

La información como mecanismo de distribución de riesgos en el mutuo hipotecario: proyecciones en la etapa precontractual

Information as a risk distribution mechanism in the mortgage loan: projections in the pre-contractual stage

JOSÉ TOMÁS ERRÁZURIZ JOTTAR*

Universidad de los Andes, Santiago, Chile

jtterrazuriz@miuandes.cl | <https://orcid.org/0009-0006-5085-6319>

BENJAMÍN EDUARDO BRAVO PARRA**

Universidad de los Andes, Santiago, Chile

bebravo@miuandes.cl | <https://orcid.org/0009-0007-3660-901X>



Recibido: 15/09/2023 | Aceptado: 10/11/2023 | Publicado: 28/11/2023

Resumen. El presente artículo examina la relevancia que reviste la información de que disponen las partes al momento de negociar el contrato de mutuo hipotecario a partir de la regulación contenida en la Ley de Protección de los Derechos del Consumidor y el Reglamento sobre Información al Consumidor de Créditos Hipotecarios. Se analiza la cotización y su naturaleza jurídica como elemento fundante de la formación del consentimiento, así como su relación con otras instituciones análogas. También, se examina la importancia de precisar el concepto de riesgo comercial empleado por la normativa vigente y sus alcances. Finalmente, se revisa la responsabilidad en que puede incurrir el Proveedor como consecuencia de incumplimientos o infracciones de distinta naturaleza que pueden darse en esta relación.

Palabras clave. Contrato de mutuo hipotecario; formación del consentimiento; cotización; riesgo comercial; responsabilidad.

Abstract. This article examines the relevance of the information available to the parties at the time of negotiating the mortgage loan contract, based on the regulations contained

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de los Andes (Chile).

** Estudiante de Derecho de cuarto año en la Universidad de los Andes (Chile).

in the Consumer Rights Protection Law and the Regulation on Consumer Information on Mortgage Loans. It analyzes the mortgage commitment letter and its legal nature as a founding element of the formation of consent, as well as its relationship with other similar institutions. Also, the importance of clarifying the concept of commercial risk used by the regulations in force and its scope is elucidated. Finally, the civil and infractional liability in which the Supplier may incur as a consequence of breaches or infringements of different nature, whether they take place in pre-contractual stages or after the formation of the consent, is reviewed.

Keywords. Mortgage loan contract; formation of consent; mortgage commitment letter; commercial risk; liability.

El contrato de mutuo con garantía hipotecaria es una de las convenciones de mayor utilidad e importancia en la actualidad. No obstante, aun a pesar de la importancia que reviste esta institución, su tratamiento en la dogmática nacional es más bien precario, especialmente en lo que dice relación con el ámbito precontractual. Frecuentemente se habla de *simulación*, *cotización* y *preaprobación* como si fueran términos idénticos e intercambiables. La evaluación previa del riesgo comercial se transformó en una práctica estandarizada que la dogmática nacional ha rehusado examinar con mayor profundidad. Tampoco parece haber claridad de los remedios concretos de que dispone el consumidor afectado frente a un incumplimiento por parte del banco en sede precontractual.

En el presente artículo se postula que estos conceptos deben interpretarse a la luz de la formación del consentimiento, y específicamente con relación al derecho de las partes a informarse sobre las condiciones de contratación. De lo contrario, se arriesga incurrir en una comprensión irreflexiva, defectuosa e inorgánica de estas instituciones. Las diferencias entre la simulación, cotización y preaprobación se explican, precisamente, porque en ciertos casos el banco tiene un conocimiento insuficiente sobre la situación económica de la persona natural o jurídica que pretende obtener el crédito. La evaluación previa del riesgo comercial, lejos de constituir una mera limitación a la obtención del crédito, se erige como una herramienta esencial en el proceso de formación del consentimiento, pues cumple la función de *permitir al banco conocer anticipadamente los riesgos de la contratación*. La normativa vigente, según veremos, discurre sobre esta misma idea.

Con este empeño, en el primer capítulo se aborda la naturaleza jurídica de la cotización, y sus semejanzas y diferencias con otras instituciones similares. El segundo capítulo tiene por objeto el análisis de la evaluación previa del riesgo comercial, que constituye la piedra angular del escrutinio que efectúa el banco antes de conceder el préstamo. Finalmente, se aborda la responsabilidad civil e infraccional en que puede incurrir el banco por el incumplimiento de ciertas obligaciones legales y contractuales que pueden tener lugar durante la formación del consentimiento.

El análisis será complementado con el Decreto Supremo N° 42, de 2012, del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, que contiene el Reglamento sobre Información al Consumidor de Créditos Hipotecarios y con la propuesta de Reglamento Sobre Información al Consumidor de Créditos Hipotecarios (en adelante, RCH y PRCH respectivamente). Debe notarse que la PRCH fue publicado en consulta ciudadana por el Ministerio de Economía, Fomento y Turismo (en adelante, MEFT) en junio de 2023. Aunque la nueva regulación no altera sustancialmente el objeto del presente artículo, algunas de las modificaciones propuestas pueden ser de interés para comprender las instituciones que se tratan.

1. La cotización en el mutuo hipotecario

1.1. Naturaleza jurídica de la cotización

De conformidad al art. 3° N° 28 del RCH, se entiende por cotización:

la propuesta dirigida nominativamente a un Consumidor interesado en la contratación de un Crédito Hipotecario cuyo riesgo comercial ha sido previamente evaluado calificándosele como sujeto de crédito, en la que se debe indicar en forma clara, simple y transparente la información que se señala en el art. 4° del presente reglamento.

En este apartado nos centraremos en la primera parte de la definición. La cotización es ante todo una propuesta. El art. 1° del RCH pareciera dar a entender que la cotización y la policitud u oferta son conceptos distintos al disponer que “el presente reglamento tiene por objeto establecer la información que (...) deben proporcionar los proveedores de créditos hipotecarios, tanto en su (...) oferta, cotización”. El art. 2° del RCH nuevamente los diferenciaría cuando establece que el reglamento se aplica a los consumidores en su calidad de destinatarios finales de “ofertas (...), cotizaciones...”.

La confusión conceptual en que incurre el RCH se explica porque *oferta* se toma como sinónimo de *promoción*, descuento o rebaja. El art. 3° N° 4 la define como una:

práctica comercial consistente en el ofrecimiento de Créditos Hipotecarios en cualquiera de sus modalidades al público, con tasas de interés, cargos u otros importes rebajados en forma transitoria, en relación con las tasas de interés, cargos u otros importes habituales del respectivo Proveedor.

En consecuencia, la cotización es en realidad una especie de oferta, entendida como sinónimo de policitud o propuesta, aunque calificada por dos elementos. Por un lado, el objeto de la cotización es siempre la contratación de un crédito hipotecario. Por otro, el oferente es un proveedor de créditos hipotecarios y el destinatario un consumidor que pretende contratar dicho crédito.

1.2. Carácter vinculante de la cotización y semejanza con otras figuras análogas

El art. 105 del Código de Comercio señala que “las ofertas indeterminadas contenidas en circulares, catálogos, notas de precios corrientes, prospectos, o en cualquiera otra especie de anuncios impresos, no son obligatorias para el que las hace”.

Aunque la disposición pareciera ser aplicable a la cotización, debe recordarse que, tratándose de un acto de consumo, el art. 12 de la Ley N° 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores (en adelante, LDPC) establece que “todo proveedor de bienes o servicios estará obligado a respetar los términos, condiciones y modalidades conforme a las cuales se hubiere ofrecido o convenido con el consumidor la entrega del bien o la prestación del servicio”.

