

RADIOGRAFÍA NORMATIVA A LA INFORMACIÓN POSITIVA EN LAS PREDICCIONES Y EVALUACIONES DE RIESGO CREDITICIO Y COMERCIAL

NORMATIVE OVERVIEW OF POSITIVE CREDIT INFORMATION IN CREDIT AND COMMERCIAL RISK PREDICTIONS AND ASSESSMENTS

*José Pedro Fermandois Santa Cruz**

RESUMEN: Frente a la aprobación de recientes leyes que regulan la protección y circulación de datos personales financieros, y ante relevantes cambios legislativos en curso, se reivindica la importancia de conocer e interpretar de manera correcta la normativa vigente que rige las evaluaciones de riesgo comercial y crediticio. El trabajo analiza las normas claves en esta materia y sus fundamentos históricos, incluido el proceso de evolución normativa. Luego, aporta algunas reflexiones finales y conclusiones interpretativas respecto a algunos de los preceptos más controversiales.

PALABRAS CLAVE: información positiva, evaluaciones de riesgo comercial y crediticio, predictores de riesgo de crédito, datos personales financieros.

ABSTRACT: In light of the recent enactment of laws governing the protection and circulation of financial personal data, and in the context of significant ongoing legislative changes, this study underscores the significance of comprehending and accurately interpreting the existing regulations that govern commercial and credit risk assessments. It will delve into an analysis of key regulations and their historical underpinnings, subsequently offering some concluding reflections and interpretative insights concerning certain contentious provisions.

* Abogado de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Correo electrónico: jpfermandois@uc.cl

KEYWORDS: positive credit information, commercial and credit risk assessments, credit scores, financial personal data.

INTRODUCCIÓN

El sistema financiero chileno es robusto y goza de un amplio prestigio internacional¹. No obstante, los nuevos desarrollos tecnológicos, el acelerado desarrollo del mercado de los datos y los numerosos aspectos perfectibles de la legislación actual, han llevado a que desde hace años el país se encuentre inmerso en un proceso de modernización de su normativa financiera y de protección de datos. Ambas materias estrechamente ligadas. El necesario entusiasmo reformista no debe descuidar la situación normativa actual y sus fundamentos, que no solo rigen las operaciones diarias, sino que constituyen el punto de partida sobre el cual se diseñan y construyen los cambios regulatorios. Así, sea que se trate de mera curiosidad académica, o de emprendedores que buscan financiamiento y se preguntan por qué no lo obtienen o que buscan desempeñarse en el ámbito financiero, es legítimo preguntarse, ¿cuáles son las reglas que rigen las evaluaciones de riesgo en la actualidad? Abordando tal interrogante, pero dejando de lado apreciaciones doctrinarias, este trabajo se propone proveer de un análisis comprensivo de la normativa, incursionando en los fundamentos históricos de algunas de sus normas más relevantes y de su proceso de evolución, proveyendo algunas reflexiones y conclusiones interpretativas al respecto.

El crédito es una pieza clave en crecimiento económico del país y en la inclusión económica de los diversos sectores de la población. El buen funcionamiento del sistema de préstamos está ligado a buenas evaluaciones de riesgo, puesto que: “El comportamiento pasado es un indicador extremadamente confiable para predecir el comportamiento futuro”². Los prestamistas deben ser capaces de prever los riesgos de que los deudores específicamente considerados incumplan sus obligaciones, de lo contrario aumentan las tasas de incumplimiento, se otorgan menos créditos y las condiciones del mismo son menos ajustadas a la realidad de cada deudor. Por ello, se ha reconocido la necesidad de que quienes participan de los procesos crediticios cuenten con información suficiente para llevar a cabo sus evaluaciones. Se reconoce que esto es una forma de beneficiar a las personas y empresas que buscan financiamiento, junto con resguardar la salubridad del sistema financiero en general.

En esta línea, el legislador impuso ciertas obligaciones a quienes participan en el proceso crediticio, con el fin de que los productos financieros se ajusten

¹ COMISIÓN PARA EL MERCADO FINANCIERO (2022) p. 9.

² CORPORACIÓN FINANCIERA INTERNACIONAL (2006) p. 6.

ten a la realidad del cliente. A fines del año 2021, con el objetivo declarado de facilitar el acceso al crédito, de evitar el sobreendeudamiento y de robustecer los derechos de los consumidores se promulgó la Ley n.º 21398, que establece medidas para incentivar la protección de los derechos de los consumidores (en adelante, Ley Pro Consumidor). Entre otras cosas, la Ley Pro Consumidor estableció la obligación de las instituciones prestamistas de evaluar la solvencia económica de los consumidores teniendo a la vista “información suficiente” antes de celebrar la respectiva operación de crédito de dinero³, debiendo informar al solicitante de las razones que llevaron a la aprobación o rechazo del mismo.

Un año después se promulgó la Ley n.º 21521, que promueve la competencia e inclusión financiera a través de la innovación y tecnología en la prestación de servicios financieros (en adelante, Ley Fintec). Además de la creación de un sistema de finanzas abiertas con el objetivo de permitir el intercambio de información entre distintos prestadores de servicios de información de clientes financieros, dicha ley creó una categoría especial de servicios, denominada “asesoría crediticia”⁴, cuyo objetivo consiste en la evaluación del riesgo comercial de terceros. Al respecto, el artículo 9º de la ley impone la obligación de que estos servicios cumplan ciertos estándares de idoneidad, lo que supone que se ajusten a la realidad y necesidades de los clientes.

El legislador mandata que los préstamos que se otorguen se ajusten a la realidad del deudor, lo que supone cursar una evaluación de riesgos informada, sustentada en información completa. Es aquí donde se pueden encontrar dificultades. Tradicionalmente el sistema de crédito en Chile –al menos el no bancario– se ha estructurado en torno a información sobre incumplimientos financieros, tales como protestos y morosidades (también llamada “información negativa”)⁵. Se ha dejado de lado la información sobre el buen comportamiento de pago de las personas y sobre sus deudas vigentes –no morosas– (también llamada “información positiva”). Como ha sostenido la jurisprudencia:

³ Artículo 17 N del DFL n.º 3 de 2019 del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley n.º 19496, que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores.

⁴ Definida en el artículo 3.º n.º 1 como: “la prestación de servicios de evaluaciones o recomendaciones a terceros respecto de la capacidad o probabilidad de pago de personas naturales y jurídicas o entidades, o de la identidad de éstas, para fines de la obtención, modificación o renovación de un crédito o financiamiento”.

⁵ En la actualidad, gran parte de la información negativa puede extraerse del *Boletín Comercial* de la Cámara de Comercio de Santiago, regulada por el decreto supremo n.º 950, del Ministerio de Hacienda, del año 1928. Además, la información relativa a morosidades y protestos, aunque con limitaciones, puede comunicarse sin el consentimiento del deudor para ser usado por las entidades otorgantes de créditos en los procesos de evaluación de riesgo crediticio, de conformidad con el artículo 17 de la Ley n.º 19628 y a la Ley n.º 20575.

“Mientras la información negativa da cuenta del historial de incumplimientos comerciales de los deudores, la información positiva incluye antecedentes relativos a la totalidad de las cuentas de crédito abiertas o cerradas, incluyendo datos relativos a los montos efectivamente financiados y al comportamiento de pagos”⁶.

Las próximas páginas abordan la problemática de la falta de información positiva desde dos puntos de vista distintos. Por un lado, se tratan las fuentes de información disponibles, a partir de las cuales llevar adelante la ponderación de riesgos; por otro, las limitaciones que la ley impone a la utilización de tal información.

I. SOBRE LAS EVALUACIONES DE RIESGO COMERCIAL EN GENERAL

En el proceso de concesión de créditos, las instituciones llevan a cabo evaluaciones de riesgo sobre los solicitantes de préstamos. Estas evaluaciones se basan en el análisis de la solvencia y el historial de los solicitantes, con el propósito de estimar la probabilidad de incumplimiento de futuras obligaciones. A partir de este análisis, las entidades financieras toman decisiones sobre la viabilidad de otorgar el préstamo, así como las condiciones asociadas a su concesión. Para realizar evaluaciones de riesgo efectivas, es esencial contar con información precisa y completa de los prestatarios evaluados, de modo que estas evaluaciones reflejen de manera precisa el verdadero riesgo los solicitantes⁷.

La información da transparencia, y esta es fundamental para todas las partes, más aún para aquellos que buscan financiamiento⁸. Para el acreedor, la transparencia le permite discernir entre prestatarios responsables y aquellos con historiales deficientes. Esta posibilita ajustar el monto del crédito según la capacidad de pago del solicitante, reduciendo el riesgo de impago y facilitando el proceso de préstamo. También permite identificar aquellas personas que, a pesar de haber incumplido obligaciones en el pasado, son buenos candidatos

⁶ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA (2015) rol NC n.º 429-15, párrafo 43.

⁷ MAS BADIA (2018).

⁸ Como sostuvo el vicepresidente del Banco Central en una presentación del año 2021: “los mayores beneficiados con el acceso a la información financiera son los usuarios, actuales o potenciales, del sistema financiero, especialmente aquellos que siendo buenos pagadores, pueden ser objeto de discriminaciones” en VIAL (2021) p. 3. Dicha presentación tenía por finalidad advertir sobre los efectos adversos que podría tener la iniciativa parlamentaria *Boletín* n.º 13.414-03, cuyo objetivo era reducir la disponibilidad de información financiera de los deudores durante la duración de la emergencia sanitaria que vivía el país por razón del COVID-19.

para crédito. Del mismo modo, una evaluación de riesgo favorable beneficia al solicitante al permitirle acceder a condiciones que se alinean con su verdadera situación financiera. Esto, a su vez, reduce los riesgos de sobreendeudamiento y favorece el cumplimiento de las obligaciones financieras. Asimismo, incentiva un comportamiento de pago responsable, ya que el cumplimiento oportuno de las obligaciones crediticias puede ser reconocido de manera positiva al buscar nuevas oportunidades de financiamiento en el futuro.

En contraposición, la falta de información da lugar a asimetrías de información, donde “el prestatario tiene un conocimiento mucho mayor que el prestamista sobre la probabilidad de que reembolse sus deudas”⁹. Las asimetrías de información tienen diversas repercusiones perjudiciales para el funcionamiento del sistema financiero. Según lo sostenido por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en una resolución que se analiza más adelante,

“si los prestamistas son incapaces de evaluar correctamente la solvencia de sus prestatarios, ello incide en un aumento de las tasas de incumplimiento e indirectamente afecta la rentabilidad de los primeros”¹⁰.

Entre otros efectos negativos, la falta de información fomenta el sobreendeudamiento de los individuos y la discriminación hacia los buenos pagadores, cuyo acceso a financiamiento no solo se ve limitado, sino que, también, enfrentan aumentos en las tasas de interés debido a la imputación de riesgos que no les son inherentes.

Para abordar las asimetrías de información, los prestamistas pueden recurrir a diversas soluciones. Una opción es contratar investigadores para evaluar la capacidad de pago real del solicitante, aunque esta medida puede resultar costosa para préstamos de pequeña cuantía. Otra alternativa consiste en requerir que el deudor constituya una garantía que cubra la deuda en caso de incumplimiento¹¹. No obstante, como ha señalado el Banco Mundial:

“la exigencia de garantías suele ser problemática, en especial en países en desarrollo y particularmente en el caso de empresas de creación reciente, microempresarios y pequeñas y medianas empresas (PYME), que, por lo general, no disponen de activos suficientes para utilizar como garantía. Además, la valuación y liquidación de activos utilizados como garantía puede ser un proceso muy costoso para los prestamistas que en algunos casos conlleva períodos de tiempo significativos. Según una encuesta del Banco Mundial, en la mayoría de los países

⁹ CORPORACIÓN FINANCIERA INTERNACIONAL (2006) p. 5.

