



Universidad de Morón

Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales

TESIS DOCTORAL

**“REGULACIÓN DEL ENDEUDAMIENTO Y SOBREENDEUDAMIENTO
DEL CONSUMIDOR EN LA REPÚBLICA ARGENTINA”**

**Que para acceder al título de Doctor en Ciencias Jurídicas presentó el
Doctorando Jorge Oscar Rossi**

Director de tesis: Dr. Mario Vivas

Morón, enero 2017



Universidad de Morón

Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales

TESIS DOCTORAL

**“REGULACIÓN DEL ENDEUDAMIENTO Y SOBREENDEUDAMIENTO
DEL CONSUMIDOR EN LA REPÚBLICA ARGENTINA”**

**Que para acceder al título de Doctor en Ciencias Jurídicas presentó el
Doctorando Jorge Oscar Rossi**

Coordinador Académico de la carrera: Dr. Justino Mario Bertotto

Director de tesis: Dr. Mario Vivas

INDICE

1. TEMA

2. INTRODUCCIÓN

2.1. Justificación de la presente investigación

2.2. Planteo del problema

2.3. Objetivos generales y específicos.

2.3.1. Objetivo general

2.3.2. Objetivos específicos

2.4. Hipótesis de trabajo.

2.5. Marco teórico de referencia

2.5.1. Elementos del Marco Teórico

2.6. Metodología empleada

2.7. Relevancia de la investigación

2.8. Contenido de la investigación

2.9. Principales técnicas de recolección e interpretación empleadas

CAPÍTULO I: CONCEPTOS Y PUESTA EN COMÚN

3. PROBLEMAS CONCEPTUALES

3. 1. Definición de consumidor en el Derecho Argentino

3.1.1. Introducción

3.1.2. Definición postulada

3.2. Derecho comparado

3.2.1. Latinoamérica:

3.2.1.1 Bolivia:

3.2.1.2 Brasil:

- 3.2.1.3 Chile:
- 3.2.1.4 Colombia:
- 3.2.1.5 Costa Rica
- 3.2.1.6 México:
- 3.2.1.7 Perú:
- 3.2.1.8 Uruguay:
- 3.2.1.9 Comparación
- 3.2.2. Europa
 - 3.2.2.1. La normativa de la Unión Europea y el concepto de consumidor:
 - 3.2.2.2. Alemania:
 - 3.2.2.3. España:
 - 3.2.2.4. Francia:
 - 3.2.2.5. Italia:
 - 3.2.2.6. Suecia:
 - 3.2.2.7 Comparación
- 3.3 Conclusión parcial (de puntos 3.1. a 3.2.2.7)
- 3.4. Consumidor y relación de consumo en la República Argentina
- 3.5. Relación de consumo y sociedad de consumo
 - 3.5.1 Conclusión parcial (de puntos 3.4 – 3.5)
- 3.6. La ideología del ahorro y la ideología del consumo
 - 3.6.1 Conclusión parcial (de punto 3.6.)

4. EL CONSUMIDOR Y EL SOBREENDEUDAMIENTO. ANTECEDENTES DOCTRINALES, PROYECTOS NORMATIVOS Y ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES

- 4. 1. Antecedentes doctrinales
 - 4. 1. 1. Introducción

4. 1. 2. Clasificación del estado de sobreendeudamiento

4. 1. 3. Estado de sobreendeudamiento del consumidor e inducción sistémica y específica al sobreendeudamiento del consumidor

4. 2. Proyectos normativos

4.2.1 Proyectos de ley en la República Argentina

4.2.1.1. Proyecto de ley, denominado de “Protección al deudor sobreendeudado”

4.2. 1.2. Proyecto denominado "Régimen de Sobreendeudamiento para Consumidores"

4.2.1.3. Proyecto de ley modificando la ley 24.522, en relación al régimen aplicable a los pequeños concursos y quiebras

4.2.1.4. Proyecto de ley, denominado de “Prevención del sobreendeudamiento personal y familiar”

4.2.1.5. Proyecto de ley, denominado de "Régimen de Sobreendeudamiento para Pequeños Deudores"

4.2.1.6. Comparación entre los proyectos analizados. Conclusión parcial

4. 3. Antecedentes jurisprudenciales en la República Argentina

4.3.1. “Fallo Rinaldi”

4.3.1.1. Los hechos

4.3.1.2. Decisión de Cámara

4.3.1.3. El fallo de la Corte Suprema

4.3.1.4. El voto de los ministros Lorenzetti y Zaffaroni

4.3.1.5. La cuestión del sobreendeudamiento

4.3.1.6. Cuestiones a destacar en el voto “Zaffaroni – Lorenzetti”

4.3.2. Fallo “Giudice”

4.3.3. Fallo "Santeiro"

4.3.3.1. Los hechos

4.3.3.2. Pedidos de quiebra y de conversión

4.3.3.3. Principales argumentos de la Alzada para denegar el pedido de conversión

4.3.4. Fallo "C.J.A."

4.3.4.1. Los hechos

4.3.4.2. Principales argumentos de la Alzada para aceptar el pedido de quiebra

4.3.5. Fallo "C., A. B"

4.3.6. Comparación entre los fallos analizados. Conclusión parcial

5. DEFINICIONES ACLARATORIAS PROPUESTAS

5.1. Consumidor

5.2. Estado de endeudamiento del consumidor

5.3. Tipos de endeudamiento

5.4. Tipos de acreedores:

5.5. Tipos de deudores:

5.6. Combinaciones posibles entre los tipos de proveedores – acreedores y de consumidores – deudores

5.7. Estado de Sobreendeudamiento

5.7.1. Repaso de algunas definiciones doctrinales y normativas

5.7.2. Definición de sobreendeudamiento propuesta

5.7.3. Definición de sobreendeudamiento activo propuesta

5.7.4. Definición de sobreendeudamiento pasivo propuesta

5.7.5. Definición de sobreendeudamiento de buena fe propuesta

5.7.6. Definición de sobreendeudamiento de mala fe propuesta

5.7.7. Definición de inducción sistémica al sobreendeudamiento propuesta

5.7.8. Definición de inducción específica al sobreendeudamiento propuesta

6. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO I

CAPÍTULO II: INTENTO DE SUBSUNCIÓN NORMATIVA Y TENSIONES IUSFUNDAMENTALES

7. INTENTO DE SUBSUNCIÓN NORMATIVA

- 7.1. Introducción y objetivos del Capítulo
- 7.2. Definiciones postuladas
- 7.3. Subsunción
- 7.4. Sistematización propuesta

8. NORMAS DE PREVENCIÓN DEL ENDEUDAMIENTO INJUSTIFICADO Y DEL SOBREENDEUDAMIENTO DEL CONSUMIDOR

- 8.1. Deber de prevención
 - 8.1.1. El principio de buena fe y el deber de prevención
 - 8.1.2. La acción preventiva
 - 8.1.3. La medida preventiva
 - 8.1.4. El deber de prevención en la "oferta de crédito a consumidores"
 - 8.1.5. Otras disposiciones en materia de publicidad
 - 8.1.6. La acción preventiva para obtener el cese de "publicidad ilícita"
 - 8.1.7. La oferta de créditos a tasas usurarias y la acción preventiva
 - 8.1.8. Conclusión parcial
- 8.2. Deber de información
 - 8.2.1. El deber de información en la Ley 25.065, de Tarjetas de Crédito
- 8.3. Derecho de retracto del consumidor - deudor
 - 8.3. 1.Revocación de la aceptación en la LDC y el CCC
- 8.4. Prohibición de propuestas al consumidor que generen débito automático
- 8.5. Inembargabilidad de ciertos bienes
- 8.6. Protección de la vivienda del deudor - persona humana
 - 8.6. 1. Régimen de "Protección de la vivienda"

8.6. 1.1. Nuestra opinión sobre los regímenes de protección locales

8.6. 1.2. Afectación del inmueble

8.6. 1.3. Principales diferencias con el régimen de la ley 14.394

8.6. 2. Régimen de “Protección de la vivienda familiar”

8.7. Irrenunciabilidad de derechos del consumidor

8.7. 1. Críticas a la regulación del régimen de irrenunciabilidad de derechos del consumidor

8.7. 1.1. Régimen especial de ejecución hipotecaria

8.7. 1.2. Carácter imperativo o supletorio del art. 765 CCC: Las obligaciones en moneda extranjera y el consumidor - deudor

8.7. 1.2.1. Obligaciones de dar sumas de dinero y obligaciones de dar moneda extranjera

8.7. 1.2.2. Obligaciones de dar moneda extranjera

8.7. 1.2.1.3. Ámbito material de aplicación del art. 765 CCC

8.7. 1.2.4. Carácter supletorio o de orden público del art. 765 CCC

8.7. 1.2.4. Jurisprudencia sobre el art. 765 CCC

8.7. 1.2.5. El art. 765 CCC y los contratos bancarios

8.8. Tope de tasas de interés en la ley 25.065, de tarjetas de crédito (LTC)

9. NORMAS DE RESOLUCIÓN DEL ENDEUDAMIENTO INJUSTIFICADO DEL CONSUMIDOR

9.1. Nulidad por existencia de vicio de lesión

9.1.1. El vicio de lesión, desde el Código de Vélez hasta el CCC

9.1.2. El Código Civil y el CCC

9.1.3. Conclusión parcial

9.2. Resolución o modificación por excesiva onerosidad sobreviniente

9.2.1. El Código derogado y el CCC

- 9.2.2. Conclusión parcial
- 9.3. Nulidad total o parcial por cláusulas abusivas
 - 9.3.1. Un inciso polémico
 - 9.3.2. Las cláusulas abusivas en la LDC
 - 9.3.2. 1. Cláusulas que desnaturalicen las obligaciones
 - 9.3.2. 2. Cláusulas que importen renunciaciones o restricciones de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte
 - 9.3.3. Nulidad de las “cláusulas imprevisibles”
 - 9.3.4. Cláusulas abusivas en las operaciones financieras para consumo y de crédito para el consumo.
 - 9.3.4.1. Introducción
 - 9.3.4.2. El art. 36 y sus conflictos interpretativos con las normas del CCC relativas a los contratos bancarios
 - 9.3.5. Normativa del Banco Central de la República Argentina, referida a cláusulas y prácticas abusivas
 - 9.3.6. Las cláusulas abusivas en la LTC
- 9.4. Las prácticas abusivas en los contratos de consumo
 - 9.4.1. El tema en el CCC
 - 9.4. 2. Las prácticas abusivas y el deber de trato digno en la LDC
- 9.5. Nulidad total o parcial por situación jurídica abusiva.
 - 9.5.1. Principio de buena fe, abuso del derecho y situación jurídica abusiva en el CCC
 - 9.5.2. Definición de situación jurídica abusiva en los contratos de consumo:
 - 9.5.3. La posible situación jurídica abusiva derivada de las operaciones “atadas” o vinculadas
 - 9.5.4. Los títulos de crédito y la noción de situación jurídica abusiva en el CCC
- 9.6. Abuso de posición dominante

10. NORMAS DE RESOLUCIÓN DEL SOBREENDEUDAMIENTO DEL CONSUMIDOR

10.1, Introducción

10.2. Requisitos para la apertura del pequeño concurso:

10.3. Aplicación del acuerdo preventivo extrajudicial (APE) al consumidor sobreendeudado

10. 4. Conclusiones parciales (de puntos 8.1. a 10.3.)

11. PRINCIPIOS IUSFUNDAMENTALES EN TENSION

11.1. Delimitación del tema: Supuesto, “Proveedor –acreedor de mala fe / Consumidor – deudor de buena fe”

11.2. Supuesto, “Proveedor –acreedor de buena fe / Consumidor – deudor de buena fe”

11.3. Dignidad personal y derecho de propiedad desde la perspectiva del deudor – consumidor. El derecho a ahorrar

11.4. El “contenido de la propiedad” en la Constitución Nacional y los tratados de jerarquía constitucional

11.5. Propiedad y patrimonio

11.6. La protección constitucional del derecho de propiedad del deudor

11.7. Sobreendeudamiento de consumidor y lesión a la dignidad personal

11.8. Conclusiones parciales (de puntos 11.1. a 11.7)

11.9. Intentos de solucionar la colisión de derechos fundamentales

11.10. Intento de solucionar la colisión de derechos fundamentales aplicando el modelo “especificacionista” de Juan José Moreso.

11. 11. Conclusiones parciales (de puntos 11.9. – 11.10)

12. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO II

13. CONCLUSIONES FINALES

14. BIBLIOGRAFÍA

15. NORMATIVA EXTRANJERA CONSULTADA

1. TEMA

Endeudamiento y sobreendeudamiento del consumidor en la sociedad de consumo actual en la República Argentina

1.1. ÁREA DE INVESTIGACIÓN

El área de investigación de la obra se incluye en el Derecho del Consumo

1.2. TEMA DE INVESTIGACIÓN

La Protección del débil negocial en casos de inducción al endeudamiento y sobreendeudamiento

1.3. TEMA ACOTADO

La investigación se dirigirá específicamente a analizar jurídicamente el endeudamiento y sobreendeudamiento del consumidor en la sociedad de consumo actual en la República Argentina

2. INTRODUCCIÓN

2.1. Justificación de la presente investigación

Algunas de las cuestiones que motivaron la presente tesis pueden sintetizarse en los siguientes párrafos:

* “¿Qué hay (en) las prácticas de consumo, qué hay en las subjetividades, qué hay en la estructura económica, qué hay en la cultura, qué hay en lo social, que vuelve tan soportable la condición de vivir endeudado?”¹

* “En su etapa presente de modernidad tardía -esta segunda modernidad, o posmodernidad-, la sociedad humana impone a sus miembros (otra vez, principalmente) la obligación de ser consumidores. La forma en que esta sociedad moldea a sus integrantes está regida, ante todo y en primer lugar, por la necesidad de desempeñar ese papel; la norma que les impone, la de tener capacidad y voluntad de consumir.”²

* "El consumo posmoderno, a diferencia del consumo moderno, es un consumo existencial. Es un consumo para "ser" que está asociado a la eternidad del instante de la cultura posmoderna. Tiene la naturaleza de los consumos adictivos. A semejanza del

¹ SANZANA Palacios, Alexis, “CONSUMO, ENDEUDAMIENTO Y VULNERABILIDAD A LA POBREZA Elementos subjetivos y socioculturales para su comprensión”. Universidad de Valparaíso, Chile. En http://www.desigualdades.cl/wp-content/uploads/2011/05/SANZANA_ALEXIS.pdf consultado el 04/12/14.

² BAUMAN, Zygmunt, *Trabajo, Consumismo y Nuevos Pobres*, Gedisa, 2000, p. 44. ISBN: 9788474327502

bulímico, el consumidor posmoderno no puede dejar de consumir, porque cada acto o percepción de consumo determina la necesidad de volver a consumir. En el consumidor adictivo, ya no juega la racionalidad consumo presente/consumo diferido, porque las preferencias que orientan su comportamiento se han modelado en la dictadura del presente característica de la posmodernidad."³

2.2. Planteo del problema

Indudablemente, los temas anteriormente enunciados pueden abordarse desde distintos ángulos como ser, por ejemplo, el sociológico, el psicológico, el económico, el filosófico y el jurídico, que es aquel del que se ocupa esta investigación.

Desde el Derecho, estas cuestiones se pretenden estudiar y regular a través de una disciplina o rama específica, denominada Derecho del Consumo, Derecho de los Consumidores y Usuarios o Derecho del Consumidor.

Una de las características distintivas del Derecho del Consumidor es que se trata de una disciplina que estudia la regulación jurídica de las conductas de individuos que se relacionan económicamente en condiciones de desequilibrio sistémico, (en el sentido de “propio del sistema”).

Dicho de otra manera, esta disciplina se ocupa de la regulación de conductas en un sistema de producción y distribución *masificado* de bienes y servicios en el cual los individuos intervinientes *no están en igualdad de condiciones*.

Consideramos que esta desigualdad no se da como un fenómeno ocasional, raro o extraordinario, *sino que es lo común y esperable*. Por eso decimos que se trata de un "desequilibrio sistémico" (reiteramos, en el sentido de “un desequilibrio propio del sistema”).

En este sistema, en muchos casos, el futuro tomador de un contrato accede al mismo de la mano de intensas campañas publicitarias (en medios gráficos, televisivos y radiales) diseñadas, no para brindar información sobre el contrato, sino para generar en el público receptor un estado emocional inconsciente tendiente a que éste adopte la conducta querida por el emisor. Esta conducta es, obviamente, la celebración del contrato de que se trate.

En muchos casos la publicidad, más que informar, busca *inducir* una conducta.

Las técnicas de "captación de clientes" son cada día más refinadas y se valen de la Psicología, la Sociología y la Estadística para lograr sus objetivos.

Basta observar la publicidad que hoy día realizan en nuestro país los distintos empresarios o grupos empresariales para notar que la misma gira en torno a crear en el

³ MONTAMAT, Daniel, “Adiós al consumo posmoderno” <http://www.lanacion.com.ar/1056541-adios-al-consumo-posmoderno-por-daniel-montamat> consultado el 26/05/15.

Este autor, doctor en Ciencias Económicas, escribió *La economía del consumo posmoderno*, Ediciones Ciudad Argentina, 2004, ISBN: 8495823667.

público -receptor- la sensación de que la opción "hacer o no hacer el contrato" (por ejemplo, tener una tarjeta de crédito, un teléfono celular, una cobertura médica prepaga, un seguro de retiro, televisión por cable o satélite, un "infalible y garantizado" remedio para bajar de peso en dos semanas, un préstamo para comprarse una casa, un "tiempo compartido", la tarjeta "sumapuntos" exclusiva de algún hipermercado, etc.); equivale a "estar dentro o fuera del Sistema".

Se busca generar *temor* por estar "fuera del Sistema" y, simultáneamente, *deseo* por ingresar al mismo y verse finalmente protegido, tranquilo y feliz. Se promocionan prestaciones de altísima calidad y eficacia junto con un servicio profesional, experimentado y humano.

Por otro lado, pero en relación a este tema, a nivel psíquico, consumir un bien o un servicio implica satisfacer una necesidad, lo que genera *placer* y, paradójicamente, *culpa* por la contraprestación realizada (por lo que se dio a cambio) para satisfacer esa necesidad. Es un placer culposo, que expresa la ambivalencia que caracteriza la conducta del consumidor.

La publicidad inductiva va dirigida a exacerbar ese placer futuro que se obtendrá con el consumo y minimizar u ocultar la culpa o remordimiento que también se sentirá.

En la misma línea, la publicidad también suele trabajar en la dualidad existente entre el *lugar de pertenencia* del consumidor y el *lugar de referencia* del consumidor.

Por ejemplo, tomemos a un profesional universitario que trabaja en relación de dependencia por un sueldo de subsistencia y alquila un departamento de dos ambientes. Su *lugar de pertenencia*, su "lugar real en el mundo" es ese y la gente que lo rodea pertenece a ese grupo, lo que le produce gran insatisfacción porque él desea "otra cosa" para su vida. ¿Qué desea?: Por ejemplo, ser un profesional independiente con altos ingresos, que vive en una gran casa propia, con auto y la posibilidad de viajar por todo el mundo. O ser un guitarrista famoso, rodeado de artistas como él, viviendo en la bohemia. Ese es el lugar anhelado, deseado, aquel que motoriza las fantasías y, como consecuencia, también las acciones de la gente. Ese es su *lugar de referencia*.⁴

Adquirir determinados bienes o servicios nos produce la ilusión de acercarnos a nuestro lugar de referencia, lo que nos genera tanto placer como culpa.

Esta sensación de ambivalencia (placer/culpa) es una de las manifestaciones del desnivel volitivo existente entre las partes (proveedor y consumidor), porque no se trata *solo* de que la voluntad del consumidor se encuentre afectada por falta de información y conocimiento para decidir.

Cuando hablamos de desnivel, queremos decir que la voluntad del consumidor transita *por un nivel distinto* a la del proveedor: Uno (el proveedor) arma cuidadosamente un negocio y otro (el consumidor) se debate entre satisfacer una necesidad y la culpa que eso le genera.

