinar una fecha cierta, o
- g)** Establezcan como causal de vencimiento anticipado el incumplimiento de otros créditos celebrados con un tercero ajeno al grupo financiero.

V. En contratos de Depósito a la Vista o Cuentas de Ahorro, cuando:

- a)** Establezcan el cargo de adeudos vencidos, sin que se indique el plazo en el que se realizará el cargo ni el saldo por el cual se hará el cargo;
- b)** Establezcan la autorización expresa del Usuario para cargar en su cuenta de depósito, el saldo de los créditos u otros productos que haya contratado con la Institución Financiera o con integrantes de su grupo financiero, sin indicar los plazos y saldos a considerar para efectuar dichos cargos;
- c)** Establezcan que el pago de cualquier adeudo será garantizado por la cuenta de depósito y por las cantidades depositadas en ella, para que la Institución Financiera pueda restar de sus depósitos, sin necesidad de aviso previo, las cantidades vencidas y no pagadas, salvo que se trate de prenda en efectivo prevista en el artículo 336 Bis de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito;
- d)** Establezcan que, en caso de incremento en el capital social de la Institución Financiera, se autorice el cargo sobre los depósitos para cubrir el capital social restante cuando el depositante sea socio de la misma, sin mencionar que será una vez que haya vencido el plazo máximo que fija la asamblea general de socios para acreditar el pago total que le corresponde como socio, o
- e)** Establezcan el traspaso de la cuenta del Usuario a otra Institución Financiera sin previo aviso.

VI. En contratos de seguros, cuando:

a) En el caso de pólizas individuales, se condicione la indemnización de un siniestro procedente ocurrido durante la vigencia de la póliza a que la póliza se encuentre vigente al momento de la reclamación.

VII. En contratos de seguro de vida, cuando:

a) Limitan la continuidad de la cobertura de fallecimiento, cuando hayan procedido los beneficios adicionales de accidentes o invalidez, siempre y cuando para dichos beneficios se haya pagado una prima independiente, y no sean alternativos, o

b) Excluyan de los seguros que amparan muerte accidental, la que derive de actos dolosos cometidos en contra del asegurado, siempre y cuando éste no sea sujeto activo de delito, o no sea el provocador.

VIII. En contratos de seguro de accidentes personales, cuando:

a) Excluyan de los seguros que amparan muerte accidental, la que derive de actos dolosos cometidos en contra del asegurado, siempre y cuando éste no sea sujeto activo de delito, o no sea el provocador, o

b) Excluyan las enfermedades o padecimientos preexistentes sin que exista previamente un diagnóstico de que dicho padecimiento o enfermedad va a derivar en una invalidez durante la vigencia de la póliza.

CAPÍTULO III

DEL PROCEDIMIENTO PARA ORDENAR LA SUPRESIÓN DE CLÁUSULAS ABUSIVAS

CUARTA.- Para identificar la existencia de Cláusulas Abusivas, la Comisión Nacional podrá en cualquier momento analizar de forma integral el Contrato de Adhesión y cualquier otro documento que sea parte del mismo, de acuerdo al sector, producto o servicio de que se trate y, en su caso, al contratante. Lo anterior lo podrá realizar a través de:

I. El registro y, en su caso, autorización de los Contratos de Adhesión en los registros de contratos de adhesión que administre la Comisión Nacional;

II. El ejercicio de evaluación y supervisión que realice a las Instituciones Financieras;

III. Los procedimientos de atención a Usuarios que conozca, y

IV. El ejercicio de sus demás atribuciones.

QUINTA.- Para ordenar la supresión de Cláusulas Abusivas, la Comisión Nacional se sujetará a lo siguiente:

I. Informará a la Institución Financiera, mediante oficio, la orden de supresión de la Cláusula Abusiva de que se trate, para que en un plazo de diez días hábiles, contado a partir de aquel en que surta efectos la notificación del oficio, manifieste por escrito lo que a su derecho convenga, acompañando la documentación que soporte su dicho, y

II. Resolverá lo conducente en un plazo de diez días hábiles siguientes, contado a partir de aquel en que se cumpla el plazo para el pronunciamiento de la Institución Financiera.

SEXTA.- Las Instituciones Financieras contarán con un plazo de quince días hábiles, contado a partir de la fecha de notificación de la resolución que se emita en términos de la fracción II de la disposición anterior, para acreditar ante la Comisión Nacional, la modificación al formato de Contrato de Adhesión en el que se suprima la Cláusula Abusiva respectiva.

