

EL CONCURSO DEL CONSUMIDOR

Autor: Emmanuel Hernán Vera

Resumen:

La importancia de tratar el remedio concursal desde otra óptica es de suma importancia, ya que los vientos venideros traerán consigo una catarata de concursos – de los maestros, los bomberos, los policías, etc.-, y también pedidos de propias quiebras, que producirán el abarrotamiento de los tribunales del país. Se impone en consecuencia dar un trámite sumario a estas cuestiones y hasta preveer una etapa pre-judicial que busque conciliar los intereses encontrados.

1. Introducción

Cómo se llega a la “*democratización del crédito*”¹ y cómo este fenómeno afecta al consumidor es una cuestión que analizaremos en estas palabras introductorias. Además de tratar de encontrar respuestas satisfactorias a esta cuestión social, que afecta miles de individuos y familias enteras, se buscará dilucidar también sus consecuencias.

Un análisis pormenorizado de la evolución de la economía política excede con creces el ámbito destinado a este trabajo. Si bien ello es así, para situarnos en tiempo y espacio, debemos pensar en los años comprendidos entre la Primera y la Segunda guerra mundial. Con el Crack del '29 se vislumbró, sin lugar a dudas, el fracaso del Estado capitalista regido bajo el principio del *laissez-faire, laissez-passe*, según el cual el Estado debía dejar hacer al sector privado, sin ningún tipo de regulación o control. La exigencia de un nuevo papel de Estado no se hizo esperar y con ella cobraron gran auge las ideas Keynesianas que consideraban que “*el mercado tiene fallas sólo superables a través de una vigilancia y control continuo a cargo de las autoridades –estatales-económicas*”². Nace así el Estado benefactor que propugna redistribuir los recursos entre las partes de la población, recaudando impuestos, tasas y contribuciones de los que pueden pagarlo y usando el dinero para los que lo necesitan. Los objetivos que busco fueron reducir la pobreza, promover la estabilidad social y la integración social, lograr una igualdad de oportunidades, entre otros.

La contención social encontró su punto de apoyo en la idea Keynesiana de pleno empleo, basada en aumentos de salarios sostenidos con el fin de aumentar la demanda agregada y con ello evitar el estancamiento de la economía.

¹ Denominación utilizada por Anchaval, Hugo Alberto, en “*El nuevo sujeto concursal*”, **Publicado en:** Sup. CyQ 2010 (diciembre), 01/12/2010, 1 - LA LEY2010-F, 1079. **Cita Online:** AR/DOC/7282/2010. Pág. 1. El agregado es mío.

² Mabel N. Giménez, “*Principios de la economía*”; Editorial de la Universidad Nacional del Sur –Serie Docencia-. Pág. 57.

Encontrar el punto de inflexión a partir del cual comenzó a declinar el modelo de Estado benefactor es una cuestión muy discutida. Sin embargo podemos afirmar sin temor a equivocarnos que *“el cambio económico más importante desde la Segunda Guerra Mundial ha sido el proceso de globalización; el mismo se profundizó, durante la década de los ochenta, como consecuencia de la reestructuración capitalista derivada de la revolución Informática (...), y de la generalización de las políticas de reformas económicas materializadas en la apertura comercial y desregulación de los mercados financieros y de servicios”*³. Aquí podemos observar una primera ruptura del Estado benefactor que implicó la eliminación, al menos en parte, de la estructura de protección social, para desembocar en una nueva liberación del individuo. Nace el Estado Neoliberal y con él la globalización financiera con la acumulación de grandes excedentes líquidos, la liberalización generalizada de los controles de capital y el impacto de la revolución tecnológica, Informática y comunicacional que logra que los fondos circulen en su forma más abstracta, sin papel, en tiempo real y durante las 24 horas.

Si bien los mercados de capitales abarcan una amplia gama de activos financieros, nos interesa sobremanera los préstamos bancarios donde los movimientos de fondos tienen en común el hecho de representarse en operaciones de carácter especulativo respecto de las tasas de interés con las que negocian. Una sociedad de consumo se vislumbra y por ello se ha podido decir que: *“la desaparición del Estado de bienestar, y la renuncia consciente del mismo a espacios que le eran indiscutiblemente propios, tales como educación y salud, obligó a los consumidores a recurrir al crédito, sino directamente para financiar estos costos, sí para financiar otros...”*⁴.

2. Establecimiento de la sociedad de consumo

En las líneas introductorias de este trabajo sosteníamos que la democratización del crédito fue una de las principales consecuencias de la gestación de la presente sociedad de consumo y ella fue contemporánea con el quebrantamiento del Estado benefactor. Si bien puede sostenerse que los años '70 u '80 se corresponden con dicho quebrantamiento, en rigor su gestación venía desarrollándose desde años anteriores y su reconocimiento, sin lugar a dudas, tiene como fecha exacta el discurso hecho por el Presidente de los Estados Unidos, John F. Kennedy, al Congreso, realizado el 15 de Marzo del año 1962⁵. En los que nos interesa allí se reconoció a los consumidores como el más amplio grupo en la economía, afectado y siendo afectado por casi todas las decisiones económicas públicas o privadas. Allí también se sostuvo que dos tercios de todos los gastos en la economía son realizados por los consumidores y que son el único grupo importante de la economía que no está organizado efectivamente y cuyos puntos de vista, con frecuencia, no son atendidos. En este sentido puede decirse que como parte integrante de un sistema más amplio, el derecho de los consumidores no puede soslayar,

³ Mabel N. Giménez, *“Principios de la economía”*; Editorial de la Universidad Nacional del Sur –Serie Docencia-. Pág. 255.