⁴Esta terminología está basada en los conceptos de Robert K. MERTON en *Teoría y Estructura Sociales*, S.L. Fondo de Cultura Económica de España, 2003, 774 págs., ISBN: 9789681667795, en especial, Capítulos X y XI.

La ambivalencia, como concepto, es ampliamente conocida por la psicología y por los publicistas, quiénes cuentan con ella a la hora de armar sus campañas publicitarias.

La situación de inducción al consumo, antes reseñada, conlleva, en muchos casos, una inducción a endeudarse.

Dicho de otra manera, para estar dentro del sistema es necesario consumir ciertos bienes y servicios y para adquirirlos, muchas veces, es necesario endeudarse y, en ocasiones, *contraer un volumen de deuda que está por encima de la real capacidad de pago*.

En casos como estos, es determinante, tanto la conducta desplegada por algunos proveedores que “mediante publicidades engañosas, promociones agresivas, ventas realizadas sin una adecuada verificación de las posibilidades reales de pago –a menudo, impulsadas por el afán de incrementar comisiones y cumplir cupos- coadyuvan al agravamiento del fenómeno contemplado”⁵, como, por otro lado, la actividad o inactividad del Estado ante dichas conductas.

En síntesis, y al mismo tiempo como presentación de una de las hipótesis que se demuestran en este trabajo, las situaciones de inducción al endeudamiento y sobreendeudamiento del consumidor se producen como consecuencia del "desequilibrio sistémico" antes mencionado y, por lo tanto, no se dan como un fenómeno ocasional, raro o extraordinario, sino que es lo común y esperable en un sistema de producción y distribución *masificado* de bienes y servicios en el cual los individuos intervinientes no están en igualdad de condiciones.

2.3. Objetivos generales y específicos.

2.3.1. Objetivo general

La presente investigación se dirigió específicamente a analizar jurídicamente el endeudamiento y sobreendeudamiento del consumidor en la sociedad de consumo actual en la República Argentina.

2.3.2. Objetivos específicos

Objetivos específicos

2.3.2.1. Determinar si la diferente terminología utilizada por la doctrina nacional (vgr. endeudamiento del consumidor, inducción al endeudamiento, sobreendeudamiento, sobreendeudamiento activo y pasivo, sobreendeudamiento de mala y buena fe, consumidor, etc.), obedece a la necesidad de describir distintos fenómenos o no.

⁵ BERSTEN, Horacio L. “La regulación del sobreendeudamiento de los consumidores”, publicado en LL, Suplemento Actualidad, 30/8/11, pág. 1; Cita Online: AR/DOC/2844/2011.

2.3.2.2. Determinar si el “endeudamiento del consumidor” recibe en nuestro país un tratamiento doctrinario, jurisprudencial y normativo diferente al endeudamiento de otras personas.

2.3.2.3. Precisar en qué casos corresponde hablar de “sobreendeudamiento del consumidor”, para determinar el tratamiento doctrinario, jurisprudencial y normativo que se le da en la República Argentina.

2.3.2.4. Proponer una solución axiológicamente aceptable, es decir, racionalmente justificada, al conflicto entre el derecho a la propiedad del acreedor, protegido por el art. 17 de la Constitución Nacional y los derechos del consumidor, consagrados en el art. 42 de la Carta Magna, especialmente, el derecho a un trato digno.

2.4. Hipótesis de trabajo.

Se postulan las siguientes:

a) Los casos de inducción al endeudamiento y sobreendeudamiento del consumidor se producen como consecuencia del "desequilibrio sistémico" propio del sistema de producción y distribución *masificado* de bienes y servicios, por lo que se trata de casos comunes y esperables dentro de dicho sistema.

b) La inexistencia de un plexo normativo que regule específicamente los casos de inducción al endeudamiento y sobreendeudamiento del consumidor dificulta la solución del conflicto entre el derecho a la propiedad del acreedor, protegido por el art. 17 de la Constitución Nacional y los derechos del consumidor, consagrados en el art. 42 de la Carta Magna, especialmente, el derecho a un trato digno.

c) Los derechos del consumidor endeudado o sobreendeudado, consagrados en el art. 42 de la Constitución Nacional, especialmente, el derecho a un trato digno, deben primar por sobre el derecho constitucional a la propiedad del acreedor.

2.5. Marco teórico de referencia

Coincidimos con Nino en que "...la labor central de la teoría jurídica ...es...asistir sobre todo a los jueces en su cometido de alcanzar soluciones para casos particulares que sean axiológicamente satisfactorias, aun en las situaciones en que el derecho positivo no ofrezca una solución unívoca. " ⁶

Siguiendo a dicho autor, la presente tesis tuvo un doble propósito:

1) Describir y sistematizar la normativa nacional en materia de endeudamiento y sobreendeudamiento de consumidores.

2) Postular soluciones axiológicamente aceptables a fin de reformular dicha normativa en caso de observar su insuficiencia o indeterminación⁷.

⁶ NINO, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, 2º edición ampliada y revisada, 17º reimpresión, Editorial Astrea, 2014, pag.344.

⁷ Ídem, p.342

2.5.1. Elementos del Marco Teórico

En una primera etapa, a fin de describir y sistematizar la normativa nacional en materia de endeudamiento y sobreendeudamiento de consumidores, se partió de los abordajes realizados por la doctrina nacional citada en los antecedentes, a fin de determinar el estado actual de la cuestión.

En una segunda etapa, *previo a intentar la aplicación del derecho*, se definió, a manera de glosario, los términos “endeudamiento del consumidor”, “inducción al endeudamiento”, “sobreendeudamiento”, “sobreendeudamiento activo y pasivo”, “proveedor - acreedor de buena y mala fe”, “consumidor – deudor de buena y mala fe”, “sobreendeudamiento de mala y buena fe”.

Una vez puesto en común los términos arriba mencionados, con esta tarea quedó delimitado el Universo del Discurso y las propiedades relevantes de los casos sujetos a estudio⁸.

Posteriormente, la tarea consistió en intentar aplicar el derecho, empezando por la aplicación de las reglas que surgen de la normativa nacional, a través de la subsunción de los casos en las mismas.

El quinto paso consistió en postular una solución axiológicamente aceptable, en el sentido de “racionalmente justificada”, al conflicto el derecho a la propiedad del acreedor, protegido por el art. 17 de la Constitución Nacional y los derechos del consumidor, consagrados en el art. 42 de la Carta Magna, especialmente, el derecho a un trato digno.

Para ello, se comenzó analizando jurisprudencia y doctrina, a la búsqueda de posibles “casos relevantes” o “paradigmáticos”, reales o hipotéticos, que ayuden a resolver la colisión entre el derecho a la inviolabilidad de la propiedad del de acreedor y el derecho a la dignidad del consumidor-deudor endeudado o sobreendeudado, ambos con jerarquía constitucional, a tenor de los arts. 17 y 42 de la Constitución Nacional, respectivamente.

Para justificar racionalmente la solución propuesta, se utilizó el modelo “especificacionista” de Juan José Moreso⁹.

2.6. Metodología empleada

Se utilizaron los métodos deductivo e inductivo.

El primero, basado en el relevamiento de la doctrina nacional, a fin de determinar las soluciones a las que arriban en el tema en estudio; y en el análisis de normativa vigente y proyectos referidos al tema de estudio.

⁸ ALCHOURRÓN, Carlos, BULYGIN, Eugenio, *Sistemas Normativos*. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas, Editorial Astrea, 2º edición revisada, primera reimpresión, año 2012.

⁹ MORESO, Juan José, “Conflictos entre Derechos Constitucionales y maneras de resolverlos”. ARBOR Ciencia, Pensamiento y Cultura. CLXXXVI 745 septiembre-octubre (2010).

El segundo método fue aplicado al estudio de casos extraídos de la jurisprudencia nacional, buscando denominadores o causas comunes en la resolución de los mismos.

Para emprender nuestro camino, en primer lugar, debimos recorrer la huella abierta por los que nos antecedieron.

En nuestro país, un trabajo insoslayable en este tema es el artículo “El sobreendeudamiento del consumidor y la respuesta del legislador francés”, de Aída Kemelmajer de Carlucci ¹⁰.

Por considerarla como la normativa europea más acabada y elaborada en la materia, la autora analiza los artículos del Código Francés de los Consumidores, relativos al sobreendeudamiento y la posibilidad de incorporar normas similares en nuestro Derecho.

Kemelmajer de Carlucci, se pronuncia por aplicar dos instrumentos que surgen de la norma mencionada:

a) Una etapa previa a la judicial, a cargo de expertos, que sepan economía, y que puedan proyectar soluciones posibles para que el consumidor sobreendeudado de buena fe sobreviva conjuntamente con su familia con un mínimo de dignidad y, al mismo tiempo, pague (aunque sea parcialmente) a sus acreedores. Estas propuestas, que pueden incluir quitas, esperas, modificaciones al sistema de imputación de los pagos, etc., deben ser homologadas por un juez y, en tal caso, obligar a todo tipo de acreedores que haya sido citado al proceso (créditos fiscales incluidos), salvo los alimentos debidos a integrantes de la familia.

b) Si esta etapa fracasa en razón de que la situación del deudor está irremediablemente comprometida, entonces, por vía judicial y como solución excepcional, debe disponerse la liberación de todas las obligaciones para que el deudor pueda tener un nuevo comienzo.

En la senda trazada doctrinalmente por Kemelmajer de Carlucci y normativamente por el Código Francés de los consumidores transitaron los trabajos de Horacio L Bersten ¹¹ y de Graciela Isabel Lovece ¹².

Ambos se ocupan del Proyecto de Ley de Sobreendeudamiento de Consumidores presentado por la senadora Liliana Negre de Alonso (No 1651/2011), e inspirado en el modelo francés.

Tanto Bersten como Lovece se pronuncian a favor de incorporar el tratamiento del tema en la legislación de Defensa del Consumidor, en lugar de la concursal y rescatan como valioso el precedente francés. Sin embargo, alertan contra una copia textual de la

¹⁰ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída “El sobreendeudamiento del consumidor y la respuesta del legislador francés”, publicado en Academia Nacional de Derecho 2008, (Junio), pág. 1 y ss.; Cita Online: AR/DOC/1618/2009

¹¹ BERSTEN, op. cit., p. 1

¹² LOVECE, Graciela Isabel, “El sobreendeudamiento del consumidor. Un proyecto que intenta cubrir la necesidad de una regulación específica”, Suplemento Actualidad, del 11/10/11, pág. 1; LL, Suplemento Actualidad, del 11/10/11, pág. 1; Cita Online: AR/DOC/2829/2011.

normativa extranjera. En especial, Lovece critica al Proyecto por utilizar "terminología amplia e imprecisa".

Julio Cesar Rivera¹³, Hugo Alberto Anchaval¹⁴; Francisco Junyent Bas y Silvina Izquierdo¹⁵, analizan el tema del sobreendeudamiento de los consumidores desde la mirada del Derecho Concursal, coincidiendo en la insuficiencia de la actual normativa nacional.

Desde un enfoque distinto, Carlos A. Hernández¹⁶, luego de analizar un fallo del Tribunal de Justicia Europeo relativo a cláusulas abusivas y tutela procesal efectiva en las operaciones de mutuo con garantía hipotecaria, resalta que el avance del nivel protectorio de las normas de Defensa del Consumidor origina una tensión entre "el orden público de la ley de defensa del consumidor, con la tutela del crédito y la seguridad del tráfico", tensión que debe ser resuelta "si se quieren construir niveles razonables y eficaces de protección" de los consumidores.

En el mismo sentido, el propio Carlos Hernández, junto a Sandra Frustigali¹⁷, hacen hincapié en que "(l)as respuestas al sobreendeudamiento del consumidor deben contemplar tanto herramientas preventivas como superadoras. Entre las primeras cabe intensificar la información, la individualización de prácticas abusivas a partir de los estándares vigentes, el derecho de arrepentimiento y la obligación del proveedor de evaluar la capacidad de pago del consumidor, todo ello en el ámbito de las operaciones de crédito para el consumo. Entre los mecanismos extra-concursales de remoción del sobreendeudamiento debe considerarse la renegociación de los contratos. Complementariamente, resulta imprescindible la implementación de políticas de educación al consumidor con miras a un consumo responsable que evite manipulaciones de los proveedores."

2.7. Relevancia de la investigación

El problema que analizamos no preocupó mayormente a la doctrina clásica, puesto que, tradicionalmente, los contratos y las obligaciones que de ellos nacían fueron concebidos *como un tema que beneficiaba o perjudicaba exclusivamente a las partes directamente vinculadas*. Así, mientras no se afectara el orden público ni la moral y buenas costumbres (conf. art. 953 Código Civil derogado) existía una amplia libertad para pactar lo que se quisiera.

Si había algo definitivamente "privado" en el Derecho Privado, eso eran los contratos. En última instancia, sus efectos solo podían afectar a las partes.

¹³ RIVERA, Julio César, "Insolvencia de las personas físicas -en particular de los consumidores"- , Revista de Derecho Comercial del Consumidor y la Empresa, N° 2, p. 3.

¹⁴ ANCHAVAL, Hugo Alberto, "El nuevo sujeto concursal", Suplemento de Concursos y Quiebras 2010 (Diciembre), 1, también en La Ley 2010-F, pág.1079;

¹⁵ JUNYENT BAS, Francisco A., IZQUIERDO, Silvina, "¿Decoctor ergo fraudator? La quiebra de los consumidores", Suplemento de Concursos y Quiebras 2009 (Octubre), 1, también en La Ley 2009-F, pág. 991;

¹⁶ HERNÁNDEZ, Carlos A., "Protección de usuarios de servicios financieros. Aportes para considerar del Tribunal de Justicia Europeo", LL 2013-D, 94

¹⁷ FRUSTIGALI, Sandra A. y HERNÁNDEZ, Carlos A. "Sobreendeudamiento del consumidor", publicado en La Ley 2013-E, pág. 1160.

Es dentro de esa concepción que, en la parte final de su nota al artículo 943 del Código Civil, Vélez Sársfield nos dice que *"El consentimiento libre, prestado sin dolo, error ni violencia y con las solemnidades requeridas por las leyes, debe hacer irrevocables los contratos"*. Efectúa así el Codificador la defensa más vehemente a la teoría de la autonomía de la voluntad como fuente de la obligatoriedad de los contratos: Dos personas que negocian todas las cláusulas del convenio y manifiestan su voluntad con discernimiento intención y libertad, deben quedar obligadas por este acuerdo como a la ley misma, idea que encontraba su manifestación positiva en el artículo 1197 del Código Civil derogado.

En ese contexto, el acreedor tiene un crédito y el deudor que contrajo la deuda *"sin dolo, error ni violencia y con las solemnidades requeridas por las leyes,"* debe pagar, salvo que acredite imposibilidad por causa ajena. No hay mucho más que agregar. Se trata de un tema fundamentalmente *patrimonial* donde debe protegerse el *derecho de propiedad del acreedor*.

Las expresiones *"inducción al endeudamiento del consumidor"* y *"sobrendeudamiento del consumidor"*, *no se corresponden* con ese modelo tradicional de entender la relación entre acreedores y deudores, sino con uno que trata de entender la relación entre acreedores y deudores dentro de ese sistema de producción y distribución *masificado* de bienes y servicios que mencionamos anteriormente.

Precisamente, se trata de expresiones relativamente nuevas *en el ámbito jurídico*. Por ejemplo, Kemelmajer de Carlucci¹⁸ aclara que utiliza *"la palabra sobreendeudamiento por no encontrar otra más adecuada en la lengua castellana"* y que *"(l)a misma terminología se utiliza en francés (surendettement), en italiano (sovraindebitamento) y en portugués (superendividamento)*. En Francia, la palabra apareció en la ley de 1989; el proyecto originario hablaba de endeudamiento, pero cuando pasó al Senado, el vocablo fue sustituido por el de sobreendeudamiento".

Ahora bien, dada su relativa *"novedad"*, las expresiones *"inducción al endeudamiento del consumidor"* y *"sobrendeudamiento del consumidor"* se aplican a situaciones muy diferentes, que requieren soluciones normativas también diferentes.

Por dar un ejemplo, cuando habla de *"sobrendeudamiento"*, la doctrina se puede referir a:

a) Un endeudamiento irresponsable del deudor que contrae más obligaciones de las que puede afrontar (sobrendeudamiento *"activo"*, Kemelmajer de Carlucci¹⁹.)

b) Un agravamiento de las condiciones de la deuda contraída, como consecuencia de acontecimientos posteriores al nacimiento de la obligación, como por ejemplo, la pérdida del empleo, la jubilación, la enfermedad del deudor, etc.(sobrendeudamiento *"pasivo"*, Kemelmajer de Carlucci²⁰)

¹⁸ Op. cit. p.23

¹⁹ Op. cit. p. 5

²⁰ Ídem.

c) Una situación de endeudamiento mínimo indispensable para el mantenimiento de la vida del deudor y su familia, como alimentación, vestido, servicios del hogar como electricidad, agua, etc.; que deviene en falencia (“deudas de sobrevivencia”, Alegría ²¹.)

d) Un proceso inducido por los proveedores de bienes y servicios que, “mediante publicidades engañosas, promociones agresivas, ventas realizadas sin una adecuada verificación de las posibilidades reales de pago –a menudo, impulsadas por el afán de incrementar comisiones y cumplir cupos-“ generan que el consumidor se endeude por encima de sus reales posibilidades de pago (inducción al sobreendeudamiento, Bersten ²²)

Las cuatro situaciones descriptas se verifican en la realidad y, por sus características, requieren una regulación distinta.

Sin embargo, el conflicto el derecho a la propiedad del acreedor y los derechos del consumidor no parece que deba resolverse de la misma manera en los cuatro casos arriba citados a manera de ejemplo. En los casos, b) y c), el deudor y su familia pueden verse privados de su posibilidad de subsistencia por razones ajenas o parcialmente ajenas a este. En el caso d), habría que analizar, además, una eventual responsabilidad del acreedor.

En los casos b), c) y d) existe una tensión entre el derecho a la propiedad del acreedor, protegido por el art. 17 de la Constitución Nacional y los derechos del consumidor, consagrados en el art. 42 de la Carta Magna, especialmente, el derecho a un trato digno.

En la República Argentina no existe un plexo normativo que se refiera específicamente al tema del endeudamiento y/o sobreendeudamiento de los consumidores. La ley 24.240, de Defensa del Consumidor (LDC) solo trata indirectamente el tema en algunos de sus artículos, como el 4º, 8º, el 19º y el 36º, a regular el contenido del deber de información y de la publicidad dirigida a potenciales consumidores.

En igual sentido lo hace el nuevo Código Civil y Comercial (CCC) en los arts. 1100 a 1103 y, refiriéndose a la categoría denominada “contratos bancarios”, en los arts. 1379, 1381, 1385 y 1387 a 1389.

Por su parte, la Ley 24.522, de Concursos y Quiebras, en sus arts. 288 y 289, regula insuficientemente, a juicio de la doctrina mayoritaria, el tema de los llamados "pequeños concursos"²³

A manera se síntesis y conectándolo con lo expresado anteriormente, la *existencia* de dos *casos* (“inducción al endeudamiento del consumidor” y “sobreendeudamiento del consumidor”) *comunes y esperables* en un sistema de producción y distribución *masificado*

²¹ ALEGRIA, Héctor, "Los llamados "pequeños concursos". Concurso de personas físicas, consumidores, patrimonios reducidos", LA LEY 2005-E, 1353, Cita Online: AR/DOC/2749/2005.

²² BERSTEN, op. cit., p.2

²³ Cfr. MAFFÍA, Osvaldo J. *Procedimiento especial (sólo que sin procedimiento especial) para los pequeños concursos*, ED, 165, 1226 (1996)

de bienes y servicios y la *inexistencia* de un plexo normativo que los regule específica y satisfactoriamente; justifican el problema objeto de esta tesis.

2.8. Contenido de la investigación

Además de la presente Introducción, esta tesis cuenta con dos capítulos y una conclusión.

2.8.1. En el primer Capítulo, se ingresa propiamente en la cuestión, partiendo de los abordajes realizados por la doctrina nacional citada en más arriba.