¹⁰ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA (2015) rol NC n.º 429-15, párrafo 41.

¹¹ CORPORACIÓN FINANCIERA INTERNACIONAL (2006) p. 5.

en desarrollo, hacer cumplir un contrato lleva entre uno y dos años, y cuesta aproximadamente entre el 20% y el 40% del costo de la deuda. En casos extremos –por ejemplo, en el Congo–, esto supone un promedio de tres años y puede costar hasta 250 veces el costo de la deuda”¹².

Una alternativa más viable, en especial para individuos y pequeñas empresas, radica en el establecimiento de un historial crediticio sólido, que actúe como aval de la confiabilidad del deudor. De esta forma, un buen historial puede actuar como una “garantía de reputación” para quien no puede ofrecer otras garantías¹³. Para lograrlo, existen empresas que se dedican a recopilar información de diversas fuentes, la cual se emplea para elaborar informes comerciales, que detallan el historial del solicitante.

Es crucial que estos informes reflejen tanto aspectos positivos como negativos del riesgo de una persona. “Los informes que incluyen información positiva permiten al prestamista evaluar más correctamente la solvencia de un prestatario”¹⁴. Asimismo:

“la inclusión de información positiva también permite a los bancos y a otros prestamistas prestar más u otorgar más crédito sin dejar de mantener las tasas de incumplimiento en el mismo nivel”¹⁵.

Por el contrario:

“las bases de datos que sólo contienen información negativa excluyen a los prestatarios de alto riesgo que acumularon una exposición de deuda significativa sin haber llegado a incumplir el pago de un préstamo. En esos casos, incluso un incidente repentino y temporal en el ingreso del prestatario puede causar un efecto dominó de incumplimientos en todas las cuentas”¹⁶.

Resulta fundamental contar con la máxima cantidad de información posible en las evaluaciones de riesgo, abarcando aspectos negativos y positivos.

¹² CORPORACIÓN FINANCIERA INTERNACIONAL (2006) p. 5.

¹³ BANCO MUNDIAL (2011).

¹⁴ *Op. cit.* p. 12.

¹⁵ *Op. cit.* p. 13.

¹⁶ BANCO MUNDIAL (2011) p. 12. Otro autor destaca: “Cuando los prestamistas solo comparan información negativa, ello implica una sanción para los incumplidores, pero no da información de los prestatarios de alto riesgo que todavía no han incumplido, pero tienen un alto nivel de endeudamiento. Esta deficiencia del sistema se traduce en una mayor tasa de incumplimientos cuando solo se comparte información negativa que cuando se incluye también información positiva” CUENA (2017) p. 30.

Sin embargo, en Chile, la regulación favorece la recopilación y divulgación de morosidades y protestos, convirtiéndolo en un sistema de información primordialmente negativo, con solo algunos elementos de información positiva¹⁷. A continuación, se examinan las principales fuentes de información en el país, haciendo especial hincapié en las alternativas disponibles para acceder a información positiva.

II. FUENTES DE INFORMACIÓN CREDITICIA

1. Fuentes de información negativa

El decreto n.º 950 del Ministerio de Hacienda de 1928 prescribe la obligación de diversas entidades¹⁸ de reportar periódicamente a la Cámara de Comercio de Santiago diversos antecedentes financieros de carácter negativo que tengan en sus registros. La Cámara de Comercio de Santiago recibe de manera gratuita esta información, la cual debe agrupar por materia y orden alfabético y publicar en un boletín comercial semanal, el *Boletín de Informaciones Comerciales* (en adelante *BIC*). No es exagerado afirmar que el *BIC* constituye la principal fuente de información financiera accesible al público; y según se anticipó, contiene exclusivamente información negativa.

El artículo 7.º de dicho cuerpo normativo:

“prohíbe a toda imprenta o empresa periodística que no sea la encargada por la Cámara de Comercio de Chile, la publicación de los datos a que se refiere el presente decreto”,

sin perjuicio de que las diversas entidades que participen de los procesos crediticios podrán acceder a la información publicada y utilizarla en sus evaluaciones de riesgo.

La Ley n.º 19628, sobre protección de la vida privada, promulgada el año 1999, también contiene una regulación especial (título III) para la utilización de datos personales relativos a obligaciones de carácter económico, financiero, bancario o comercial. Al respecto, y sin perjuicio de las excepciones enumeradas (*e.g.* deudas educacionales), el inciso primero del artículo 17¹⁹

¹⁷ TURNER (2010) p. 23.

¹⁸ Estas son: notarios públicos, los juzgados de letras con competencia civil de mayor y menor cuantía, los conservadores de bienes raíces, diversos organismos del Estado que realicen actividades destinadas a promover el desarrollo económico del país, la Asociación Nacional de Ahorro y Préstamo, y los bancos y sociedades financieras.

¹⁹ “Artículo 17.- Los responsables de los registros o bancos de datos personales sólo podrán comunicar información que verse sobre obligaciones de carácter económico, financiero, bancario

dispone que los responsables de los registros o bancos de datos personales solo podrán comunicar información que verse sobre obligaciones de carácter económico, financiero, bancario o comercial cuando (en síntesis):

- i) consten en protestos;
- ii) traten sobre incumplimientos y morosidades o
- iii) sean de aquellas autorizadas por decreto supremo del Presidente de la República.

Las primeras dos hipótesis del artículo 17 (protestos y morosidades) refieren a casos de información negativa, es decir, incumplimientos. Respecto a la tercera hipótesis (información autorizada por decreto supremo del Presidente), solo se registra un decreto de estas características, que es el decreto n.º 950 de 1928, antes referido, que regula el *BIC*. En otras palabras, el único tipo de información que puede ser comunicado sin consentimiento del titular a la fecha, de conformidad al artículo 17, es la información negativa, pues todas las hipótesis contempladas versan sobre este tipo de información.

Por último, existe una fuente adicional que habilita el tratamiento lícito de información de carácter económico, financiero, bancario o comercial. Se trata de aquella que provenga o se recolecte de fuentes accesibles al público (artículo 4.º, inciso quinto de la Ley n.º 19628). Si la información se encuentra lícitamente disponible en una de estas fuentes, y esta se ha extraído de ahí, entonces su tratamiento es lícito, lo que permitiría su recopilación y utilización en las evaluaciones de riesgo. Debe entenderse que esta regla sería aplicable a información positiva como negativa. Sin embargo, en la práctica no existen fuentes accesibles al público que contengan información positiva, sino solo negativa, como el *BIC*.

2. Información positiva: *normativa bancaria*

La principal fuente de información positiva en el país proviene de la regulación bancaria, en específico, de la Comisión para el Mercado Financiero (en ade-

o comercial, cuando éstas consten en letras de cambio y pagarés protestados; cheques protestados por falta de fondos, por haber sido girados contra cuenta corriente cerrada o por otra causa; como asimismo el incumplimiento de obligaciones derivadas de mutuos hipotecarios y de préstamos o créditos de bancos, sociedades financieras, administradoras de mutuos hipotecarios, cooperativas de ahorros y créditos, organismos públicos y empresas del Estado sometidas a la legislación común, y de sociedades administradoras de créditos otorgados para compras en casas comerciales. Se exceptúa la información relacionada con los créditos concedidos por el Instituto Nacional de Desarrollo Agropecuario a sus usuarios, y la información relacionada con obligaciones de carácter económico, financiero, bancario o comercial en cuanto hayan sido repactadas, renegociadas o novadas, o éstas se encuentren con alguna modalidad pendiente”.

lante CMF). Su uso se encuentra reservado, fundamentalmente a los bancos. El artículo 14 de la Ley General de Bancos²⁰ mandata a la CMF a mantener de manera permanente información refundida para el uso exclusivo de las instituciones fiscalizadas. Esta información refundida es conocida como la “nómina de deudores” la que se elabora a partir de la información de deuda que las diversas entidades financieras fiscalizadas le reportan de manera periódica. La CMF consolida tal información y la pone a disposición de dichas entidades para la gestión de riesgos. Los bancos pueden consultar tal información sin necesidad de contar con el consentimiento del titular de los datos. Además, la misma institución pone a disposición de las personas un informe de deuda individual en su sitio web, donde cada uno puede consultar la información refundida de sus obligaciones personales²¹.

La nómina de deudores de la CMF es la única fuente oficial consolidada de información positiva y negativa, pero no puede usarse por otras entidades que no sean aquellas que la reciben directamente. El R04, el R05 y el capítulo 18-5 de la RAN de la CMF profundizan sobre el contenido, los deberes de reserva y la utilización de la información sobre deudores que entrega el ente administrativo.

3. Información positiva a partir del consentimiento del titular

Fuera de la nómina de deudores de la CMF, en la actualidad no hay otras fuentes consolidadas de información positiva en operación, al menos no reguladas en la normativa. Con todo, por aplicación de las reglas generales que rigen el tratamiento de datos personales, es factible la recopilación de información de deuda positiva, en la medida en que se cuente con el consentimiento expreso del titular de los datos (artículo 4.º de la Ley n.º 19628). Así, se analizan a continuación algunas fuentes de información positiva sobre la base del consentimiento.

²⁰ “Con el objeto exclusivo de permitir una evaluación habitual de las instituciones fiscalizadas en virtud de la presente ley por firmas especializadas que demuestren un interés legítimo, la Comisión deberá darles a conocer la nómina de los deudores de las entidades antes señaladas, los saldos de sus obligaciones y las garantías que hayan constituido. Lo anterior sólo procederá cuando la Comisión haya aprobado su inscripción en un registro especial que abrirá para los efectos contemplados en este inciso y en el inciso cuarto del artículo 154. La Comisión mantendrá también una información permanente y refundida sobre esta materia para el uso de las instituciones fiscalizadas en virtud de la presente ley. Las personas que obtengan esta información no podrán revelar su contenido a terceros y, si así lo hicieren, incurrirán en la pena de reclusión menor en sus grados mínimo a medio”.

²¹ Disponible en <https://informedeudas.cmfchile.cl/informedeudacb/aplicacion?indice=110.0> [fecha de consulta: 1 de octubre de 2023].

Con un enfoque en el consumidor financiero, existen empresas “fintec”²², contando con la autorización del mismo, gestionan su información comercial y acceden a sus datos personales contenidos en registros o bancos de datos de carácter económico, financiero, bancario o comercial, positivos como negativos. De esta forma, acceden al informe de deuda personal que proporciona la CMF²³. Con ello, ofrecen facilitar la gestión de deudas y ofrecen productos personalizados a la situación financiera del usuario.

También es común que, para acceder a crédito, se les solicite a las personas acompañar antecedentes que permitan a la entidad financiera evaluar de mejor manera sus rentas, niveles de deuda, bienes, etc. Esto, sin embargo, tiene notorias limitantes frente a sistemas consolidados de deuda, que no solo permiten construir registros de la historial de deuda de las personas más completos, sino que, también, favorecen el otorgamiento de mejores condiciones a través de la competencia.