⁴ Anchaval, Hugo Alberto, *“El nuevo sujeto concursal”*, **Publicado en:** Sup. CyQ 2010 (diciembre), 01/12/2010, 1 - LA LEY2010-F, 1079. **Cita Online:** AR/DOC/7282/2010. Pág. 1

⁵ John F. Kennedy: *“Special Message to the Congress on Protecting the Consumer Interest”*, March 15, 1962. Online by Gerhard Peters and John T. Woolley, The American Presidency Project. <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=9108>. Spanish translation by Julio Eduardo Caro.

a temor de caer en interpretaciones vacías, un tratamiento armónico con el ordenamiento jurídico en su conjunto.

Por otra parte el discurso pone de manifiesto que antes de la Segunda Guerra Mundial un supermercado típico disponía de alrededor de 1500 diferentes conceptos de alimentos, pero hoy existen más de 6000. Por ello la influencia de la tecnología fue determinante para la gestación de esta sociedad.

También se pone de manifiesto que si al consumidor no le es posible elegir en base a una información, su dinero se desperdicia, su seguridad se ve amenazada y el interés nacional es afectado. Ello en más o en menos es consecuencia de la comercialización, en gran medida, impersonal. Esto tiene como consecuencia la incertidumbre de no saber el consumidor cuánto paga por la financiación de sus productos.

Por último, y más importante desarrollo, el discurso propone un fortalecimiento de los programas en vigencia. En ese sentido reconoce que la mayor inversión que muchos consumidores realizan en su vida entera es una vivienda⁶. Por ello se busca reducir los costos de financiación ya sea reduciendo las tasas de interés y otros gastos hipotecarios. Se busca en consecuencia la transparencia en la financiación. Se reconoce que las deudas pendientes de los consumidores, incluidos los créditos hipotecarios, se han casi triplicado en la última década y ahora totalizan holgadamente doscientos mil millones de dólares. Su disponibilidad generalizada ha dado a los consumidores más flexibilidad en la oportunidad en la cual realizar sus gastos. Pero, en muchas instancias han tenido lugar serios abusos. Se enfatiza en la necesidad de proteger a los consumidores contra las tasas de interés cobradas y multas, mucho más altas de lo que parece, sin ningún conocimiento cabal por parte de los tomadores del crédito de los verdaderos montos que les son cobrados. En fin se concluye que el uso excesivo del crédito surgido de la ignorancia de su costo real es dañino tanto para la estabilidad de la economía como para el bienestar de todos. Una legislación bienaventurada debe legislar para exigir a los comercializadores de créditos y productos que expongan de antemano a los usuarios las tasas y costos reales que deberán pagar por el crédito.

3. La democratización del crédito

Como consecuencia de la actividad cíclica de las crisis económicas, y su progreso inevitable, una de las respuestas surgidas fueron las teorías keynesianas de aumento de la demanda agregada. Con ella los diversos gobiernos en todo el mundo incitaron potencialmente el consumo con el fin de hacer crecer sus economías, y por ende el bienestar de su población. Ello trajo aparejado un incremento del crédito, ya que no hay consumo sin éste.

⁶ Recuérdese que “El sobreendeudamiento del consumidor se ha convertido en un tema central de la política jurídica entre los estados miembros de la Unión Europea en la última década. A principios de la década de 1990, los países europeos se vieron afectados por una profunda depresión económica (...) Además de los bajos ingresos de las familias, muchas familias de clase media se encontraron con graves problemas económicos (...) debido a las hipotecas sobre las viviendas, préstamos para pequeños negocios (...) y préstamos privados. En esta situación los gobiernos han estado bajo presión para (...) encontrar nuevas soluciones al problema. La Ley de Endeudamiento Excesivo (...) incluye un marco mas amplio de protección jurídica. Cita N° 18 en Anchaval, Hugo Alberto, en “*El nuevo sujeto concursal*”, **Publicado en:** Sup. CyQ 2010 (diciembre), 01/12/2010, 1 - LA LEY2010-F, 1079. **Cita Online:** AR/DOC/7282/2010.

En un principio las entidades bancarias y financieras buscaron expandir su mercado en la búsqueda de economías desarrolladas donde poder encontrar potenciales solicitantes de tarjetas de crédito y financiamiento en general. En igual sentido se buscó captar comerciantes que aceptaran sus tarjetas de crédito y la posibilidad de pago en cuotas por parte de los beneficiarios.

Si bien esto fue avanzando paulatinamente, lo que realmente transformó el mercado financiero fue la revolución tecnológica. En sus principios los operadores del sistema financiero asumieron una actitud conservadora del crédito. Ello se vislumbró porque los mercados aceptaban clientes considerados solventes; solvencia que se veía garantizada por los ingresos mensuales de los solicitantes del crédito, o bien por los ser propietarios de bienes inmuebles capaces de cubrir el préstamo solicitado. Este esquema conservador también se observó en que los créditos eran otorgados con una tasa de interés fija, lo que mantenía la rentabilidad pero no daba ganancias extraordinarias.

