

Legal |

Análisis Jurídico | Contratos y responsabilidad | Artículo 1 de 1

Luces y sombras de la portabilidad financiera

"...Son muchas las cuestiones de interés, puesto que la portabilidad financiera envuelve aspectos de derecho civil, de consumo, bancario y registral, y donde las realidades de los clientes son muy distintas (...) Desde 2017 se discute una profunda reforma a la institucionalidad sobre protección de datos personales, que debe ser un complemento necesario de esta y otras iniciativas. Sin embargo, no ha tenido avance..."

Jueves, 10 de septiembre de 2020 a las 17:55



A⁻ A⁺ Imprimir Enviar

Jaime Alcalde

El 8 de septiembre entró en vigor la [Ley 21.236 sobre portabilidad financiera](#) (LPF) y el [Reglamento que la desarrolla](#) (RPF). Ella depara un desafío para la banca en medio de una crisis económica que favorece el refinanciamiento, sobre todo porque exige aunar la rapidez con la evaluación de riesgo del crédito que se concede. [Economía y Negocios](#) reportaba cómo los bancos se preparan con ofertas de créditos hipotecarios a mayor plazo y menores tasas, productos especializados para determinados sectores, una creciente presencia tecnológica para responder a las altas expectativas y, por cierto, nuevos planes para fidelizar a sus clientes.

No se trata de un proceso novedoso dentro del contexto internacional, pues varios países han agilizado los procesos para que un cliente pueda refinanciar sus productos con un mismo proveedor o cambiarse a otro (por ejemplo, México, Italia, España, Australia, Reino Unido, Estados Unidos y Nueva Zelanda). Sin embargo, las estadísticas comparadas muestran que la tendencia es a que el cliente permanezca con el mismo proveedor, modificando la tasa de interés o el plazo del crédito.

El modelo chileno de portabilidad financiera ofrece un mecanismo destinado a facilitar que las personas y las Pymes cambien de un proveedor de servicios financieros a otro, o de un producto o servicio financiero vigente a otro nuevo contratado con el mismo proveedor (art. 1 LPF). Esta posibilidad es un derecho irrenunciable para el cliente, siendo nula cualquier estipulación en contrario (artículo 2 LPF). Su ámbito material es amplio, pues comprende "las operaciones de crédito de dinero, las cuentas corrientes bancarias o cuentas vistas, las tarjetas de pago, sus respectivas líneas de crédito asociadas, y aquellos productos o servicios que se otorguen en forma masiva y estandarizada mediante contratos de adhesión y por los cuales los proveedores tienen derecho a cobrar una comisión, siempre y cuando no correspondan a productos o servicios de ahorro o inversión" (art. 47 RPF). La portabilidad financiera puede conllevar o no subrogación, dependiendo de si se conservan o extinguen las garantías reales que aseguran los productos que el cliente tiene contratados (art. 4 LPF). Ella puede operar también bajo ambas modalidades para

distintos productos o servicios financieros, e incluso englobar a distintos proveedores.

Dicha subrogación es de carácter especial, dado que el nuevo crédito sustituye al antiguo de la manera y con las consecuencias que la propia ley señala (art. 3, núm. 13 LPF). El alcance de esta especialidad ha dado lugar a una temprana discusión. [Juan Luis Goldenberg](#) postula que la portabilidad financiera excluye la aplicación supletoria del Código Civil, sin importar que este contemple un caso de subrogación personal basado en un refinanciamiento apalancado (art. 1610, núm. 6º). Esto se refrenda en el art. 35 RPF, que señala que "los efectos de la subrogación especial [...] son exclusivamente aquellos señalados en el Título III de la Ley y en este Reglamento". De lo contrario, el art. 2, núm. 13 LPF contendría un confuso caso de "subrogación real", donde son los nuevos créditos (y no los acreedores) los que pasarían a ocupar el lugar de los antes garantizados, haciendo imposible la aplicación del Código Civil por tratarse de una figura distinta al "pago con subrogación". Por el contrario, [Hernán Corral](#) opina que "algo puede hacerse para reconducir estos casos de subrogación a la regulación del [...] Código Civil, de manera de poder aplicar subsidiariamente sus normas para interpretar o integrar los vacíos" del régimen de la portabilidad financiera. Su argumento reside en la coincidencia entre la subrogación especial y el "pago por subrogación" del Código Civil, lo que quedaría en evidencia, no con la definición de subrogación especial, sino con aquella del proceso de portabilidad con subrogación (art. 4, letra b) LPF).