Luego se formulan definiciones aclaratorias, a fin de poner en común los términos “endeudamiento del consumidor”, “inducción al endeudamiento”, “sobreendeudamiento”, “sobreendeudamiento de supervivencia”, “sobreendeudamiento por sobreconsumo”, “sobreendeudamiento activo y pasivo”, “sobreendeudamiento de mala y buena fe”. Con ello se delimita el Universo del Discurso y las propiedades relevantes de los casos sujetos a estudio.

Este Capítulo está vinculado con la demostración de la primera hipótesis: *Los casos de inducción al endeudamiento y sobreendeudamiento del consumidor se producen como consecuencia del "desequilibrio sistémico" propio del sistema de producción y distribución masificado de bienes y servicios, por lo que se trata de casos comunes y esperables dentro de dicho sistema.*

Para una mayor claridad expositiva, a lo largo del Capítulo se formularon conclusiones parciales de los distintos puntos tratados y al finalizar el mismo, a manera de recopilación, se plantearon las conclusiones de todo este apartado.

2.8.2. En el Capítulo II, la tarea consistió en intentar aplicar el derecho, empezando por la aplicación de las reglas que surgen de la normativa nacional, a través de la subsunción de los casos en las mismas.

Esta parte del Capítulo II está vinculada con la demostración de la segunda hipótesis: *La inexistencia de un plexo normativo que regule específicamente los casos de inducción al endeudamiento y sobreendeudamiento del consumidor dificulta la solución del conflicto entre el derecho a la propiedad del acreedor, protegido por el art. 17 de la Constitución Nacional y los derechos del consumidor, consagrados en el art. 42 de la Carta Magna, especialmente, el derecho a un trato digno.*

2.8.3. Posteriormente, se analizaron los principios iusfundamentales en tensión (derecho de propiedad del proveedor - acreedor versus derecho a la dignidad del consumidor – deudor) y se postuló una solución axiológicamente aceptable, en el sentido de “racionalmente justificada”, al conflicto entre tales principios.

A tal fin, se analizó jurisprudencia y doctrina, a la búsqueda de posibles “casos relevantes” o “paradigmáticos”, reales o hipotéticos, que ayuden a resolver la colisión entre el derecho a la inviolabilidad de la propiedad del de acreedor y el derecho a la dignidad del

consumidor-deudor endeudado o sobreendeudado, ambos con jerarquía constitucional, a tenor de los arts. 17 y 42 de la Constitución Nacional, respectivamente.

Sin perjuicio del análisis de otros fallos, se tomó como “caso relevante” el fallo “Rinaldi”²⁴ y se le aplicó el modelo “especificacionista” de Juan José Moreso²⁵.

Esta parte del Capítulo II se ocupa de la demostración de la tercera hipótesis: *Los derechos del consumidor endeudado o sobreendeudado, consagrados en el art. 42 de la Constitución Nacional, especialmente, el derecho a un trato digno, deben primar por sobre el derecho constitucional a la propiedad del acreedor.*

Al igual que en el anterior, en este Capítulo se formularon conclusiones parciales de los distintos puntos tratados y al finalizar el mismo, a manera de recopilación, se plantearon las conclusiones de todo este apartado.

2.8.4. Por último, se formuló la conclusión final, a partir de las conclusiones parciales obtenidas en los capítulos I y II, en la que se corroboraron las tres hipótesis de investigación propuestas.

2.9. Principales técnicas de recolección e interpretación empleadas

Los datos para este estudio se obtuvieron mediante el acceso a bibliotecas especializadas y vía Internet, accediendo en ambos casos a repertorios jurisprudenciales, obras de doctrina y legislación. Las conclusiones se lograron a través del estudio de esas fuentes y el análisis de los principios generales del Derecho.

²⁴ "Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Rinaldi, Francisco Augusto y Otro C/ Guzmán Toledo, Ronal Constante y Otra S/ Ejecución Hipotecaria", CSJN, 15/03/07.

²⁵ Op. cit.

CAPÍTULO I: CONCEPTOS Y PUESTA EN COMÚN

3. PROBLEMAS CONCEPTUALES

En este Capítulo se persiguen dos objetivos específicos.

Como primer objetivo, se buscará determinar si la diferente terminología utilizada por la doctrina nacional (vgr. endeudamiento del consumidor y sobreendeudamiento), obedece a la necesidad de describir distintos fenómenos o no.

El segundo objetivo requiere adoptar una definición de “endeudamiento” y de “sobreendeudamiento del consumidor”, para determinar si el tratamiento doctrinario, jurisprudencial y normativo que se le da a esos temas en la República Argentina es diferente al que se le da a los “no consumidores”.

Para lograr estos objetivos se analizarán los términos “consumidor” y “relación de consumo” a la luz de la normativa, doctrina y jurisprudencia nacional. También se relevará el término “consumidor” en el Derecho Comparado.

A continuación, se precisará la vinculación de los términos antes citados con los conceptos de “sociedad de consumo”, “ideología del ahorro” e “ideología del consumo”.

Posteriormente, la mirada se dirigirá a los conceptos de endeudamiento y sobreendeudamiento, elaborados por la doctrina nacional y extranjera, para terminar con una propuesta propia en torno a los mismos.

Hecho lo anterior, se delimitará el ámbito fáctico del problema de esta tesis y se intentará subsumirlo en la normativa nacional.

Por último, se formularán las conclusiones del presente capítulo.

3. 1. Definición de consumidor en el Derecho Argentino

3.1.1. Introducción

Como primera medida, cabe precisar al sujeto de esta investigación: el consumidor sobreendeudado y para ello tenemos que empezar por adoptar una definición de consumidor.

El término “consumidor” tiene un significado técnico jurídico dado por nuestro ordenamiento jurídico y precisado por la doctrina y jurisprudencia.

A menudo se piensa en las categorías “consumidor” y “empresario” como estáticas y excluyentes.

Estáticas en el sentido de que alguien “sea” o, mejor dicho, “se comporte” *permanentemente* como consumidor o como empresario.

Excluyente, en el sentido de que se tiene que ser una cosa o la otra.

Por su parte, el art. 1 de la ley 24.240, de Defensa del Consumidor, (en adelante, LDC), luego de las modificaciones realizadas por las leyes 26.361 y 26.994, considera consumidor a “la persona física o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social.”

En igual sentido se expide, el art. 1092 del Código Civil y Comercial (CCC), con redacción prácticamente idéntica:

“...Se considera consumidor a la persona humana o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social...”

Comparado con la redacción original de la LDC, estos textos (y la supresión, por parte de la ley 26.361, de un párrafo en el art. 2 LDC²⁶), amplían notablemente el concepto de consumidor, incluyendo, por ejemplo, el caso de quien adquiere un vehículo y luego lo usa para fletes o servicio de remis. Lo importante es que adquirió el rodado como destinatario final, es decir, como un bien de uso (no para revenderlo)

Así, al “nuevo” art 1º de la LDC es más aplicable aún el comentario de Farina, cuando se refería al art. 1º en su versión original: “El art. 1º, al describir qué entiende por consumidor o usuario, tiene en cuenta el destino final de los bienes o servicios adquiridos, pero no exige de ningún modo que este destino final sea servir como alimento, vestimenta, medicina o cualquier efecto para ser utilizado en forma personal exclusivamente.”²⁷

Obviamente, esa misma persona que en la compraventa dada como ejemplo tuvo carácter de consumidor, puede ser proveedor en los contratos que haga con las personas que transporte (caso del remis) o cuyas cosas transporte (caso del flete). En esos casos será proveedor si desarrolla esas actividades de manera profesional (conf. art. 2 LDC). Es decir, el carácter de proveedor o consumidor dependerá de la existencia de una relación de consumo *y del lugar que ocupe en esa relación*.²⁸

El carácter de consumidor es un rol jurídico, que se predica frente a determinados sujetos. Igual que alguien puede ser simultáneamente padre e hijo, respecto de distintas personas, alguien puede ser consumidor y proveedor, también respecto de distintas personas.

²⁶ Dicho párrafo establecía que “No tendrán el carácter de consumidores o usuarios, quienes adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios para integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros.”

²⁷ FARINA, Juan M., *Defensa del consumidor y del usuario*, 3ra ed., Ed. Astrea, Bs. As. 2004, pág. 55.

²⁸ En el fallo de autos “Frávega S.A.C.I. E I. en Jº 144.304/8749 Sellanes, Elian c/ FRÁVEGA S.A.C.I.E. I. P/ ORD. S/ INC. CAS.”, (CSJ DE MENDOZA - SALA I - 12/10/2006), se pueden observar los planteos que generaba la anterior redacción de los arts. 1º y 2º de la LDC, así como las distintas posturas doctrinales y jurisprudenciales al respecto, y la situación en el Derecho Comparado.

Cabe destacar que la anterior opinión dista de ser pacífica, pues pueden observarse dos posturas bien diferenciadas en la doctrina y la jurisprudencia.²⁹ La reforma de la LDC en el año 2008 podría haber acabado con la discusión, pero ya veremos que eso no ocurrió.

Una postura se basa en la aplicación de un párrafo del viejo art. 2º LDC, es decir, el texto anterior a su reforma por la ley 26.361:

“No tendrán el carácter de consumidores o usuarios, quienes adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios para integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros.” (el subrayado es nuestro)

Tómese como ejemplo una sociedad anónima, que tiene por objeto social realizar construcciones civiles, y que compra un automóvil para utilizarlo en su proceso de producción. Lo usa para supervisar las obras y visitar a proveedores. No es que lo utilice como materia prima, sino que lo utiliza como “bien de capital”, como una maquina más de las que usa. Pero usar el auto para “supervisar las obras y visitar a proveedores” sería parte de su actividad empresarial. Por tanto, no sería consumidor.³⁰

En cambio, los que sostienen la postura contraria, parten de la base de que el art. 1º LDC dice que pueden ser consumidores las personas jurídicas (lo que incluye una sociedad) que contraten para su beneficio propio.

Ahora bien, ¿qué ejemplos de contratos para beneficio propio de una sociedad se pueden dar? Dicho de otra manera ¿cuál es el “beneficio propio” de una persona jurídica? Una persona física puede comprar un auto para pasear y/o usarlo con su familia y sus amigos, puede comprar fideos para comerlos y alquilar un video para entretenerse, puede alquilar una bicicleta para hacer deporte, etc. En cambio, nada de eso es imaginable en una persona jurídica.

Las personas jurídicas existen para cumplir el objeto para el que fueron creadas.

En el caso de las sociedades, existen para cumplir con el objeto social. En el ejemplo de la sociedad anónima antes citado, parece que su objeto social es la construcción de inmuebles. Los bienes que adquiera, los adquiere para poder cumplir ese objeto social. Todas esas adquisiciones, para esta postura, son en beneficio propio. Si no se lo entiende así, en la práctica, las personas jurídicas no serían consumidores, salvo que contraten para beneficio o consumo final de su grupo social (arg. art. 1º LDC, entendiendo por grupo social a sus socios y empleados. Aquí el automóvil no se compró para regalarlo a sus

²⁹ Una reseña del estado actual de la cuestión en la doctrina y jurisprudencia nacional puede encontrarse en PERAL, Santiago J., “La controvertida aplicación de la noción de consumidor a las sociedades comerciales”, Revista Argentina de Derecho Societario, Número 10 - Febrero 2015, Fecha: 23-02-2015, Cita online: IJ-LXXVI-631

³⁰ Como ejemplo de esta postura, en autos “Las Lunitas SRL c/ La Mercantil Andina SA s/ Ord.”. (Cámara Nacional en lo Comercial, Sala C, 12/09/08), se desestimó la pretensión del actor de aplicar en la especie el plazo prescriptivo establecido en el art. 50 de la Ley de defensa del consumidor. Para los jueces, “en el sub lite se encuentra acreditado que la actora daba “uso comercial” al vehículo asegurado..., en tanto se hallaba destinado al transporte, y así se consignó en la póliza respectiva.” Es decir, que en el caso, no se consideró que el contrato de seguro fuera un contrato de consumo, por lo que se rechazó la demanda por cobro de un contrato de seguro que cubría el riesgo de destrucción total sobre el automotor de la actora, puesto que desde el acaecimiento del siniestro hasta la promoción de la demanda transcurrió el plazo estipulado en el artículo 58 de la Ley 17.418.

empleados ni para prestárselos para que paseen, lo que sería un beneficio de los empleados, sino que se compró para que los empleados trabajen con él)

Para esta segunda postura, el artículo 2° en su texto original se interpretaba en sentido restrictivo: la persona jurídica no sería consumidora solo si utiliza el bien adquirido como materia prima (lo transforma), o, sin transformarlo, lo revende o lo alquila. Dicho en otras palabras, no sería consumidora si adquirió el bien para intercambio. Si adquirió el bien para uso, sería consumidora. Es decir, si es bien de uso, hay destino final y es acto de consumo, si es bien de cambio, no hay destino final y no hay acto de consumo.³¹

Siguiendo esta postura, (aunque con poca fundamentación) es que en el caso "Artemis Construcciones S.A. v. Diyón S.A. y otro"³², dice la vocal preopinante, Dra. Miguez, que *"La ley 24240 de Defensa del Consumidor es aplicable respecto de la persona jurídica que adquirió a título oneroso un automotor para satisfacer las necesidades de su empresa comercial -en el caso, traslado de sus miembros y empleados-, pues reviste el carácter de consumidor o destinatario final del bien.."* (la cursiva es nuestra)

Dicho de otra manera, lo considera un "bien de uso", una adquisición para consumo final o beneficio propio de la persona jurídica.

Por eso, en otra parte del fallo, señala: *"Resulta en cambio relevante, como ha quedado expresado, que el propósito final no lo constituya disponer del bien o del servicio con carácter profesional, o sea, comercializarlo, tal como lo obtuvo o transformado."*

Por nuestra parte, sostenemos esta segunda postura.

Es más, de lege ferenda, pensamos que el destino del bien o servicio es secundario y que, en cambio, la existencia de desigualdad negocial es lo que amerita protección para una de las partes, y no el uso que le va a dar al bien o servicio. Recíprocamente, la inexistencia de desigualdad negocial es lo que debe generar que ninguna parte requiera especial protección, más allá del uso que una de ellas le va a dar al bien o servicio.

Con la actual redacción, la LDC se enfoca más en el problema de fondo de esta cuestión, que no es para qué usa el bien o servicio el adquirente sino el hecho de que en esta contratación una parte (el proveedor) es un especialista en la materia y la otra (el consumidor) no lo es, lo que genera una presunción de desigualdad a la hora de negociar y celebrar el contrato, desigualdad que acarrea el peligro de cláusulas y/o prácticas abusivas por parte de la "parte fuerte" del contrato (o, en un sentido más abarcativo, de la relación de consumo).

Siguiendo con el tema, debemos diferenciar dos situaciones que, si bien pueden superponerse, son distintas:

1) La persona jurídica consumidora

³¹ Este concepto de "si es bien de uso, hay destino final y es acto de consumo, si es bien de cambio, no hay destino final y no hay acto de consumo", que adoptamos, no nos pertenece, sino que nos lo proporcionó nuestro amigo y destacado jurista, el Dr. Eduardo Barreira Delfino, en un intercambio de mails referido a este tema.

³² "Artemis Construcciones S.A. v. Diyón S.A. y otro", (C. Nac. Com., sala A, 21/11/2000)

2) El empresario (persona humana o jurídica) consumidor.

El primer caso está expresamente previsto en la LDC, si bien, como vimos, la doctrina discrepa intensamente sobre sus alcances.

El segundo caso no está expresamente previsto en la LDC y la doctrina discute la existencia de esta categoría.

En otras palabras, como vimos, nadie duda que la persona jurídica puede ser consumidor, lo que se debate es en qué casos.

En cambio, no hay acuerdo acerca de si un empresario³³, persona humana o jurídica, pueda ser considerado consumidor.³⁴

Podría decirse, a riesgo de simplificar demasiado la cuestión, que para algunos la persona jurídica solo puede ser consumidora, en tanto no sea empresario. Va de suyo que, para esta posición, el empresario no puede ser consumidor.

En cambio, otros entienden, a veces implícitamente, que el empresario, persona humana o jurídica, puede realizar dos tipos de actos, que podríamos denominar:

1) actos de consumo

2) actos de empresa

En el primer caso (empresario que realiza un “acto de consumo”) sería consumidor, en el segundo (empresario que realiza un “acto de empresa”), no.

Ahora bien, tomando como ejemplo un caso resuelto por la jurisprudencia nacional³⁵, el propietario de la fábrica y distribuidora de helados, al adquirir de Edenor el servicio de energía eléctrica, ¿estaría haciendo un acto de consumo o un acto de empresa?

³³ Usamos la expresión "empresario" en el sentido de "titular de la empresa", entendiendo a la empresa como aquella organización de bienes y servicios para la producción de bienes o servicios (Ya Isaac Halperin, en su Curso de Derecho Comercial, Edit. Depalma, Vol. I, pág. 76, 6º reimposición, 1982, daba esta definición de “empresa mercantil”, agregando que la misma tiene un “fin económico”. Este autor seguía los lineamientos de la doctrina italiana surgida en torno al Código Civil de 1942.)

³⁴ Dante Rusconi proporciona varios ejemplos jurisprudenciales donde, en casos similares, nuestros tribunales aceptaron y rechazaron la calificación de consumidores a personas humanas o jurídicas que realizaban actividad empresarial (vgr. empresa de venta de computadoras que contrató un servicio de alarmas para su local comercial, o persona humana que adquirió un vehículo que usa como taxi). Ver RUSCONI, Dante, "Consumidores y proveedores alcanzados por la legislación de defensa del consumidor". Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2012-1, Eficacia de los derechos de los consumidores y usuarios, Alegría Héctor - Mosset Iturraspe, Jorge (directores), Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 2012, pp. 331 y ss.

³⁵ “ACHILLI DIEGO ROBERTO Y OTRO C/ EDENOR S.A. S/ DAÑOS Y PERJUICIOS”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala III, 21/09/15. En el mismo, el Tribunal, confirmó la sentencia que condenó a Edenor a indemnizar a los actores, por sí y en calidad de socios de una sociedad de hecho propietaria de una fábrica y distribuidora de helados, por los perjuicios sufridos con ocasión de un corte de suministro que duró 48 horas.

El Tribunal, aplicando la ley de Defensa del Consumidor y el Código Civil y Comercial, destacó que la obligación a cargo de la empresa prestadora de un servicio público es “de resultado”, por lo que, para eximirse de responsabilidad, era Edenor quien debía haber acreditado caso fortuito, hecho de un tercero ajeno

Si entendemos que el propietario de la fábrica y distribuidora de helados adquiere energía eléctrica para usarla, es decir, como destino final y sin intención de “lucrar con su enajenación”, se trataría de un acto de consumo.

Si, en cambio, entendemos que el propietario de la fábrica y distribuidora de helados adquiere energía eléctrica para integrarla en su procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros³⁶ (la usa para hacer y conservar los helados), diríamos que se trata de un acto de empresa.

Por nuestra parte, no dudamos en enrolarnos en la postura que considera que se trata de un acto de consumo y, por ende, coincidimos plenamente con la solución del caso en análisis.

Sin embargo, pensamos que el enfoque “finalista” (es decir, por el destino del bien o servicio) es insatisfactorio y no dejará de suscitar debates inacabables.

Insistimos, el problema no es “para qué” se usa el bien y, mucho menos, si el consumidor es persona humana, jurídica, empresario o no empresario.

Permítasenos un juego de palabras: El consumidor no merece protección especial porque “sea” consumidor (es decir, porque se limita a usar la energía eléctrica para iluminar su casa). Merece protección especial porque, frente a Edenor, está en absoluta desigualdad negocial.

Y, a la inversa, el empresario no es un “fuerte jurídico”³⁷ porque “sea” empresario (o sea, porque usa la energía eléctrica en el contexto de una organización de bienes y servicios destinada a producir bienes o servicios, por ejemplo, helados). Será “fuerte jurídico” cuando frente a Edenor, esté en absoluta igualdad negocial (o en superioridad).