Lupica Lois R.⁷ considera que el cambio más importante de las reglas de juego se dio en el año 1978, cuando el Tribunal supremo decidió en “Marquette National Bank de Minneapolis v. First of Omaha Service Corp” eliminar los obstáculos al crecimiento de la industria del crédito del consumidor dando a los bancos la posibilidad de elevar las tasas de interés. Con este antecedente jurisprudencial internacional, se produce la multiplicación de créditos bancarios y financieros de alto costo, ya que trata de abarcar a un vasto sector de la población excluida del crédito formal. Nace en consecuencia el crédito subprime y el crédito predatorio. Puede sostenerse con Anchaval Hugo Alberto que “*una nueva sociedad se forma. La gente quiere adquirir bienes y para ello necesita crédito*”⁸.

Con esto se da origen a una pronta gestación desregulada del sistema financiero, con una acentuada intensificación de la competencia, que produce mayor acceso al crédito al consumo, muchas veces otorgado a sectores marginales sin la debida garantía para hacer frente al mismo. Se deja ver con toda notoriedad que se produce una “*vulnerabilidad financiera*”⁹ de los individuos que se comprometen excesivamente en este círculo vicioso. Lo sucedido no es una cuestión impensada, sino todo lo contrario, porque el hecho de refinanciar las deudas compromete el patrimonio del deudor sine die y es allí donde se producen las ganancias exorbitantes. Por ello, compartiendo las palabras de Warren Elizabeth, podemos decir que “*esto no es simplemente una cuestión de echar una red más amplia para nuevos clientes. Se trata de una búsqueda deliberada del prestatario que no puede pagar una factura de la tarjeta de crédito en su totalidad cada mes: uno que hará pagos mínimos mensuales a altas tasas de interés y, lo mejor de todo, que se perderá un pago de vez en cuando, prestando multas y recargos y tasas de interés de mora...*”¹⁰.

⁷ Lupica Lois R., “The Consumer Debt Crisis and the Reinforcement of Class Position” (April 7, 2009). Loyola University Chicago law Journal, Vol. 40, 2009, cita N° 9 hecha por: Anchaval, Hugo Alberto, en “*El nuevo sujeto concursal*”, **Publicado en:** Sup. CyQ 2010 (diciembre), 01/12/2010, 1 - LA LEY2010-F, 1079. **Cita Online:** AR/DOC/7282/2010.

⁸ Anchaval, Hugo Alberto, en “*El nuevo sujeto concursal*”, **Publicado en:** Sup. CyQ 2010 (diciembre), 01/12/2010, 1 - LA LEY2010-F, 1079. **Cita Online:** AR/DOC/7282/2010. Pág. 2.

⁹ Anchaval, Hugo Alberto, en “*El nuevo sujeto concursal*”, **Publicado en:** Sup. CyQ 2010 (diciembre), 01/12/2010, 1 - LA LEY2010-F, 1079. **Cita Online:** AR/DOC/7282/2010. Pág. 5.

¹⁰ Warren Elizabeth, “*Financial Collapse And Class Status: Who Goes Bankrupt*”, Osgood Hall Law Journal –Vol. 41, N° 1; 115. cita N° 27 hecha por: Anchaval, Hugo Alberto, en “*El nuevo sujeto*

Cómo contrarrestar este nuevo paradigma sufrido y evitar posibles abusos será una cuestión a dilucidar en los siguientes párrafos.

4. La teoría del valor: Orígenes¹¹

La descripción de la situación social de Grecia a lo largo del siglo IV tratará de hacernos llegar una visión más completa de lo descubierto por Aristóteles tanto en la “Política” como en la “Ética a Nicómano”, respecto de los bienes, y su valor de uso y cambio. Este descubrimiento fue de suma importancia ya que desde aquí comienza a erigirse la teoría del sistema financiero.

En breve síntesis puede sostenerse que la ruptura total de la Hélade¹² tiene como eje central a la Guerra del Peloponeso con la derrota absoluta de Atenas frente a Esparta. Pero lo cierto es que muchos años antes con las Guerras Médicas, donde fue victoriosa Atenas frente a Esparta, es aquella quien expande a toda Grecia una nueva forma de vida y una nueva educación, y con ello se da, en forma concomitante, una gran crisis económico-social que produce una gran escasez de alimentos en toda la *Polis* con la consecuente división social cada vez más evidenciada entre ricos y pobres. Así la *Polis* griega pierde toda su unidad, su identidad, o mejor dicho su “*carácter orgánico y funcional*”¹³. Luego la Guerra del Peloponeso arrimo consecuencias perjudiciales al pueblo griego las que, según Rostovtzeff¹⁴, pueden resumirse en una fuerte descendencia de la población no como consecuencia directa de las batallas sufridas, sino más bien por la incertidumbre de una sociedad que no se hallaba y que derivó en una restricción de la natalidad, un individualismo creciente, en fin, una preocupación por la prosperidad particular. Por otra parte el aumento de dinero, pero no de la producción, desequilibró la oferta y la demanda y provocó un encarecimiento de los precios.

En resumen, la “Política” de Aristóteles esta incursionada por esta situación, por ello no debe parecernos extraño que este brillante pensador se haya detenido en analizar, al menos tangencialmente, las funciones de los bienes.