Con todo, el RCH se aparta de la norma general dispuesta en LDPC para los actos de consumo al establecer una regla similar a la contenida en el Código de Comercio. La cotización será vinculante solo en la medida que se dirija nominativamente a un Consumidor interesado en la contratación de un Crédito Hipotecario, cuyo riesgo comercial ha sido previamente evaluado¹.

Con relación al plazo de vigencia de la cotización, se presenta una diferencia con la oferta común. Si bien las partes son libres de determinar la vigencia de la oferta, en el caso de la cotización el legislador ha limitado la autonomía de la voluntad estableciendo un plazo mínimo de siete días hábiles a contar de su comunicación al Consumidor interesado en la contratación de un Crédito Hipotecario cuyo riesgo comercial ha sido previamente evaluado calificándosele como sujeto de crédito (art. 8° inc. 1° del RCH y 17 G inc. 2° de la LDPC)².

La finalidad del plazo mínimo de vigencia es que el consumidor pueda comparar las condiciones del crédito ofrecido con otros bancos y optar por el que mejor le convenga³. La ley pretende que el consumidor cuente con la mayor cantidad de información posible antes de aceptar la oferta. Para facilitar el ejercicio de comparar las distintas cotizaciones, el art. 3° N° 6 del RCH exige que al inicio de ella se adjunte una hoja “que contiene un resumen estandarizado de sus principales cláusulas y que los Proveedores deben incluir en sus cotizaciones para facilitar su comparación por los Consumidores”.

La situación es distinta cuando la propuesta se dirige al público o a un consumidor cuyo riesgo no ha sido previamente evaluado. En este caso, ella “sólo tendrá el carácter de simulación no vinculante o meramente referencial, hasta que se haya aprobado la

¹ Con relación a la obligación que tienen los bancos de respetar la tasa de interés contenida en la cotización puede verse Isler (2019a).

² Isler (2019a) sugiere que la existencia de un plazo de vigencia para la cotización confirma su carácter vinculante: “no se condice con la lógica la defensa de que la incorporación de un plazo de caducidad no impida modificar los términos propuestos, puesto que de ser ello cierto, el propio establecimiento del plazo no tendría razón alguna”.

³ Generalmente el costo de un crédito se traduce en la Carga Anual Equivalente (CAE), que consiste en “el indicador que, expresado en forma de porcentaje, revela el costo de un Crédito Hipotecario en un período anual, cualquiera sea el plazo pactado para el pago de la obligación (art. 3 N° 24 de la PRCH)”.

evaluación de riesgo comercial, situación que deberá informarse en la misma simulación” (art. 3° N° 28 inc. 2° del RCH).

Normalmente la simulación se obtiene a partir de un formulario “físico o electrónico” que el cliente ingresa al banco. Se le exige que proporcione ciertos antecedentes, tales como el aporte inicial, comúnmente conocido en la jerga inmobiliaria como *pie*; el precio del inmueble; el plazo del crédito; entre otros. Nótese que en este caso la institución financiera calcula la simulación sin realizar ninguna revisión o indagatoria tendiente a acreditar la efectividad de la renta declarada por el consumidor. Ni siquiera efectúa un estudio de títulos tendiente a determinar la existencia de eventuales derechos de terceros sobre el inmueble. Aun más, puede ser que el inmueble objeto de la simulación no exista, como ocurre en las llamadas “ventas en verde”.

La última parte del art. 3° N° 28 inc. 2 del RCH impone a la institución financiera el deber de informar en la misma simulación el carácter no vinculante o meramente referencial de la misma. La norma se justifica de sobra atendida la asimetría de información existente entre la institución financiera y el consumidor. Si no existiera dicha obligación, la simulación podría inducir al cliente a considerar erróneamente que su solicitud fue aprobada en forma definitiva con esas condiciones.

En este sentido, la doctrina ha señalado que:

el consumidor goza de protección en el caso de recibir una cotización, pero no así si se trata de una simulación de un crédito. La ausencia de una tutela a favor del consumidor sobre las condiciones del crédito indicadas en la simulación es la razón para establecer la obligación del Proveedor de informar al consumidor el carácter puramente referencial de la simulación mientras no se apruebe la evaluación de riesgo comercial. (Baquero y Caballero, 2013, p. 463)

Usualmente los bancos cumplen con la obligación de informar el carácter no vinculante de la simulación incluyendo leyendas tales como: “el otorgamiento de crédito informado en el simulador de crédito hipotecario de Banco de Chile está sujeto a evaluación y aprobación de acuerdo con las políticas de crédito”⁴.

La PRCH es aún más estricta, pues fija un texto uniforme que deberán incluir los bancos en las simulaciones para cumplir con esta obligación, además de exigir que conste en dos lugares distintos de la Hoja de Simulación (art. 5° de la PRCH)⁵.

⁴ Disponible en <https://promociones.bancochile.cl/simuladorhipotecario/bchnew/inicio.asp> [fecha de consulta: 16/12/2023].

⁵ A continuación de la tabla con los datos principales del crédito hipotecario, debe incorporarse una leyenda que indique: “Recuerde: Esta simulación es meramente referencial y no es vinculante hasta que el proveedor financiero haya aprobado la evaluación de todos los antecedentes necesarios para calificarlo a Ud. como sujeto de crédito. Para ello Ud. debe solicitar una cotización y acompañar los antecedentes que le solicitó el proveedor para evaluarlo”. Además, al final del documento se debe incluir el siguiente mensaje: “Importante: El presente documento es sólo una Simulación. Si Ud. está interesado en contratar un Crédito Hipotecario, asegúrese de solicitar Cotizaciones y entregar los antecedentes requeridos. Las

En consecuencia, la diferencia esencial entre la simulación y la cotización radica en que la primera no es vinculante para la institución financiera y la segunda sí. Parece razonable que, si la institución financiera no cuenta con los elementos necesarios para determinar el riesgo comercial del cliente, la propuesta será una mera simulación no vinculante.

En armonía con lo recién expuesto, el art. 3º N° 48 de la PRCH la conceptualiza como “toda propuesta u ofrecimiento de carácter meramente referencial y no vinculante, dirigida individualmente a un Consumidor interesado en la evaluación, cotización o contratación de un Crédito Hipotecario”.

La definición propuesta constituye un avance respecto de la situación actual, pues ni el RCH ni la LDPC establecen qué ha de entenderse por simulación. Además, la PRCH supera los problemas planteados por la definición contenida en la propuesta de Reglamento sobre Información al Consumidor de Créditos Hipotecarios de febrero de 2022. En particular, esta última definía la simulación ocupando el concepto “oferta”⁶, conduciendo a una verdadera *contradictio in terminis*: una “oferta no vinculante”.

Junto con suplir la falta de definición en la legislación vigente, la PRCH se encarga de regular minuciosamente en su art. 4º el contenido de la simulación. En particular, se detalla la información que debe contener una tabla que se inserta en la hoja de simulación⁷. Se trata de una serie de datos que permiten determinar principalmente el dividendo mensual del crédito hipotecario y la tasa de interés aplicable. La tabla deberá incluir, entre otras cosas, el monto de cargo propio del cliente; el monto simulado; el plazo; el tipo de tasa de interés (fija, variable o mixta), etc.

Recientemente surgió lo que se ha dado en llamar *preaprobación*. Se trata de una figura intermedia entre la simulación y la cotización que tiene su origen en la práctica inmobiliaria. Para poder reservar inmuebles “en verde”, las empresas inmobiliarias exigen que la institución financiera entregue algún documento donde conste que una persona podría eventualmente ser sujeto de crédito. Los datos que exige la institución financiera para emitir la preaprobación son prácticamente los mismos que para la simulación, aunque revestida de mayor seriedad y formalismo.

gestiones vinculadas a requerir antecedentes para el estudio de títulos y a la tasación del inmueble, sólo podrán comenzar una vez aceptada la Cotización por el Consumidor”.