En cambio, merece protección especial cuando, frente a Edenor, esté en absoluta desigualdad negocial, como es en el caso de autos.

Y no importa que sea persona jurídica o humana. Dicho de otra manera, ser persona jurídica o humana no confiere, per se, mayor fuerza o debilidad a la hora de negociar y de hacer valer los derechos.

La LDC (y ahora también el CCC) parten de una presunción: quienes adquieren o utilizan, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatarios finales, en beneficio propio o de su grupo familiar o social son **vulnerables**.

¿Por qué son vulnerables?: Porque la experiencia indica que, por lo general, estas personas no son especialistas en la materia de los bienes o servicios que adquieren para consumir o usar y, además, que no tienen tiempo y/o medios para hacerse asesorar

o hecho del damnificado. El caso fue comentado por el suscripto en Rossi, Jorge Oscar, "El consumidor/empresario frente al prestador de servicios públicos", en "Temas de Derecho Comercial, Empresarial y del Consumidor", Agosto 2016. Erreius.

³⁶ Un concepto que, como expresamos, antes estaba explicitado en el segundo párrafo del art. 2 LDC y desapareció con la reforma de la ley 26.361 pero que, sin embargo, subsiste en la doctrina y jurisprudencia.

³⁷ Por oposición a la noción de débil jurídico.

adecuadamente por terceros y, como si fuera poco, porque generalmente, tampoco tienen mucha libertad de elección a la hora de adquirir esos bienes o servicios.³⁸

Podría argüirse que la concepción de empresario/consumidor posibilita que una persona, humana o jurídica, adopte el rol de consumidor o empresario según lo que le convenga: consumidor para la aplicación de la LDC y empresario a la hora de reclamar una indemnización en concepto de pérdidas de materias primas, pérdidas de productos intermedios y pérdidas por mayores costos laborales³⁹.

Sin embargo, pensamos que no hay tal dicotomía: la actora es consumidor y empresario, como se puede ser consumidor y persona humana o consumidor y persona jurídica o consumidor y millonario⁴⁰. El servicio de energía eléctrica que se utilice, por ejemplo, para la fabricación y comercialización de helados no hace perder el carácter de consumidor, pues dicho servicio fue adquirido por un no profesional del mismo y se usaba como destinatario final, en beneficio propio.

En este caso, el adquirente del servicio público era un *vulnerable*, en el sentido de “débil jurídico negocial”, porque, como se dijo ut supra, no es especialista respecto del servicio adquirido ni tiene libertad de elección a la hora de adquirir dicho servicio, dada la condición monopólica del prestador, además de no haber podido negociar cláusulas contractuales.

Para finalizar, pensamos que, si bien en forma confusa, el CCC constituye un importante avance a la hora de proteger a los débiles jurídicos negociales, es decir, a aquellos sujetos que se encuentran en inferioridad de condiciones a la hora de negociar y ejecutar un contrato.

En forma confusa, porque no se nos escapa que, mientras que según el art. 1092 CCC, el consumidor “*adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social.*”, por otra parte, al definir el “contrato de consumo”, el art. 1093 prescribe que el consumidor adquiere los bienes o servicios “*para su uso privado, familiar o social*”.

³⁸ En Brasil, el tema está en pleno debate. Júlio Moraes Oliveira explica que allí se habla de una postura “maximalista”, que apunta a una noción “objetiva” de consumidor, donde lo que importa es que el adquirente del bien o servicio lo haya retirado de la cadena de comercialización, sin importar el uso que le dé y, por otro lado, de una postura “finalista”, donde el consumidor es quien adquiere el producto o servicio para el consumo personal o familiar sin reutilizarla en la cadena de producción u organización profesional. Es pues, un sujeto no profesional que, valga la redundancia, no va a utilizar el bien o servicio para un uso profesional. También existe una tendencia intermedia, que puede denominarse como “finalista mitigada o moderada”, que admite excepcionalmente la aplicación de la normativa de defensa de los consumidores a las personas jurídicas.

Por ejemplo, El Tribunal Supremo de Brasil ha admitido la mitigación de la teoría finalista para permitir la aplicación de la normativa de defensa de los consumidores en casos donde la parte (persona humana o jurídica) a pesar de no ser destinataria final del producto o servicio, presenta una situación de vulnerabilidad. MORAES OLIVEIRA, Júlio, “A visão do STJ sobre a vulnerabilidade da pessoa jurídica consumidora”. Disponible, en portugués, en Internet: <http://www.atualizaoccdc.com/2016/04/a-visao-do-stj-sobre-vulnerabilidade-da.html> (Consultado el 25/05/16)

³⁹ Como sucedió, con decisión favorable del Tribunal, en el caso “ACHILLI DIEGO ROBERTO Y OTRO C/ EDENOR S.A. S/ DAÑOS Y PERJUICIOS”, ut supra mencionado.

⁴⁰ El prejuicio de asociar “consumidor” con “persona humana de clase media que compra cosas” está fuertemente arraigado en nuestra cultura, aunque carece de base normativa, dado que la definición legal es mucho más amplia, como estuvimos viendo.

Nos preguntamos: Adquirir o utilizar bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio (conf. art. 1092), ¿es lo mismo que hacerlo “para su uso privado”? (conf. art. 1093)

Suponemos que sí, porque no cabe pensar que el legislador establezca dos definiciones distintas de consumidor en dos artículos sucesivos. En ese caso, ¿Qué significa “uso privado”?

Cabe pensar que con esta expresión, el CCC busca afirmar el concepto restrictivo de consumidor, limitándolo a los casos donde se adquiera el bien o servicio sin finalidad de posterior explotación comercial, o como también se dice, sin “*reingresarla al mercado*”. “Uso privado” sería entonces equivalente a “uso no comercial”.

Sin embargo, para el caso de duda, como ya vimos, el propio CCC establece un criterio específico de interpretación en el art. 1094, que se puede desglosar en dos supuestos:

a) En caso de duda sobre la interpretación de este Código, prevalece la más favorable al consumidor.

b) En caso de duda sobre la interpretación de las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor.

La interpretación más favorable es la que otorgue un mayor campo protectorio, es decir, la que amplíe el concepto de consumidor, por lo que cabe interpretar que la expresión “*uso privado, familiar o social*”, del art. 1093 no es más restrictiva sino por lo menos equivalente a “como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social”, del art. 1092, expresión que, dicho sea de paso, es idéntica a la del art. 1° de la LDC, norma especial de orden público que debe prevalecer sobre el CCC, en caso de ser más favorable (arg. conf. art. 963, inc. a) y 1094 CCC).

Por otro lado, donde el CCC decididamente constituye un importante avance a la hora de proteger a los débiles jurídicos negociales, es al regular los contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas (arts. 984 a 989).

Son aquellos "mediante el cual uno de los contratantes adhiere a cláusulas generales predispuestas unilateralmente, por la otra parte o por un tercero, sin que el adherente haya participado en su redacción." (conf. art. 984 CCC)

En esta categoría de contratos, la autonomía de la voluntad está limitada por normas de orden público, que tienen la finalidad de evitar abusos por parte del predisponente.

En los contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas se protege al adherente, sea o no sea consumidor. Lo que importa es la forma de contratación.

Es la modalidad de contratación la que pone al adherente (que, por ejemplo, puede ser un pequeño empresario) en situación de debilidad.

Tenemos pues que el CCC busca proteger dos categorías de débiles jurídicos negociales: el consumidor y el adherente. Pensamos que la tendencia es que ambos sujetos protegidos terminen teniendo el mismo marco jurídico⁴¹.

Logrado ello, tal vez, terminemos el, a nuestro juicio, inconducente debate relativo a “para qué” se adquieren los bienes y servicios en un supuesto caso y nos centremos en analizar la existencia o no de desequilibrio negocial en dicho caso. Con esto, enfocaremos nuestro análisis en un “parámetro objetivo de vulnerabilidad”, si se nos permite la expresión y, más que proteger “consumidores”, nos ocuparemos de la regulación del consumo masivo de bienes y servicios.

Por otro lado, como se verá más adelante al tratar la relación de consumo, el concepto de consumidor no se reduce a la persona que “adquiere” un bien o servicio, sino que el régimen protectorio se extiende a situaciones previas a la adquisición de un bien o servicio o, incluso, aunque no se concrete ninguna adquisición.

Dicho de otra manera, los derechos que tiene el consumidor, (a la salud, seguridad, protección de sus intereses económicos, información; libertad de elección, y condiciones de trato equitativo y digno), *no los tiene por haber hecho un contrato con el proveedor*, sino que *los tiene por el mero hecho de haber entablado una relación de consumo con este* (arg. conf. arts. 42 CN y 3° LDC). Ni la Constitución Nacional ni la LDC nos dicen expresamente cuando empieza y cuando termina la relación de consumo, pero los distintos artículos de la LDC (vgr. 4, 5, 7, 8, 8bis, 19, etc) nos permiten inferirlo. Por ejemplo, el consumidor tiene derecho a ser informado antes de la celebración del contrato y durante la ejecución del mismo.

En cuanto al CCC, de la lectura del art. 1096 y sgtes, surge que las disposiciones de dicho cuerpo normativo, referidas a los derechos de trato digno, trato equitativo y no discriminatorio, libertad de contratar, información e incorporación al futuro contrato de las precisiones efectuadas a través de la publicidad, son aplicables a todas las personas expuestas a las prácticas comerciales, determinables o no. Es decir, que no se busca proteger solamente al consumidor que ya realizó un contrato o recibió una oferta sino también a los consumidores potenciales o indeterminados.

3.1.2. Definición postulada

Se postula la siguiente definición:

Consumidor es aquella persona humana o jurídica en condiciones de debilidad negocial que adquiere de un profesional, a cualquier título, bienes o servicios destinados a uso, o a quien un profesional le dirige una oferta o publicidad de bienes o servicios destinados a uso.

3.2. Derecho comparado

⁴¹ Por ejemplo, esto se observa ahora, en forma parcial, en materia de cláusulas abusivas, dado que los arts. 985, 986, 987 y 988 son aplicables a los contratos celebrados por adhesión y, por remisión efectuada por el art. 1117, a los contratos de consumo.

A continuación, veremos el concepto de consumidor en varios ordenamientos jurídicos y aplicaremos, a efectos comparativos, las siguientes categorías que procuran englobar los distintos sistemas existentes:

a) Sistema finalista "puro": la finalidad de la adquisición es un uso no empresarial, comercial o profesional.

b) Sistema finalista "atenuado": la finalidad de la adquisición es el uso o consumo del bien o servicio, aunque se lo integre a una actividad empresarial, comercial o profesional, siempre que se haya adquirido en condiciones de asimetría o desigualdad negocial o que la misma no sea predominantemente atribuible a su actividad empresarial ni a su actividad profesional independiente.

c) Sistema objetivo: no importa la finalidad sino la modalidad de la adquisición. Se protege al que adquiere en condiciones de asimetría o desigualdad negocial.

d) Sistema "Maximalista": Lo que importa es que el adquirente del bien o servicio lo haya retirado de la cadena de comercialización, sin que tenga relevancia el uso que le dé ni la modalidad de la adquisición.

3.2.1. Latinoamérica:

3.2.1.1 Bolivia:

Ley 453⁴² (LEY GENERAL DE LOS DERECHOS DE LAS USUARIAS Y LOS USUARIOS Y DE LAS CONSUMIDORAS Y LOS CONSUMIDORES, 04/12/13)

"Artículo 5. (DEFINICIONES). Para los efectos de la presente Ley se establecen las siguientes definiciones: ...

1. Usuarias y Usuarios, Consumidoras y Consumidores. Son las personas naturales o jurídicas que adquieran, utilizan o disfrutan productos o servicios, como destinatarios finales...."

3.2.1.2 Brasil:

Ley 8078

“Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.”⁴³

⁴² En Internet:

http://www.economiayfinanzas.gob.bo/index.php?opcion=com_contenido&ver=contenido&id=3110&id_item=234&seccion=230&categoria=327

⁴³ En Internet: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm

“Art. 2° Consumidor es toda persona *física o jurídica* que adquiere o utiliza productos o servicios *como destinatario final*.

Se equipara a consumidor a las colectividades de personas, aunque indeterminables, que hayan intervenido en las relaciones de consumo.” (la cursiva es nuestra)

3.2.1.3 Chile:

Ley 19496

“1.- Consumidores o usuarios: las personas *naturales o jurídicas* que, en virtud de cualquier acto jurídico oneroso, adquieren, utilizan, o disfrutan, *como destinatarios finales*, bienes o servicios. En *ningún caso podrán ser considerados consumidores* los que de acuerdo al número siguiente deban entenderse *como proveedores*.

2.- Proveedores: las personas naturales o jurídicas, de carácter público o privado, que habitualmente desarrollen actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución o comercialización de bienes o de prestación de servicios a consumidores, por las que se cobre precio o tarifa.

No se considerará proveedores a las personas que posean un título profesional y ejerzan su actividad en forma independiente.”⁴⁴ (la cursiva es nuestra)

3.2.1.4 Colombia:

Ley 1480⁴⁵

"ARTÍCULO 5o. DEFINICIONES. Para los efectos de la presente ley, se entiende por:...

3. Consumidor o usuario. Toda persona *natural o jurídica* que, como *destinatario final*, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto, cualquiera que sea su naturaleza para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica y *empresarial cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica*. Se entenderá incluido en el concepto de consumidor el de usuario...." (la cursiva es nuestra)

3.2.1.5 Costa Rica:

Ley N° 7472⁴⁶ PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA Y DEFENSA EFECTIVA DEL CONSUMIDOR

"Artículo 2.–Definiciones...

⁴⁴ En Internet: <http://www.leychile.cl/Navegar?idLey=19496>

⁴⁵ En Internet: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1480_2011.html

⁴⁶ En Internet:

http://www.impresanacional.go.cr/editorialdigital/libros/textos%20juridicos/ley_de_promocion_de_la_competencia_y_defensa_efectiva_del_consumidor_y_su_reglamento.pdf

Consumidor

Toda persona *física o entidad de hecho o de derecho*, que, como *destinatario final*, adquiere, disfruta o utiliza los bienes o los servicios, o bien, recibe información o propuestas para ello. También se considera consumidor al *pequeño industrial o al artesano* -en los términos definidos en el Reglamento de esta Ley- que adquiera productos terminados o insumos para integrarlos en los procesos para producir, transformar, comercializar o prestar servicios a terceros." (la cursiva es nuestra)

3.2.1.6 México:

LEY FEDERAL DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR (Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 24 de diciembre de 1992, texto vigente según reforma del 13-05-2016)⁴⁷

“ARTÍCULO 2.- Para los efectos de esta ley, se entiende por:

I. Consumidor: la persona *física o moral* que adquiere, realiza o disfruta como *destinatario final* bienes, productos o servicios. Se *entiende también* por consumidor a la persona *física o moral* que adquiera, almacene, utilice o consuma bienes o servicios con objeto de *integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación de servicios a terceros, únicamente para los casos a que se refieren los artículos 99 y 117 de esta ley.*

Tratándose de *personas morales* que adquieran bienes o servicios para integrarlos en procesos de producción o de servicios a terceros, sólo podrán ejercer las acciones a que se refieren los referidos preceptos cuando *estén acreditadas como microempresas o microindustrias* en términos de la Ley para el Desarrollo de la Competitividad de la Micro, Pequeña y Mediana Empresa y de la Ley Federal para el Fomento de la Microindustria y la Actividad Artesanal, respectivamente y conforme a los requisitos que se establezcan en el Reglamento de esta ley.”

“ARTÍCULO 99.- La Procuraduría recibirá las quejas o reclamaciones de los consumidores de manera individual o grupal con base en esta ley, las cuales podrán presentarse en forma escrita, oral, telefónica, electrónica o por cualquier otro medio cumpliendo con los siguientes requisitos:...

Las reclamaciones de *las personas físicas o morales* a que se refiere la fracción primera del artículo 2 de esta ley, que *adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios con objeto de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación de servicios* a terceros, serán procedentes siempre que el monto de la operación motivo de la reclamación *no exceda de \$473,099.00.*”

“ARTÍCULO 117.- La Procuraduría podrá actuar como árbitro entre consumidores y proveedores cuando los interesados así la designen y sin necesidad de reclamación o

⁴⁷ En Internet: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lfpc.htm>

procedimiento conciliatorio previos, observando los principios de legalidad, equidad y de igualdad entre las partes.

Cuando se trate de aquellas personas *físicas o morales a que se refiere la fracción primera del artículo 2 de esta ley, que adquieren, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios con objeto de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación de servicios* a terceros, la Procuraduría podrá fungir como árbitro siempre que el monto de lo reclamado *no exceda de \$473,099.00.*” (la cursiva es nuestra)

3.2.1.7 Perú:

CODIGO DE PROTECCION Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR Ley N° 29571⁴⁸

“Artículo IV.- Definiciones

Para los efectos del presente Código, se entiende por:

1. Consumidores o usuarios

1.1 Las personas *naturales o jurídicas* que adquieren, utilizan o disfrutan como *destinatarios finales* productos o servicios materiales e inmateriales, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, actuando así en un *ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional*. No se considera consumidor para efectos de este Código a quien adquiere, utiliza o disfruta de un producto o servicio normalmente destinado para los fines de su actividad como proveedor.

1.2 Los *microempresarios que evidencien una situación de asimetría informativa* con el proveedor respecto de aquellos productos o servicios que no formen parte del giro propio del negocio.

1.3 En caso de duda sobre el destino final de determinado producto o servicio, se califica como consumidor a quien lo adquiere, usa o disfruta...” (la cursiva es nuestra)

Al respecto, explica Melissa Zupan Arispe⁴⁹ que " la jurisprudencia del INDECOPI ha señalado que en el supuesto que una persona contrate un servicio en el ámbito de una actividad empresarial o económica, – y, por lo tanto, no sea aplicable el supuesto contenido en el numeral 1.1 del artículo IV del Código de Consumo -, corresponderá analizar si califica como consumidor por tratarse o no de un microempresario. Luego de ello, corresponderá analizar si es que el producto contratado corresponde o no al “giro del

⁴⁸ En Internet: <http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates&fn=default-1043.htm&vid=Ciclope:CLPdemo>

⁴⁹ ZUPAN ARISPE, Melissa, "La definición actual de “consumidor” según el INDECOPI". En Internet: <http://elcristalroto.pe/regulatorio/proteccion-al-consumidor/la-definicion-actual-de-consumidor-segun-el-indecopi/> Consultado el 25/05/16.

negocio” del adquiriente y, además, si es que existe o no “asimetría informativa” entre las partes involucradas en la relación de consumo.

De esta manera, el segundo nivel de análisis de la calidad de “consumidor” que propone el Código de Consumo, establece como primer requisito para acceder a dicha categoría, el que el denunciante sea un microempresario... Asimismo, verificada esta condición, se podrá analizar el segundo y tercer requisitos respectivamente, referidos al giro del negocio del denunciante y a la eventual existencia de asimetría informativa entre proveedor y consumidor.

Al respecto, en cuanto al requisito de contratar un servicio ajeno al “giro del negocio”, cabe mencionar que la jurisprudencia emitida por el INDECOPI sostiene que los productos o servicios relacionados con el “giro del negocio” son aquellos inherentes a la actividad económica del microempresario, es decir, son absolutamente imprescindibles para el desarrollo de sus actividades, tales como: (i) la materia prima y/o materiales fabricados que sirven de insumos para elaborar determinados productos; o, (ii) las maquinarias o instrumental necesarios para prestar determinados servicios. Por otro lado, no son productos o servicios relacionados con el “giro del negocio” aquellos que, pese a ser transversales y complementarios de la actividad económica del microempresario, no son absolutamente imprescindibles para el desarrollo de la misma, dentro de los cuales se contemplan, por ejemplo, los servicios de publicidad, transporte de mercaderías e incluso determinados servicios financieros...”

El INDECOPI⁵⁰ es el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. Cuenta con un Tribunal, de carácter administrativo, una de cuyas Salas está especializada en protección al consumidor⁵¹, y funciona en última instancia administrativa y con alcance nacional.