SÉPTIMA.- La Comisión Nacional informará a su Junta de Gobierno de las resoluciones por las que se ordene la supresión de Cláusulas Abusivas; asimismo, las publicará en su página electrónica en la red mundial denominada "internet", a través del Buró de Entidades Financieras a que se refiere el artículo 8 Bis de la Ley y por cualquier otro medio que estime conveniente.

ANEXO N° 2: Sub capítulo II de la Resolución N° 8181-2012: Reglamento de Transparencia de Información y Contratación con Usuarios del Sistema Financiero dictado por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, con fundamento en lo dispuesto en la Ley N° 28.587, con fecha 25 octubre de 2012.

SUB CAPÍTULO II CRITERIOS APLICABLES A LAS COMISIONES Y GASTOS

Artículo 6°.- Determinación de las comisiones y gastos

Las comisiones y gastos que las empresas apliquen sobre sus operaciones activas, pasivas y servicios se determinarán libremente de conformidad con lo establecido en el artículo 9° de la Ley General.

Las comisiones constituyen retribuciones por operaciones o servicios adicionales y/o complementarios a las operaciones contratadas por los usuarios o clientes, que hayan sido previamente acordados y efectivamente prestados por la empresa. Los gastos son aquellos costos debidamente acreditados, en que incurre la empresa con terceros por cuenta del cliente para brindar servicios adicionales y/o complementarios a las operaciones contratadas que, de acuerdo a lo pactado, serán trasladados al cliente.

En ningún caso podrán aplicarse comisiones y gastos o cobrar primas de seguro al cliente o usuario por conceptos no solicitados, no pactados o no autorizados previamente por éste, conforme a lo establecido en el presente Reglamento.

Artículo 6 A°: Criterios para determinación de comisiones y gastos

Las comisiones y gastos que las empresas apliquen a los clientes o usuarios deberán observar los siguientes criterios:

- a. Sólo procede el cobro de comisiones y gastos que se sustenten en la realización de servicios adicionales a las operaciones y/o gestiones esenciales e inherentes a la operación o servicio contratado, siempre que se haya acordado expresamente su cobro, de acuerdo a lo previsto en el presente Reglamento.

- i. En el caso de operaciones activas se entenderá por operación o gestión esencial o inherente a aquellas vinculadas a la evaluación, celebración del contrato, desembolso y administración; asimismo, se considerarán en dicha categoría las vinculadas al cobro del crédito en situación de cumplimiento. Tratándose de operaciones que impliquen créditos contingentes, como es el caso de las líneas de crédito, no se considerarán esenciales e inherentes los cargos aplicados por su administración.
 - ii. En el caso de operaciones pasivas sólo se entenderá por servicio esencial o inherente al resguardo del depósito.
- b. En cualquier caso procede el cobro de cargos por seguros, gastos notariales, registrales y tributos, según corresponda al servicio contratado.
 - c. Las tarifas que difundan y apliquen las empresas por los servicios que presten deberán ajustarse a los criterios antes señalados, debiendo ser clasificados como comisión o como gasto, según corresponda.

En el Anexo N° 5 del Reglamento se detallan ejemplos de cargos que no cumplen con los criterios previamente indicados para ser considerados como gastos o comisiones. Dicha relación sólo tiene carácter enunciativo, pudiendo esta Superintendencia señalar otros cargos que no se adecúan a los criterios descritos.

Artículo 7°.- Sustento de comisiones y gastos

Las empresas deberán tener el sustento de las comisiones y gastos que cobren. Dicho sustento debe ser desagregado por cliente u operación, según corresponda. En caso ello no sea posible, podrá sustentarse de manera global por grupo de clientes, tipo de operación u otro criterio que permita su determinación.

La exigencia de justificación técnica tiene por finalidad sustentar que las comisiones correspondan a servicios efectivamente prestados en tanto que los gastos correspondan a costos reales en los que se ha incurrido con terceros, de conformidad con lo dispuesto en el artículo anterior. En el caso de los gastos, el sustento de costos debe justificar el monto que se consigna como tal concepto.

Artículo 8°.- Cobro de primas de seguros por operaciones activas

El monto por concepto de primas y cualquier gasto adicional relacionado con el seguro que deba pagar el usuario en los seguros asociados a las operaciones activas, no podrá ser mayor que aquél que la empresa efectivamente ha contratado con la compañía de seguros, sin perjuicio de las comisiones que pudiera establecer por la administración de pólizas, las que deberán ser adecuadamente informadas al usuario.