⁶ El artículo 3 N°8 de la propuesta de Reglamento sobre Información al Consumidor de Créditos Hipotecarios de febrero de 2022 la definía como “toda propuesta, ofrecimiento u oferta, de carácter meramente referencial y no vinculante, dirigida individualmente a un Consumidor interesado en la evaluación, cotización o contratación de un Crédito Hipotecario, y cuyo riesgo comercial no ha sido previamente evaluado”.

⁷ Si bien la tabla sintetiza los datos relevantes del crédito hipotecario, lo deseable es que fuera acompañada con alguna explicación que la haga comprensible por el ciudadano promedio. Pensamos que los deberes de información no se satisfacen simplemente con mostrar los datos. En este sentido, coincidimos con De la Maza (2015, p. 360), en que “la cuestión no consiste exclusivamente en que el documento sea legible, sino en que, además, resulte comprensible”. Aunque el autor hace referencia a la hoja de cotización, lo mismo puede decirse de la hoja de simulación.

Se observa que tanto en la simulación como en la preaprobación la institución financiera entrega una respuesta provisional a la solicitud con los datos que el mismo cliente suministra, sin verificar siquiera su veracidad. En la cotización, en cambio, el banco evalúa comercialmente al cliente en forma previa a su otorgamiento, como se examinará en detalle en el siguiente apartado.

Pensamos que la relevancia de la información con que cuentan las partes se manifiesta nítidamente en los efectos que la misma ley atribuye a las instituciones analizadas precedentemente. Si el banco formula una propuesta al consumidor sin haberlo evaluado comercialmente en forma previa, la ley la reputa una mera simulación no vinculante, atendida la asimetría de información existente en ese momento. Sin embargo, la ley se hace cargo de proteger las expectativas de un consumidor inexperto que, confiando en las condiciones contenidas en la simulación, pretenda que el banco se las respete aun sin haber efectuado una evaluación comercial previa. Por ello se exige que conste en la misma simulación su carácter meramente referencial. En el último acápite nos referiremos a la responsabilidad que cabe al banco por la inobservancia de esta obligación.

2. La evaluación previa de riesgo comercial

2.1. Evaluación comercial previa y asimetría de información

La evaluación previa del riesgo comercial constituye sin lugar a duda la mejor herramienta con que cuenta el banco o institución financiera para determinar los riesgos de la operación. Se trata de un ejercicio que tiene por objeto brindar al banco de la información comercial necesaria para poder contratar con el consumidor.

Esta institución constituye, conceptualmente, una anomalía dentro de la legislación de consumo chilena por las diferencias que presenta el mutuo hipotecario con las demás formas contractuales típicas en esta materia (generalmente compraventa y arrendamiento de servicios).

La ley asume que, por regla general, es el proveedor quien está en mejores condiciones de conocer la cosa objeto del contrato. Por lo mismo la LDPC establece que el consumidor tiene derecho a “una información veraz y oportuna sobre los bienes y servicios ofrecidos” y le concede una serie de remedios contractuales, entre otros casos, si la cosa tiene defectos o vicios ocultos (art. 20 letra f) de la LDPC). Por otro lado, la relación entre el proveedor y el consumidor normalmente se agota con la entrega del bien o la prestación del servicio.

Sin embargo, en el caso del mutuo hipotecario, el consumidor queda jurídicamente vinculado con el banco o institución financiera aun luego del contrato, porque debe solventar en un plazo determinado el capital más los intereses pactados. La extensa duración del contrato conlleva un riesgo intrínseco: la insolvencia del consumidor. Desde luego que nadie está en condiciones de asegurar lo que ocurrirá a futuro, pero en este caso e inversamente a lo que ocurre en la generalidad de las relaciones de consumo, es el

consumidor quien está en mejor posición de proporcionar antecedentes para determinar si tendrá la solvencia para pagar en tiempo y forma cada una de las cuotas pactadas.

La información financiera del consumidor se transforma, entonces, en el elemento determinante para que el banco preste su consentimiento en la celebración del contrato. En este sentido, la evaluación previa del riesgo comercial tiene por objeto morigerar la asimetría de información existente entre el banco o institución financiera y el consumidor.

2.2. El riesgo comercial como concepto indeterminado

Uno de los principales problemas a que da lugar la definición de cotización contenida en el art. 3° N°28 del RCH radica en que remite a conceptos que no han sido definidos, lo que hace necesario un ejercicio dogmático para dotarlos de contenido. Uno de estos conceptos es precisamente el de “riesgo comercial”.

El riesgo comercial es definido por Win como “la posibilidad de que un prestatario bancario o una contraparte incumpla sus obligaciones de conformidad con las modalidades y condiciones acordadas” (Win, 2018, p. 2 [la traducción es propia]). Para efectos del presente artículo, el riesgo comercial ha de entenderse en relación con cada una de las operaciones de mutuo hipotecario celebradas por una institución financiera, y no respecto del riesgo relativo al giro bancario⁸.

El art. 4° N°17 de la Directiva 2014/17/UE, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, define la evaluación de la solvencia como “la evaluación de las perspectivas de cumplimiento de las obligaciones vinculadas a la deuda que se deriven del contrato de crédito”.

Un análisis sistemático de la regulación bancaria nacional indica que la determinación del riesgo comercial compete principalmente a cada institución financiera. Así, el Capítulo 1-13 de la Recopilación Actualizada de Normas de Bancos de la Comisión para el Mercado Financiero (en adelante, RAN y CMF respectivamente), señala que “el Directorio es el principal articulador de su gobierno corporativo y de una gestión prudente de los riesgos que enfrenta la entidad”. Por otro lado, el Capítulo II.A.1-3 del Compendio de Normas Financieras del Banco Central también entrega a cada institución financiera la determinación de políticas de riesgo para determinados tipos de créditos (e.g. aquellos en que el monto del préstamo hipotecario alcance la tasación del inmueble ofrecido en garantía o el precio de venta, si este fuere inferior).

Dado que la determinación del riesgo comercial depende de políticas internas de cada institución, resulta natural tolerar un cierto nivel de riesgo en atención a objetivos estratégicos propios. Sin embargo, es esencial que las políticas se funden en criterios objetivos que sean aplicados unánimemente a los posibles consumidores, para así evitar tratarlos en forma discriminatoria.

⁸ Sin perjuicio de lo anterior, el otorgamiento de mutuos hipotecarios estará igualmente sujeto a las limitaciones de créditos reguladas en el D.F.L 3 (19/12/1997) o Ley General de Bancos.

2.3. Antecedentes necesarios para la evaluación comercial previa

Considerando que la determinación del riesgo comercial dependerá de las políticas propias de cada institución financiera, los antecedentes necesarios para efectuarla podrán variar. Sin embargo, la práctica comercial y el art. 4º del RCH permiten identificar la existencia de ciertos elementos comunes, generalmente exigidos por los bancos para efectos de evaluar comercialmente a un consumidor como sujeto de crédito, y, por consiguiente, poder otorgar una cotización. Dado que la evaluación comercial previa corresponde al mecanismo a través del cual un proveedor toma conocimiento sobre los riesgos de la contratación, es lógico que exista uniformidad en cuanto a los antecedentes exigidos por distintos bancos. En efecto, siendo el objeto de la cotización idéntico —el otorgamiento de un mutuo hipotecario—, también lo serán los antecedentes que permitan al banco determinar el mayor o menor riesgo de insolvencia.

A nuestro juicio, tales antecedentes pueden ser clasificados en tres grupos: antecedentes personales, financieros y reales. El primer grupo abarca antecedentes propios al sujeto de crédito e independientes de su situación financiera, tales como su estado civil y una Declaración Personal de Salud. Es común que los bancos exijan antecedentes médicos más detallados mientras mayor sea la cuantía del mutuo, tales como perfiles bioquímicos, de orina, lipídicos y electrocardiogramas, entre otros.