3.2.1.8 Uruguay:

Ley N° 17250

“Artículo 2

Consumidor es toda persona *física o jurídica* que adquiere o utiliza productos o servicios como *destinatario final* en una relación de consumo o en función de ella.

No se considera consumidor o usuario a aquel que, sin constituirse en destinatario final, adquiere, almacena, utiliza o consume productos o servicios con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación o comercialización.”⁵² (la cursiva es nuestra)

3.2.1.9 Comparación

Comparando las anteriores soluciones normativas, puede concluirse que en los ocho ejemplos latinoamericanos se incluyen tanto a las personas físicas como a las jurídicas en el concepto de “consumidor”.

⁵⁰ En Internet: <https://www.indecopi.gob.pe/inicio>

⁵¹ En Internet: <https://www.indecopi.gob.pe/introduccion1>

⁵² En Internet: <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/17250-2000>

Por otro lado, en las leyes de Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, México, Perú y Uruguay se alude al consumidor como "destinatario final".

Sin embargo, lo anterior presenta matices, pudiéndose formular las siguientes distinciones:

- a) Las normas de Perú, México y Costa Rica incluyen como consumidores a otros adquirentes de bienes y servicios, que son considerados también en situación de vulnerabilidad:

Así, la ley peruana, como se ha visto, incluye a "Los microempresarios que evidencien una situación de asimetría informativa con el proveedor respecto de aquellos productos o servicios que no formen parte del giro propio del negocio".

En México se entiende también como consumidor a la persona física o moral que adquiera, almacene, utilice o consuma bienes o servicios con objeto de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación de servicios a terceros en casos de que la reclamación siempre que el monto de la operación motivo de la reclamación no exceda de \$473,099.00. Tratándose de personas morales, se añade como requisito el de que estén acreditadas como microempresas o microindustrias en términos de la Ley para el Desarrollo de la Competitividad de la Micro, Pequeña y Mediana Empresa y de la Ley Federal para el Fomento de la Microindustria y la Actividad Artesanal (arg. conf. arts. 2, 99 y 117 LEY FEDERAL DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR)

Por su parte, la normativa costarricense también considera consumidor "al pequeño industrial o al artesano -en los términos definidos en el Reglamento de esta Ley- que adquiera productos terminados o insumos para integrarlos en los procesos para producir, transformar, comercializar o prestar servicios a terceros." Estos ordenamientos expresamente se decantan por un sistema "finalista atenuado".

- b) Colombia opta por una terminología diferente para incluir a los empresarios como consumidores, apuntando no a la calidad de microempresario, sino al "tipo" de acto realizado, pues igual será considerado consumidor la natural o jurídica que, como destinatario final, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto, cualquiera que sea su naturaleza para la satisfacción de una necesidad empresarial, siempre que esta necesidad "no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica" (arg. conf. art. 5 ley 1480) Se enrola así en otra variante del sistema "finalista atenuado"
- c) Chile, en cambio, se ubica en un sistema finalista puro, por lo menos desde la letra de la ley, pues esta expresamente prescribe que en ningún caso podrán ser considerados consumidores a las personas naturales o jurídicas, de carácter público o privado, que habitualmente desarrollen actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución o comercialización de bienes o de prestación de servicios a consumidores, por las que se cobre precio o tarifa. (arg. conf. arts. 1 y 2 ley 19.496)

- d) Lo mismo puede predicarse de Uruguay, cuya ley excluye a quien adquiere, almacena, utiliza o consume productos o servicios con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación o comercialización (arg. conf. art. 2 ley 17.250)
- e) Brasil y Bolivia, si bien se ubican dentro del sistema finalista, por exigir la condición de destinatario final para ser considerado consumidor, al no contener normas expresas de exclusión como las de Chile y Uruguay, facilitan una interpretación atenuada que incluya como consumidores a aquellos que hayan adquirido un bien o servicio, aunque se lo integre a una actividad empresarial, comercial o profesional, siempre que se haya adquirido en condiciones de asimetría o desigualdad negocial o que la finalidad de la adquisición no sea predominantemente atribuible a su actividad empresarial ni a su actividad profesional independiente.

3.2.2. Europa

Como se sabe, en determinados países europeos existe un ordenamiento jurídico multinivel, compuesto por la normativa comunitaria y el derecho interno

3.2.2.1. La normativa de la Unión Europea y el concepto de consumidor:

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁵³ (En adelante, la Carta), se refiere a los consumidores en su capítulo IV, aunque de modo harto escueto.

En efecto, en el artículo 38, se limita a enunciar que *“Las políticas de la Unión garantizarán un alto nivel de protección de los consumidores”*.

Con todo, entendemos importante la norma en cuestión por lo siguiente:

a) *Consagra al derecho a la protección o defensa de los consumidores como un Derecho Fundamental*. Cabe destacar que, con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, en diciembre de 2009, la Carta adquirió el mismo carácter jurídico vinculante que los Tratados.

b) Se menciona este derecho dentro del Capítulo IV, titulado *“SOLIDARIDAD”*, junto con temas relativos al Derecho laboral (arts. 27 a 32) familiar (art. 33), de la Seguridad Social (art. 34), de la Salud (art. 35) servicios de interés económico general (art. 36), y protección del medio ambiente (art. 37).

Entendemos que el principio de solidaridad se proclama como herramienta de protección de la parte débil (trabajador, pensionado, paciente, habitante en un entorno ambientalmente desfavorecido, consumidor, etc.) quien, por si solo y en forma aislada no puede lograr una efectiva defensa y ejercicio de sus derechos e intereses. Vale decir que se proclama al principio de solidaridad como herramienta para compensar las condiciones de desequilibrio sistémico propio del actual sistema de producción y distribución masificado

⁵³ En Internet: http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf

de bienes y servicios en el cual los individuos intervinientes no están en igualdad de condiciones.

c) El artículo 38 de la Carta debe complementarse con el 47, que consagra el “Derecho a la tutela judicial efectiva”, en los siguientes términos:

“Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo.

Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley. Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar.

Se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia.”

A su turno, la norma citada debe interpretarse y complementarse con el resto de las disposiciones que constituyen lo que podría llamarse el “Derecho de la Unión Europea”.

Por ejemplo, el art. 19 del Tratado de la Unión Europea, en cuanto impone a los Estados miembros a establecer “las vías de recurso necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión”⁵⁴, y el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13, del Consejo, de 5 de abril de 1993⁵⁵, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (en adelante, la Directiva 93), dado que esta norma dispone que “Los Estados miembros velarán por que, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores.”

La citada Directiva 93, define al consumidor como “*toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional;*” (conf. Art. 2, inc. b).

Como puede apreciarse, la Directiva 93 solo considera consumidor a personas físicas, a diferencia de nuestro ordenamiento positivo, que incluye a las jurídicas.

Por otra parte, en lugar de “destinatario final” o expresión equivalente, exige un “propósito ajeno” a su actividad profesional. Esta terminología se observará en varios ordenamientos jurídicos europeos.

En similar sentido, la Directiva 2014/17/UE⁵⁶ del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las

⁵⁴ Art. 19, según la “Versión consolidada del Tratado de la Unión Europea”. En Internet: <http://www.boe.es/doue/2010/083/Z00013-00046.pdf>

⁵⁵ En Internet: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31993L0013:es:HTML>

⁵⁶ Disponible en Internet: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=DOUE-L-2014-80363 Consultado: 14/08/16.

Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) n° 1093/2010, se remite a la definición de "consumidor" que aparece en el artículo 3, letra a), de la Directiva 2008/48/CE.

En la citada Directiva 2008/48/CE⁵⁷, relativa a los contratos de crédito al consumo, se define al consumidor como "persona física que, en las operaciones reguladas por la presente Directiva, actúa con fines que están al margen de su actividad comercial o profesional;"

3.2.2.2. Alemania:

El Código Civil Alemán, Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), define al consumidor en su artículo 13:

" Es consumidor toda *persona natural* que celebra un negocio jurídico con un fin que *no es predominantemente atribuible* a su actividad empresarial ni a su actividad profesional independiente."⁵⁸ (la cursiva es nuestra)

3.2.2.3. España:

Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias

“Artículo 3. Concepto general de consumidor y de usuario.

A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas *físicas* que actúen con un *propósito ajeno* a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.

Son también consumidores a efectos de esta norma las *personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica* que actúen *sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno* a una actividad comercial o empresarial.”⁵⁹ (la cursiva es nuestra)

3.2.2.4. Francia:

El caso francés es interesante porque no existe en su Derecho una definición general de consumidor.

⁵⁷ Disponible en Internet: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:133:0066:0092:ES:PDF> Consultado: 14/08/16.

⁵⁸ Traducción del autor. Original: "Verbraucher ist jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu Zwecken abschließt, die überwiegend weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können." En Internet: https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_13.html

⁵⁹ En Internet: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-20555>

El “Código de Consumo”⁶⁰ francés, es una compilación o “consolidación” de la legislación existente, realizada a través de la ley del 26/07/1993 y sucesivamente actualizada.

En dicho cuerpo normativo, en distintos libros, se tratan materias diversas⁶¹. En los distintos libros podemos encontrar definiciones “específicas” de consumidores.

Por ejemplo, en el Libro II, dedicado a la formación y ejecución de los contratos se menciona pero no se define a los consumidores (salvo por contraste, dado que se regulan en este libro los contratos entre profesionales ("professionnels") y consumidores ("consommateurs"))

En cambio, en el Libro III, referido al crédito a consumidores, el art. L311-1 define en su inciso 2º al “prestatario o consumidor” como "toda persona *física* que está relacionada con un prestamista o un intermediario de crédito, como parte de una operación de crédito completado o propuesto para *un fin ajeno* a su actividad comercial o profesional;..."⁶² (la cursiva es nuestra)

El Libro VII, que se ocupa del tratamiento de las situaciones de sobreendeudamiento, prescribe en el art. L711-1 que "El beneficio de las medidas de tratamiento de sobreendeudamiento está abierto a *personas físicas de buena fe*."⁶³ Seguidamente, limita dicho beneficio a las “*deudas no profesionales* vencidas o por vencer”⁶⁴. (la cursiva es nuestra)

Como puede apreciarse, en estos dos últimos libros se excluye de la protección tanto a las personas jurídicas (en cualquier caso), como los contratos y/ o deudas contraídas por personas físicas en el ejercicio de actividades profesionales.

3.2.2.5. Italia:

⁶⁰ Ver en Internet: Code de la consommation (versión consolidada al 1 de julio de 2016), en <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006069565>

⁶¹ En ocho Libros el "Code" se ocupa, sucesivamente de la información de los consumidores y prácticas comerciales, formación y ejecución de los contratos, crédito a consumidores, garantía de cumplimiento y seguridad de productos y servicios, poder de policía en materia de consumo, resolución de litigios, tratamiento de las situaciones de sobreendeudamiento y, por último, la regulación de las asociaciones de consumidores.

⁶² Traducción del autor. Original: "...toute personne physique qui est en relation avec un prêteur, ou un intermédiaire de crédit, dans le cadre d'une opération de crédit réalisée ou envisagée dans un but étranger à son activité commerciale ou professionnelle ;..." En Internet:

https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?jsessionid=4CCAC23D3FAA87F374DB165F5DC9DDB9.tpdila07v_1?idSectionTA=LEGISCTA000032226218&cidTexte=LEGITEXT000006069565&dateTexte=20160706

⁶³ Traducción del autor. Original: "Le bénéfice des mesures de traitement des situations de surendettement est ouvert aux personnes physiques de bonne foi." En Internet:

https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?jsessionid=4CCAC23D3FAA87F374DB165F5DC9DDB9.tpdila07v_1?idSectionTA=LEGISCTA000032224609&cidTexte=LEGITEXT000006069565&dateTexte=20160706 Consultado: 12/08/16

⁶⁴ Traducción del autor. Original: "...dettes non professionnelles exigibles et à échoir." En Internet:

https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?jsessionid=4CCAC23D3FAA87F374DB165F5DC9DDB9.tpdila07v_1?idSectionTA=LEGISCTA000032224609&cidTexte=LEGITEXT000006069565&dateTexte=20160706 Consultado: 12/08/16

DECRETO LEGISLATIVO 6 settembre 2005, n. 206 (Codice del consumo)

"ARTICOLO N.3

Definizioni

1. Ai fini del presente codice ove non diversamente previsto, si intende per:
a) consumatore o utente: la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta;..."⁶⁵

"ARTÍCULO N° 3

Definiciones

1. A los fines de este Código excepto previsiones en contrario, se entiende por:
a) consumidor o usuario: la persona *física* que actúe con *fines ajenos* a la actividad empresarial, comercial, artesanal o profesional; ..." (la cursiva es nuestra)

3.2.2.6. Suecia:

Ley (1994: 1512) sobre los contratos de consumo

"§ 2

Consumidor: una persona *física* actuando *primordialmente por propósitos que quedan fuera* de los negocios comerciales,

Comerciante: una persona física o jurídica que actúe con fines relacionados con sus actividades comerciales, ya sea si es pública o privada."⁶⁶ (la cursiva es nuestra)

3.2.2.7 Comparación

Comparando las anteriores soluciones normativas, en los ejemplos europeos el concepto de consumidor se restringe a las personas físicas, con la única excepción de España. A nivel Derecho de la Unión Europea también se observa esta restricción, en las Directivas 93, 2008/48/CE y 2014/17/UE

Por otra parte, a nivel interno, el concepto de consumidor se restringe al adquirente de bienes y servicios para uso no comercial, empresarial o profesional (casos de Francia, Italia, España y la Directiva 93), mientras que en los casos de Alemania y Suecia se observa un finalismo atenuado, dado que basta para considerar consumidor el que la

⁶⁵ En Internet: <http://www.normattiva.it/ricerca/avanzata/vigente> Consultado: 12/08/16

⁶⁶ Traducción del autor. Original: "2 § I lagen avses med konsument: en fysisk person som handlar huvudsakligen för ändamål som faller utanför näringsverksamhet, näringsidkare: en fysisk eller juridisk person som handlar för ändamål som har samband med hans näringsverksamhet, oavsett om den är offentlig eller privat". En Internet: <http://www.riksdagen.se/sv/dokument-lagar/dokument/svensk-forfattningssamling/lag-19941512-om-avtalsvillkor-i-sfs-1994-1512> Consultado: 12/08/16

adquisición del bien o servicio no tenga una finalidad primordial o predominantemente atribuible al ejercicio de actividades comerciales, empresariales o profesionales⁶⁷.

3.3 Conclusión parcial (de puntos 3.1. a 3.2.2.7)

El análisis de los diferentes sistemas normativos (nueve países latinoamericanos, incluido el nuestro, por un lado, el sistema de la Unión Europea y el de cinco países europeos por el otro), muestra que el concepto de consumidor no es unívoco y, en particular:

* Que la propiedad “persona física” es relevante⁶⁸ en algunos sistemas normativos, pues solo la persona jurídica puede ser considerado consumidor, mientras que en otros sistemas no lo es, pues las personas jurídicas pueden ser consumidores, contándose el sistema argentino en este último grupo.

* Que la propiedad “destinatario final” se predica en algunos sistemas con absoluta exclusión de cualquier otro destino, mientras que en otros se admiten excepciones o la vaguedad del término permite tanto interpretaciones amplias como restrictivas, contándose el sistema argentino en este último grupo.

3.4. Consumidor y relación de consumo en la República Argentina

Nuestra Constitución Nacional, en su art. 42, concede un plexo de derechos al consumidor, en tanto y en cuanto es parte de una “relación de consumo”. Sin embargo, nuestra Carta Magna no define a la “relación de consumo”, lo que permitió a la doctrina y jurisprudencia sostener que se trata de un vínculo que puede ser de carácter contractual o extracontractual, según el caso.

Así, por ejemplo, Highton de Nolasco afirmó que "independientemente de que la responsabilidad sea contractual o extracontractual, de lo que no cabe duda es de que la relación entre el concesionario de una ruta y quien transita por ella previo pago de un peaje es un usuario involucrado en una típica relación de consumo. El propio art.42 de la Constitución Nacional adopta esta expresión de "relación de consumo" para evitar circunscribirse a lo contractual y referirse con una visión más amplia a *todas las circunstancias que rodean o se refieren o constituyen un antecedente o son una*

⁶⁷ Por ejemplo, el caso de la compra de una impresora para uso hogareño que ocasionalmente se usa para imprimir facturas o presupuestos de trabajo.

⁶⁸ Propiedad relevante, en el sentido de que el legislador realizó específicamente la distinción “persona física”, excluyendo a las jurídicas de la definición de consumidor. ALCHOURRÓN, Carlos, BULYGIN, Eugenio, *Sistemas Normativos*. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas, Editorial Astrea, 2º edición revisada, primera reimpresión, año 2012. p. 158

*consecuencia de la actividad encaminada a satisfacer la demanda de bienes y servicios para destino final de consumidores y usuarios".*⁶⁹ (la cursiva es nuestra).

Como se ve, la noción de relación de consumo es más amplia que la de contrato de consumo.

Pensamos que la relación de consumo es de naturaleza obligacional y como tal tiene como uno de sus elementos a la causa fuente o fuente de la obligación. La fuente contractual de la relación de consumo es el llamado contrato de consumo.

La fuente extracontractual se refiere a hechos dotados de virtualidad jurídica como para vincular a consumidores con proveedores. En palabras de Highton de Nolasco, son todas las circunstancias que rodean o se refieren o constituyen un antecedente de la actividad encaminada a satisfacer la demanda de bienes y servicios para destino final de consumidores y usuarios. Son anteriores a cualquier contrato que celebre el consumidor con el proveedor.

Por ejemplo, la publicidad que se haga de un producto o servicio, tiene efectos jurídicos (art. 8 LDC y 1103 CCC). Lo mismo ocurre con una oferta, en los términos del art 7º LDC, o la información que se brinde a un cliente que ingresa al local o consulta telefónicamente (arg. art. 4 LDC y 1100 CCC) Son todos actos anteriores e independientes de una eventual y posterior contratación y, sin embargo, igualmente resultan causa fuente de la relación de consumo.

Dicho de otra manera, aunque todavía no haya contrato, igual puede haber relación de consumo. Por ejemplo, cuando un proveedor hace una publicidad, ya se está vinculando jurídicamente con consumidores potenciales, (arg. conf. arts. 8 y 19 LDC y 1103 CCC), ya hay relación de consumo y, por ende, el consumidor ya goza de la protección del art. 42 de la CN.

En su actual texto, tanto el art. 3º de la LDC como el art. 1092 del CCC expresan que “Relación de consumo es el vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario.”. Lo único que nos indica esta frase es que el legislador buscó ampliar el ámbito de protección de los consumidores y no ceñirse a la existencia o no de un contrato de consumo. El “vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario”, podrá tener fuente contractual o no (como en el caso de la oferta o la publicidad antes mencionados). Incluso, no será necesario desentrañar si entre proveedor y consumidor hay contrato o aún no se había formado el consentimiento.

Por ejemplo, el caso de una persona que ingresa a un hipermercado y resbala con una mancha de aceite que estaba en uno de los pasillos. Algunos pueden pensar que ya había contrato, desde el momento en que el consumidor ingresó en el local (el permitirle el ingreso por parte del propietario del hipermercado y el ingresar por parte del consumidor son conductas que formaron el consentimiento en forma tácita, conf. art. 1145 Código Civil derogado o 979 CCC). Otros pueden pensar que aún no había ningún contrato pero, en cualquiera de los dos casos, parafraseando a Highton de Nolasco, el ingresar al local es, por lo menos, un *antecedente* de un futuro contrato de consumo. Dicho de otra manera,

⁶⁹ Conf. RINESSI, Antonio J., “La desprotección de los usuarios viales”, *Revista de derecho de daños* n° 3, Accidentes de tránsito "III. Rubinzal-Culzoni, Bs. As.- Santa Fe, 1998, p.111/137

aunque no haya contrato, al ingresar al local nace un vínculo jurídico (que llamamos relación de consumo) entre proveedor y consumidor. De este vínculo, nace, entre otros, el deber de prestar un servicio que no presente “peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios” (arg. conf. art. 5° LDC). El CCC refuerza esta idea, al declarar en el art. 1096 que las disposiciones de dicho cuerpo normativo, referidas a los derechos de trato digno, trato equitativo y no discriminatorio, libertad de contratar, información e incorporación al futuro contrato de las precisiones efectuadas a través de la publicidad, son aplicables a todas las personas expuestas a las prácticas comerciales, determinables o no. Es decir, que no se busca proteger solamente al consumidor que ya realizó un contrato o recibió una oferta sino también a los consumidores potenciales o indeterminados.