Aristóteles diferencia la economía de la crematística, cuyas funciones son bien distintas. En efecto ésta se ocupa de la adquisición, mientras que aquélla de la utilización de los bienes. Este autor distingue dos clases de hombres: unos trabajan los productos de la

concurasal”, **Publicado en:** Sup. CyQ 2010 (diciembre), 01/12/2010, 1 - LA LEY2010-F, 1079. **Cita Online:** AR/DOC/7282/2010.

¹¹ En todo su desarrollo se tendrá en cuenta el libro Clásicos Políticos. Aristóteles “Política”. Edición bilingüe y traducción por Julián Marías y María Araujo. Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1951. Libro 1, capítulo 8 a 11.

¹² La misma puede ser definida como una “*serie de creencias y usos comunes: los dioses, los juegos, la lengua, la superioridad griega...*”. En clásicos Políticos. Aristóteles “Política”. Edición bilingüe y traducción por Julián Marías y María Araujo. Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1951, Introducción, Pág. VII.

¹³ Clásicos Políticos. Aristóteles “Política”. Edición bilingüe y traducción por Julián Marías y María Araujo. Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1951, Introducción, Pág. XII.

¹⁴ Autor citado por Julián Marías y María Araujo, en Clásicos Políticos. Aristóteles “Política”. Edición bilingüe y traducción por Julián Marías y María Araujo. Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1951, Introducción, Pág. XII.

naturaleza, como el pastoreo, la agricultura, la pesca y la caza, y sostiene que esta facultad adquisitiva ha sido dada por la naturaleza a todos los animales. Este arte adquisitivo procura obtener los recursos almacenables necesarios para la vida y útiles para la comunidad civil o doméstica. Su adquisición no es ilimitada.; Otros trabajan los productos a partir del comercio y del cambio, y aquí parece no haber límite alguno a la riqueza y la propiedad. Por otra parte este arte adquisitivo no es natural, sino más bien producto de la experiencia y la técnica. Esto recibe el nombre de crematística.

Aristóteles comienza su análisis sosteniendo que todo objeto puede ser analizado de dos maneras: una utilización es adecuada al objeto y la otra no, así la utilización de una sandalia como calzado, utiliza la misma conforme a la utilización que le es propia; en cambio el que cambia la sandalia al que la necesita por dinero o por alimentos, no utiliza la misma en la función que le es propia, pues la sandalia no se ha hecho para cambiarla. Como esta facultad es propia de todos los productos puede decirse que en un principio tuvo origen natural, pero ella debía ser limitada a lo suficiente. En las sociedades domésticas es tipo de cambio servía para completar la suficiencia natural, por ejemplo el cambio de vino por trigo. Pero cuando las sociedades fueron haciéndose más grandes se dependió más del exterior para importar lo necesario y exportar lo que se tenía en abundancia. Con ese fin fue creado el dinero porque se hizo difícil transportar los productos naturalmente necesarios. Con ella nace el comercio al por menor –segunda forma de crematística-, y es la que nos va a interesar a los fines del presente trabajo. Esta segunda forma de crematística tiene más que ver con la adquisición ilimitada de dinero, es comercial y producto de la técnica y la experiencia; a diferencia de aquella forma de crematística limitada a la administración doméstica y la obtención de riquezas naturales en forma suficiente, es decir, limitada. Aristóteles vio que en la segunda forma de crematística no hay techo para la adquisición de riquezas, pues todos lo que trafican aumentan su caudal indefinidamente porque su fin mismo es el propio aumento.

Ahora bien, este autor sostiene terminantemente que de estas dos formas de crematísticas una es necesaria y laudable (la de la economía doméstica), y la otra censurada (la del comercio al por menor) pues no es natural y a costa de otros. También sostiene que con *“más razón se aborrecerá la usura, porque en ella la ganancia se obtiene del mismo dinero y no de aquello para lo cual se inventó, pues el dinero se hizo para el cambio, y en la usura el interés por sí solo produce más dinero. Por eso se llama en griego tokos, pues lo engendrado (tiktómena) es de la misma naturaleza que sus generadores, y el interés viene a ser dinero del dinero; de suerte que de todas las clases de tráfico éste es el más antinatural”*¹⁵.

Como puede observarse la generación de dinero a partir del dinero, además de su origen antinatural, fue condenada desde antiguo por el hecho de ser producido a costa de otros. Con esta línea de pensamiento entraremos a analizar cómo está regulado el contrato de tarjeta de crédito y los préstamos bancarios en general, para luego ver sus posibles resquicios por donde pueden adentrarse los principios de la ley de defensa del consumidor.

¹⁵ Clásicos Políticos. Aristóteles “Política”. Edición bilingüe y traducción por Julián Marías y María Araujo. Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1951, Libro I, capítulo 10. Pág. 20.

5. Supuesto de la ley 25.065¹⁶ y del préstamo en general

El contrato de tarjeta de crédito supone un haz de derechos que surgen de una relación trilateral conformada sobre la base de la celebración de dos contratos: entre la emisora con la persona a quien se le entrega la tarjeta de crédito, y entre la emisora y el comerciante.

Para llegar al contrato se necesita la firma por parte del cliente de una solicitud de tarjeta (lo que constituye una propuesta) que necesita la ulterior conformidad de la destinataria (la emisora). En razón de esto el usuario se compromete a pagar al emisor la cantidad que resulte de los gastos hechos según una regulación periódica.