Son muchas las cuestiones de interés, puesto que la portabilidad financiera envuelve aspectos de derecho civil, de consumo, bancario y registral, y donde las realidades de los clientes son muy distintas entre sí. Algunos de esos temas fueron discutidos en [el conversatorio organizado por la Fundación Fernando Fueyo](#) poco después de la promulgación de la ley. Otros han ido apareciendo en algunas columnas de opinión, como el [olvido de las empresas de innovación financiera \(Fintech\)](#) o [los desafíos que presenta la ley respecto de la protección de datos personales](#), que el art. 50 RPF no logra subsanar porque remite a una disciplina ya superada por la realidad del tráfico digital. De hecho, desde 2017 se discute una profunda reforma a la institucionalidad sobre protección de datos personales ([Boletín núm. 11144-07 refundido con el núm. 11092-07](#)), que debe ser un complemento necesario de esta y otras iniciativas. Sin embargo, ella no ha tenido avance en el último tiempo.

Un aspecto interesante es el relacionado con el cambio de titularidad de las garantías reales, que procede incluso si hay cláusula de garantía general (art. 18 LPF y 36 RPF). La subrogación especial opera por el solo ministerio de la ley y aun contra la voluntad del proveedor inicial cuando se cumplen tres condiciones copulativas: (i) que se celebre un contrato de crédito entre el cliente y un nuevo proveedor; (ii) que ese contrato señale de manera expresa que tiene por objeto el pago y la subrogación de un crédito anterior, el cual se individualiza, y (iii) que el nuevo acreedor pague, en nombre y representación del cliente, el costo total de prepago de dicho crédito inicial (arts. 14 LPF y 33 RPF).

En otras palabras, el cambio de acreedor está asociado a dos negocios jurídicos: el nuevo contrato de crédito que celebra el cliente con el nuevo proveedor y el pago que este último hace al proveedor inicial. Dicho contrato se ha de otorgar por escrito y cumplir con las solemnidades exigidas por la garantía que asegura el crédito que se extingue por el pago (art. 16 LPF). Esto significa que se debe extender por escritura pública si hay una hipoteca (art. 2409 CC), o de esa manera o en un instrumento privado con las firmas autorizadas ante notario, si existe una prenda sin desplazamiento (art. 2º LPSD). Cuando están comprometidos dos o más clientes, la subrogación solo opera respecto de aquellos que concurren, personalmente o representados, a la totalidad del nuevo crédito (art. 41 RPF). De esto se sigue que el mandato otorgado por el cliente al nuevo proveedor al aceptar su oferta de portabilidad queda fuera de

este esquema, porque su objetivo es poner término a los productos y servicios financieros especificados y realizar los pagos, comunicaciones y requerimientos que correspondan respecto del proveedor inicial (arts. 8 LPF y 19 RPF).

La subrogación implica que la garantía constituida a favor del proveedor inicial pasa a beneficiar al nuevo proveedor desde que se produce el pago, sin importar la constancia registral de dicha operación (arts. 14 LPF y 35 RPF). Con ese pago se comienzan a devengar también los intereses del nuevo crédito (art. 21 LPF). La "inscripción modificatoria" en el registro respectivo constituye solo un requisito de publicidad y de oponibilidad a terceros, y no reviste el carácter de una solemnidad exigida para la validez de la portabilidad o de la subrogación de las garantías (arts. 19 LPF y 39 RPF). Esta naturaleza tiene importancia por dos razones. Primero, porque guarda correspondencia con el art. 89 RRCBR, que establece que si la subinscripción requiere una variación proveniente de un título nuevo, el Conservador debe practicar una nueva inscripción con una nota de referencia en la inscripción que se modifica. Segundo, porque despeja la discusión sobre el efecto que el art. 1612 CC atribuye al traspaso de las prendas e hipotecas cuando hay subrogación personal. Con todo, la inscripción original no se cancela merced a aquella que se practica a favor del nuevo proveedor: ella subsiste porque funda el rango del nuevo acreedor (arts. 2477 CC y 16 LPSD). Esto implica que el nuevo proveedor se convierte en titular de una garantía que asegura ahora el cumplimiento de las obligaciones contraídas por el contrato de crédito, cuya titularidad y términos debe reflejar la nueva inscripción (arts. 81 RRCBR y 9º RRPSD), pero aprovechándose de la antigüedad que tenía aquella a favor del proveedor inicial.