3.5. Relación de consumo y sociedad de consumo

Implícitamente, el concepto de relación de consumo remite al de sociedad de consumo. En otros términos, esta “relación de consumo” que nos ocupa, es una relación de consumo masificado, una relación entre un proveedor de bienes o servicios y los consumidores de esos bienes o servicios, que tiene lugar en una sociedad donde se consumen dichos bienes o servicios en forma masiva.

Es así que, cuando hoy día hablamos de productos elaborados, en realidad, nos referimos a “productos elaborados en serie o en forma masiva”, por un sujeto al que podemos llamar productor, fabricante o, como hace la LDC, proveedor, y destinados a un público potencial, solo determinado por características generales (vgr. los menores, los mayores de 30 años, los hombres, las mujeres, los profesionales, los vegetarianos, los “amantes de los coches deportivos”, “los que buscan una alimentación sana”, los fumadores, etc).

Estos productos pueden ser de compleja elaboración (vgr. una computadora o un teléfono celular) o de sencilla elaboración (una comida).

Por otro lado, no siempre, pero en muchas ocasiones, estos productos elaborados llegan al consumidor o usuario a través de una red de comercialización, compuesta por el fabricante y diversos intermediarios (vendedores, agentes, importadores, distribuidores, concesionarios, franquiciantes, transportistas, etc).

Por otra parte, al referirnos a prestación de servicios, en realidad, nos referimos a “prestación de servicios en serie o en forma masiva”, por un sujeto al que podemos llamar prestador o, como hace la LDC, proveedor, y destinados a un público potencial, solo determinado por características generales (vgr. los menores, los mayores de 30 años, los hombres, las mujeres, los profesionales, los vegetarianos, los “amantes de los coches deportivos”, “los que buscan una alimentación sana”, los fumadores, etc). La repetición de los ejemplos es intencional, porque, por ejemplo, a los fumadores, hoy día tan perseguidos por su habito, se les puede brindar un producto elaborado, (vgr. una pipa, tabaco, cigarros) y un servicio (vgr. un salón para fumar, con sillas mesas, juegos de mesa, personal que los atiende, música ambiental, adecuada ventilación, lugares para guardar su tabaco a la temperatura y humedad adecuada, etc)

Igual que en el caso de los productos elaborados, no siempre, pero en muchas ocasiones, estos servicios llegan al consumidor o usuario a través de una red de comercialización, compuesta por el prestador y diversos intermediarios (agentes, franquiciantes, licenciarios, etc).

La sociedad actual presenta, entonces, una economía de intenso intercambio realizado a través del sistema de mercado. A esta sociedad, también se la suele llamar "sociedad de consumo", aunque, estrictamente, el consumo masificado es una consecuencia de la expansión del mercado.

En un trabajo anterior, propusimos llamarla *Sociedad Mercatizada*⁷⁰, en la creencia de que esta expresión refleja el hecho de que, hoy día, la mayor parte de la actividad de los millones de las personas que componemos dicha sociedad se realiza a través del mecanismo del mercado. Dicho en otras palabras, es casi imposible que cualquiera de nosotros pueda producir ni la tercera parte de los bienes y servicios que necesita consumir.

Esta Sociedad Mercatizada presenta una dinámica propia, a través de la cual, más y más actividades se van mercatizando.⁷¹

Ahora bien, para "mercatizar" hay que homogeneizar necesidades. Esto es así, porque las necesidades homogéneas generan una demanda a satisfacer.

⁷⁰ En el artículo "La publicidad inductiva en la Sociedad Mercatizada y el Contrato de Consumo". En Internet, puede verse en <http://www.jurisconsultora.com.ar/publicidadinduc.html>.

⁷¹ Expresa Bauman: "En su versión dominante "Whig" (vale decir, en su "transcripción oficial", multiplicada tanto por las descripciones académicas como por el imaginario popular), la historia de la humanidad es representada como una larga marcha hacia la libertad personal y la racionalidad. Su último estadio, el pasaje de una sociedad de productores y soldados a una de consumidores, se describe como el proceso de emancipación gradual de los individuos de sus condiciones originales de "no opción" y luego de "opción limitada", de los escenarios guionados y las rutinas obligatorias, de todos los vínculos preordenados, prescritos y no negociables, y de los patrones de comportamiento compulsivo o resistentes. En resumen, ese pasaje es presentado como un salto más, quizás el definitivo, de un mundo de restricciones y falta de libertad a uno de autonomía individual y dominio de sí mismo. La mayoría de las veces, se afirma que ese pasaje representa el triunfo final del derecho del individuo a la autoafirmación, entendida en tanto soberanía indivisible del sujeto liberado, una soberanía que a su vez tiende a ser interpretada como el derecho del individuo a elegir libremente. *Cada miembro de una sociedad de consumidores se define, primero y ante todo, como homo eligens.* La otra transcripción latente, que pocas veces o nunca se ventila en público pero que funciona como disparador invisible e indispensable de la primera, nos mostraría esa misma transformación social bajo una luz muy diferente. En vez de ser un paso hacia la emancipación definitiva de una multiplicidad de restricciones externas, ese pasaje nos mostraría *la conquista, aneación y colonización de la vida por parte de los mercados.* El significado profundo (por reprimido y oculto) de esa conquista y colonización es la elevación a la categoría de preceptos de vida de las leyes escritas y no escritas de los mercados, esa clase de preceptos que sólo pueden ignorarse a riesgo personal y que suele castigarse con la exclusión. Las leyes del mercado se aplican equitativamente sobre las cosas elegidas y sobre quienes las eligen. Sólo los bienes de cambio pueden entrar por derecho propio en los templos del consumo, ya sea por la puerta de los "productos" o por la de "clientes". En el interior de esos templos, tanto los objetos de adoración como los devotos son bienes de cambio. La vida política ha sido desregulada, privatizada y confinada así también al ámbito de los mercados, característica que distingue a la sociedad de consumidores de toda otra forma de comunidad humana. Como en una parodia grotesca del imperativo categórico kantiano, los miembros de una sociedad de consumidores está obligados a seguir los mismísimos patrones de comportamiento que los objetos de consumo" (BAUMAN, Zygmunt, *Vida de consumo*, 1ª edición, p. 88 y ss., Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2008, la cursiva es nuestra).

Si las necesidades son heterogéneas (son distintas entre sí), se dificulta la oferta (generalmente no es rentable ofrecer algo que solo quieren muy pocos).

En cambio, las necesidades homogéneas implican una “socialización” de gustos: cuanto más le guste a cada persona lo mismo que les gusta a las demás, mayor demanda de un mismo bien habrá.

La sociedad de masas es una sociedad de gustos y necesidades fuertemente socializados. Gustos y necesidades socializados, en oposición a gustos y necesidades individuales.

Lo anterior, paradójicamente, incluye, como elemento imprescindible y caracterizante de la sociedad de consumo, a la “ilusión de elegir”.

En ese sentido, expresa Bauman⁷² que "(p)ara sobrevivir, y mucho más para prosperar, el mercado de consumo debe hacer al consumidor, antes, a su propia imagen: la competencia le ofrece la elección, y la posibilidad de elegir hace atractiva la oferta.

El mito del consumidor exigente, y el del mercado como proveedor de la libre elección y guardián de la libertad de expresar preferencias, se alimentan y cultivan recíprocamente. Sin el primero, sería difícil imaginar al segundo. El buen consumidor es el que aprecia el derecho a elegir más que el objeto que se elegirá, y celebra sus visitas al mercado como la pública manifestación de su sabiduría. La amplia variedad de productos exhibidos, junto a la posibilidad de elegir uno entre muchos otros, eleva a cualquier aficionado a la categoría de *connaisseur*.”

Al respecto, analizando nuestro derecho, la LDC, si bien no lo dice expresamente, parte de la base de que, en la relación de consumo, las partes (proveedor y consumidor) cumplen dos papeles muy diferenciados:

1) El Proveedor cumple un rol activo (“arma” el negocio, lo conoce, emite la publicidad, emite la oferta, redacta unilateralmente el modelo de contrato, etc. En definitiva, “está metido 100% en ese tema”). Además, la conducta del proveedor está dirigida a “vender”, es decir, a comercializar el bien o servicio. Esa es su “misión”, su objetivo.

2) El usuario cumple un rol pasivo (no “arma” ni conoce el negocio. El usuario “desea” o “necesita” el bien o servicio, pero no lo conoce en profundidad, sino, principalmente, a través de la publicidad que recibe. El usuario recibe la oferta y adhiere a un contrato ya redactado. En definitiva “no está, ni tiene tiempo y/o ganas y/o posibilidades de meterse 100% en ese tema”). A diferencia del proveedor, la conducta del consumidor o usuario generalmente se caracteriza por la ambivalencia: “quiere y no quiere adquirir el bien o servicio”.

Esta diferencia (uno sabe claramente lo que quiere y el otro no) hace presumir que el proveedor se encuentra en posición ventajosa y puede aprovecharse de esa ventaja a través de cláusulas y/o prácticas abusivas.

⁷² BAUMAN, Zygmunt, *Trabajo, Consumismo y Nuevos Pobres*, Gedisa, 2000, pp. 91 y 92. ISBN: 9788474327502

Hasta los conceptos de “proveedor” y “consumidor” resultan ilustrativos de la posición asignada en la sociedad de consumo. El proveedor es el que suministra bienes o servicios, es él que hace. Hay hasta una connotación “paternal” en la palabra: El padre es el que provee a la familia.

En cambio, el consumidor es el que utiliza comestibles u otros bienes para satisfacer necesidades o deseos, es el que gasta (energía o un producto), es incluso el que destruye y extingue.

Exagerando, el consumidor casi parece un chico irresponsable al que el otro (el proveedor) tiene que mantener y al que el Estado debe defender.

Por lo anterior, la relación de consumo masificado presenta dos características notables y distintivas:

1) Impersonalidad entre las partes de dicha relación (gráficamente, el proveedor es un ente incorpóreo y el consumidor, un numero)

2) Desnivel volitivo entre las partes de dicha relación (como ya hicimos notar, mientras que la voluntad del proveedor está puesta en comercializar un bien o servicio que conoce en profundidad y obtener las mayores ventajas económicas, la voluntad del consumidor se muestra ambivalente y a consecuencia de ello disminuida, porque generalmente carece de suficiente información, tiempo y conocimientos básicos para analizar detalladamente el bien o servicio que va a adquirir, unido al hecho de que por lo común su libertad de elección se encuentra restringida por la existencia de mercados oligopólicos o monopólicos y a que accede al conocimiento del bien o servicio en cuestión, a través de la publicidad generada por el propio proveedor, la cual suele generar expectativas que motivan el consumo y que no se corresponden con la realidad).

A nivel psíquico, consumir un bien o un servicio implica satisfacer una necesidad, lo que genera placer y, paradójicamente, culpa por la contraprestación realizada (por lo que se dio a cambio) para satisfacer esa necesidad. Es un placer culposo, que expresa la ambivalencia que caracteriza la conducta del consumidor.

La publicidad efectiva va dirigida a exacerbar ese placer futuro que se obtendrá con el consumo y minimizar u ocultar la culpa o remordimiento que también se sentirá.

En la misma línea, la publicidad también suele trabajar en la dualidad existente entre el lugar de pertenencia del consumidor y el lugar de referencia del consumidor.⁷³

Por ejemplo, piénsese en un profesional universitario que trabaja en relación de dependencia por un sueldo de subsistencia y alquila un departamento de dos ambientes. Su lugar de pertenencia, su “lugar real en el mundo” es ese y la gente que lo rodea pertenece a ese grupo, lo que le produce gran insatisfacción porque él desea “otra cosa” para su vida.

⁷³ Esta terminología está basada en los conceptos de MERTON, Robert K. en *Teoría y Estructura Sociales*, S.L. Fondo de Cultura Económica de España, 2003, 774 págs., ISBN: 9789681667795, en especial, Capítulos X y XI.

¿Qué desea?: Por ejemplo, ser un profesional independiente con altos ingresos, que vive en una gran casa propia, con auto y la posibilidad de viajar por todo el mundo. O ser un guitarrista famoso, rodeado de artistas como él, viviendo en la bohemia. Ese el lugar anhelado, deseado, aquel que motoriza las fantasías y, como consecuencia, también las acciones de la gente. Ese es su lugar de referencia.

Adquirir determinados bienes o servicios nos produce la ilusión de acercarnos a nuestro lugar de referencia, lo que nos genera tanto placer como culpa.⁷⁴

Esta sensación de ambivalencia (placer/culpa) es una de las manifestaciones del desnivel volitivo al que nos refiriéramos antes, porque no se trata solo de que la voluntad del consumidor se encuentre afectada por falta de información y conocimiento para decidir.

Al utilizar la expresión “desnivel” se pretende destacar que la voluntad del consumidor transita por un nivel distinto a la del proveedor: Uno (el proveedor) arma cuidadosamente un negocio y otro (el consumidor) se debate entre satisfacer una necesidad y la culpa que eso le genera.

La ambivalencia, como concepto, es ampliamente conocida por la psicología y por los publicistas, quiénes cuentan con ella a la hora de armar sus campañas publicitarias.

Cabe una inmediata advertencia: no debe pensarse en el consumidor como en una especie de inocente criatura, lleno de pureza y buena fe, que cae en las garras de los proveedores, que a su vez serían sujetos desalmados y malévolos. Esa imagen no solo es pueril, sino peligrosa, por alejada de la realidad.

Ese deseo del consumidor de satisfacer una necesidad para obtener placer a pesar de la culpa es, en gran medida, irracional e inconsciente, es decir, no sujeto a la voluntad.

En este sentido, Lovece, comentando un Proyecto de Ley de Sobreendeudamiento de Consumidores, destaca que “(s)in lugar a dudas el sobreendeudamiento del consumidor es una de las temáticas de trascendencia en la actualidad, que desde hace algún tiempo ha ocupado a prestigiosos doctrinarios tanto civilistas como comercialistas, [...]y que puede tener distintas causas (objetivas o subjetivas), sin embargo no podemos obviar que es el efecto de un modelo de sociedad de consumo cada vez más arraigado y de las crisis sistémicas que, no por ser cíclicas, dejan de presentar nuevas variables que profundizan y expanden sus efectos nocivos.”⁷⁵ (la cursiva es nuestra)

Para Junvent Bas e Izquierdo⁷⁶, “...(e)l hábito de recurrir al crédito se ha instalado en la sociedad de consumo de una manera patente y éste se ha convertido en un producto

⁷⁴ Esto último porque no dejamos de ser conscientes que el hecho de comprar una guitarra Gibson no nos convierte en un artista, sino que, simplemente, seguimos siendo el mismo oficinista de antes...con una guitarra Gibson.

⁷⁵ LOVECE, Graciela Isabel, “El sobreendeudamiento del consumidor. Un proyecto que intenta cubrir la necesidad de una regulación específica”, Suplemento Actualidad, del 11/10/11, p 1. Cita Online: AR/DOC/2829/2011

⁷⁶ JUNYENT BAS, Francisco A., IZQUIERDO, Silvina, “¿Decoctor ergo fraudator? La quiebra de los consumidores”, Suplemento Concursos y Quiebras 2009 (octubre), 01/10/2009, 1 - LA LEY2009-F, 991. Cita Online: AR/DOC/3539/2009

más de adquisición.

De tal forma, el uso del crédito por parte de particulares para acceder a bienes y servicios seduce y convoca a las economías familiares, resignando ahorro y afectando los ingresos normales del hombre común.

En realidad, el sistema capitalista fomenta el consumo sin reparar en cuál sea la capacidad de pago de la persona concreta y es aquí donde se plantea un fenómeno de notable ambivalencia.

En efecto, por un lado, el dador de crédito y de bienes y servicios, que no repara ante su interés de vender y, por el otro, el consumidor que muchas veces no tiene en cuenta el nivel de compromiso que adquiere."

3.5.1 Conclusión parcial (de puntos 3.4 – 3.5)

1) En la relación de consumo, el Proveedor cumple un rol activo y su conducta está dirigida a comercializar el bien o servicio. El consumidor cumple un rol pasivo: "desea" o "necesita" el bien o servicio, pero no lo conoce en profundidad, sino, principalmente, a través de la publicidad que recibe. A diferencia del proveedor, la conducta del consumidor o usuario generalmente se caracteriza por la ambivalencia: "quiere y no quiere adquirir el bien o servicio".

2) La relación de consumo presenta dos características notables y distintivas:

a) Impersonalidad entre las partes de dicha relación.

b) Desnivel volitivo entre las partes de dicha relación.

3.6. La ideología del ahorro y la ideología del consumo

Jeremy Rifkin y Alvin Toffler destacaron una característica distintiva de la economía capitalista de mercado, que tiene directa relación con esta ambivalencia del consumidor, que venimos mencionando: la tensión entre la cultura del ahorro y la del consumo.

Toffler nos dice que "La brecha abierta entre estas dos funciones - productor y consumidor- *creó al mismo tiempo una personalidad dual*. la misma persona que (como productor) era aleccionada por la familia, la escuela y el jefe a renunciar a la gratificación, a ser disciplinada, controlada, morigerada, obediente, a ser un jugador de equipo, era simultáneamente aleccionada (como consumidor) a buscar la gratificación instantánea, a ser hedonista, más que calculadora, a prescindir de la disciplina, a perseguir su placer individual..., en resumen, a ser una clase totalmente distinta de persona. *En Occidente, sobre todo, se dirigió sobre el consumidor toda la potencia de la publicidad, urgiéndole a pedir prestado, a comprar sin reflexión, a "vuele ahora, pagué después"* y, con ello, a realizar un servicio patriótico por mantener en funcionamiento las ruedas de la economía".⁷⁷ (la cursiva es nuestra)

⁷⁷ TOFFLER, Alvin, *La Tercera Ola*, T. I, p. 55, Biblioteca de divulgación científica "Muy Interesante", Hyspamerica, 1986.

Rifkin, por su parte, plantea que “En 1929, la psicología del consumo de masas se había asentado en América. Las tradicionales virtudes de la moderación yankee y del auto-sacrificio fronterizo estaban en vías de desaparición. Aquel año, el Committee on Recent Economic Changes del presidente Herbert Hoover publicó un informe revelador sobre el cambio profundo en la psicología humana que había tenido lugar en menos de una década. El informe finalizaba con una brillante predicción sobre lo que podía ser el futuro de América:

El análisis ha demostrado ampliamente lo que se ha supuesto como cierto durante mucho tiempo, que las necesidades son insaciables; que la satisfacción de una de ellas implica la aparición de otras. La conclusión es que nos enfrentamos a un campo sin límites, que existen nuevas necesidades que no serán más que la iniciación de otras nuevas a medida que aquéllas se satisfagan. .. Mediante la publicidad y otros tipos de mecanismos de promoción... se ha creado un considerable volumen de producción... Parecería como si pudiésemos seguir en nuestro creciente ritmo de actividad... Nuestra situación es afortunada, nuestro momento extraordinario.

Justo unos meses después, la Bolsa de Nueva York entró en quiebra, lanzando a la nación y al mundo en general a la más oscura depresión del mundo moderno.”⁷⁸

A nuestro juicio, resulta fundamental entender que la ideología⁷⁹ del consumo no reemplazó a la del ahorro, sino que ambas se encuentran en pugna y esa pugna fortalece la tensión placer-culpa: placer por consumir, culpa o remordimiento por no ahorrar y viceversa.⁸⁰

La ideología del ahorro apunta al futuro, a la previsión, a la subsistencia. Plantea un sacrificio, en el sentido de resignar la satisfacción inmediata de algunas necesidades, a favor de poder satisfacer necesidades futuras.