Por otro lado la emisora contrata con el comercio de tal modo que este acepte la tarjeta presentada por el titular, para lo cual la emisora se obliga a pagar a ese establecimiento el importe consumido, previa deducción de una comisión.

Este es un contrato de negociación masiva¹⁷, ya que para su funcionamiento se necesita de un número mínimo de usuarios y de comercios que adhieran al régimen. Además de esto es un contrato de adhesión con cláusulas predispuestas por la empresa emisora, lo cual impone una pauta interpretativa favorable al adherente, y contraria al predisponente.

En lo que nos interesa, el Art. 16 de la ley 25.065 establece que el límite de los intereses compensatorios o financieros que el emisor aplique al titular no podrá superar más del 25% a la tasa que el emisor aplique a las operaciones de préstamos personales en moneda corriente para clientes. A su vez sostiene, en el Art. 16, que el límite de los intereses punitivos que el titular aplique al titular no podrá superar en más del 50% a la efectivamente aplicada por la institución financiera o bancaria emisora en concepto de interés compensatorio o financiero. También contiene la prohibición de capitalizar los intereses punitivos.

En fin el Art. 21 sostiene que procederán los intereses punitivos cuando no se abone el pago mínimo del resumen y sobre el monto exigible. Pero no procederá la aplicación de los mismos, si se efectúan los pagos mínimos indicados en el resumen en la fecha correspondiente.

El perjuicio sufrido por la entidad emisora ante el incumplimiento del titular de la tarjeta, es cuantificado a través de los intereses punitivos. Sostenemos, y en esto estamos en un todo de acuerdo, que la prohibición de capitalizar estos intereses es loable desde que se duplicarían sin causa los rubros indemnizatorios¹⁸.

¹⁶ En este análisis se ha seguido, en gran parte, a Juan Manuel Farina, “*Contratos comerciales modernos*”, 1era Edición, Editorial Astrea, 1993. Pág. 570 y ss.

¹⁷ Enseña Lupica Lois R., que las redes bancarias nacionales ayudadas por los avances tecnológicos, hicieron surgir un periodo de auge... así el primer envío por correo de la solicitud de tarjeta de crédito dio por resultado millones de nuevos clientes... Ver Lupica Lois R., “The Consumer Debt Crisis and the Reinforcement of Class Position” (April 7, 2009). Loyola University Chicago law Journal, Vol. 40, 2009. Cita N° 9 de Anchaval, Hugo Alberto, en “*El nuevo sujeto concursal*”, **Publicado en:** Sup. CyQ 2010 (diciembre), 01/12/2010, 1 - LA LEY 2010-F, 1079. **Cita Online:** AR/DOC/7282/2010.

¹⁸ Así se ha sostenido que no es admisible que la empresa emisora acumule los intereses punitivos con los intereses a la tasa bancaria previstos en el contrato de emisión de la tarjeta de crédito, puesto que ambos revisten la calidad de sancionatorios ante la falta de pago de la liquidación a su vencimiento. Incom, Sala D, 31/8/88, JA, 1989-I-676.

Respecto de los intereses compensatorios o financieros se sostiene que tienen la función de “compensar” la pérdida por quien no pudo incorporar el rendimiento de dichos intereses al circuito financiero. “*Pero esta explicación económica desconoce que la compensación se determina a partir de los intereses moratorios que cuantifican anticipadamente el perjuicio sufrido por el acreedor*”¹⁹. Esta explicación puede verse como netamente aplicable en sentido de que el incumplimiento del deudor genera un perjuicio, el cual debe ser saldado. Pero como la ley omite toda referencia sobre si es admisible la capitalización de los intereses compensatorios, la respuesta a ella, un vez formulada, debería ser negativa ya que agrava la situación patrimonial del deudor produciendo un crecimiento exponencial de la deuda original. En definitiva el deudor estaría cargando con intereses sobre un capital que nunca recibió (conf. Art. 23 ley 25.065 inc. ñ).

Pero la financiación de créditos para el consumo no se ciñe únicamente a la expedición de tarjetas de créditos, sino también al otorgamiento de préstamos para el consumo, a veces a sola firma y sin un análisis crediticio efectuado correctamente (crédito predatorio). Aquí no solo son oferentes las entidades bancarias que dominan el mercado formal del crédito, sino que vienen a participar todas las entidades financieras informales, cuyo boom se produjo en la década el '90.

En la generalidad de los casos la capitalización de intereses esta prohibida, salvo que este expresamente pactado como lo determina el Art. 623 de Cod. Civ. Hay una gran confusión en la doctrina ya que muchas veces aplican, para regular los contratos de mutuos efectuados por las entidades bancarias, el Título 7 del Cod. de Com. cuyo Art. 569 prevé que, en el mutuo mercantil, los intereses vencidos pueden capitalizarse y producir intereses a partir de la demanda judicial, con tal de que sean adeudados por un periodo no inferior al año. Pero para que ello sea de aplicación el préstamo debe ser entre comerciantes o al menos el deudor debe serlo (Art. 558). Como es sabido en la gran mayoría de créditos otorgados al consumo el deudor no posee esta calidad y con mayor razón debe condenarse esta práctica.