La exigencia de antecedentes médicos se funda en la necesidad de que el mutuario cuente con un seguro de desgravamen por un monto equivalente al saldo insoluto de la deuda, impuesta por el Capítulo 8-4 de la RAN. A partir de tales antecedentes, la aseguradora estimará el riesgo de muerte del mutuante, con el objeto de determinar la prima adecuada.

Los antecedentes financieros son aquellos que tienen por objeto determinar la capacidad del mutuario para hacer frente a la obligación contraída. Por lo mismo, se trata de los antecedentes más relevantes para que el banco pueda estimar *ex ante* los riesgos de la contratación. Típicamente, se exigen liquidaciones de sueldo para trabajadores dependientes o declaraciones de renta a trabajadores independientes, certificados de antigüedad laboral y de cotizaciones previsionales, el Informe de Deudas de la CMF y el Certificado de Deuda Fiscal de la Tesorería General de la República. También es común que se soliciten antecedentes que permitan acreditar recursos suficientes para el pago del monto de cargo propio.

Finalmente, la evaluación de riesgo comercial también exige antecedentes reales, esto es, relativos al inmueble adquirido o que sirve de garantía para el crédito hipotecario. Entre ellos figuran antecedentes registrales, como títulos de propiedad e inscripciones de dominio, así como certificados de pago de impuestos territoriales, de hipotecas y gravámenes, de prohibiciones, de no expropiación municipal y del Servicio de Vivienda y Urbanismo. Estos antecedentes variarán según si el inmueble objeto de la garantía es nuevo, usado, o si se trata de un loteo.

Los antecedentes antes mencionados permiten que el banco pueda realizar una evaluación crediticia, comercial y legal. La primera tiene por objeto determinar si efectivamente es posible otorgar un mutuo hipotecario al consumidor, en atención a la política de riesgos definida por cada institución. Por otro lado, el estudio comercial busca determinar la tasación del inmueble objeto de la garantía hipotecaria, de manera tal que sea posible establecer la cuantía final del crédito. Además, son necesarios para poder determinar el monto correspondiente al pago de los seguros legalmente exigidos —desgravamen e incendio— con los que debe contar el mutuante. Finalmente, los antecedentes legales son necesarios para realizar el estudio de títulos, con el objeto de verificar que el inmueble hipotecado pueda ser caucionado válidamente en favor del banco.

Dado que la información en el mutuo hipotecario es esencialmente un mecanismo de distribución de riesgos y que el consumidor es el único contratante que puede entregarla, surgen dudas acerca de la sanción en caso de que, habiéndose celebrado el mutuo, se descubra la falsedad, imprecisión o inexactitud de la información. En este sentido, podría resultar aplicable la distinción anglosajona entre declaraciones —afirmaciones de hechos que han sido importantes en la decisión de una parte de contratar (Black, 1999, p. 1303) —y garantías— promesas de verdad que una parte hace a la otra (Barros y Rojas, 2009, p. 513).

Si se entiende que la entrega de antecedentes del consumidor al proveedor constituye un equivalente funcional de las declaraciones, sus consecuencias dependerán de la relevancia que posee el antecedente falso, inexacto o impreciso en el proceso de formación del consentimiento. Si la declaración falsa no fue determinante para que el banco otorgue el mutuo, se ha afirmado que podría proceder una acción indemnizatoria por daños de confianza (Barros y Rojas, 2009, p. 514). Por otra parte, si la afirmación fue determinante para el consentimiento, procederá la nulidad del contrato por dolo o error, siempre que se cumplan los requisitos que prescribe la ley para cada caso (Barros y Rojas, 2009, p. 520).

En lo relativo a la tasación, debe tenerse presente que el art. 3° inc. 2 letra d) de la LDPC consagra el derecho de los consumidores a elegir al tasador de los bienes garantizados de entre aquellos que figuran en una nómina elaborada por la institución financiera. Consideramos que tal regulación es defectuosa, pues la norma no garantiza la imparcialidad del tasador, sino que solamente otorga el derecho a elegir entre opciones presentadas por el proveedor. En este sentido, San Martín señala que “basta que el Banco proponga al Consumidor dos tasadores, designados en el momento, de los cuales el Consumidor debe elegir uno” (2013, p. 150). Igualmente, Rodríguez señala que el derecho es irrelevante porque “el tasador será siempre persona de confianza del proveedor” (2015, p. 93).

Una forma de regulación más adecuada corresponde a la adoptada por la Directiva 2014/17/UE, en donde el párrafo 2 del art. 19 obliga a que los Estados miembros velen por que los tasadores sean “profesionalmente competentes y suficientemente independientes respecto del proceso de suscripción de créditos, de modo que puedan establecer una tasación imparcial y objetiva”. La ley española dispone que, tratándose de la tasación,

esta deberá hacerse a través de procedimientos tendientes a evitar conflictos de interés que redunden en la calidad de la valoración⁹. Por medio de estas técnicas legislativas se logra aumentar el grado de imparcialidad de los tasadores respecto del proceso de contratación, dificultando la posibilidad de eventuales acuerdos con instituciones financieras en perjuicio del consumidor.

En cuanto a la postura del derecho comparado respecto de los antecedentes necesarios para la evaluación previa de riesgo comercial, la legislación española opta por una regulación bastante más detallada que la nacional. El art. 18 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, dispone que “las entidades (...) deberán evaluar la capacidad del cliente para cumplir con las obligaciones derivadas del mismo, sobre la base de información suficiente obtenida por medios adecuados a tal fin...”.

A diferencia de la legislación chilena, la ley española ha optado por regular la evaluación de solvencia como un *deber para el proveedor*, a propósito del denominado “préstamo responsable”. Conforme al preámbulo de la ley, la finalidad de imponer un deber supone un “estímulo legal al comportamiento más sano y prudente de entidades y clientes”, con el propósito ulterior de que las medidas de mitigación de riesgos puedan, a la larga, beneficiar a clientes y la estabilidad del mercado. Además de imponer un deber, se establecen los aspectos mínimos que debe contemplar la evaluación de la solvencia, sin perjuicio de otros antecedentes que pueda exigir la institución financiera¹⁰.

Algunos ejemplos de los aspectos exigidos por la ley española en la evaluación de riesgo incluyen el historial crediticio del cliente, su nivel previsible de ingresos, la tasación de la hipoteca, y la capacidad de pago del cliente, basada en sus ingresos, activos, ahorros, entre otros.

Por otra parte, la Directiva 2014/17/UE persigue que el prestamista evalúe en profundidad la solvencia del consumidor, donde deberá tener en cuenta “los factores pertinentes para verificar las perspectivas de cumplimiento por el consumidor de sus obligaciones en virtud del contrato de crédito” (art. 18). Si bien no se realiza una enumeración específica de los antecedentes a que deberá recurrir el prestamista para efectos de la evaluación de solvencia, sí se establece un ámbito general en que deberá basarse. Concretamente, en lo relativo a los “ingresos y gastos y a otras circunstancias financieras y económicas del consumidor” (art. 20).

Consideramos que la regulación chilena a propósito de los antecedentes necesarios para la evaluación comercial es defectuosa. En este sentido, la fórmula española y europea imponen una obligación que dotan de contenido a través de un señalamiento más o menos básico de los antecedentes en que debe basarse. Si bien la autonomía de la voluntad indica, en principio, que un ente privado podrá realizar la evaluación comercial

⁹ España, Orden EHA/2899/2011. Art. 18 párrafo 2 N°3 letra d).