La ideología del consumo apunta al presente, al goce inmediato. Se preocupa por satisfacer en forma inmediata una necesidad. “Después ya veremos”, “no hay futuro”, “hay que vivir el hoy”, son sus frases de cabecera.

La ideología del consumo valora a este como un fin a alcanzar y no como un medio. “Hay que consumir”, “hay que comprar”, “hay que tener cosas”. Consumir bienes y servicios es casi un deber, una forma de pertenecer a la sociedad, de no ser un marginal.

Bauman⁸¹ es sumamente descriptivo al respecto: "...es necesario contribuir a la "demanda que agotará la oferta" y, en épocas de crisis económicas, ser parte de la "reactivación impulsada por el consumidor". Los pobres que carecen de un ingreso

⁷⁸ RIFKIN, Jeremy, *El fin del trabajo: Nuevas tecnologías contra puestos de trabajo. El nacimiento de una nueva era*, Paidós Ibérica, 2010, ISBN 9788449323737, pp. 45 y 46.

⁷⁹ Utilizamos la palabra ideología en el sentido que le da la segunda acepción del Diccionario de la Real Academia Española, vigésima segunda edición: Conjunto de ideas fundamentales que caracteriza el pensamiento de una persona, colectividad o época, de un movimiento cultural, religioso o político, etc. Consultar: <http://www.rae.es> .

⁸⁰ Así como en una sociedad se alienta el consumo, en otra sociedad o en otra época de esa misma sociedad se puede alentar el ahorro, es decir, la necesidad de ahorrar. Ahorrar generará placer, “por ponerse a cubierto de lo que puede pasar en el futuro”, o por “contribuir con la grandeza del país”, por ejemplo y simultáneamente culpa, “por no vivir”, “por desperdiciar los mejores momentos”, etc.

⁸¹ BAUMAN, Zygmunt, *Trabajo, Consumismo y Nuevos Pobres*, Gedisa, 2000, p. 139. ISBN: 9788474327502

aceptable, que no tienen tarjetas de crédito ni la perspectiva de mejorar su situación, quedan al margen."

Lo anterior produce en el individuo una auténtica compulsión a consumir.

Imagínese el lector unas vacaciones en un lugar apartado, sin más que hacer que contemplar ociosamente la belleza de la naturaleza que nos rodea.

A la mañana caminamos, a la tarde descansamos y luego, de vuelta a pasear.

Al cabo de un tiempo, (días, horas, semanas) surge la "necesidad" de "comprar" algo. Entiéndase, no hablamos de comprar comida o alguna cosa que nos falte, como sería el caso de una remera en reemplazo de la que se nos rompió. No, nos referimos a cierto "vacío" que solo llenamos si vamos al pueblo o ciudad más cercana a cenar, o comprar alguna cosa "para distraerse" o "porque hay que llevar algún recuerdo a casa", o contratar una excursión "porque hay que hacer excursiones". Es decir, no porque realmente queramos hacerlo, sino porque "si uno va de vacaciones tiene que hacer excursiones" (o ir al teatro si las vacaciones son en algún centro turístico importante), o "tiene que comprar recuerdos porque hay que traer recuerdos de las vacaciones".

Consumir nos define e identifica como sujetos que están dentro del sistema, dentro de la sociedad.

Expresa Bauman: "En la actualidad, los pobres son ante todo "no consumidores", ya no "desempleados". Se los define, en primer lugar, como consumidores expulsados del mercado, puesto que el deber social más importante que no cumplen es el de ser compradores activos y eficaces de los bienes y servicios que el mercado les ofrece. Indudablemente, en el libro de balances de la sociedad de consumo, los pobres son parte del pasivo; en modo alguno podrían ser registrados en la columna de los activos presentes o futuros." ⁸²

Cuando compramos un paquete de caramelos en el kiosco, firmamos nuestra pertenencia a la sociedad de consumo masificado, nos sometemos con una mezcla de disgusto y alivio al sistema.

En las vacaciones, nos escapamos un poquito del sistema, como los chicos que se alejan de sus padres unos metros, pero que al menor peligro de perderlos de vista, se angustian, lloran y vuelven corriendo.

En las vacaciones, transgredimos las reglas, unos más, otros menos, pero siempre volvemos a la sociedad de consumo.

La posibilidad de estar "afuera" nos angustia y es perfectamente legítimo que nos angustie, porque no estamos en condiciones, individualmente, de producir lo que necesitamos consumir.

⁸² BAUMAN, Zygmunt, *Trabajo, Consumismo y Nuevos Pobres*, Gedisa, 2000, p. 140. ISBN: 9788474327502

Sentimos que la sociedad de consumo puede tener múltiples defectos, pero que fuera del sistema no hay “nada”. Parafraseando a Bauman, el terror de los consumidores es la marginalidad, porque los consumidores fracasados están solos.⁸³

Sanzana Palacios⁸⁴, analizando desde una perspectiva sociológica la problemática del endeudamiento en la sociedad chilena, con especial énfasis en los sectores de ingresos medios – bajos, se pregunta:

“¿Qué hay (en) las prácticas de consumo, qué hay en las subjetividades, qué hay en la estructura económica, qué hay en la cultura, qué hay en lo social, que vuelve tan soportable la condición de vivir endeudado?”

Una de las paradojas que encuentra en su investigación es que los datos estadísticos arrojan que los estratos socioeconómicos bajos y medios bajos “acceden al crédito y caen en la sobredeuda como la posible única opción que les queda para obtener beneficios sociales relacionados con el mejoramiento de su capital social, del estatus, de las condiciones de vida material, de su identidad y satisfacción personal, *al mismo tiempo que sacrifican parte de la tradicional esperanza de movilidad social dada por el ahorro, el emprendimiento, y la inversión en educación, que son relegadas a un segundo plano justamente por el ímpetu socializador que impone el proceso de consumo, crédito y endeudamiento, dificultando por lo mismo la inequidad y la superación de la pobreza.*

Es decir que en una tentativa *de lograr mejores niveles de inclusión y socialización a través del crédito se estancan los niveles de movilidad y superación de la pobreza a causa del sobre endeudamiento...*”⁸⁵ (la cursiva es nuestra)

Dicho de otra manera, ciertos sectores se endeudan para acceder a un lugar simbólico de referencia mientras permanecen y resignan toda posibilidad de abandonar su lugar de pertenencia.

En esta línea, y con base en la “Encuesta de Presupuestos Familiares” de 2008, estudio que realiza el Instituto Nacional de Estadísticas (INE) con el fin de describir las pautas de consumo de los chilenos, este autor detecta que lo largo de los años va definiéndose una forma de destinar el presupuesto familiar en bienes relacionados con los objetos tecnológicos y otros, clásicamente descritos como de “segunda necesidad” o suntuarios, ubicándose en esta lista de prioridades por encima de los “bienes de primera necesidad” como la salud y la educación.

Es decir, se destina un mayor presupuesto en bienes de segunda necesidad que en los de primera, financiándose esto con endeudamiento creciente.

Al respecto, señala el autor:

"Parte de las estrategias de consumo de los sujetos contemporáneos es la de convertir al crédito en una extensión del presupuesto mensual, estrategia que lleva a plantear la idea de que en Chile no se consume sino endeudándose, es decir, la lógica de

⁸³ BAUMAN, Zygmunt, ob cit p 143.

⁸⁴ SANZANA Palacios, Alexis, CONSUMO, ENDEUDAMIENTO Y VULNERABILIDAD A LA POBREZA Elementos subjetivos y socioculturales para su comprensión. Universidad de Valparaíso, Chile. En http://www.desigualdades.cl/wp-content/uploads/2011/05/SANZANA_ALEXIS.pdf consultado el 04/12/14.

⁸⁵ Ídem

consumo chilena es acceder al mercado manteniendo una deuda vista como normal y necesaria, y convertir al crédito en complemento de los ingresos fruto de la actividad laboral: el crédito es ahora y aquí la extensión naturalizada del capital económico que los sujetos de una sociedad de consumo como la chilena pueden llegar a poseer."⁸⁶

De lo anterior, puede formularse una regla: A mayor endeudamiento destinado a adquirir bienes identificados con el lugar o grupo de referencia, mayor inmovilidad social, por insuficiencia de ahorro y de inversiones en educación.

Por último, expresa Sanzana Palacios, llegando al final de su trabajo:

“...la cultura actual inmediatista junto a una maquinaria de estímulos tecnológico-estructurales se ponen en marcha para punzar al sujeto hacia un sobre consumo que termina por convertirse en un sobre endeudamiento, consumo endeudado que tiene que ver menos con las condiciones objetivas de bienestar social y más con cuestiones relacionadas con los estilos de vida, el reconocimiento y las relaciones de estatus social. De esa manera la movilidad a la que se apela y se persigue en el Chile actual tiene que ver con mejoras en los aspectos subjetivos a través de lo que se puede comprar –entendiendo la compra como formas de significación- y se posterga o reprime los aspectos objetivos de la movilidad social puesto que los estudios y la cifras demuestran que hay escaso lugar en los presupuestos familiares a la inversión en educación, al emprendimiento y al ahorro;...”⁸⁷

En nuestro país, el Banco Central de la República Argentina, al presentar el Informe de Estabilidad Financiera correspondiente al segundo semestre de 2016⁸⁸, dedicó el Apartado 3 del mismo al "Endeudamiento de las Familias por Estrato de Ingresos". Allí,⁸⁹ recordó que "regularmente se ha venido monitoreando el nivel de endeudamiento promedio para el agregado del sector, estando pendiente el análisis por estratos de ingresos...", añadiendo que "recientemente se ha realizado una primera desagregación del endeudamiento de los hogares, no encontrando evidencias de que existan peligros de endeudamiento excesivo en ninguno de los estratos de ingresos de la población".

Para ello se recurrió a la información disponible en los distintos Regímenes Informativos que periódicamente releva el BCRA (Régimen de Deudores del Sistema Financiero, que brinda información sobre los créditos que cada individuo mantiene con las entidades financieras y las tarjetas de crédito no bancarias. Por otro lado, el Régimen Informativo sobre Pago de Remuneraciones que recolecta información sobre el importe depositado por los empleadores en las cuentas sueldo de los empleados en relación de dependencia.

Sin embargo, el propio Banco Central reconoce en el citado documento que "por las características de la información contenida en cada uno de los regímenes informativos comentados, *los indicadores a partir de ellos elaborados deben ser interpretados con cautela*. En primer lugar, el ejercicio muestra resultados referidos exclusivamente *a aquellos deudores con ingresos provenientes de relaciones laborales activas registradas*,

⁸⁶ *Ibíd*em

⁸⁷ *Ibíd*em

⁸⁸ BANCO CENTRAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA, "Informe de Estabilidad Financiera Segundo Semestre de 2016". Disponible en Internet: <http://www.bcra.gov.ar/Pdfs/PublicacionesEstadisticas/bef0216e.pdf> . Consultado 10/12/16.

⁸⁹ Op. cit. p. 54 y sgtes.

por lo que no se captan los ingresos de otras fuentes como ser pensiones, jubilaciones, trabajo por cuenta propia, transferencias no asociadas al salario (por ejemplo alquileres o ganancias financieras por acreencias) o ingresos informales, entre otras de menor magnitud que puedan existir. Como resultado, en el caso de los asalariados que tengan otros ingresos además de sus remuneraciones registradas, aquellos no pueden ser incluidos en los ingresos (si bien deberían serlo), *haciendo que los ratios de endeudamiento queden sobrestimados*. Tampoco se puede realizar un análisis a nivel de la unidad familiar, *por falta de una base de datos de relaciones familiares*. En lo referido al Régimen Informativo de Deudores, la falta de desagregación de la deuda entre codeudores implica que allí existe un sesgo sobre la deuda asignada a cada estrato de ingresos." (la cursiva es nuestra)

Como conclusión provisoria, el Banco Central destaca que "*...mientras que los préstamos hipotecarios contribuyen con 2,5 p.p. al nivel de 17,8% de endeudamiento del decil más rico, apenas alcanzan 0,5 p.p. en los individuos con ingresos entre 45 mil y 83 mil pesos anuales* –que presentan un ratio total de 22,8%. A la vez, *se observa una mayor ponderación de los créditos personales y mediante tarjetas en los estratos de menores ingresos*. Esto es importante porque debido a las diferentes estructuras de plazos y tasas a las que se otorga cada línea de crédito, la carga mensual de la deuda que se deriva del mismo saldo total puede variar considerablemente según la composición por tipo de préstamo." (la cursiva es nuestra)

Dicho de otra manera, se observa un mayor endeudamiento destinado a la adquisición de bienes de larga duración y que mantienen o aumentan su valor por parte del decil con mayores ingresos, dado que los préstamos hipotecarios están generalmente destinados a la adquisición o refacción de inmuebles, mientras que los estratos de menores ingresos se endeudan a través de "préstamos personales" y tarjetas de crédito, lo que permite inferir que ese endeudamiento se destina a adquisición de bienes de menor duración y escaso valor de reventa (ropa, artículos electrónicos, etc.).

3.6.1 Conclusión parcial (de punto 3.6.)

La ideología del ahorro y la del consumo coexisten en nuestra sociedad, lo que genera conductas ambivalentes de parte de los individuos.

En la sociedad actual, el consumo dignifica e identifica al individuo, entendiendo por individuo a aquel que integra la sociedad, y en oposición al marginal, dado que adquirir determinados bienes y servicios simboliza pertenecer a la sociedad.

Por lo anterior, se observa que ciertos sectores se endeudan para acceder a un lugar simbólico de referencia mientras permanecen y resignan toda posibilidad de abandonar su lugar de pertenencia.

"Pertenecer" a la sociedad implica no ser un marginal y eso, que debiera ser lo común, es percibido como un privilegio que confiere dignidad e identidad.

4. EL CONSUMIDOR Y EL SOBREENDEUDAMIENTO. ANTECEDENTES DOCTRINALES, PROYECTOS NORMATIVOS Y ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES

4. 1. Antecedentes doctrinales

4. 1. 1. Introducción

Kemelmajer de Carlucci, analizando la normativa del código francés de los consumidores relativa al sobreendeudamiento, señala que “(e)l sobreendeudamiento está definido en el art. 330-1. La situación de *sobreendeudamiento de las personas físicas* está caracterizado por la *imposibilidad manifiesta para el deudor de buena fe* de hacer frente al conjunto de sus *deudas no profesionales exigibles y a vencer, así como a las obligaciones nacidas de garantías o de obligaciones solidarias dadas a un empresario individual o a una sociedad* en la cual el deudor no es ni ha sido dirigente, ni de derecho ni de hecho.”⁹⁰ (la cursiva es nuestra)

Para esta autora, “(h)ay que distinguir endeudamiento de sobreendeudamiento aunque la frontera entre uno y otro puede no ser clara. A veces, el endeudamiento presenta virtudes macro económicas en tanto motor de crecimiento; *la vertiente patológica del endeudamiento (cualquiera sea) es el sobreendeudamiento que puede conducir rápidamente a la marginalización de sus víctimas.*” (la cursiva es nuestra)

Álvarez Larrondo, a su turno, comparte los conceptos de la jurista brasileña Claudia Lima Marques, quien, a la hora de diferenciar el endeudamiento del sobreendeudamiento de los consumidores, entiende que el primero “consiste en tener alguna deuda frente a un proveedor (supermercado, banco, tarjeta de crédito, locador de inmuebles, financiador de automóviles) y es un hecho inherente a la vida en la actual sociedad de consumo”, tratándose de “un hecho individual, mas con consecuencias sociales y sistémicas cada vez más claras. La economía de mercado liberal y en desarrollo en Brasil es por naturaleza una economía de endeudamiento, más que una economía de ahorro”.⁹¹

En ese marco, Lima Marques⁹² define al sobreendeudamiento como "la imposibilidad global del deudor persona física, consumidor, lego y de buena fe, de pagar todas sus deudas actuales y futuras de consumo (excluidas las deudas con el Fisco, las surgidas de delitos y por alimentos) en un tiempo razonable, con su capacidad actual de rentas y patrimonio.”

⁹⁰ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “El sobreendeudamiento del consumidor y la respuesta del legislador francés”, publicado en Academia Nacional de Derecho 2008, (Junio), Cita Online: AR/DOC/1618/2009

⁹¹ ÁLVAREZ LARRONDO, Federico M., “La protección constitucional de los "intereses económicos" de los consumidores”, Sup. Const. 2013 (febrero), 22/02/2013, 35 - LA LEY2013-A, 395, Cita Online: AR/DOC/382/2013

⁹² LIMA MARQUES, Claudia, “Algumas perguntas e respostas sobre prevenção e tratamento do superendividamento dos consumidores pessoas físicas”, *Revista de Direito do Consumidor*, RDC 75/9, jul.-set./2010, publicado en "Doutrinas Essenciais Direitos do Consumidor", *Revista dos Tribunais*, Vol. II, San Pablo, 2011, p. 573, citado por ÁLVAREZ LARRONDO, Federico M., ob. cit., p 6.

Como puede apreciarse, la primera diferencia a marcar, aunque más no sea de manera provisional y como base para avanzar en este trabajo, es la que existe entre el estado de “endeudamiento” y el de “sobreendeudamiento”.

Sin perjuicio de profundizar la cuestión en el Capítulo II, se postula la siguiente distinción:

a) El estado de endeudamiento, a priori, no implica perjuicio ni vulneración de derechos para el sujeto deudor.

b) En cambio, el estado de sobreendeudamiento implica perjuicio y vulneración de derechos para el sujeto deudor.

Por su parte, Anchaval puntualiza que "(s)obreendeudamiento e insolvencia son conceptos vecinos pero no iguales. El primero podría caracterizarse como más leve que el segundo. El consumidor sobreendeudado arrastra siempre una situación de pagos a cuenta, compromisos sobre su renta, etc., y -aunque los está pagando- su nivel de vida decae y el ahogo financiero aumenta hasta desembocar más tarde en la insolvencia y la imposibilidad de continuar con los pagos. El sobreendeudamiento indica un cumplimiento forzado de las obligaciones, con un gran desgaste personal y económico, pero cumplimiento al fin. La insolvencia significa el fin de esta situación y su incumplimiento.

Sin embargo, el elemento personal es lo que define la diferencia entre un concepto y otro, pues la situación de sobreendeudamiento produce un perjuicio en lo personal y familiar, que arrastra problemas sociales tales como acceso a la vivienda, educación, salud, marginalidad y un amplio etcétera." ⁹³

En esa línea, este autor concluye en que “el consumidor sobreendeudado es aquella persona física, destinatario final del producto, que se encuentra imposibilitado de cumplir con aquellas obligaciones asumidas como consecuencia de su actuar no profesional ni comercial.”⁹⁴

A su turno, Atencio destaca que no existe un concepto jurídico preciso y consensuado de sobreendeudamiento y señala que la doctrina mayoritaria sugiere elaborar un concepto de sobreendeudamiento que se vaya adaptando y completando jurisprudencialmente, basándose necesariamente en la relación entre el patrimonio y los ingresos del deudor con la posibilidad real de hacer frente a sus compromisos. ⁹⁵

Para este autor, “(e)n el sentido más amplio, se hallará sobreendeudado aquel consumidor que, aunque no resulte definitivamente insolvente, no sea capaz de hacer frente a sus deudas según un plan de de ingresos racional.” ⁹⁶

A esta altura, otra delimitación conceptual se impone, esta vez entre “estado de sobreendeudamiento” y “estado de cesación de pagos”:

⁹³ ANCHAVAL, Hugo A., *Insolvencia del consumidor*. Editorial Astrea, año 2011, pp. 31 y 32

⁹⁴ ANCHAVAL, Hugo A., ob cit p 43.

⁹⁵ ATENCIO, Juan Martín, “El sobreendeudamiento del Consumidor: Una pequeña introducción al problema”. Disponible en <http://danterusconi.blogspot.com.ar/2010/01/doctrinael-sobreendeudamiento-del.html> . Consultado el 05/09/15

⁹⁶ ATENCIO, Juan Martín, ob cit

a) La cesación de pagos implica imposibilidad de pagar el total de las deudas porque el pasivo supera al activo realizable.

b) El sobreendeudamiento puede existir aun cuando en la actualidad el deudor cumpla con sus obligaciones derivadas de relaciones de consumo, si el nivel de endeudamiento hace previsible su incumplimiento en el futuro.