¿Que sucede en la realidad? La práctica usuraria puede darse de varias formas, pero dos van a ser las analizadas a continuación: A) la primera sucede cuando una persona incurre en mora por falta de pago total o parcial al vencimiento de los montos que surgen de las cuotas impagas. La determinación del monto total adeudado será comprensivo del capital pendiente de pago más los intereses compensatorios devengados a la tasa vigente para cada periodo, los cargos, comisiones, gastos e intereses punitivos previstos, más las costas judiciales o extrajudiciales en las que el Banco se viera obligado a incurrir para la recuperación de su crédito. El resumen de cuenta acredita el saldo adeudado.

Reclamada judicialmente una liquidación de este tipo y ante la resistencia del deudor, se permite capitalizar intereses según el Art. 623 Cod. Civ. Pero el abuso no se encuentra en este precepto, sino en la forma de practicar la liquidación que realizan las entidades financieras. Muchas veces el monto total adeudado se calcula sobre el total de la deuda y no sobre el capital pendiente de pago, o a veces no se consigna de modo claro la tasa de interés efectiva anual, o el total de los intereses a pagar o el costo financiero total. En consecuencia, de no resultar claro cuáles son los intereses que se aplicarán, en virtud de la tutela normativa que brinda la Ley de Defensa del Consumidor, de aplicación

¹⁹ Frisicale, María Laura, “Sobreendeudamiento del consumidor: Inconstitucionalidad de los pactos de anatocismo”, Publicado en: Sup. Act. 10/06/2014, 10/06/2014, 1. **Cita Online:** AR/DOC/1850/2014.

supletoria en la Tarjeta de Crédito, correspondería, si no tener por nulas las cláusulas que no sean claras, por lo menos dar la posibilidad al Juez de integrar debidamente el contrato.

B) la segunda posibilidad de abuso en perjuicio del consumidor, se da en el otorgamiento de préstamos personales, o préstamos de mutuo, redactados con cláusulas predispuestas donde “expresamente” se pacta la capitalización de intereses por el saldo debido. Pero aquí podemos preguntarnos si ¿es factible presumir que la persona física/consumidor quiera efectivamente prestar su consentimiento ante la redacción de una cláusula predispuesta con este alcance?²⁰. Obviamente la solución, una vez más, puede encontrarse en la Ley de Defensa del Consumidor y la posibilidad que otorga para combatir cláusulas contractuales de este tipo.

Es práctica común que los entes financieros obliguen, junto a la suscripción de la solicitud de la tarjeta de crédito o del contrato de mutuo, suscribir un pagaré sin protesto, donde se puede leer la siguiente leyenda: “la no cancelación a la fecha de vencimiento del presente pagaré, dará lugar a un interés moratorio a partir del vencimiento del 5% mensual con mas un interés punitorio a partir del vencimiento del 5%, ambos capitalizables mensualmente”. Con esto se evita preparar la vía ejecutiva, y por ende no se discute la causa de la obligación, ya que es un título que trae aparejada la ejecución. Lo único factible de revisión sería la acumulación del interés moratorio al punitorio ya que este último al ser considerado por la generalidad de la doctrina como una cláusula penal, esta multa o pena excluiría cualquier otra condenación. La capitalización una vez más se hace evidente.

Esta sociedad orientada a la concesión abusiva de créditos cuyos contratos contienen excesivas cláusulas sobre capitalización de intereses, dejan ver la indefensión en que se ven comprendidos los consumidores por la falta de herramientas paliativas a este respecto. Hoy por hoy la doctrina esta hablando de una solución que será tratada a continuación.

6. El concurso del consumidor

Como ut supra hemos puesto de manifiesto, el mutuo concertado casi nunca era de naturaleza mercantil. Así se entendió que al no ser la persona del deudor un comerciante, a ella le era inaplicable el remedio concursal. Pero bien se ha sostenido que “*en la Argentina, desde hace mucho tiempo, el instituto ha perdido su nota exclusivamente mercantil*”²¹. Así las cosas, y admitiendo la necesidad de adoptar instrumentos jurídicos adecuados para superar el endeudamiento descomunal de los consumidores, es que se proyectó la idea, previamente desarrollada en países del primer mundo²², de lograr el alivio financiero, de este basto sector de la población, a través de la aplicación de las reglas del concurso. Su íntima relación con la ley de defensa del

²⁰ Si bien existen instrumentos que brindan un límite a la fijación de las tasas de interés en las operaciones de crédito. En este sentido véase Comunicación “A” 3052 y Comunicación “A” 5460 del Banco Central de la República Argentina.

²¹ Vinti, Ángela M., “*El anacronismo del sistema concursal argentino frente al consumidor como sujeto insolvente*”. Publicado en: LLBA2014 (mayo), 355. Fallo comentado: Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Necochea ~ 2013-09-19 ~ C., J. A. s/ quiebra. Cita Online: AR/DOC/1525/2014.

Además la sanción de la ley 19.551 unifico las soluciones concursales para todo tipo de deudor.

²² Primeramente tuvo desarrollo en Estados Unidos con la sanción del Acta de Bancarrotas de 1978.

consumidor puede reconocerse en la prerrogativa del Art. 42 de la Constitución Nacional donde se propugna la protección de los mismos en sus intereses económicos. También es regulado por el Art. 36 de la ley 24.240.

Porqué consideramos ésta, una solución de justicia, es una cuestión a dilucidar en lo subsiguiente.