¹⁰ España, Orden EHA/2899/2011. Art. 18 párrafo 2.

en función de los antecedentes que estime convenientes según su estrategia y tolerancia de riesgos¹¹, la exigencia de ciertos antecedentes mínimos para efectos de la evaluación permitiría uniformar la práctica comercial y que los consumidores puedan conocer *ex ante* los antecedentes que necesariamente les serán exigidos. Además, permitirá establecer un estándar mínimo para efectos de la distribución legal de los riesgos en el mutuo hipotecario, garantizando que los bancos tendrán acceso *ex ante* a un mínimo de información antes de otorgar un mutuo hipotecario.

2.4. Relevancia de la evaluación comercial previa

La evaluación comercial previa es un elemento esencial para la existencia de la cotización. Conforme a la definición reglamentaria, no es posible que exista una cotización sin que previamente se haya realizado este trámite, calificando a una persona como sujeto de crédito.

En cuanto a la finalidad de la evaluación previa de riesgo comercial, la doctrina ha señalado que tiene por finalidad reducir la asimetría de información presente en el mercado crediticio, considerando que “solamente si el proveedor cuenta con elementos de juicio suficientes y veraces sobre el patrimonio del consumidor podrá determinar responsablemente si puede este ser sujeto de crédito” (Baquero y Caballero, 2013, p. 463.).

Dada su naturaleza, es posible que tenga uno de tres resultados: que sea satisfactoria, que sea insatisfactoria o que el banco o institución financiera requiera antecedentes adicionales. En este último caso, típicamente el mutuante solicitará tales antecedentes y se reconducirá a cualquiera de los tres resultados mencionados.

La existencia de una evaluación previa de riesgo comercial satisfactoria determinará la posibilidad de que el banco pueda dirigir al consumidor interesado la cotización, en los términos previstos en los arts. 3 N°28 y 4 del RCH. Al momento de ser comunicada al consumidor, comenzará a transcurrir el plazo de vigencia de la cotización, en la forma expuesta *supra*.

Por otra parte, la existencia de una evaluación comercial insatisfactoria supone, además, la posibilidad de que la institución financiera pueda rechazar el otorgamiento de un crédito hipotecario. Sin embargo, para hacerlo debe fundarse en algunas de las causales objetivas de rechazo previstas en el art. 20 del RCH. Consideramos que estas pueden sistematizarse conforme a cinco criterios: aquellas referidas a políticas internas del proveedor, aquellas referidas a incumplimientos obligacionales, aquellas que permitan presumir fundadamente la posibilidad de que el mutuario incumpla, aquellas referidas al

¹¹ La legislación española reconoce lo anterior, señalando que “la evaluación de la solvencia prevista en este artículo se realizará sin perjuicio de la libertad de contratación que, en sus aspectos sustantivos y con las limitaciones que pudieran emanar de otras disposiciones legales, deba presidir las relaciones entre las entidades y los clientes y, en ningún caso afectará a su plena validez y eficacia, ni implicará el traslado a las entidades de la responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones de los clientes” (art. 18 párrafo 2 Orden EHA/2899/2011).

objeto de la garantía hipotecaria y aquellas referidas a la imposibilidad material o jurídica de otorgar un Crédito Hipotecario.

El primer grupo contiene las causales previstas en los numerales 1, 2, 4, 5 y 21 del art. 20 del RCH. Ha de tenerse presente que, no obstante tratarse de causales previstas en políticas internas, es perentorio que estas sean aplicadas con uniformidad respecto de consumidores que se encuentren en una misma situación. En caso contrario, la institución financiera incurriría en una transgresión al derecho previsto por el art. 3º letra c) de la LDPC, consistente en “no ser discriminado arbitrariamente por parte de proveedores de bienes y servicios”¹². En este sentido, Mardones señala que “el no conocer con antelación estos aspectos puede implicar la existencia de situaciones de discriminación arbitraria” (2020, p. 263).

Las causales referidas al incumplimiento obligacional son las contenidas en los numerales 12, 14 y 15. En cuanto a la primera de estas, consideramos que proporcionar antecedentes personales, financieros o reales “insuficientes, incompletos, inexactos, inconsistentes, desactualizados o extemporáneamente” supone una infracción al principio de buena fe. En este sentido, la doctrina ha entendido que tal principio rige en el período previo a la formación del negocio jurídico, por lo que las partes deben proceder “con lealtad, rectitud y veracidad cuando se realizan los tratos preliminares” (Corral, 2018, p. 537)¹³. En este caso, los defectos asociados a la información permitirán rechazar llanamente la contratación. En cambio, si el banco ya celebró el mutuo hipotecario, sólo tendrá derecho a la indemnización de perjuicios o la nulidad del contrato, según se expuso *supra*.

Dentro del segundo grupo de causales, destaca la prevista en el numeral 15, relativa al “incumplimiento previo de cualquier tipo de obligación contraída con el proveedor, o con sus filiales o relacionadas”. En este caso, la palabra “relacionadas” ha de entenderse en el sentido del art. 100 de la Ley de Mercado de Valores (en adelante, LMV), por aplicación del art. 129 de la Ley de Sociedades Anónimas.

Consideramos que la causal prevista por el RCH es criticable, dado que supone ampliar desmesuradamente el ámbito en que el incumplimiento con una persona relacionada se estima relevante para efectos de la contratación de un Crédito Hipotecario. Si bien existen casos en que la *ratio legis* de la causal es fundada —tratándose, por ejemplo, de entidades del grupo empresarial al que pertenece la sociedad, como ocurre en el caso de la letra a) del art. 100 de la LMV—, existen otros casos en que la amplitud del concepto de persona relacionada conduce a un resultado criticable.

A partir de esta regulación, una institución financiera podría, por ejemplo, rechazar la contratación de un crédito hipotecario en que el consumidor haya incumplido una obligación para con cónyuges o parientes hasta el segundo grado de consanguinidad de

¹² Barrientos (2013, p. 106) sugiere —correctamente, a nuestro juicio— que la norma del art. 3 letra c) es innecesaria, toda vez de que tal garantía ya se encuentra consagrada a nivel constitucional en el art. 19 N°2 de la Constitución Política de Chile.

¹³ Véase también Boetsch (2018, p. 138); San Martín (2013, p. 147); Prado (2015, p. 172), entre otros.

los directores, gerentes, administradores, ejecutivos principales o liquidadores del banco (Chile, Ley 18.045. Art. 100 letra c). Además, la norma reglamentaria no precisa en torno a la naturaleza de la obligación cuyo incumplimiento da lugar al rechazo, de manera tal que se entienden incluidas obligaciones que carecen de relación alguna con la obligación contraída por no estar vinculadas, siquiera remotamente, con el derecho de prenda general del mutuante (e.g. la obligación de conceder una servidumbre de tránsito).

El tercer grupo de causales está integrado por las reguladas en los numerales 3, 11 y 13. Dada la naturaleza de estas causales —insuficiencia patrimonial o de ingresos para el pago del crédito, existencia de procedimientos judiciales o administrativos y morosidades o protestos vigentes— ha de entenderse que el rechazo se funda en una posibilidad, mayor al riesgo natural y aceptado de una operación crediticia, de que el mutuario incumpla su obligación.

Las causales referidas al objeto de la garantía hipotecaria son las previstas en los numerales 6, 7, 8, 9, 10 y 20 del art. 20 del RCH. La concurrencia de una de estas causales tiende a ser advertida al momento de realizar el estudio comercial y legal respecto del inmueble, de manera tal que los antecedentes demuestran un impedimento o una dificultad actual o hipotética de practicar la inscripción hipotecaria.

Finalmente, el quinto grupo está integrado por las causales previstas en los numerales 16, 17, 18 y 19 del catálogo taxativo de condiciones objetivas de rechazo. En tal caso, la institución financiera se ve en la imposibilidad de contratar el crédito, sea por un supuesto de hecho (e.g. el vencimiento de la vigencia de una promoción) o de derecho (e.g. una prohibición legal).