En una mayor escala, pero también a partir del consentimiento, destaca el intento de la empresa Equifax, el año 2015, de implementar una plataforma de intercambio de información positiva denominado *Exchange*, que sería gestionado por dicha empresa. Enfocado en un comienzo en las empresas del *retail*, la intención era que los participantes del sistema (distintas empresas emisoras de crédito) pudieran intercambiar recíprocamente información positiva de sus clientes. Con esta información integrada, las empresas participantes del sistema podrían elaborar informes comerciales de personas naturales con información más completa, que incluya información crediticia positiva para complementar, de este modo, la información crediticia negativa ya disponible. En este contexto, Equifax ingresó el año 2015 una consulta al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en adelante TDLC) con el objetivo obtener un pronunciamiento de la magistratura acerca del apego de esta iniciativa comercial a las disposiciones del decreto ley n.º 211, que fija las normas para la defensa de la libre competencia.

Según especifica la resolución del TDLC, que se pronunció sobre la consulta, la información positiva que se compartiría en estos informes comerciales consistiría en antecedentes sobre *leverage*, carga financiera, renta estimada, índice socioeconómico estimado, estructura de cuotas y deudas, y comportamiento histórico de pagos de los diversos clientes²⁴.

Durante la tramitación de la consulta, diversas entidades del mundo financiero, estatales y privadas se pronunciaron sobre la iniciativa, esgrimiendo

²² Es decir, que prestan servicios financieros a través de medios tecnológicos, de conformidad al artículo 1.º de la Ley Fintec.

²³ Este servicio lo provee, por ejemplo, la fintec “Destácame”, que hace algunos años opera en Chile.

²⁴ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA (2015) rol NC n.º 429-15, párrafo 38.

argumentos a favor y en contra de ella. El balance fue más bien positivo en cuanto a la necesidad de crear un sistema que integre datos positivos en las evaluaciones de riesgo financiero²⁵. El TDLC finalmente, luego de analizar los riesgos y beneficios asociados, se pronunció de manera favorable sobre la consulta, determinando que el sistema *Exchange* se ajustaba a las normas de defensa de la libre competencia, en la medida en que se cumplieran algunas condiciones establecidas en la parte resolutive. La principal de las condiciones impuestas fue que Equifax no podría acordar con los clientes del servicio *Exchange* cláusulas de exclusividad o incentivos que tengan por objetivo que dichos clientes entreguen información crediticia positiva de manera exclusiva a Equifax, o que obliguen a adquirir informes comerciales sólo de dicha empresa²⁶.

Sobre las exigencias para el tratamiento de datos personales involucrados en la prestación de este servicio, el TDLC previno que tal pronunciamiento:

“en ningún caso exime a la Consultante de adoptar los demás resguardos que sean necesarios para que el servicio *Exchange* que se propone implementar cumpla con las otras disposiciones legales que sean aplicables, incluyendo, dentro de ellas, la Ley N° 19.628 y otros cuerpos legales o reglamentarios relativos a la protección de los datos personales”²⁷.

Sin perjuicio de que el TDLC se manifestó a favor de esta iniciativa, no se encuentran registros de que dicho sistema propuesto por la empresa Equifax haya entrado en operaciones, por lo que no consta que esta constituya una fuente de información positiva que se utilice en la actualidad en el país.

Así, si bien no se han identificado grandes impedimentos en materia de libre competencia, y, si bien las reglas generales en materia de protección de da-

²⁵ Prácticamente todas las entidades intervinientes se manifestaron a favor de la existencia de mayor información positiva en el sistema comercial, sin embargo, no todas apoyaron la creación de un sistema de información positiva en manos de Equifax, tanto por razones de libre competencia como por razones de protección de datos personales. Entre las entidades que esgrimieron argumentos a favor se encontraba la Fiscalía Nacional Económica, aunque con razonables prevenciones en materia de libre competencia. El Banco Central, por su parte, esgrimió argumentos a favor de la existencia de más información positiva en el mercado, pero optó por reivindicar la importancia de aprobar un proyecto de ley en la materia antes que por apoyar la iniciativa *Exchange*.

²⁶ Condición primera de la parte resolutive. Otras condiciones impuestas se encontraba la exigencia de remitir a la Fiscalía Nacional Económica copia de los términos generales de contratación que pretenda establecer en los contratos que celebre con las empresas proveedoras de crédito que se asocian al servicio *Exchange*. Especificándose que tal obligación deberá ser cumplida con anterioridad al inicio de la prestación de dicho servicio o a cualquier modificación sustancial de dichos términos generales.

²⁷ Párrafo 75.

tos personales permiten la iniciativa privada para crear bases de datos positivas sobre la base del consentimiento, lo cierto es que este pareciera ser un terreno bastante virgen. Por una u otra razón, quizá debido a una mala interpretación de la Ley n.º 20521 (que se analiza más adelante) o debido a la dificultad de obtener el consentimiento expreso de tantas personas, no se registran grandes fuentes privadas de información positiva.

En el ámbito estatal se debe destacar la reciente aprobación de la Ley Fintec, la que encomendó a la CMF la implementación de un sistema de finanzas abiertas, según las bases legales detalladas en el título III de la ley. Conforme al artículo 16 de la misma, este sistema tiene por finalidad permitir el intercambio entre distintos prestadores de servicios de información de clientes financieros que hayan consentido expresamente en ello. Entre otra información relevante, el sistema de finanzas abiertas permitirá el intercambio de:

“Información sobre las condiciones comerciales contratadas y el uso o historial de transacciones realizadas por los Clientes respecto de los productos y servicios financieros [...] incluyendo: a) cuentas corrientes y sus líneas de crédito asociadas, cuentas a la vista, cuentas de provisión de fondos y cuentas de ahorro; b) tarjetas de crédito, con sus respectivas líneas de crédito asociadas; c) operaciones de crédito de dinero; d) pólizas de seguro; e) instrumentos de ahorro o inversión; f) servicios de operación de tarjetas y medios de pago similares, y g) otros productos o servicios financieros que defina la Comisión por norma de carácter general”.

Debido a la gran extensión de la información incluida, el sistema de finanzas abiertas de la Ley Fintec tiene la potencialidad de convertirse en una muy relevante fuente de información de deuda positiva de las personas. Así, existen altas –y justificadas– expectativas en torno al impacto que este tendrá en la competencia y prestación de servicios financieros, así como en la transparencia del proceso de crédito. Sin perjuicio de ello, se deben tomar en cuenta algunas consideraciones. Entre otras, los amplios plazos de vacancia que el legislador previó para implementar el sistema de finanzas abiertas (artículo tercero transitorio). Así, se prevén: dieciocho meses desde la publicación de la ley para que la CMF dicte la normativa que regirá el sistema; y luego un máximo de dieciocho meses luego de la dictación de la normativa como meta para entrar en funcionamiento el sistema. Además, hay numerosa normativa que deberá dictar la CMF en los meses y años que vienen, que definirán en gran medida las condiciones de eficiencia, carga y extensión de la operación del sistema. Para gran parte de la industria, la participación en el sistema de finanzas abiertas es voluntaria, por lo que es previsible que se mantengan al margen de este si la carga regulatoria es demasiado intensa. Asimismo, el artículo 17 dispone que

toda información e historial de transacciones (incluso sobre información positiva) que se intercambie no podrá tener una antigüedad superior a cinco años. Por otro lado, se exigen requisitos, inscripciones y autorizaciones para poder participar en el intercambio de información en el sistema. Si a todo esto se le suma que el legislador previó que todo intercambio de información deberá hacerse contando con el consentimiento previo y expreso del titular de los datos, entonces existen suficientes razones para ser cautos en cuanto a las expectativas en torno a la significancia que tendrá este sistema como fuente de información positiva –al menos– en el corto y mediano plazo. Por todas estas razones, no deben perderse de vista cuáles son las fuentes de información vigentes, ni dejarse pasar las oportunidades para mejorar las ya existentes a través de cambios legislativos.

4. Iniciativas legislativas en materia de fuentes de información positiva

Aunque el objeto de este trabajo no es profundizar sobre la tramitación de proyectos de ley en curso, sino sobre la normativa vigente, vale la pena repasar brevemente algunos de los más importantes.

El principal proyecto de ley en tramitación en el Congreso Nacional en materia de protección de datos personales es el de reforma a la Ley n.º 19628 (*Boletín* n.º 11.144-07). Encontrándose en su tercer trámite constitucional en el Senado, la iniciativa modifica de manera casi completa la ley actual, aumentando los estándares de protección y equiparándolos, en buena medida, a los de la normativa europea. Junto al consentimiento como causal de licitud para el tratamiento de datos, se incorpora, también, otras modernas causales para la justificación del tratamiento, varias de las cuales podrían favorecer el intercambio de información positiva cuando esta sea usada para evaluar el riesgo comercial. Así, y a modo de ejemplo, se incorpora la causal de licitud de “satisfacción de intereses legítimos” (artículo 13, d), la que en el Reino Unido, por ejemplo, se utiliza para fundar el tratamiento de datos con motivos comerciales²⁸. Además, se permite el tratamiento sin consentimiento cuando sea “necesario para la ejecución o el cumplimiento de una obligación legal” (artículo 13, b), lo que podría relacionarse con el deber legal que el artículo 17N de la Ley

²⁸ La autoridad de protección de datos en el Reino Unido, “Information Commissioners Office”, asevera: “se puede procesar datos personales sin consentimiento si se necesita hacerlo por intereses legítimos (incluido el beneficio comercial), a menos que esto sea superado por los derechos e intereses del individuo” (traducción no es oficial). Disponible en <https://ico.org.uk/for-organisations/uk-gdpr-guidance-and-resources/lawful-basis/consent/when-is-consent-appropriate/#:~:text=Legitimate%20interests%3A%20you%20can%20process,ability%20to%20use%20this%20basis> [fecha de consulta: 6 de octubre de 2023].

n.º 19496 impone a los otorgantes de crédito, los que deben evaluar la solvencia de los solicitantes antes de la aprobación o rechazo del crédito.

Sin perjuicio de ello, el único título de la ley que no sería reformado es el título III, que regula el tratamiento de datos: personales, económicos, financieros, bancarios y comerciales. Así, tratándose de datos personales financieros, no se otorgan mayores facilidades específicas para la circulación y utilización de información positiva en las evaluaciones de riesgo. Esto ha sido objeto de críticas, como afirma Sebastián Bozzo:

“Se pierde así una oportunidad para avanzar en el tratamiento de datos personales que permita a los proveedores financieros conocer el estado actual de endeudamiento del consumidor. Para evitar el sobreendeudamiento es necesario conocer el nivel de endeudamiento, permitiendo que los proveedores conozcan no solo el incumplimiento de sus obligaciones, sino que también aquellas obligaciones financieras actuales que no han sido incumplidas. Es decir, establecer la existencia de un sistema de información crediticia positivo y no sólo negativo como existe en la presente ley. De considerarse lo anterior, el mayor beneficiado sería el consumidor, permitiendo que gran parte de los consumidores que se encuentran en el mercado financiero informal pasen al formal. Por otra parte, la valoración de un incumplimiento determinado y aislado no sería sancionado por el proveedor, si éste tuviese los antecedentes históricos que den cuenta del buen comportamiento del cliente”²⁹.