Siguiendo a Vinti Angela M.²³ las causas de sobreendeudamiento se pueden clasificar en: A) las vinculadas a factores de mercado y al consumo moderno en particular, o externas; y B) aquellas internas o ligadas a situaciones personales del deudor.

Las externas comprenden la existencia de incentivos excesivos al consumo, el recurso a créditos fáciles, así como la promoción de un determinado status de vida en la publicidad; la deficiente información en las reales condiciones de contratación; ausencia de planes gubernamentales de educación al consumidor; el desempleo y el deterioro de las condiciones laborales, entre otras.

En lo que respecta a las causales internas, ellas pueden encuadrarse en la adicción al consumo originadas en pautas publicitarias; el recurso excesivo a la tarjeta de crédito y las modalidades de crédito personal concedido por sociedades financieras con tipo de interés elevado; obtención de créditos en el mercado informal con interés usurario; gastos de salud y enfermedades, etcétera.

A nuestro modo de ver las cosas, ninguna de las causales pueden merecer mayor tutela que otras so pretexto de invertir los fundamentos tutelares de las leyes que rigen el caso. No se nos escapa que este nuevo paradigma sustentado pueda verse en crisis en los casos donde haya una intención defraudatoria del deudor, pero su dilucidación no se hará visible con claridad sino hasta después de abierto el remedio concursal. Es decir que la regla será la apertura del concurso del consumidor, para luego observar la conducta desarrollada que lo condujo a la situación de crisis. Lo fundamental es observar un endeudamiento progresivo a lo largo del tiempo y no intempestivo y brusco que haga presumir su mala fe.

Por otra parte un pilar más, que puede erigirse en el sostenimiento de este nuevo paradigma, es la creación de la teoría de la responsabilidad por concesión abusiva del crédito instituida con el fin de responsabilizar a los operadores financieros que sobreendeudan a individuos que no los pueden pagar²⁴. Lo cierto es que en la odisea del concurso del consumidor puede verse que hay bastante culpa de éste, pero es impulsado a esa situación por la sociedad en su conjunto, la cual cada vez esta más especializada en concebir generaciones de consumidores. Por ello sería una injusticia absoluta que la misma sociedad que incentiva el otorgamiento de créditos al consumo, aun para aquellos que no tienen posibilidad de generar una renta futura, luego los deje desprotegidos cuando la situación de marginalidad golpea sus puertas. En esta línea de pensamiento se ha podido decir que *“los dadores de crédito (...) no son ajenos al*

²³ Vinti, Ángela M., *“El anacronismo del sistema concursal argentino frente al consumidor como sujeto insolvente”*. Publicado en: LLBA2014 (mayo), 355. Fallo comentado: Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Necochea ~ 2013-09-19 ~ C., J. A. s/ quiebra. Cita Online: AR/DOC/1525/2014. Pág. 3.

²⁴ En este sentido véase Bohoslavsky, Juan Pablo, *“Créditos abusivos, sobreendeudamiento de Estados, empresas y consumidores”*. Comentario de Martorell, Ernesto E. Publicado en: LA LEY2010-B, 1333

Cita Online: AR/DOC/17/2010. Aquí el autor recomienda la lectura de esta tesis doctoral que es desarrollada con el fin de vislumbrar el sobreendeudamiento abusivo de los estados soberanos.

fenómeno. No hablamos de particulares. Hablamos en general de empresas que no pueden tomar decisiones sin medir las circunstancias de personas, tiempo y lugar (Art. 512, CCiv.) y cuyo cartabón de accionar se mide con mayor rigor que el habitual (Art. 902, CCiv.). En verdad, hablamos de empresas a las que no les importa la imposibilidad de cobro, porque esta asumido como riesgo del emprendimiento y cargando a todo el sistema de sujetos financiados en los precios de los créditos otorgados”²⁵.

Héctor Alegría²⁶ al analizar la posibilidad de incluir a las personas físicas-consumidores dentro del concurso, primeramente distingue, a modo enunciativo, distintas categorías. Así habla de A) los concursos en los que el patrimonio activo o pasivo es pequeño; B) los concursos sin activo; C) los concursos de personas físicas, que a su vez podrían comprender a: 1) personas con ingresos fijos generados por relación de dependencia o jubilación; 2) artesanos; 3) personas que se dedican a actividades de producción primarias (agricultores, ganaderos, etc.); 4) pequeños comerciantes. Esta clasificación deja bien en claro que el remedio concursal puede ser con activos o sin activos. El tema fundamental es que el concurso de la persona física que cuenta como único ingreso con un sueldo mensual ha sido infinidad de veces receptado por la jurisprudencia como un concurso sin activos y en razón de ello se justifico su rechazo. Lo cierto es que aquí, sí se cuenta con activos que, aunque reducidos, deben ser administrados de tal manera que permita al deudor vivir dignamente con su familia y pueda hacer frente a su vez, aunque escuetamente, a sus acreedores. De otro modo se justificaría nuevamente el endeudamiento eterno, y en razón de ello se ha podido sostener con sabiduría que *“dejar a un agente fuera del sistema económico no parece ser la mejor manera de lograr una rehabilitación”²⁷.*

Una mirada distinta del concurso ha de imponerse si observamos el mismo a través del prisma de la Ley de Defensa del Consumidor. En atención a que es una ley de orden público económico y que la misma impone que se tienda a la protección de la parte más débil de la relación jurídica (favor debilis), parecería concluirse que el marco regulatorio de los Art. 288 y 289 de la Ley de Concursos y Quiebras, en lo que respecta a este nuevo paradigma, ha quedado desactualizado. Piénsese que esta regulación fue dada para pequeños comerciantes y no para personas físicas.