3. Responsabilidad civil e infraccional del proveedor

3.1. Infracción al deber de consignar que la simulación es meramente referencial y de enviar la cotización luego de haber evaluado comercialmente al consumidor

En el marco de la contratación de un mutuo hipotecario, la primera de las posibles infracciones en que puede incurrir un banco o institución financiera consiste en omitir señalar en la misma simulación que se trata de una propuesta no vinculante o meramente referencial¹⁴.

Según se explicó *supra*, dicha exigencia deriva del art. 3° N° 28 inc. 2° del RCH, según el cual “si la propuesta se dirige al público o a un Consumidor cuyo riesgo comercial no ha sido previamente evaluado, sólo tendrá el carácter de simulación no vinculante o meramente referencial (), *situación que deberá informarse en la misma simulación*”.

¹⁴ Con la entrada en vigencia de la NRCH esta situación será de difícil ocurrencia, pues se contempla un formato de Hoja de Simulación estandarizado que los bancos deberán entregar. Según se explicó *supra*, en el documento se incorporan dos leyendas que explicitan el carácter no vinculante o meramente referencial de la simulación.

Si el banco infringe este deber, podría pensarse que, ante la negativa del banco a conceder el préstamo en los términos de la propuesta, el cliente tiene derecho a exigir el cumplimiento forzado del contrato. Una interpretación como esta es consistente con el art. 12 de la LDPC, que obliga a *todo* proveedor de bienes o servicios —incluyendo bancos e instituciones financieras— a respetar los términos, condiciones y modalidades conforme a las cuales se hubiere ofrecido con el consumidor la entrega del bien o la prestación del servicio.

Con todo, estimamos que esta inteligencia de la norma es desmesurada porque olvida que la contratación de mutuos hipotecarios cuenta con una regulación particular que desplaza —por razón de especialidad— la normativa general. Además, implicaría que los bancos estarían obligados por contratos respecto de los cuales no han podido estimar los riesgos de la contratación. Esta situación repugna el entendimiento de la información de que disponen las partes como mecanismo de distribución de riesgos.

En efecto, según se dijo *supra*, lo que distingue esencialmente a una simulación (propuesta no vinculante) de una cotización (propuesta vinculante), es la circunstancia de haberse evaluado comercialmente al cliente en forma previa a su otorgamiento (art. 3° N° 28 del RCH y 3° N° 8 de la NRCH).

En otras palabras, la infracción del banco o institución financiera al deber de consignar que la propuesta es meramente referencial no altera la naturaleza jurídica de la misma: se trata de una simulación que no da derecho al consumidor a exigir coercitivamente los términos de dicha propuesta, pues el riesgo comercial del cliente no ha sido evaluado en forma previa.

Ahora bien, la omisión del banco podría eventualmente dar lugar a una hipótesis de responsabilidad precontractual. En este caso, sin embargo, la responsabilidad *in contrahendo* no surgiría a causa de una ruptura intempestiva de las negociaciones, situación que típicamente da lugar a este tipo de responsabilidad. Lo que ocurre es que la propuesta del banco donde se indica el plazo del crédito, la tasa de interés aplicable, etc., podría ser suficiente para crear una expectativa razonable en el consumidor de que se trata de una oferta vinculante.

De esta forma, al omitir consignar una leyenda que indique el carácter no vinculante de la propuesta, el banco podría haber “creado o alimentado en la otra [parte] la confianza de que el contrato con seguridad se llegará a perfeccionar” (Barros, 2006, p. 1009). Uno de los factores influyentes al momento de determinar si se creó o no esta confianza será el grado de experiencia que posea el consumidor financiero en la contratación de créditos hipotecarios.

Con respecto a los perjuicios indemnizables, Barros señala que:

la regla general será que el interés protegido no es el beneficio que el contrato habría reportado al demandante si hubiese llegado a celebrarse o si hubiese sido válido (esto es, la frustración del propósito contractual), sino los daños que se siguen del ilícito, como son los costos de negociación y los que se derivan de la

confianza creada en la contraparte y contrariada de mala fe por el demandado.
(Barros, 2006, p. 1009)

No hay duda de que el banco debe indemnizar los gastos en que incurra el cliente en la errónea creencia de que se trataba de una propuesta vinculante (p. ej. exámenes médicos, cotizaciones de seguros de desgravamen, etc.). Más discutible es si el banco debe resarcir el lucro cesante o los costos de oportunidad que derivan de su negativa a respetar los términos de la propuesta y rehusar celebrar el contrato definitivo.

El problema se plantea porque es posible que el consumidor esté negociando con varios bancos la contratación de un crédito hipotecario y al obtener la simulación de uno de ellos —que cree vinculante— con condiciones más favorables, decida interrumpir sus negociaciones con los demás. Si posteriormente el banco desconoce los términos de la propuesta y en el tiempo intermedio los otros bancos cambian las condiciones de contratación, se genera un evidente perjuicio al cliente¹⁵.

De conformidad a las reglas generales, pareciera ser que imponer al banco la obligación de reparar el lucro cesante o los daños derivados de la pérdida de la *chance*, supondría extender indebidamente la indemnización en sede precontractual.

Sin embargo, en materia de consumo el legislador ha consagrado como uno de los derechos básicos del consumidor “el derecho a la reparación e indemnización adecuada y oportuna de todos los daños materiales y morales en caso de incumplimiento de cualquiera de las obligaciones contraídas por el proveedor (art. 3 letra e) de la LDPC”.

Como la norma no distingue y se ubica dentro del título referido a las “Disposiciones generales”, resulta plenamente aplicable al proveedor financiero. La norma tampoco distingue la fuente de la obligación que da lugar al deber de indemnizar. Corral sugiere que la norma no contempla un supuesto de responsabilidad contractual y por consiguiente no se aplicaría la limitación a la indemnización de perjuicios que contempla el art. 1558 del Código Civil (2013, p. 937)¹⁶. Por la misma razón, esto es, por la amplitud de la norma, consideramos que deberá aplicarse en sede precontractual siempre y cuando se acrediten los demás elementos de la responsabilidad civil¹⁷.

¹⁵ Considerando que prácticamente todos los créditos hipotecarios se pactan en Unidades de Fomento (UF), aunque los otros bancos respeten el dividendo negociado en su momento, por la sola variación de la UF en el tiempo intermedio se le produce un perjuicio al cliente.

¹⁶ Aunque tampoco se refiere específicamente a la responsabilidad precontractual, Isler (2019b, p. 236), también parece inclinarse en este sentido cuando señala que los daños “se deberán resarcir, sea cual fuere la fuente en la que se sustenten (contractual o extracontractual), si se cumplen con los presupuestos para ello”.

¹⁷ En este sentido, Baraona (2014, p. 399), refiriéndose a la extensión de la indemnización, destaca que la norma pretende consagrar un derecho a “un amplio y total restablecimiento de parte del consumidor”. En lo relativo a la causalidad, señala que “no existe una referencia causal precisa entre incumplimiento y daño, pues, simplemente se expresa que todos los daños deben repararse ‘en caso de incumplimiento’”.

Se ha discutido si la declaración de responsabilidad infraccional es un presupuesto de la acción civil que podrá ejercer el consumidor¹⁸. Nos inclinamos por la afirmativa, principalmente por el tenor del art. 50 inc. 2º de la LPDC: “el incumplimiento de las normas contenidas en la presente ley dará lugar a las denuncias o acciones correspondientes, destinadas a (...) obtener la debida indemnización de perjuicios o la reparación que corresponda”. Es decir, la indemnización solo puede perseguirse en contra del proveedor que ha incumplido las normas de la LPDC. El art. 3º letra e) discurre sobre esta misma idea cuando concede al consumidor el derecho a ser indemnizado “en caso de incumplimiento de cualquiera de las obligaciones contraídas por el proveedor”.