En cambio, la discusión de la reforma a la Ley n.º 19628 pareció dejar la materia de la información financiera positiva a una iniciativa legislativa diferente. Se trata del proyecto de ley que crea un registro de deuda consolidada (*Boletín* n.º 14.743-03), que actualmente se encuentra en su segundo trámite constitucional en el Senado. El mismo se propone:

“Ampliar la información sobre obligaciones financieras que actualmente está disponible en el mercado para, por una parte, agregar información sobre el buen comportamiento de pago de las personas y su situación crediticia y, por la otra, incorporar a otros agentes de crédito como aportantes de información al sistema. Ello, a fin de que el sistema no sólo refleje información negativa o deuda morosa, como lo hace actualmente”³⁰.

²⁹ Bozzo (2020) p. 113.

³⁰ Mensaje presidencial n.º 400-369. Disponible en www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php [fecha de consulta: 6 de octubre de 2023].

Este ha generado alta expectativa en el sector financiero, puesto que propone crear una gran fuente de información, tanto de carácter negativa como positiva. El registro de deuda sería de carácter estatal, administrado por la CMF y alimentado en base a obligaciones de reporte de diversas entidades prestamistas, las entidades “reportantes”. No solo bancos tendrán obligación de reportar información de sus clientes, sino que, también, tendrán esta obligación las compañías de seguros, agentes administradores de mutuos hipotecarios, cajas de compensación, cooperativas de ahorro, entre otras enumeradas o que determina el ente administrativo mediante una norma de carácter general. Así, si se compara con la nómina de deudores de la CMF, se aumenta la base de información disponible.

Por otro lado, el proyecto también presenta visibles reparos y ha sido objeto de críticas. Más allá de que solo puede consultarse con el fin de evaluar el riesgo comercial (lo que es bueno y coherente con la Ley n.º 20575), el acceso al registro es bastante restringido. Como advierte Esther Arroyo, es posible que registros públicos o privados de deuda no funcionen de forma eficaz:

“bien porque se excluye el registro de créditos de determinada cantidad, bien porque no existe un registro histórico de datos, bien porque no todos los prestamistas pueden acceder al mismo, bien, en fin, porque es preciso el consentimiento del prestatario para proceder al tratamiento de esos datos”³¹.

De acuerdo con el artículo 5.º del proyecto, se exige el consentimiento previo, expreso e inequívoco del deudor para poder consultar la información positiva o negativa del registro, prohibiendo su comunicación a terceros, lo que puede probar ser una exigencia demasiado rígida. Además, el consentimiento estará sometido a un “plazo limitado”, que será fijado por la CMF. Otra cuestión a considerar es que solo se permite consultar la información innominada del registro a las entidades “reportantes”, lo que puede generar desigualdades ante la ley³².

El concepto de “reportantes” es también limitado, si bien puede ser ampliado por un acto administrativo, queda fuera la recopilación de información de deuda de pequeños comercios³³. Asimismo, quienes no sean reportantes no podrán consultar directamente el registro (*e.g.* los asesores crediticios de la Ley Fintec). El proyecto también dispone:

³¹ ARROYO (2018) p. 88.

³² *Boletín* n.º 14.743-03: Proyecto de ley que crea un registro de deuda consolidada, Primer Informe de Comisión de Economía del Senado p. 82.

³³ “Dicha norma no podrá establecer condiciones que importen sumas totales por montos globales anuales de obligaciones reportables inferiores a 100.000 unidades de fomento, o un número inferior o igual a mil operaciones anuales” (artículo 2.º, e).

“Una vez acreditadas las obligaciones reportables por medio del registro oficial a que se refiere esta ley, las instituciones reportantes no podrán requerir antecedentes adicionales sobre estas obligaciones al solicitante del crédito” (artículo 1.º, inciso segundo).

Esto se ha entendido como una limitante al uso de información en el proceso crediticio, así como una restricción al giro de aquellas empresas que se dedican a la distribución de datos financieros de conformidad a la Ley n.º 20575. Así, en su paso por la Comisión de Economía del Senado, senadores manifestaron preocupaciones en torno a la necesidad de que el Registro de Deuda Consolidada pueda coexistir con los sistemas de información privados, abogando por el ingreso de indicaciones que permitan un sistema mixto de información (público y privado)³⁴, evitando la configuración de un “monopolio estatal de la información” por la vía de hacer imposible la competencia del sector privado³⁵.

Más allá del contenido de las iniciativas de ley analizadas, lo cierto es que todavía resta mucho tiempo para que puedan aportar en las evaluaciones de riesgo. De ser aprobados, ambas tomarán años en entrar en vigencia (se contemplan periodos de vacancia de veinticuatro y veintiún meses, respectivamente), por lo que es importante conocer y manejar la normativa actual. Habiendo analizado ya las fuentes de información disponibles en el país, se examinan las condiciones que la legislación impone para la utilización de información positiva en los procesos de evaluación crediticia.

III. CONDICIONES PARA LA UTILIZACIÓN DE INFORMACIÓN CREDITICIA Y SUS FUNDAMENTOS

1. *Condiciones legales para el tratamiento de información crediticia en la Ley n.º 19628 y en la Ley n.º 20575*

a) Regla general en el tratamiento de datos personales

El artículo 19 n.º 4 de la Constitución, que asegura a todas las personas: “la protección de sus datos personales”, especificando que “El tratamiento y protección de estos datos se efectuará en la forma y condiciones que determine la ley”.

Conforme con la Ley n.º 19628, sobre protección de la vida privada, constituyen datos personales “los relativos a cualquier información concerniente a personas naturales, identificadas o identificables” (artículo 2.º, literal f). Bajo ese entendido, toda información que verse sobre obligaciones de carácter eco-

³⁴ *Boletín* n.º 14.743-03 pp. 80-81.

³⁵ *Op. cit.* p. 94.

nómico, financiero, bancario o comercial (en adelante, también “información crediticia” o “información de deuda”) relativa a una persona natural identificada o identificable, constituye un dato personal. La comunicación, transferencia, cesión, almacenamiento y la utilización de cualquier forma de datos personales, entre otras, constituyen formas de tratamiento (artículo 2.º, literal o).

De conformidad con el artículo 6.º los datos personales deberán ser eliminados o cancelados cuando su almacenamiento carezca de fundamento legal o cuando hayan caducado. Asimismo, han de ser modificados cuando sean erróneos, inexactos, equívocos o incompletos.

En esta línea, el inciso primero del artículo 4.º de la Ley n.º 19628 contiene la regla general en materia de tratamiento de datos personales:

“El tratamiento de los datos personales sólo puede efectuarse cuando esta ley u otras disposiciones legales lo autoricen o el titular consienta expresamente en ello”.

Por tanto, la regla generalísima es que el tratamiento de datos personales es lícito en cualquiera de las siguientes dos hipótesis:

- i) cuando haya sido autorizado expresamente por el titular de estos o, bien,
- ii) cuando una ley lo autorice.

b) Estatuto para el tratamiento de información crediticia

Tratándose de información de carácter económico, financiero, bancario y comercial, el legislador estableció un estatuto especial en el título III de la Ley n.º 19628. Según lo analizado, y sin perjuicio de las excepciones enumeradas (*e.g.* deudas educacionales), el único tipo de información que puede ser comunicado sin consentimiento del titular, de conformidad con el artículo 17 de la ley, es la negativa. Al respecto, el artículo 18 siguiente impone dos límites, uno temporal y otro obligacional. Así, esta no podrá ser comunicada:

- i) “luego de transcurridos cinco años desde que la respectiva obligación se hizo exigible” y
- ii) “después de haber sido pagada o haberse extinguido por otro modo legal”.

El tratamiento de información positiva, en cambio, quedó excluido de la regla, debiendo ser autorizado de conformidad con las normas generales (autorización del titular de los datos o por otra norma legal diversa).

Existe una fuente adicional de licitud para el tratamiento de información de carácter económico, financiero, bancario o comercial. Se trata de aquella que provenga o se recolecte de fuentes accesibles al público (artículo 4.º, inciso

quinto). Si la información se encuentra lícitamente disponible en una de estas fuentes, y esta se ha extraído de ahí, entonces su tratamiento es lícito.

Por último, como se profundiza más adelante, la Ley n.º 20575 del año 2012, estableció el principio de finalidad en el tratamiento de datos personales de carácter económico, financiero, bancario o comercial, aplicable a los datos a los que se refiere el título III de la Ley n.º 19628. Esto circunscribe la utilización de estos datos a “la evaluación de riesgo comercial y para el proceso de crédito”, quedando vedada su utilización para otros fines. Además, la misma ley dispone:

“La comunicación de esta clase de datos sólo podrá efectuarse al comercio establecido, para el proceso de crédito, y a las entidades que participen de la evaluación de riesgo comercial”.

Asimismo, esta ley impone varias obligaciones (artículo 3.º) a quienes traten este tipo de datos, como los deberes de implementar: los principios de legitimidad, acceso y oposición, información, calidad de los datos, finalidad, proporcionalidad, transparencia, no discriminación, limitación de uso y seguridad en el tratamiento de datos personales.

2. Prohibición de utilización de información que no sea información objetiva negativa

El año 2011 se promulgó la Ley n.º 20521, que introdujo un nuevo inciso tercero al artículo 9.º de la Ley n.º 19628, sobre protección de la vida privada. Dicho precepto proscribió la realización de:

“todo tipo de predicciones o evaluaciones de riesgo comercial que no estén basadas únicamente en información objetiva relativa a morosidades o protestos de la persona que se informa”.

Una interpretación literal de la norma citada implicaría excluir del análisis de riesgo información que beneficie al titular de los datos (*e.g.* información positiva) u otro tipo de información económica que sirva para evaluar el riesgo de la persona (*e.g.* declaraciones de rentas).

El sentido de la norma no es claro. No es convincente que una interpretación demasiado literal del inciso tercero del artículo 9.º sea la adecuada. Cuando el sentido de la ley es oscuro, el artículo 19 del *Código Civil* admite consultar la intensión y espíritu de la ley. Si se profundiza en el sentido y fundamentación de este precepto y se analiza la normativa general con mayor perspectiva, se aprecia que la prohibición en comento tuvo un fundamento y objeto más acotado, menos restrictivo, que no buscó excluir la consideración de

información positiva. Para arribar a esta conclusión, es pertinente comenzar consultando la historia fidedigna de la norma en cuestión.

3. *Historia de la Ley n.° 20521:
una lectura distinta a las restricciones del artículo 9.°
de la Ley n.° 19628*

a) Una reforma precisa
en un marco jurídico distinto

El inciso tercero del artículo 9.° de la Ley n.° 19628, se introdujo mediante una reforma del año 2011 (Ley n.° 20521). Esa reforma tuvo como único objetivo agregar dicha disposición.

A la época de la discusión y aprobación de la Ley n.° 20521, aún no se había dictado la Ley n.° 20575 (año 2012), que implementó el principio de finalidad en el tratamiento de datos personales de carácter económico, financiero, bancario y comercial.

En otras palabras, el panorama normativo era distinto, había menos resguardos para el titular de los datos, existían más oportunidades de “abusos”, puesto que la información negativa de las personas figuraba de manera pública y podía usarse para distintos fines (e.g. en postulaciones a trabajos y colegios, para acceder a la salud, etcétera).

Así constan en la historia fidedigna de la Ley n.° 20521 críticas a la utilización de información, cuyo abuso podía resultar en “estigmatización” de las personas, en tanto, “por estar en Dicom, muchas veces las personas no pueden acceder a beneficios sociales, son discriminadas para entrar a un trabajo o para tener acceso a otra oportunidad en la vida”³⁶.

La información utilizada para cursar las evaluaciones de riesgo era, por tanto, altamente relevante, puesto que sus resultados podían, incluso, escapar del ámbito del proceso crediticio, influyendo en otras áreas de la vida privada y social.