Cuando se trata de garantías específicas, el régimen de portabilidad financiera protege a los demás acreedores del cliente cuando el nuevo crédito implique condiciones más gravosas para él (por ejemplo, un aumento de tasa, modificación de plazos o una mayor cuantía del crédito). Ellas son inoponibles para los acreedores hipotecarios o prendarios de grado posterior existentes con anterioridad al proceso de portabilidad y también al tercero constituyente de esas garantías, a menos que hayan dado su consentimiento con las mismas formalidades del contrato de crédito y observando la autorización requerida, si se trata de un bien familiar (arts. 18 LPF y 37 RPF).

El acceso al registro se produce con la presentación de una copia del contrato de crédito y el comprobante de pago (arts. 19 LPF y 39 RPF). Para ese fin, el proveedor inicial debe emitir dos certificados de pago, uno general y otro para inscripción (art. 43 RPF), pudiendo insertarse este último en la escritura pública donde conste la modificación de la hipoteca para facilitar el trámite (arts. 410 COT y 40 RPF). Respecto del pago, se puede plantear un problema temporal. Este se ha de realizar dentro de los seis días siguientes a la celebración del nuevo contrato de crédito y durante la vigencia del certificado de liquidación (art. 15 LPF) y ser notificado el mismo día en que se efectúa según la forma de comunicación señalada en dicho certificado (art. 42 RPF). Una vez recibido, el proveedor inicial debe remitir al nuevo proveedor los certificados de pago en el plazo de tres días hábiles bancarios (art. 43 RPF). El hecho de que el pago deba ser notificado y se emita el certificado elimina las consecuencias de procesos de portabilidad financiera paralelos, dado que será ese pago el que producirá la subrogación y sin el certificado resulta imposible acceder al registro. Si dos nuevos proveedores pagaran por un mismo cliente, la situación no afectaría a este último y solo daría lugar a restituciones internas entre los proveedores.

Un aspecto relacionado es el de los costos notariales y registrales. El 7 de febrero de este año el Ministerio de Justicia promulgó [los DS 200 y 201](#), que modificaron el arancel de Conservadores y Notarios (DS 588 y 587, de 1998). El objetivo de esos decretos era reducir en 50% el cobro de los aranceles en las

operaciones de refinanciamiento hipotecario, adelantándose así a la portabilidad financiera. Una rebaja más amplia había sido establecida ya para las operaciones gravadas con el impuesto de timbres y estampillas (Ley 19.747) y los créditos con garantía hipotecaria no gravados con ese impuesto (Ley 19.840). Los DS 200 y 201 se aplican en primer lugar porque alteran la base de cobro del arancel. Las otras rebajas comparecen enseguida, cuando corresponda (Ley 20.130), sobre el arancel ya rebajado en 50%, de manera que el cobro final es solo el 25% de aquel que correspondería cobrar en abstracto. Respecto del recargo, los arts. 20 LPF y 46 RPF permiten cobrarlo cuando el capital del nuevo crédito sea superior al "capital inicial del crédito inicial". Esto significa que por la diferencia entre los dos créditos se cobra 25% en el tramo entre 1 y 3.000 UF (Ley 19.747) y sobre 3.000 UF la totalidad (DS 200 y 201), o bien solo el 25% en cualquier caso (Ley 19.840).

En el Mensaje del Código Civil, Andrés Bello recordaba que ninguna obra perfecta ha salido hasta ahora del ser humano. El régimen de portabilidad financiera tiene también defectos, pero viene a resolver un deseo de mayor rapidez en las transacciones que es compartido por proveedores y clientes. Como la eficacia de las leyes se juzga por su aplicación, lo que suceda a partir de esta semana permitirá efectuar un juicio más razonado.

EL MERCURIO

Términos y condiciones de la Información © 2002 El Mercurio Online