Las soluciones propuestas para readecuar el sistemas concursal y que, a nuestro entender, deben tenerse en cuenta en la elaboración de futuras legislaciones serán tratadas en la conclusión del presente trabajo.

7. Conclusión

La importancia de tratar el remedio concursal desde otra óptica es de suma importancia, ya que los vientos venideros traerán consigo una catarata de concursos –de los maestros,

²⁵ Truffat E. Daniel, *“Sobre el potencial abuso en el pedido de propia quiebra para obtener la rehabilitación patrimonial”*, RDCO 2009-B-905. Citado por Vinti, Angela M., *“El anacronismo del sistema concursal argentino frente al consumidor como sujeto insolvente”*. Publicado en: LLBA2014 (mayo), 355. Fallo comentado: Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Necochea ~ 2013-09-19 ~ C., J. A. s/ quiebra. Cita Online: AR/DOC/1525/2014. Pág. 5.

²⁶ Alegría, Héctor, *Los llamados "pequeños concursos". Concurso de personas físicas, consumidores, patrimonios reducidos*. Publicado en: LA LEY2005-E, 1353. Cita Online: AR/DOC/2749/2005. Pág. 1.

²⁷ Anchaval, Hugo Alberto, en *“El nuevo sujeto concursal”*, **Publicado en:** Sup. CyQ 2010 (diciembre), 01/12/2010, 1 - LA LEY2010-F, 1079. **Cita Online:** AR/DOC/7282/2010. Pág. 4.

los bomberos, los policías, etc.-, y también pedidos de propias quiebras, que producirán el abarrotamiento de los tribunales del país. Se impone en consecuencia dar un trámite sumario a estas cuestiones y hasta preveer una etapa pre-judicial que busque conciliar los intereses encontrados.

Aída Kemelmajer de Carlucci sostiene que la etapa pre-judicial debería estar a cargo de expertos en economía que puedan proyectar soluciones posibles a los consumidores y su familia. Por ejemplo sería de buena técnica imputar los pagos primero al capital y luego a los intereses y reducir la tasa de interés pactada. Estos acuerdos deberían ser homologados por el Juez y deberían también obligar a los acreedores que hayan sido citados al proceso.

También se deberían establecer programas educativos a fin de mejorar la información y el asesoramiento sobre los riesgos que conllevan los créditos de consumo. Esto es muy importante porque la desinformación que rige este tema es la regla para lograr que un individuo caiga en sobreendeudamiento. En este sentido también será necesario prevenir sobre el empleo de pautas publicitarias abusivas o mensajes engañosos que se utilizan para incentivar el consumo.

Por otra parte la implantación de un procedimiento abreviado se impone cuando el pasivo no es de gran valor y en ese sentido se agilizaría la sustanciación y su tramitación, por ejemplo reduciendo los plazos a la mitad.

En lo que respecta a las facultades del Juez, que son las de mayor importancia a la hora de flexibilizar el procedimiento, éste debe, en caso de duda sobre la interpretación de una norma, hacer prevalecer aquella más favorable al consumidor concursado. En este sentido podrá anular e integrar los contratos de consumo cuando perciba una alteración en el sinalagma del mismo o se hayan alterado las contraprestaciones de las partes y ello sea perjudicial al consumidor (ello con fundamento en los Arts. 953, 954, 1071²⁸ y cc del CCiv.).

El CCiv sancionado en 2014, si bien acepta el anatocismo o capitalización de intereses, da una herramienta paliativa en el Art. 771 donde permite a los jueces facultativamente reducir los intereses cuando la tasa fijada o el resultado que provoque la capitalización de intereses excede, sin justificación y desproporcionadamente, el costo medio del dinero para deudores y operaciones similares en el lugar donde se contrajo la obligación. Si se acepta esta nueva visión el juez equilibrará la disparidad de armas con que cuentan los sujetos de la relación de consumo.

Por último si la etapa concursal fracasa, en razón de que el deudor nada puede pagar, entonces debe aceptarse el “fresh start” o nuevo comienzo a través de la etapa liquidativa de la quiebra. Si bien puede cuestionarse este reestablecimiento al año, la verdad es que debe reconocerse este derecho a una segunda chance, que comporta una visión más humanizada del derecho, reconociendo en consecuencia el derecho a equivocarse.

Como corolario transcribo una frase del Lord John Maynard Keynes, economista inglés, que en más o en menos describe estos nuevos tiempos e indirectamente nos indica dónde debemos apuntar a la hora de hacer soportar las cargas del financiamiento inescrupuloso:

²⁸ El fundamento dado desde la perspectiva del abuso del derecho puede verse en Ricardo Lorenzetti, “Nuevas fronteras del abuso del derecho”, LL, T. 1995-E, Sec. Doctrina. Pág. 593.

“Si yo te debo una libra, tengo un problema; pero si te debo un millón, el problema es tuyo”²⁹.

²⁹ Cita al capítulo 8 “prestamos con intereses sobre saldo”, en Guillermo López Dumrauf, *“Calculo financiero aplicado”*, Editorial La Ley, 2da edición actualizada y ampliada, 2006.