Considerando lo anterior, el artículo 9.°, inciso tercero que se introducía a la Ley n.° 19628 mejoró el estándar de protección de los derechos de las personas, con un fundamento preciso y acotado: evitar que se consideren en predictores de riesgo (también llamados *scores*) y evaluaciones de riesgo comercial, variables que no fueren objetivas, como el número de consultas de los antecedentes de una persona en una base de datos.

Se citan en los títulos siguientes pasajes de la historia fidedigna de la Ley n.° 20521, que sostienen la afirmación anterior y permiten apreciar el objeto y la motivación de la ley.

³⁶ Historia de la Ley n.° 20521 (2011) p. 45.

b) Una reacción legislativa a una situación polémica

El origen –y trasfondo– de la Ley n.º 20521 se retrotrae a una polémica de la época, que involucró a la empresa DICOM. Destacó el caso de un individuo que acusó que el predictor de riesgo de la empresa carecía de toda objetividad, pues se basaba en factores ilegales y arbitrarios. El individuo, incluso, acudió a los tribunales de justicia, donde se acogió la acción impetrada (recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Santiago, rol n.º 3937-2010).

El fondo de la alegación consistía en que los predictores que elaboraba la empresa se basaban en la consideración de tres factores:

- i. el número de morosidades de la persona;
- ii. el número de protestos de la misma y
- iii. el número de consultas de sus antecedentes que se han realizado a DICOM sobre dicha persona (p. 6).

Se alegó en específico que esta última variable no era objetiva, pues constituía una alteración de la realidad que no era imputable siquiera a la persona (p. 6).

El caso era representativo de una situación que afectaba a múltiples individuos, adquiriendo relevancia mediática y respaldo político. Así, parlamentarios de la época sensibilizarán con el caso e ingresarán el proyecto de ley, *Boletín* n.º 6800-03, cuyo título e idea matriz era:

“modificar la Ley N° 19.628, sobre protección de datos de carácter personal, para garantizar que la información entregada a través de predictores de riesgo (ranking), sea exacta, actualizada y veraz”³⁷.

En esta línea, la fundamentación de la moción parlamentaria con que se originó el proyecto concluye en su último párrafo:

“nos parece necesario reforzar las prescripciones de la ley 19.628, de manera que, ni aún con el consentimiento del titular, las empresas o persona que realizan tratamiento de datos personales puedan utilizar en la elaboración de sus predictores, la información acerca de las consultas que han realizado terceros sobre los datos de una persona”³⁸.

c) Objeto del proyecto de ley y variaciones en el Congreso

El texto original de la moción no difería sustancialmente del texto vigente. Sin embargo, durante su paso por la Cámara de Diputados se aprobaron indicaciones que precisaron aún más su extensión:

³⁷ Historia de la Ley n.º 20521 (2011) p. 4.

³⁸ *Op. cit.* p. 6.

“Prohíbese la realización de ranking o predictores de riesgo comercial que sean basados en variables relativas a la frecuencia de consulta de los datos personales contenidos en un registro o banco de datos asociados a una determinada persona, incluyéndose en tal prohibición la entrega a terceros de la información relativa al número de consultas de sus datos”.

En su segundo trámite constitucional, el texto del proyecto de ley fue objeto de una nueva indicación sustitutiva para ampliar su sentido y reemplazarlo por el texto legal actual, prohibiéndose así:

“la realización de todo tipo de ranking o predictores de riesgo comercial que no estén basados únicamente en información objetiva relativa a las morosidades o protestos”.

Según consta nítidamente en la discusión legislativa³⁹, la señalada indicación tuvo por objeto ampliar la restricción a todo tipo de variables subjetivas. Esto, pues si solo se prohibía la consideración del número de consultas, entonces “nada obsta a que se puedan utilizar otros elementos igualmente subjetivos”, agregándose:

“Debe prohibirse por ley, del modo que lo hace la indicación, que se establezcan variables de predicción de riesgos que no sean objetivas, como lo hacía el proyecto original”⁴⁰.

En este sentido, se enfatizó por senadores y diputados que el sentido del texto –aún vigente– era evitar que se utilicen variables no objetivas en las evaluaciones de riesgo, descartándose así –específica, pero no exclusivamente– la consideración del número de consultas⁴¹. Ese fue, en todo momento, el objeto de la discusión.

Algún parlamentario interpretó de manera más extensa y prohibitiva la indicación, sosteniendo que con el proyecto:

“Se restringen la información y la calificación a la obtención de datos objetivos sobre protestos o morosidades y no de otras variables –he ahí el gran punto– como patrimonio, nivel educativo, ingresos o consultas anteriores. En su momento, todo ello era una base sólida para los predictores”⁴².

³⁹ Historia de la Ley n.º 20521 (2011) p. 28 y ss.

⁴⁰ *Op. cit.* p. 28.

⁴¹ *Op. cit.* pp. 23, 28, 33, 47.

⁴² *Op. cit.* p. 44.

Por su parte, el autor de la indicación explicó que ella se fundamentó:

“en las consideraciones contenidas en el fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 31 de enero de 2011, recaído en el recurso de protección interpuesto por don Leonardo Hernán Espinoza López en contra de Equifax Dicom”⁴³.

En dicho fallo, la Corte de Apelaciones condenó a la empresa individualizada a borrar de su base de datos el “predictor” (*score*) que mantenía con el recurrente, así como a pagar las costas de la causa⁴⁴.

d) Críticas y advertencias:

¿qué pasa con la información positiva?

Sobre la extensión de la prohibición que introducía el proyecto hubo comentarios y advertencias. Se evidenció que, si el objeto era evitar la consideración

⁴³ Historia de la Ley n.º 20521 (2011) p. 28.

⁴⁴ CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (2011) rol n.º 3937-2010, Espinoza López con Equifax Dicom. Dentro de sus fundamentos, el fallo consideró:

- a. Que el predictor de la empresa era una herramienta que puede llegar a tener ‘alta significación’ y consecuentemente causar daño al deudor (c. 20).
- b. Que la empresa utilizó como base de su predictor variables subjetivas como el número de consultas al registro de datos y el número de domicilios registrado por la persona en el último tiempo (c. 18).
- c. Que, analizando la normativa vigente a la época, ‘lo que se autoriza publicar en una base de datos pública o privada, o bien, en un boletín de informaciones comerciales, en este caso Dicom, son como ya se dijo, situaciones de carácter indubitado y objetivo, fundamentalmente deudas, no así, apreciaciones subjetivas o probabilísticas de ninguna naturaleza’ (c. 12).
- d. Que las variables usadas no solo eran subjetivas, sino que eran en sí datos personales, respecto a los cuales no existía fuente legal para su tratamiento.
- e. Que el predictor de la empresa no era confiable ni fiel a la realidad y no guardaba relación alguna con la situación real del recurrente, concluyendo que se trataba de un ‘indicador totalmente arbitrario’ (c. 22°).
- f. Que el predictor utilizado por la empresa vulneró las garantías constitucionales del recurrente (art. 19 N° 2, inciso segundo, N° 4; y N° 26), discriminando arbitrariamente al deudor y perjudicando su honra, reputación y vida privada (c. 15).
- g. Concluyendo, por último, que ‘no obstante la conciencia de estos sentenciadores en cuanto al efecto relativo de las sentencias, no pueden omitir el dejar constancia de su parecer en el sentido de que resultan tan obvias las ilegalidades y arbitrariedades que comete la recurrida, con la elaboración y puesta a disposición del público del denominado ‘predictor de riesgo’, que estiman se trata de una práctica a la que debiera ponerse término, para evitar así el poder llegar a dañar injustamente el crédito y la imagen de las personas, sin que exista autorización legal que lo permita, ni razones objetivas que lo avalen’” (c. 23).

de factores subjetivos, no sería necesario precisar que la información debía versar solo sobre “morosidades y protestos”. Esto último restringiría excesivamente los modelos predictivos e, incluso, tratándose de información positiva, podría privarse al deudor de acceder a mejores condiciones de financiamiento.

Desde el Ejecutivo se consideró, por ejemplo:

“El modelo actual de información comercial está construido sobre la base de la información negativa de las personas. Anunció el pronto envío de un proyecto que tiende a la consolidación de datos patrimoniales positivos y negativos, entendiendo los positivos como un activo de las personas. En ese nuevo escenario no sería recomendable restringir tanto la norma. Consideró lícito que se realicen estimaciones estadísticas en base a elementos objetivos, pero no sólo restringido a moras o protestos; las empresas podrían diseñar otro tipo de instrumentos siempre que cumplan con utilizar información objetiva”⁴⁵.

En las actas no consta que nadie se haya opuesto de ninguna manera a que se considere información objetiva que podría beneficiar al solicitante de un crédito. Sin perjuicio de ello, las advertencias en torno a una eventual exclusión de la información positiva no lograron ser recogidas en un texto legal más permisivo. En cambio la relevancia de estas advertencias fue desestimada por algunos parlamentarios, por razones prácticas como interpretativas, según consta a continuación.

e) Respuestas a críticas e información positiva

Frente a estas críticas, el entonces senador García –autor de la indicación– sostuvo:

“El texto aprobado por la Comisión, señor Presidente, ha recibido críticas. Una de ellas se refiere a por qué construir predictores de riesgo solo en función de información negativa (protestos y morosidades); por qué no hacerlo también en función de información positiva, como el cumplimiento de los pagos, de los compromisos. El punto es que tal información no existe. Habría que autorizar a todas las casas comerciales, a todas las instituciones financieras, para que no solo informaran las morosidades y los protestos, sino también los compromisos y los pagos de cada uno de los ciudadanos. A mi juicio, esa información es gigantesca, y hoy no está disponible. Por eso, optamos por insistir en la fórmula propuesta”.

⁴⁵ Historia de la Ley n.º 20521 (2011) p. 28.

El autor de la indicación jamás se opuso a la consideración de información positiva, sin perjuicio de que identificó un problema práctico, pues no existiría una fuente de donde obtener esta información. Así, aclaró que no era el objetivo del proyecto de ley implementar un nuevo sistema de reporte de información positiva, dado que implicaría una cuestión mucho más compleja.

Otro diputado, reconociendo expresamente la licitud de considerar información positiva, sostuvo al final de la discusión legislativa lo siguiente:

“¿Qué duda cabe de que la información positiva puede ser otro parámetro a considerar, pero poco tiene que ver con la discusión de este proyecto, que aborda un tema puntual, específico, en que un predictor claramente abusivo [...]?”⁴⁶.

Es decir, se defendió la precisión y especificidad del proyecto, que tenía por finalidad reaccionar a una situación concreta y no prohibir la utilización de información positiva.

f) Conclusiones de la historia fidedigna de la ley

Para concluir, si bien el tenor del artículo 9.º de la Ley n.º 19628, no refleja el trasfondo de la discusión, este se tornará fundamental en el ejercicio interpretativo, cuando se deban considerar también otras disposiciones legales y reglamentarias tratadas a continuación. A modo de síntesis, la historia fidedigna de la Ley n.º 20521 da cuenta:

- i. Se buscó proteger al titular de los datos, jamás perjudicarlo. Se pretendió evitar que se le dañe en sus derechos y garantías constitucionales y facilitar su acceso al crédito.
- ii. El objetivo fue única y exclusivamente proscribir la consideración de factores subjetivos o arbitrarios.
- iii. Se advirtió que literalidad de la norma podría excluir la consideración de otros factores objetivos (como información positiva), pero se desestimó la relevancia de especificarlo en dicha norma, puesto que no existía una fuente consolidada de información positiva o, incluso, porque quedaba claro, de manera implícita, que se permitía su utilización.