En este sentido, la Corte de Apelaciones de Valparaíso ha señalado que:

de la correlación de lo establecido en el art. 3º, letra e), de la Ley 19.496 con el tenor de su art. 50, fluye que el derecho del consumidor a ser indemnizado, en este procedimiento de policía local, por los perjuicios producidos por un incumplimiento a las normas de esa ley, presupone que el tribunal declare que se ha cometido una infracción a sus preceptos¹⁹.

El art. 17 K de la LPDC dispone que:

el incumplimiento por parte de un proveedor de lo dispuesto en los arts. 17 B a 17 J y *de los reglamentos dictados para la ejecución de estas normas*, será sancionado con una multa de hasta mil quinientas unidades tributarias mensuales.

Es claro que el RCH fue dictado para la ejecución de normas referidas a los contratos de adhesión de productos y servicios financieros, materia sobre la que versan los arts. 17 B a 17 J de la LDPC, y por consiguiente la infracción al art. 3º N° 28 inc. 2º del referido reglamento (omisión en señalar que la simulación es meramente referencial) determinará que al banco se le aplique una multa de hasta 1.500 UTM.

En todo caso, si el banco decide conceder el préstamo en los términos contenidos en la propuesta, pensamos que puede atenuarse la responsabilidad infraccional por concurrir la atenuante del art. 24 inc. 4 letra a) de la LPDC, consistente en “haber adoptado medidas de mitigación sustantivas, tales como la reparación efectiva del daño causado al consumidor, antes de dictarse la resolución o sentencia sancionatoria, según corresponda, lo que deberá ser debidamente acreditado”.

También se ha discutido recientemente si el proveedor incurre en responsabilidad infraccional si omite enviar la cotización luego de haber evaluado comercialmente al cliente. La legislación vigente no impone al banco plazo alguno. Este vacío ha generado discusión.

¹⁸ Sobre este tema, véase Pinochet (2011).

¹⁹ Corte de Apelaciones de Valparaíso, sentencia del 6 de septiembre de 2004 dictada en la causa rol N° 5037-2002, considerando 17º. En el mismo sentido ha resuelto la Corte Suprema en sentencia del 12 de abril de 2018 dictada en la causa rol N° 995-2018, considerando 4º.

La problemática se plantea en los casos en que luego de la evaluación comercial previa, el consumidor es evaluado como sujeto de crédito (de lo contrario la institución financiera puede legítimamente negar el préstamo). Algunos tribunales han entendido que, frente al silencio del legislador, el banco debe enviar inmediatamente la cotización, aunque no haya sido requerida por el consumidor interesado.

En este sentido, se sancionó infraccionalmente al Banco Santander con el siguiente razonamiento:

el banco no se encuentra obligado a aceptar la solicitud del crédito hipotecario si en el curso del análisis de las condiciones no resulta viable, pero sí es obligatorio para él respetar, una vez concluida esta fase, las condiciones contratadas, lo que se traduce en la entrega –también obligatoria, sin esperar solicitud del cliente– de la Cotización con el detalle que la regulación exige²⁰.

La sentencia acierta en que el banco debe respetar las condiciones contratadas si el cliente fue calificado como sujeto de crédito luego de haber realizado la evaluación comercial previa. Sin embargo, nos parece que de eso no se sigue que la cotización deba entregarse en el más breve plazo luego de la evaluación comercial previa porque ni la ley ni el reglamento lo exigen. La necesidad de que se entregue previa solicitud del consumidor interesado permite, entre otras cosas, que pueda gestionar paralelamente el préstamo con otros bancos, atendido que el plazo de caducidad de la cotización se parte computando desde el envío.

La NRCH subsana este vacío y exige que la hoja resumen de la cotización se envíe al consumidor “sin dilaciones, en la primera comunicación luego de haber completado de enviar los antecedentes solicitados, junto con el resultado de la evaluación del riesgo comercial del cliente, que lo determina como sujeto de crédito” (art. 4°).

3.2. Infracciones posteriores a la celebración del contrato

El segundo tipo de ilícito que será examinado corresponde a aquel que se produce una vez celebrado el contrato de mutuo hipotecario. Siguiendo a Guerrero, consideramos que pueden distinguirse tres categorías de contravenciones: infracción sin incumplimiento contractual, el incumplimiento contractual propiamente tal, y situaciones mixtas (Guerrero, 2008, p. 443).

Los casos de infracción sin incumplimiento contractual son definidos como “toda contravención a una norma imperativa o prohibitiva de la ley” (Guerrero, 2008, p. 443). En tales casos, será necesario distinguir si se trata de un incumplimiento que contempla una sanción específica —como es el caso de los arts. 17 B a 17 J, sancionados conforme al art. 17 K— o si será necesario aplicar el régimen supletorio previsto por el art. 24.

²⁰ 3° Juzgado de Policía Local de Santiago, sentencia del 14 de septiembre de 2022 dictada en la causa rol N° 10.639-PCM-21, considerando 11°.

El incumplimiento contractual propiamente tal —entendido como no haberse cumplido la obligación, haberse cumplido imperfectamente, o haberse retardado su cumplimiento, conforme al art. 1556 del Código Civil— también dará lugar a la responsabilidad del Proveedor. En estos casos, el consumidor podrá hacer ejercicio de la acción civil correspondiente con la finalidad de “obtener la prestación de la obligación incumplida, hacer cesar el acto que afecte el ejercicio de los derechos de los consumidores, o a obtener la debida indemnización de perjuicios o la reparación que corresponda” (Chile, LDPC. Art. 50 inc. 2).

Respecto de los perjuicios indemnizables, habrá que estar a lo expuesto *supra* respecto del art. 3 letra e) de la LDPC. Se trata precisamente de un caso en que, como expone Contardo, el incumplimiento de una obligación por parte del Proveedor otorga individualidad al derecho consagrado por el legislador (Contardo, 2013, p. 119).

El tercer grupo de casos es aquel integrado por situaciones mixtas, esto es, aquellas en que “de un mismo hecho derive una infracción y un incumplimiento contractual” (Guerrero, 2008, p. 450). Como se expuso *supra*, consideramos que la acción civil estará subordinada a la declaración previa de responsabilidad infraccional. Es decir, para que proceda la indemnización de perjuicios al amparo de la LDPC debe acreditarse en forma previa la infracción del proveedor a dicha ley. En otras palabras, la responsabilidad civil no es autónoma de la responsabilidad infraccional. La primera supone necesariamente la declaración de la segunda.

4. Conclusiones

1. En el mutuo con garantía hipotecaria, la información que el consumidor y el banco se proveen recíprocamente tiene por objeto distribuir los riesgos del contrato. Las consecuencias de esta interacción se proyectan en sede precontractual en una serie de instituciones.

2. La cotización que entrega el banco o institución financiera luego de haber evaluado comercialmente al cliente constituye una especie de oferta y por consiguiente obliga a quien la formula, pues el consumidor ha transferido parte del riesgo al banco al entregarle una serie de antecedentes. La simulación y la preaprobación, a diferencia de la cotización, se entregan sin previa evaluación comercial del cliente y no son vinculantes porque existe una importante asimetría de información en favor del consumidor y en perjuicio del banco.

3. En el caso de la simulación, por expresa disposición del RCH, el banco debe informar al cliente en el mismo documento que se trata de una propuesta de carácter no vinculante o meramente referencial. La inobservancia de esta obligación determinará que el banco incurra en responsabilidad civil e infraccional.

4. La evaluación previa del riesgo comercial es una institución fundamental que permite al banco informarse de la situación financiera del consumidor y asumir los riesgos de una eventual insolvencia. Su falta de una adecuada conceptualización produce un vacío en la legislación bancaria y de consumo. Por lo mismo, el concepto debe ser dotado de contenido dogmáticamente.