⁴⁶ Historia de la Ley n.º 20521 (2011) p. 39.

4. Principio de finalidad en el tratamiento de información crediticia

Por regla general (artículo 9.º, inciso primero):

“Los datos personales deben utilizarse sólo para los fines para los cuales hubieren sido recolectados, salvo que provengan o se hayan recolectado de fuentes accesibles al público”.

Esto es lo que se reconoce como el “principio de finalidad”, que restringe el tratamiento de los datos.

Tratándose de información crediticia, no obstante, la regla es diversa. El año 2012 se promulgó la Ley n.º 20575, que tuvo por objetivo circunscribir la finalidad en el tratamiento de datos económicos, financieros, bancarios y comerciales exclusivamente a las evaluaciones de riesgo comercial. Según consta en la historia fidedigna de la ley, el objeto de la ley fue evitar situaciones de abuso en el tratamiento de información comercial negativa, bajo el entendido de que el legislador había hecho pública esta información por su importancia para la obtención de financiamiento, no para que esta fuera usada en escenarios diversos. Así, se criticó:

“En la actualidad el certificado de DICOM actúa como elemento de limitación de acceso al trabajo, acceso a la salud privada, colegios particulares subvencionados, fondos de fomento al emprendimiento y otras actividades del quehacer diario que, en la práctica, empobrecen no sólo al deudor directo, sino a sus familias y condicionan el futuro de sus hijos”⁴⁷.

En esta lógica, la citada ley estableció una norma especial (artículo 1.º, inciso primero) que, en relación con lo dispuesto en el título III de la Ley n.º 19628, precisó que la finalidad para la utilización de estos datos “será exclusivamente la evaluación de riesgo comercial y para el proceso de crédito”⁴⁸.

Luego, sobre el destinatario de esta información, el inciso segundo del mismo artículo estableció otro límite:

“La comunicación de esta clase de datos sólo podrá efectuarse al comercio establecido, para el proceso de crédito, y a las entidades que participen de la evaluación de riesgo comercial y para ese solo fin”.

⁴⁷ Historia de la Ley n.º 20575 (2012) p. 5.

⁴⁸ “Respecto al tratamiento de datos personales de carácter económico, financiero, bancario o comercial a que se refiere el Título III de la ley N° 19.628, sobre Protección de la Vida Privada, deberá respetarse el principio de finalidad en el tratamiento de datos personales, el que será exclusivamente la evaluación de riesgo comercial y para el proceso de crédito”.

5. *Derechos del consumidor financiero (Ley n.º 21398):
una mirada distinta a las evaluaciones de riesgo*

Según analiza el título pasado, la Ley n.º 20521 del año 2011, tuvo por objetivo facilitar el acceso al crédito y proteger garantías constitucionales, restringiendo las variables de los modelos de predicción de riesgo.

a) *Introducción del principio del préstamo responsable
en evaluaciones de riesgo*

Diez años después, la Ley n.º 21398, promulgada el año 2021 (en adelante Ley Pro Consumidor) profundizó los derechos del consumidor financiero, introduciendo normas que tuvieron por objetivo facilitar el acceso a financiamiento, pero, al mismo tiempo, abordar la acuciosa necesidad de evitar el sobreendeudamiento e incentivar el préstamo responsable⁴⁹.

Si bien –en rigor– la probabilidad de incumplimiento por tener un mal historial de pago no es necesariamente lo mismo que la solvencia financiera de una persona (capacidad de pago), ambos son componentes determinantes en el resultado de un proceso de evaluación de riesgo comercial.

En este sentido, la Ley Pro Consumidor incorporó un nuevo artículo 17 N a la Ley n.º 19496, sobre protección de los derechos de los consumidores. El inciso primero del precepto citado dispone:

“Artículo 17 N.- Antes de la celebración de una operación de crédito de dinero, los proveedores deberán analizar la solvencia económica del consumidor para poder cumplir las obligaciones que de ella se originen, sobre la base de información suficiente obtenida a través de medios oficiales destinados a tal fin, y deberán informarle el resultado de dicho análisis [...]”.

Como consta en las extensas discusiones parlamentarias (historia fidedigna de la Ley n.º 21398), la incorporación de este precepto tuvo por objetivo imponer el deber al prestamista de tomar en cuenta una serie de antecedentes para evaluar el riesgo crediticio de una persona, no solo sus morosidades y protestos.

A esto se le llamó también “principio del préstamo responsable”. La idea fue desincentivar que se entregasen préstamos que los consumidores no pudieran pagar, lo que llevaría a un incumplimiento más o menos cierto del deudor y a una eventual liquidación de sus bienes en favor del acreedor. Se tuvo

⁴⁹ “Por lo general, la expresión «préstamo responsable» se asocia con las medidas arbitradas para prevenir el sobreendeudamiento y fomentar las buenas prácticas en la concesión de crédito” ARROYO (2018) p. 66.

ron en especial consideración algunos escándalos financieros de la época, en que prestamistas tuvieron a la vista incentivos perversos para prestar dinero a quienes sabían insolventes⁵⁰.

Para ello, la nueva normativa impuso al acreedor el deber de realizar una evaluación de riesgo “sobre la base de información suficiente obtenida a través de medios oficiales”, a partir de los cuales se realizaría una predicción de la carga financiera del deudor y de su probabilidad de cumplir con la obligación. La legislación exige, asimismo, informar al deudor del resultado del análisis, sea que se apruebe o rechace la solicitud. Por último, se sanciona el incumplimiento de este deber con una multa que asciende hasta las mil quinientas unidades tributarias mensuales.

A continuación, algunos pasajes de la historia fidedigna de la Ley n.º 21398, que dan cuenta del enfoque del debate y del esfuerzo por compatibilizar el préstamo responsable con el acceso al crédito:

“El Honorable Senador señor Harboe reflexionó, desde una perspectiva general, sobre que el crédito fue durante muchos años un motor de desarrollo en nuestro país, más allá del juicio de valor que se pueda hacer. Al punto, graficó, que probablemente todavía resulta más sencillo conseguir un crédito que una hora al médico en el servicio público. No obstante, el problema es que el ideal teórico de que a quien presta dinero le conviene que le paguen, se ha visto superado por una estructura que consiente el incentivo, perverso, de otorgar crédito a quien se sabe que no puede pagar, con el objeto de hacerse de sus bienes”⁵¹.

Haciendo el contrapunto, el senador Rodrigo Galilea afirmaba:

“Se trata, consignó, de un tema sensible, que debe ser abordado de un modo que, a la larga, no genere impactos sobre el común de las personas naturales, a las que el acceso al crédito les resulta beneficioso. O sea, se explayó, debe haber atención en no caer en un rigor excesivo. Porque de hacerlo, por ejemplo, ninguna institución de crédito podría entregar dinero o dar opciones de repactación de deuda a personas que estén en Dicom, porque estas ya están objetivamente en situación de incumplimiento de pago”⁵².

b) Rol de la información positiva en el préstamo responsable

Se reitera que la información positiva se relaciona directamente con el principio del préstamo responsable, ya que, por un lado, permite construir un historial

⁵⁰ Historia de la Ley n.º 21398 (2021) pp. 348-350.

⁵¹ *Op. cit.* p. 349.

⁵² *Ibid.*

positivo que facilita el acceso al crédito de buenos deudores; por otro, también permite evitar el sobreendeudamiento, entregando información sobre posibles deudas pendientes no morosas del solicitante de un nuevo préstamo.

Profundizando sobre la información que tendría que alimentar las evaluaciones que ordena el artículo 17 N, se defendió en la discusión legislativa la urgencia por contar con sistemas de información positiva que permitieran realizar estas evaluaciones de manera precisa y objetiva. A modo de ejemplo, el senador Felipe Harboe destacó:

“Chile no cuenta con un sistema consolidado de deudas, por lo que las diversas fuentes de información a las que se puede acudir (la CMF, el Banco Central, empresas privadas como DICOM o SINACOFI), no permiten garantizar un adecuado grado de completitud”⁵³

y que:

“nuestro país debiera analizar la posibilidad de contar con un informe de datos comerciales (o DICOM) positivo, y con otro negativo, que dé cuenta tanto de los cumplimientos como de los incumplimientos. Tener solo uno negativo, como ocurre en Chile, es, además de excepcional en el mundo, tremendamente injusto, e impide a los oferentes formarse una visión completa del potencial cliente”⁵⁴.

No obstante, la falta de un sistema consolidado de deudas, se destacó en la discusión que se encontraba permitido considerar información positiva y negativa en los predictores y evaluaciones de riesgo, obligando a comunicar al deudor sobre la información que se tuvo a la vista. Más aún, de contarse con una fuente legal que permitiera acceder o contar con información positiva objetiva, esta tendría que ser considerada –necesariamente– a riesgo de incumplir la norma.

Esta interpretación es coherente con el llamado “principio pro consumidor” del artículo 2 ter de la misma ley, que dispone:

“Las normas contenidas en esta ley se interpretarán siempre en favor de los consumidores, de acuerdo con el principio pro consumidor, y, de manera complementaria, según las reglas contenidas en el párrafo Ley N° 19.955 4° del Título Preliminar del Código Civil”.

En esta línea, el subdirector de la División de Consumo Financiero de SERNAC, Andrés Pavón, señaló:

⁵³ Historia de la Ley n.º 21398 (2021) p. 348.

⁵⁴ *Op. cit.* p. 350.

“El segundo punto relevante a destacar es la lógica de evaluación de riesgo. Lo que se plantea es que para las operaciones de créditos de dinero los proveedores deberán analizar la solvencia económica del consumidor. Se agrega un elemento que es de suyo en las operaciones de crédito. Siempre debe estar en las operaciones las evaluaciones del riesgo, y las instituciones financieras tienen comités de riesgos para determinar el ‘score’ de riesgo de una persona, y, según eso, asignarle la tasa o denegarle el crédito. Recalcó que lo interesante de esta propuesta, la cual fue presentada por el Presidente de la Comisión de Economía, es que agrega un elemento nuevo, cual es informarle al consumidor el resultado de esa evaluación. En un escenario ideal, donde exista información de deuda consolidada; donde se pueda hacer rápidamente entrega de información positiva y negativa, esto podría ser más fácil. En un escenario donde existe esa brecha, corresponde a los proveedores hacer esa evaluación, pero en particular que esa evaluación se entregue al consumidor y éste podrá contrastar las razones por las cuales se le deniega el crédito o se le entrega. De esta forma no se prohíbe el crédito, sino que se dota de información clara, positiva o negativa, que tuvo el proveedor para acceder o rechazar la solicitud de crédito. Esto es un avance”⁵⁵.

Profundizando sobre el punto:

“el señor Otero manifestó que concuerda con lo que se ha señalado, en particular respecto de relación a la información positiva. Es importantísimo avanzar en tal sentido. [...] Es importante contar con toda la información disponible, no solamente desde todas las bases y todos los proveedores de información, sino que, también, contener información positiva que permita levantar un mejor perfil de todos los consumidores, para que aquellos que tengan un mejor comportamiento se ven privilegiados. [...] En relación a la legislación española, indicó que no establece prohibiciones de otorgamiento de crédito, sino que impone deberes de análisis de riesgo crediticio y de compartirlos con el consumidor al momento de solicitar el crédito. Chile debería ir en esa línea, con la finalidad de evitar afectar injustamente a quien no debiera. Son las instituciones las más indicadas para determinar eso en su propia capacidad. Son ellas las que deben hacer el análisis correspondiente”⁵⁶.

Como se aprecia de la discusión, la utilización de información positiva no solo no se encuentra proscrita por la norma, sino que de manera explícita

⁵⁵ Historia de la Ley n° 21398 (2021) p. 352.

⁵⁶ *Op. cit.* pp. 352-353.

se buscó que esta sea considerada. ¿Cuál era la limitación? La falta de un sistema consolidado de deudas que permitiera consultarla fácilmente. Con todo, de contarse con una fuente lícita que justifique el tratamiento de información positiva, esta tendría que ser considerada.

c) Medios oficiales de información suficiente

En relación con esto, también se regulan las fuentes de “información suficiente” sobre la base de las cuales se deben realizar las evaluaciones de riesgo. El artículo 17 N prescribe que la información debe provenir de “medios oficiales”. ¿Cuáles son los medios oficiales?

La discusión legislativa no entró en gran detalle sobre cuáles son los medios oficiales que pueden ser considerados en una evaluación de riesgo. En cambio, se encomendó a la potestad reglamentaria la complementación de la norma, debiendo definir esta el significado de “medios oficiales”, así como la forma y las condiciones que se deberán guardar para dar cumplimiento a la obligación de evaluar e informar al cliente (artículo 17 N, inciso tercero).

En cualquier caso, debe considerarse que en la discusión del concepto de “medios oficiales”, el senador Felipe Harboe—promotor de la frase—ya anunciaba que las evaluaciones debían basarse sobre “‘medios oficiales’, como lo son, por ejemplo, los de la Comisión para el Mercado Financiero u otros”⁵⁷.

Por último, cualquiera sea la fuente en cuestión, debe descartarse la consideración de cualquier condición que no sea objetiva, sea para aprobar o para rechazar el crédito, de conformidad con el artículo 3.º, inciso segundo, letra a) de la Ley Pro Consumidor⁵⁸.

6. Disposiciones reglamentarias: *evaluaciones de riesgo crediticio deben considerar múltiples factores objetivos*

Existen diversos cuerpos normativos que profundizan sobre las fuentes de información que deben tenerse a la vista por los acreedores para evaluar el riesgo y solvencia del solicitante de un crédito.

⁵⁷ Historia de la Ley n.º 21398 (2021) p. 404.

⁵⁸ “Son derechos del consumidor de productos o servicios financieros: a) Recibir la información del costo total del producto o servicio, lo que comprende conocer la carga anual equivalente a que se refiere el artículo 17G, y ser informado por escrito de las razones del rechazo a la contratación del servicio financiero, las que deberán fundarse en condiciones objetivas”.

a) Reglamento del artículo 17 N
de la Ley Pro Consumidor

En directa relación con el tema en cuestión está el reglamento recientemente dictado por el Ejecutivo para precisar el contenido del artículo 17 N, antes analizado. Se trata del decreto n.º 53 de 2022 del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, que entrará en vigor en mayo de 2024. En relación con el deber de evaluar la solvencia económica del solicitante del préstamo en virtud de información disponible en medios oficiales, el artículo 2.º n.º 4 del decreto define los “medios oficiales de información”. Estos son:

“aquellos que aporten al proveedor información para un adecuado análisis de solvencia económica, en conformidad a lo establecido en la ley N° 19.496 y el presente reglamento”,

entre los cuales enumera la nómina de deudores de la CMF, el BIC,

“y cualquier otra información recolectada en conformidad con la ley N° 19.628, sobre protección de la vida privada, la ley N° 20.575, que establece el principio de finalidad en el tratamiento de datos personales, y la demás normativa aplicable”.

Siguiendo este criterio, la información objetiva que aporte el propio titular de los datos, o respecto a la cual este autorice su uso o aquella que fue obtenida de manera legítima con ese fin, debe considerarse información “oficial” que puede ser utilizada en las evaluaciones de riesgo.

El inciso segundo del artículo 3.º especifica:

“El análisis de solvencia económica deberá evaluar, a lo menos [...] el nivel de endeudamiento y morosidad del consumidor en operaciones de crédito de dinero”.

En otras palabras, se mandata la consideración de información positiva para el análisis de riesgo.

b) Otros reglamentos para evaluaciones
de crédito

También existen otros tres reglamentos en vigor que regulan qué se entiende por “condiciones objetivas”. Al respecto, el artículo 20 de los decretos n.ºs 42, 43 y 44 de 2012 del Ministerio de Economía contienen listados de antecedentes “objetivos” para fundar las razones del rechazo a la contratación de créditos hipotecarios, de consumo y de tarjetas de crédito bancarias y no bancarias, respectivamente. Entre las docenas de condiciones objetivas contempladas para el rechazo del préstamo, se encuentran antecedentes sobre morosidades o protestos, pero

también otros propios de información de deuda positiva. Así, algunos de los antecedentes enumerados son:

- a) “Excesiva carga financiera o de endeudamiento del Consumidor determinada en la política de riesgos del Proveedor”;
- b) “Incumplimiento de los parámetros objetivos de endeudamiento determinados en la política de riesgos del Proveedor”;
- c) “Relación de endeudamiento excesiva en relación con el patrimonio y los ingresos mensuales del Consumidor determinada en la política de riesgos del Proveedor o en la normativa aplicable a los créditos hipotecarios”;

entre otros.

En conclusión, la normativa reglamentaria no circunscribe las evaluaciones de riesgo solo a información negativa sobre protestos y morosidades. Esta información es considerada, pero solo como uno de los múltiples factores para la evaluación (incluidos información positiva e información de deuda proveniente de la CMF).

7. Proyecto de reforma a la Ley n.º 19628, Boletín n.º 11.144-07 (Proyecto)

Por último, se encuentra en tramitación en el Senado, en su tercer trámite constitucional, un proyecto de reforma a la Ley n.º 19628, sobre protección de la vida privada. De aprobarse el texto en los términos actuales, se sustituiría por completo el artículo 9.º, derogándose la prohibición del inciso tercero que pareciera limitar los predictores y evaluaciones de riesgo únicamente a información negativa.

En cambio, el proyecto incorpora nuevas normas que regulan y limitan de manera general –no solo en el ámbito financiero– la toma de decisiones automatizadas. Por ejemplo, se dispone el derecho de oposición del titular de los datos frente a decisiones individuales automatizadas, incluida la elaboración de perfiles (artículo 8.º bis); también se contempla el deber de informar al titular sobre la existencia de decisiones automatizadas (artículo 14 ter), lo que implica la comunicación de información significativa sobre la lógica aplicada, así como las consecuencias previstas de dicho tratamiento para el titular; asimismo, se prescribe una “elaboración de impacto de protección de datos personales” cuando sea probable que un tipo de tratamiento, por su naturaleza, alcance, contexto, tecnología utilizada o fines, pueda producir un alto riesgo para los derechos de los titulares de los datos personales (artículo 15 ter).

REFLEXIONES FINALES A MODO DE CONCLUSIÓN

- i. Las evaluaciones de riesgo en el país se han estructurado históricamente sobre la base de información negativa (incumplimientos), ignorando o dejando de lado la relevancia de poder registrar y comunicar la información positiva (buen comportamiento de pago de las personas). El decreto supremo n.° 950, que creó el *Boletín de Informaciones Comerciales* (BIC), mediante un sistema de reporte obligatorio de información negativa (protestos y morosidades), es del año 1928, cuando era aún impensable la factibilidad técnica y la utilidad práctica de registrar el buen comportamiento de pago de las personas. La Ley n.° 19628, que contiene las normas que regulan el tratamiento de datos personales, incluyendo los datos personales financieros (título III), fue promulgada el año 1999, cuando la penetración del internet aún era incipiente y la tecnología mucho más limitada. Por su parte, la Ley n.° 20521, que introdujo un nuevo inciso tercero en el artículo 9.° de la Ley n.° 19628, con el aparente objetivo de prohibir la utilización de toda información que no verse sobre morosidades y protestos en evaluaciones de riesgo y predictores de riesgo, es del año 2011. En ese entonces, aún no se había aprobado la Ley n.° 20575, sobre finalidad de los datos personales financieros, y la conciencia sobre la necesidad de contar con mayor información positiva era escasa, y la utilización de modelos de decisión automatizada era reducida.
- ii. Décadas después, las citadas leyes se encuentran todavía vigentes, pero existe un creciente entendimiento sobre la necesidad de contar con mayor información positiva. La Ley Pro Consumidor el año 2021 y la Ley Fintec el año 2022 dan cuenta de ello, aunque todavía es necesario profundizar en ello. El proyecto de ley de reforma a la Ley n.° 19628 (*Boletín* n.° 11.144-07) avanza de manera contundente hacia la protección de los derechos de las personas, facilitando el ejercicio de derechos claves, aumentando la fiscalización y las sanciones, e innovando con nuevas causales de licitud para el tratamiento de datos. Junto con ello, se imponen nuevas limitaciones a las tomas de decisiones automatizadas y se elimina el controversial inciso tercero del artículo 9.° de la actual ley. Con todo, el mismo proyecto de ley mantiene intacto el título III de la ley, que regula el tratamiento de datos personales financieros. Así, se estaría dejando pasar una invaluable oportunidad de instaurar un sistema de información que incorpore y facilite el flujo de información sobre el buen comportamiento de pago de las personas, equiparando la disponibilidad de información positiva con la negativa. Tratándose del proyecto de ley que crea un

- registro de deuda consolidada (*Boletín* n.º 14.743-03), y sin perjuicio de que diseña una nueva y contundente fuente de información positiva, es innegable que trae aparejadas restrictivas limitantes a su uso. Además, de ser aprobados, ambos proyectos tomarán años en entrar en vigencia. Todo lo anterior da para sacar algunas conclusiones.
- iii. La primera reflexión con respecto a los proyectos de ley en curso es que sería deseable que se aprovechen las instancias de discusión legislativa para que, más allá de la implementación de un valioso registro de información de deuda de carácter estatal, se facilitara la comunicación privada de información sobre el buen comportamiento de pago de las personas. Es importante que el flujo de información comercial en mano de entidades privadas no se limite solo a información sobre incumplimientos, sino que, también, pueda incluir información positiva. Es preferible que este sea más íntegro y menos sesgado, reflejando de manera más fiel la historia de crédito de las personas.
 - iv. Una segunda reflexión con respecto a las iniciativas legislativas en curso es que estas tardarán tiempo. La economía no se puede paralizar a la espera de que se dicte la nueva legislación y normativa. Esto reivindica la relevancia de la normativa actual en materia de evaluaciones de riesgo comercial y de la importancia de utilizar las opciones disponibles en materia de tratamiento de información positiva.
 - v. Este trabajo analiza la normativa actual en materia de evaluaciones de riesgo e información positiva, así como la historia fidedigna de su establecimiento y su evolución. Para ello distingue dos ámbitos distintos: las fuentes de información crediticia y la regulación del uso de esa información. De ahí, se extraen algunas conclusiones al respecto.
 - vi. El sistema financiero chileno es muy respetable en el ámbito internacional. Las instituciones bancarias tienen hace años acceso a información positiva de las personas, pues reciben de la Comisión para el Mercado Financiero (CMF), de conformidad al artículo 14 de la Ley General de Bancos, un informe consolidado con información de deuda de sus clientes, lo que facilita la toma de decisiones responsables y otorga mayor estabilidad al sistema en su conjunto. Sin embargo, dicha fuente de información positiva se encuentra limitada a determinadas entidades financieras fiscalizadas por el ente administrativo. Fuera del sistema bancario, durante muchos años el sistema de crédito en Chile se estructuró sobre la lógica de la información negativa. La Ley n.º 20521, que incorporó el inciso tercero del artículo 9.º de la Ley n.º 19628 es un ejemplo perfecto de esta lógica. El tenor literal de la norma prohíbe en las evaluaciones de riesgo comercial y en la