5. Las infracciones posteriores a la celebración del contrato podrán dar lugar a tres tipos de responsabilidad: infraccional, contractual o una mezcla de ambas. Si el banco omite señalar en la simulación que se trata de una propuesta no vinculante, la creación de una expectativa razonable en el consumidor puede dar lugar a una responsabilidad civil e infraccional de la institución financiera. En cualquier caso, si concurren ambas responsabilidades, para solicitar la indemnización de perjuicios fundada en la LPDC, el consumidor deberá siempre acreditar previamente la responsabilidad infraccional de la entidad bancaria.

Acerca del artículo

Notas de conflicto de interés. Los autores declaran no tener ningún conflicto de interés en relación con la publicación de este artículo.

Contribución en el trabajo. *Contributor Roles Taxonomy* (CRediT).

Errázuriz, J.: conceptualización; escritura borrador original; escritura, revisión y edición; investigación; aprobación del manuscrito final.

Bravo, B.: conceptualización; escritura borrador original; escritura, revisión y edición; investigación; aprobación del manuscrito final.

Referencias

- Alessandri, A., Somarriva, M. y Vodanovic, A. (2005). *Tratado de Derecho Civil: Partes preliminar y general* (7ª ed. T. II). Editorial Jurídica de Chile.
- Baraona, J. (2014). La regulación contenida en la Ley 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores y las reglas del Código Civil y Comercial sobre contratos: un marco comparativo. *Revista Chilena de Derecho*, 41 (2), 381-408. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372014000200002>
- Barrientos, M. (2013). Artículo 3º C). En I. De la Maza, y C. Pizarro (edits.), F. Barrientos, (coord.). *La Protección de los Derechos de los Consumidores. Comentario a la Ley de Protección a los derechos de los consumidores* (pp. 104-108). Thomson Reuters.
- Barros, E. (2006). *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Editorial Jurídica de Chile.
- Barros, E. y Rojas, N. (2009). Responsabilidad por declaraciones y garantías contractuales. En *Estudios de Derecho Civil V* (pp. 511-526). Abeledo-Legal Publishing.
- Baquero, M. y Caballero, G. (2013). Artículo 17 G). En I. De la Maza, y C. Pizarro (edits.), F. Barrientos (coord.). *La Protección de los Derechos de los Consumidores. Comentario a la Ley de Protección a los derechos de los consumidores* (pp. 449-467). Thomson Reuters.
- Garner, A. (ed.). (1999). *Black's Law Dictionary* (7ª ed.). West Group.
- Boetsch, C. (2011). *La buena fe contractual*. Editorial Jurídica de Chile.

- Contardo, J. (2011). Prescripción de la acción indemnizatoria en la Ley de Protección al Consumidor: tendencias jurisprudenciales. En Corral Talciani, H. (coord.). *Prescripción extintiva. Estudios sobre su procedencia y funcionamiento en derecho público y privado. Cuadernos de Extensión Jurídica Universidad de los Andes*, (21), 89-110.
- Contardo, J. (2013). Artículo 3° E. En I. De la Maza, y C. Pizarro (eds.), F. Barrientos (coord.). *La Protección de los Derechos de los Consumidores. Comentario a la Ley de Protección a los derechos de los consumidores* (pp. 117-132). Thomson Reuters.
- Corral Talciani, H. (2013). Artículo 47. En I. De la Maza, y C. Pizarro (eds.), F. Barrientos (coord.). *La Protección de los Derechos de los Consumidores. Comentario a la Ley de Protección a los derechos de los consumidores* (pp. 933-938). Thomson Reuters.
- Corral, H. (2018). *Curso de Derecho Civil. Parte General*. Thomson Reuters.
- De la Maza, I. (2015). El mal que no quiero: La información como técnica de protección de los consumidores. *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 31, 349-368.
- Guerrero, J. (2008). La distinción entre contravención infraccional e incumplimiento contractual o contravención civil en materia de protección de derechos del consumidor. En A. Guzmán (ed.), *Colección de Estudios de Derecho Civil en Homenaje a la Profesora Inés Pardo de Carvalho* (pp. 433-453). Ediciones Universitarias de Valparaíso.
- Guerrero, J. (2013). Artículo 61. En I. De la Maza y C. Pizarro (eds.), F. Barrientos (coord.). *La Protección de los Derechos de los Consumidores. Comentario a la Ley de Protección a los derechos de los consumidores* (pp. 1185-1186). Thomson Reuters.
- Isler, E. (2019a). Acerca de la intangibilidad de la oferta y su aplicación a los mutuos hipotecarios. *El Mercurio*. <https://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=908001&Path=/OD/DA/>
- Isler, E. (2019b). *Derecho del Consumo. Nociones Fundamentales*. Tirant Lo Blanch.
- Mardones, M. (2020). *Lecciones de Derecho Económico* (Vol. 1). Tirant Lo Blanch.
- Ministerio de Economía, Fomento y Turismo (2022). *Respuesta Comentarios Consulta Pública*. <https://pac.economia.gob.cl/consultas-regulatorias/reglamento-sobre-informacion-al-consumidor-de-creditos-hipotecarios/#:~:text=Respuesta%20Comentarios%20Consulta%20P%C3%BAblica>
- Pinochet, R. (2012). ¿Es la condena infraccional requisito de la indemnización de perjuicios regulada en la Ley N°19.496 sobre Protección del Consumidor? Un error histórico. En F. Elorriaga (coord.), *Estudios de Derecho Civil VII, Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Viña del Mar* (pp. 427-440). Universidad Adolfo Ibáñez- Abeledo Perrot- Thomson Reuters.
- Prado, A. (2015). Sobre la responsabilidad civil precontractual. *Revista Actualidad Jurídica*, (32), 743-759.
- Rodríguez, P. (2015). *Derecho del Consumidor. Estudio Crítico*. Thomson Reuters.
- San Martín, L. (2013). Artículo 3° inciso 2°. En I. De la Maza, y C. Pizarro (eds.), F. Barrientos (coord.). *La Protección de los Derechos de los Consumidores. Comentario a la Ley de Protección a los derechos de los consumidores* (pp. 140-150). Thomson Reuters.

- Vial, V. (2003). *Teoría general del acto jurídico* (5ª ed.). Editorial Jurídica de Chile.
- Win, S. (2018). What are the possible future research directions for bank's credit risk assessment research? A systematic review of literature. *International Economics and Economic Policy*, 15 (4),743-759. <https://doi.org/10.1007/s10368-018-0412-z>

Jurisprudencia

- Corte de Apelaciones de Valparaíso, 6 de septiembre de 2004, rol N° 5037-2002.
- Corte Suprema, 12 de abril de 2018, rol N° 995-2008.
- 3° Juzgado de Policía Local de Santiago, 14 de septiembre de 2022, rol N° 10.639-PCM-21.

Normas

- Chile, *Código Civil* (s.d.).
- Chile, *Código de Comercio* (23/11/1865).
- Chile, *Constitución Política de la República* (11/08/1980).
- Chile, D.F.L 3 (19/12/1997) Ley General de Bancos.
- Chile, Ley 19.496 (07/03/1997): *Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores*.
- Chile, Ley N° 18.045 (22/10/1981): *Ley de Mercado de Valores*.
- Chile, Ley N° 18.046 (22/10/1981): *Ley de Sociedades Anónimas*.
- Chile, Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, Decreto 42, *aprueba Reglamento sobre Información al Consumidor de Créditos Hipotecarios* (13/07/2012).
- España, Orden EHA/2899/2011 (28/10/2011) de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios. <https://www.boe.es/eli/es/o/2011/10/28/eha2899/con>
- Unión Europea, Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) n°1093/2010. Diario Oficial UE, L 60/34, 28/2/2014.