- elaboración de predictores de riesgo la utilización de cualquier información que no sea objetiva y de carácter negativa (morosidades y protestos). Aun cuando la historia fidedigna de la ley es clara en cuanto a que el objetivo del precepto citado era evitar situaciones de abuso en que se utilizaran factores no objetivos –y no prohibir la utilización de información positiva–, en cualquier caso, la Ley n.º 20521 daba cuenta de una cierta desconexión hacia la existencia e importancia de la información positiva.
- vii. Solo con la aprobación de la Ley Pro Consumidor pareció haber un verdadero cambio de paradigma hacia la relevancia de la información positiva. Aunque esta solo ordena evaluar la solvencia de los solicitantes de préstamos considerando información suficiente, no hay dudas de que ese mandato supone la utilización de información positiva que se encuentre disponible. Así se extrae indiscutiblemente de la historia fidedigna de la ley y de los reglamentos que rigen el otorgamiento de préstamos hipotecarios, de consumo y de tarjetas de crédito y del reglamento del citado artículo 17 N.
- viii. Luego, con la aprobación de la Ley Fintec se regula la prestación de servicios financieros basados en tecnología, dentro de los cuales se encuentra la prestación de servicios de asesoría respecto a la capacidad y probabilidad de pago de terceros para efectos de la obtención de financiamiento. No solo estos servicios se desempeñan dentro del ámbito de las evaluaciones de riesgo crediticio, sino que les es inherente la utilización de tecnologías para la predicción de los riesgos. Es decir, se elaboran modelos de riesgo para la toma de decisiones automatizadas. Al respecto, la ley exige que estos modelos y servicios cumplan con estándares de idoneidad, lo que implica que las recomendaciones deben ser acordes al perfil de la persona, a partir de antecedentes objetivos que tomen en cuenta sus necesidades.
- ix. ¿Se debe entender que en el año 2023 la legislación proscribe la utilización de información positiva? ¿Quiso el legislador inhibir a los prestamistas de la utilización de información que pueda beneficiar el acceso al crédito? ¿Es posible afirmar que las nuevas empresas fintec no podrán utilizar información sobre el buen comportamiento de pago de las personas en sus predictores de riesgo? Este trabajo sostiene que no. De no encontrarse tácitamente derogado por la normativa posterior, el inciso tercero del artículo 9.º de la Ley n.º 19628 debe interpretarse de conformidad a su espíritu, manifestado de manera nítida en los fundamentos históricos que motivaron su establecimiento. El legislador del año 2011 buscó la proscripción de la utilización de factores que no sean objetivos en las evaluaciones de ries-

go, no la prohibición de utilizar información positiva. Con ello queda claro que, siempre que sea utilizada para evaluar el riesgo comercial, el legislador no impone restricciones extraordinarias a la utilización de información positiva, más allá de las que se impone al uso de otra información (e.g. objetividad, veracidad, exactitud, provenir de fuentes oficiales, etcétera).

- x. Las limitantes de la información positiva en la normativa actual no provienen de restricciones a su utilización, sino de la falta misma de información. Lo que faltan son más y mejores fuentes de información positiva. El marco normativo actual sí permite la creación de bases de datos positivas, pero se exige el consentimiento del titular (por aplicación de las reglas generales), lo que ha probado dificultar la creación de nuevas bases de datos positivas. La implementación del sistema de finanzas abiertas de la Ley n.º 21521 puede resultar revolucionaria, pero queda tiempo para ver si el requisito del consentimiento previo, explícito y temporal para consultar la información (artículo 23), constituye o no una exigencia demasiado rígida para el flujo expedito de la información positiva. A la espera de la implementación del sistema de finanzas abiertas y de la discusión, aprobación y entrada en vigencia de nuevas leyes en la materia, la elaboración de bases de datos de información positiva sobre la base del consentimiento de la persona surge como la mejor y única alternativa disponible.

BIBLIOGRAFÍA

- ARROYO, ESTHER (2018): "La política de préstamo responsable en la Unión Europea. En particular, la valoración del mérito crediticio", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil* núm. 149 / enero-marzo 2018, pp. 65-94. Disponible en <https://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/154521/1/675571.pdf> [fecha de consulta: 6 de octubre de 2023].
- BOZZO, Sebastián (2020): "Sobrendeudamiento, sistemas de información crediticia y la protección de los datos personales del consumidor en Chile", *Revista de Derecho* (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso) vol. 55: pp. 99-130.
- CUENA, Matilde (2017): "Intercambio de información positiva de solvencia y funcionamiento del mercado de crédito", *Revista para el Análisis del Derecho* (InDret, Barcelona) 3/2017. Disponible en <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1323.pdf> [fecha de consulta: 6 de octubre de 2023].
- MAS BADIA, María Dolores (2018): "Los sistemas de información crediticia y la protección de datos personales: un reglamento europeo y una Ley Orgánica concebida

- y no nacida”, *Actualidad Civil* n.º 5. Disponible en www.uv.es/seminaridret/sesiones2018/hipotecas/MasBadia.pdf [fecha de consulta: 6 de octubre de 2023].
- TURNER, Michael (2010): *The Consequences of Prohibiting Credit Inquiry Data in Chilean Credit Files: PERC White Paper*. Disponible en www.perc.net/wp-content/uploads/2013/09/Chile-White-Paper_web.pdf [fecha de consulta: 6 de octubre de 2023].
- VIAL, Joaquín (2021): “Análisis sobre PdL que modifica la ley N°19.628, sobre protección de la vida privada, para prohibir que se comuniquen las obligaciones de carácter económico, financiero, bancario o comercial, mientras esté vigente el estado de excepción constitucional de catástrofe”. Disponible en www.bcentral.cl/documents/33528/133214/Banco+Central+PdL+Info+Comercial_final.pdf/e8a39ace-ff7f-490c-d6bb-63b535e86fb3?t=1626703737040 [fecha de consulta: 6 de octubre de 2023].

Otros documentos

- BANCO MUNDIAL (2011): *General Principles for Credit Reporting*. Disponible en <https://documents1.worldbank.org/curated/en/662161468147557554/pdf/70193-2014-CR-General-Principles-Web-Ready.pdf> [fecha de consulta: 6 de octubre de 2023].
- COMISIÓN PARA EL MERCADO FINANCIERO (2022): *Informe anual de la Comisión para el Mercado Financiero respecto de su gestión durante el año 2021*. Disponible en www.cmfchile.cl/portal/estadisticas/617/articles-51090_doc_pdf.pdf [fecha de consulta: 6 de octubre de 2023].
- CORPORACIÓN FINANCIERA INTERNACIONAL (2006): *Sistemas de información crediticia. Guía informativa*. Disponible en https://documents1.worldbank.org/curated/en/122091468177562819/pdf/388570WP0SPANI1JA_N0110200601PUBLIC1.pdf [fecha de consulta: 6 de octubre de 2023].
- VIAL, Joaquín (2021): *Análisis sobre PdL que modifica la ley N°19.628, sobre protección de la vida privada, para prohibir que se comuniquen las obligaciones de carácter económico, financiero, bancario o comercial, mientras esté vigente el estado de excepción constitucional de catástrofe*. Disponible en www.bcentral.cl/documents/33528/133214/Banco+Central+PdL+Info+Comercial_final.pdf/e8a39ace-ff7f-490c-d6bb-63b535e86fb3?t=1626703737040 [fecha de consulta: 6 de octubre de 2023].

Normas

- Boletín* n.º 7.886-03: Proyecto de ley que regula el tratamiento de la información sobre obligaciones de carácter financiero o crediticio.
- Boletín* n.º 11.144-07: Regula la protección y el tratamiento de los datos personales y crea la Agencia de Protección de Datos Personales.

Boletín n.º 14.743-03: Proyecto de ley que crea un registro de deuda consolidada, Primer informe de Comisión de Economía del Senado.

Capítulo 18-5 de la Recopilación actualizada de normas: información sobre deudores de las instituciones financieras (2022), resolución n.º 4779 de la Comisión para el Mercado Financiero, 29 de julio de 2022.

Código Civil

Decreto 950 (1928), decreto supremo n.º 950 del Ministerio de Hacienda, 28 de marzo de 1928.

Decreto con fuerza de ley n.º 3 (1997), que fija texto refundido, sistematizado y coordinado de la Ley General de Bancos y de otros cuerpos legales que se indican, 19 de diciembre de 1997.

Decreto con fuerza de ley n.º 3 (2021), que fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley n.º 19496, que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores, 31 de mayo de 2021.

Historia de la Ley n.º 20521 (2011). Disponible en www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4577/ [fecha de consulta: 6 de octubre de 2023].

Historia de la Ley n.º 20575 (2012), que establece el principio de finalidad en el tratamiento de datos personales, 17 de febrero de 2012. Disponible en www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4533/ [fecha de consulta: 6 de octubre de 2023].

Historia de la Ley n.º 21398 (2021). Disponible en www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/7946/ [fecha de consulta 6 de octubre de 2023].

Ley n.º 19628 (1999) sobre protección de la vida privada, 28 de agosto de 1999.

Ley n.º 20521 (2011) modifica la Ley N° 19.628, sobre protección de datos de carácter personal para garantizar que la información entregada a través de predictores de riesgo sea exacta, actualizada y veraz, 23 de julio de 2011.

Ley n.º 21398 (2021), que establece medidas para incentivar la protección de los derechos de los consumidores, de 24 de diciembre de 2021.

Ley n.º 21521 (2023), que promueve la competencia e inclusión financiera a través de la innovación y tecnología en la prestación de servicios financieros, Ley Fintec, de 4 de enero de 2023.

Ordena publicar en el *Boletín Comercial* los cheques protestados por falta de fondos o girados contra cuenta corriente cerrada (1945) decreto supremo n.º 1971 del Ministerio de Hacienda, 13 de abril de 1945.

Ordena publicar en el *Boletín Comercial* una sección especial destinada a aclarar los protestos de cheques publicados (1946) decreto supremo n.º 4368 del Ministerio de Hacienda, 17 de diciembre de 1946.

Reglamento sobre análisis de solvencia económica e información a los consumidores (2023), decreto n.º 53 del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, de 3 de abril de 2023.

Reglamento sobre información al consumidor de créditos hipotecarios (2012), decreto n.º 42 del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, de 13 de julio de 2012.

Reglamento sobre información al consumidor de créditos de consumo (2012), decreto n.º 43 del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, de 13 de julio de 2012.

Reglamento sobre información al consumidor de tarjetas de crédito bancarias y no bancarias (2012), decreto n.º 44 del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, de 13 de julio de 2012.

Jurisprudencia

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA (2015) rol NC n.º 429-15, Servicios Equifax Chile Limitada, resolución de 8 de julio de 2015.

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (2011) rol protección n.º 3937-2010, Espinoza López con Equifax Dicom, sentencia de 31 de enero de 2011.