Por otra parte, es necesario avanzar en otra precisión, a efectos de delimitar el campo de análisis:

La expresión “cesación de pagos”, muy común en la terminología concursal, se puede predicar respecto de *cualquier* deudor, sea o no consumidor. Lo mismo podría hacerse respecto de la expresión “sobreendeudamiento”. Sin embargo, en nuestro análisis solo nos ocupamos del sobreendeudamiento del consumidor.

Por ende, corresponde precisar lo expresado ut supra, en el sentido de que el sobreendeudamiento puede existir aun cuando en la actualidad el consumidor cumpla con sus obligaciones generadas en relaciones de consumo, si el nivel de endeudamiento hace previsible su incumplimiento en el futuro.

Por otra parte, el estado de cesación de pagos alude a una situación de tipo patrimonial, en el sentido de que el patrimonio del deudor no alcanza para satisfacer las obligaciones. En cambio, el estado de sobreendeudamiento del consumidor alude a una situación de tipo personal, en el sentido de que, independientemente de que el patrimonio del deudor alcance o no para satisfacer las obligaciones, el deudor sobreendeudado sufre un menoscabo en su dignidad. Esta postulación será objeto de desarrollo en el Capítulo II.

Siguiendo con la doctrina nacional, y desde otro ángulo de análisis, Graciela Lovece considera que “(e)l eje central, creemos, no es el sobreendeudamiento del consumidor, sobre el que coincidimos es imprescindible la regulación normativa, ya que las previsiones de la LCyQ si bien atienden a las personas físicas, lo hacen sobre deudas vinculadas a la actividad económica desarrollada; *sino que también es necesario un modelo preventivo que impida el otorgamiento indiscriminado del crédito que genera una verdadera industria en la que pueden distinguirse el crédito prime, el subprime y el denominado crédito predatorio, que es otorgado para la adquisición de bienes sin tomar en consideración la capacidad de pago o solvencia del consumidor*”.⁹⁷ (la cursiva es nuestra)

Como puede apreciarse, Lovece hace hincapié en la necesidad de una tutela preventiva orientada a evitar el “otorgamiento indiscriminado del crédito”.

En relación al citado Proyecto de Ley que analiza en su artículo, destaca que el mismo “no establece una definición respecto de lo que se considerará “sobreendeudamiento” y cuál es la diferencia con el consumidor endeudado, como sí lo hace la legislación francesa que caracteriza a aquél “como la imposibilidad manifiesta para el deudor de buena fe de hacer frente al conjunto de sus deudas exigibles y a vencer” (art. 330.1). La definición nos parece central, máxime si se está legislando sobre ella para poder

⁹⁷ LOVECE, Graciela Isabel, ob cit p1.

establecer claramente cuándo es de aplicación la norma y cuándo no.”⁹⁸

Por otro lado, señala que “no surge con claridad la calidad de consumidor que debe tener el deudor, si en efecto, como se titula el Proyecto, se trata de un Régimen de Sobreendeudamiento para Consumidores; hubiese resultado más claro mencionar a "toda persona física 'consumidor' en los términos de la ley 24.240" que abarca una multiplicidad de situaciones diferenciadas especialmente luego de la reforma introducida por la ley 26.361 (Adla, LXVIII-B, 1295) o bien "toda persona física que forme parte de una relación de consumo".⁹⁹

Como puede observarse, al igual que en el código francés de los consumidores, el consumidor sobreendeudado en el Proyecto es un “consumidor – persona física”.

4. 1. 2. Clasificación del estado de sobreendeudamiento

Desde otro ángulo, cuando hablamos de “estado de sobreendeudamiento”, la doctrina lo clasifica conforme a diversos criterios:

a) Según las causas que lo originaron

1) Sobreendeudamiento activo: Refiriéndose a sus causas, señala Kemelmajer¹⁰⁰ que “...el sobreendeudamiento sería simplemente "un fenómeno de la civilización y de una época; el resultado de la conjunción de un comportamiento consumista y de una gran apertura a las facilidades de créditos ofrecidos a los consumidores por los establecimientos bancarios que terminaron en una explosión de créditos a los consumidores"... Esta situación es denominada "endeudamiento activo".

Conforme a la distinción antes trazada entre endeudamiento y sobreendeudamiento, postulamos denominar a esta situación "sobreendeudamiento activo", en lugar de "endeudamiento activo".

Entonces, el "sobreendeudamiento activo" consiste en la imposibilidad cierta del deudor consumidor de hacer frente a obligaciones actuales y futuras, contraídas para satisfacer necesidades de consumo.

2) Sobreendeudamiento pasivo: En contraposición a esta categoría, aparece un “sobreendeudamiento pasivo”, que Atencio¹⁰¹ define como aquel "(g)enerado por la incapacidad sobrevenida de hacer frente a los créditos por causas imprevistas provocada por un incremento de los gastos que se deben afrontar como por una disminución en los ingresos. (enfermedad de algún integrante del grupo familiar, despidos laborales, divorcio, etc.)."

Se trata de un estado producido por causas ajenas al deudor¹⁰². Este no quiso

⁹⁸ LOVECE, Graciela Isabel, ob cit p2.

⁹⁹ LOVECE, Graciela Isabel, ob cit p2.

¹⁰⁰ Kemelmajer de Carlucci, Aída, “El sobreendeudamiento del consumidor y la respuesta del legislador francés”, publicado en Academia Nacional de Derecho 2008, (Junio), pág. 1 y ss.; (Cita Online: AR/DOC/1618/2009)

¹⁰¹ ATENCIO, Juan Martín, “El sobreendeudamiento del Consumidor: Una pequeña introducción al problema”. Disponible en <http://danterusconi.blogspot.com.ar/2010/01/doctrinael-sobreendeudamiento-del.html> . Consultado el 05/09/15

¹⁰² Kemelmajer, op.cit, brinda una descripción similar, aunque lo denomina "endeudamiento pasivo". En efecto, expresa esta autora: "...quizás con mayor frecuencia, aparecen otros factores, en algunos casos socio-

contraer deudas sino que sucesos ajenos a su voluntad lo compelieron a hacerlo.

Entonces, el "sobreendeudamiento pasivo" consiste en la imposibilidad cierta del deudor consumidor de hacer frente a obligaciones actuales y futuras, contraídas para satisfacer necesidades de consumo por razones ajenas a su libertad de elección.¹⁰³

b) Según la conducta del deudor

a) Sobreendeudamiento de mala fe: Caracterizado por la conducta dolosa o culposa del deudor que contrae más obligaciones de las que puede afrontar. Expresa Kemelmajer¹⁰⁴ que "(l)a mala fe podría definirse como vivir más allá de los recursos o medios con los que se cuenta". Aquí, podríamos hablar de una causalidad exclusiva de parte del deudor: su conducta lo llevó al sobreendeudamiento.

b) Sobreendeudamiento de buena fe: Caracterizado por la conducta diligente del consumidor deudor.

Es un estado producido "a pesar" de la conducta del consumidor deudor.

El sobreendeudamiento se produjo por causas ajenas a su conducta y, en ese sentido se asimila al sobreendeudamiento pasivo.

La diferencia es que en el sobreendeudamiento pasivo, el deudor se vio compelido a endeudarse por un incremento imprevisto de los gastos que se deben afrontar o por una también imprevista disminución en los ingresos.

En cambio, en el sobreendeudamiento de buena fe el consumidor decidió contraer obligaciones, porque confía en su capacidad de pago, pero luego se encuentra imposibilitado de hacerlo por causas sobrevinientes imprevistas o porque la confianza estaba basada en expectativas irreales generadas por el acreedor específico y/o por el sistema de consumo.

Lo anterior exige una serie de precisiones:

Consideramos que la buena fe *como principio general aplicable al ejercicio de los derechos*, consiste en *ejercer diligentemente esos derechos, de acuerdo a las circunstancias de tiempo, persona y lugar*.

psicológicos, o alteraciones en la vida cotidiana, como pérdida del empleo, jubilación, adicciones; problemas de salud del deudor (un accidente laboral) o de un hijo o de la esposa, que generan altos gastos médicos; otras cuestiones familiares (divorcios, padres ancianos en la casa que aumentan los costos, etc.); garantías personales dadas a terceros amigos y familiares, etc. Estos condicionamientos llevan al llamado "endeudamiento pasivo".

¹⁰³ Atencio, ob. cit., observa que "(d)ebido a que el deudor-consumidor, no es el culpable directo, algunos autores lo denominan sobreendeudado de buena fe". Por las razones que se expondrán más adelante, no compartimos esta equiparación entre "sobreendeudamiento pasivo" y "sobreendeudamiento de buena fe".

¹⁰⁴ Kemelmajer de Carlucci, Aída, "El sobreendeudamiento del consumidor y la respuesta del legislador francés", publicado en Academia Nacional de Derecho 2008, (Junio), pág. 1 y ss.; (Cita Online: AR/DOC/1618/2009)

Cuando hablamos de ejercicio "diligente", nos referimos a un comportamiento atento, de acuerdo a las circunstancias de tiempo, persona y lugar. Por ejemplo, es el comportamiento "cuidadoso y previsor" que exige, en materia contractual, el art. 961 CCC.

Construimos esta noción, por oposición a la de culpa, contenida ahora en el art. 1724 CCC: "*La culpa consiste en la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión*".

De lo anterior se sigue que solo puede exigírsele al consumidor la diligencia de un profano (circunstancia de persona¹⁰⁵) que adquiere bienes y servicios ofrecidos por un profesional (circunstancia de persona¹⁰⁶), por modalidades variadas en lo que se refiere a los aspectos temporal (circunstancia de tiempo¹⁰⁷) y espacial (circunstancia de lugar¹⁰⁸)

4. 1. 3. Estado de sobreendeudamiento del consumidor e inducción sistémica y específica al sobreendeudamiento del consumidor

Conviene separar tres situaciones conceptualmente distintas:

a) Estado de sobreendeudamiento del consumidor: Sin perjuicio de un ulterior desarrollo en este trabajo, se la postula provisoriamente como una situación de imposibilidad cierta, actual o futura, de cumplir con las obligaciones generadas en relaciones de consumo.

b) Inducción sistémica al sobreendeudamiento: Se la postula como una característica del actual sistema de comercialización y producción de bienes y servicios.

En otras palabras, el propio sistema de comercialización y producción de bienes y servicios induce al sobreendeudamiento. No nos referimos a que los empresarios determinen unilateralmente, con su publicidad y técnicas de venta, los gustos y necesidades de los consumidores.

Estrictamente, en este caso, ningún sujeto en particular es el causante o "inductor" al sobreendeudamiento de ningún consumidor en particular, sino que es el comportamiento de todos los sujetos integrantes del sistema, o mejor dicho, el *producto* de dicho comportamiento, el que induce al sobreendeudamiento de los consumidores.

Como expresa García Canclini¹⁰⁹, "(a)hora miramos los procesos de consumo como algo más complejo que la relación entre medios manipuladores y audiencias dóciles. Se

¹⁰⁵ Profano que, además, puede verse social o familiarmente compelido a adquirir determinado bien o servicio.

¹⁰⁶ Profesional que, como se verá más adelante, suele inducir al consumidor a adquirir determinado bien o servicio.

¹⁰⁷ En la vida cotidiana, el tiempo es un bien escaso. Es notoria la carencia de "tiempo libre" en las actuales sociedades de consumo, entendido este como tiempo en el que el sujeto no está trabajando u ocupándose de la subsistencia. Esta carencia constituye un obstáculo a la posibilidad de reflexionar adecuadamente sobre las propuestas de bienes y servicios, bienes y servicios muchas veces "necesarios" por presión social.

¹⁰⁸ Lugar que puede ser tanto el establecimiento del futuro acreedor, como la vía pública o el domicilio del propio consumidor o el de un tercero.

¹⁰⁹ García Canclini, Néstor, *Consumidores y ciudadanos. Conflictos multiculturales de la globalización*. México, Grijalbo, 1995, pp 41 y 42.

sabe que buen número de estudios sobre comunicación masiva han mostrado que la hegemonía cultural no se realiza mediante acciones verticales en las que los dominadores apresarian a los receptores: entre unos y otros se reconocen *mediadores* como la familia, el barrio y el grupo de trabajo... En dichos análisis, asimismo, se han dejado de concebir los vínculos entre quienes emiten los mensajes y quienes los reciben únicamente como relaciones de dominación. La comunicación no es eficaz si no incluye también interacciones de *colaboración y transacción* entre unos y otros."

En palabras de Bauman¹¹⁰, "(c)omo ya señalara Pierre Bordieu dos décadas atrás, la coacción, está siendo reemplazada por estimulación, la imposición forzada de unos patrones de comportamiento por la seducción, la vigilancia policial de la conducta por las relaciones publicas y la publicidad y la regulación normativa (como tal) por la suscitación de nuevas necesidades y deseos"

c) Inducción específica al sobreendeudamiento: Aquí, en cambio, se trata de la conducta culpable de uno o varios sujetos determinados que inducen a sobreendeudarse a uno o varios sujetos determinados.

Se trata de un proceso realizado por determinados proveedores de bienes y servicios que, en palabras de Bersten¹¹¹, "mediante publicidades engañosas, promociones agresivas, ventas realizadas sin una adecuada verificación de las posibilidades reales de pago –a menudo, impulsadas por el afán de incrementar comisiones y cumplir cupos–", generan que el consumidor se endeude por encima de sus reales posibilidades de pago.

En la situación descripta, existiría un aprovechamiento de esa tendencia de ciertos sectores a endeudarse para acceder a un lugar simbólico de referencia mientras permanecen y resignan toda posibilidad de abandonar su lugar o grupo de pertenencia.

Se postula una conducta culpable, a título de dolo o de culpa, de parte de los sujetos "inductores", considerando que tanto su obrar doloso como el mero obrar culposo es un obrar de mala fe, porque implica un ejercicio negligente, imprudente o "desatento" de los derechos¹¹².

4. 2. Proyectos normativos

4.2.1 Proyectos de ley en la República Argentina

4.2.1.1. Proyecto de ley, denominado de "PROTECCION AL DEUDOR SOBREENDEUDADO"

¹¹⁰ Bauman, Zygmunt, Mundo Consumo, Trad. Mosquera, Albino Santos, Paidós, Bs. As. 2011, p. 76.

¹¹¹ Bersten, Horacio L. La regulación del sobreendeudamiento de los consumidores", La Ley, Suplemento Actualidad, 30/8/11, 1

¹¹² En el Capítulo II se desarrolla la cuestión de la mala fe del inductor con mayor detalle, al estudiar el deber de prevención en la "oferta de crédito a consumidores".

En la República Argentina, un proyecto pionero fue el del entonces senador Raúl Baglini¹¹³.

El Proyecto de ley, denominado de “Protección al deudor sobreendeudado”, en adelante “Proyecto Baglini”, se caracteriza por las siguientes notas distintivas:

1) Incluye en su regulación tanto a los deudores personas físicas como a las jurídicas (art. 1¹¹⁴), sin exigir su calificación como consumidores, pero excluyendo a los deudores de mala fe.

2) Respecto de la buena o mala fe del deudor el art. 7, sin ofrecer una definición, se limita a establecer una serie de hechos reveladores de “mala fe” que dan a entender que el autor del Proyecto califica como conducta imprudente, negligente o dolosa en la adquisición de bienes.

Así, dicho artículo prescribe que

“Se considera que no son deudores de buena fe quienes:

a) En el caso de personas físicas, exhiban un patrimonio que *se hubiera incrementado con bienes improductivos* en los últimos 8 años (a mero título ejemplificativo se mencionan: *autos de los denominados de alta gama, cambio de vivienda por una de mayor costo, adquisición o alquiler vigente de segunda vivienda, etcétera*);...”

b) Cuando, tratándose de personas jurídicas, sus controlantes y ejecutivos se encuadren en la conducta descrita en el inciso a). Si la controlante fuera una persona jurídica, se considera que la presentante no es de buena fe si hubiera distribuido dividendos dentro de los cinco (5) años contados desde la fecha en que la deudora denunciara su sobreendeudamiento;

c) Las personas que hubieran hecho *falsas declaraciones* para acceder al crédito;

d) Las personas, incluidas las mencionadas en el inciso b), que *por cualquier medio disimulan todo o parte de sus bienes*;

e) Las personas que *habiendo obtenido la refinanciación de sus pasivos –y pendiente la misma– agravaron con gastos suntuarios su situación de endeudamiento, frente a sus proveedores, el sector financiero o el fisco.*” (la cursiva es nuestra)

3) Excluye del régimen a “...las obligaciones nacidas de las relaciones de familia, las causadas en obligaciones de indemnizar por la comisión de delitos y las deudas fiscales.” (art. 1º, segundo párrafo)

4) Efectúa un encuadre predominantemente cualitativo del “estado de sobreendeudamiento”, dado que el art. 3º dispone que “A los efectos de esta ley, el estado

¹¹³ Número de Expediente 2143/01, Cámara de Senadores de la Nación, ingresado en Mesa de Entradas de la Cámara el 19 de febrero de 2002.

¹¹⁴ “Artículo 1º – El procedimiento regulado en esta ley es reservado al tratamiento de las situaciones de sobreendeudamiento de las personas físicas o jurídicas que siendo deudoras de buena fe...”

de sobreendeudamiento *no es objeto de ninguna definición matemática*. Es una cuestión de hecho que contempla la variación a la baja de los ingresos del deudor por causas que no le son atribuibles." (la cursiva es nuestra)

De paso, lo anterior refuerza el concepto de "deudor de buena fe", al exigir que el sobreendeudamiento deba haberse producido por causas no atribuibles al deudor, lo que también sugiere que el deudor protegido era aquel que se encontraba en un sobreendeudamiento pasivo.

El mismo artículo diferencia la situación del deudor persona física, de aquel que sea persona jurídica, al momento de analizar la existencia de "estado de sobreendeudamiento".

Para las primeras, "*...y sin que importe limitación para analizar otras circunstancias, se considerará su situación personal (referida a gastos extraordinarios por atención de la salud del deudor o de su esposa e hijos y demás familiares a cargo, pérdida del trabajo, disminución de sus ingresos como empleado, etcétera), familiar (referida a situaciones de divorcio en donde la división de la sociedad conyugal deje al deudor en condición de sobreendeudamiento), profesional y patrimonial del deudor.*" (la cursiva es nuestra)

Puede observarse, por los ejemplos contenidos en la norma proyectada, una suerte de "insistencia", ahora para el caso del deudor persona física, en el sentido de que solo quedaba protegido era aquel que se encontraba en un sobreendeudamiento pasivo.

En el caso de las personas jurídicas, "se considerarán la evolución de su operatoria, su situación patrimonial y financiera."

5) Establece un régimen exclusivamente judicial para solucionar el estado de sobreendeudamiento, conforme surge del art. 2¹¹⁵.

6) El sistema proyectado no busca prevenir, sino resolver el estado de sobreendeudamiento. De acuerdo al art. 1º, las personas físicas o jurídicas deudores de buena fe solo pueden acudir al procedimiento propuesto en la norma proyectada cuando "se encuentren imposibilitadas, de no mediar acuerdos con parte de sus acreedores, de hacer frente a sus obligaciones."

7) Conforme los arts. 5 y 6, dispuesta la apertura del procedimiento, el juez notificará a los acreedores denunciados por el presentante haciéndoles saber que, por un plazo de 180 días, quedan suspendidas, sin excepción de ninguna naturaleza, todas las ejecuciones y secuestros que se hubieran entablado contra el deudor y el tercero que afianzare el crédito en ejecución, dejando a salvo la posibilidad de decretar medidas cautelares.

El acreedor, dentro de los 10 días de notificado de la providencia mencionada en el artículo precedente, podrá oponerse por la vía incidental a la apertura del procedimiento

¹¹⁵ "Art. 2º – Cualquier deudor que reúna las condiciones necesarias para ser amparado por la presente ley puede presentarse ante el juez competente indicándole los acreedores con los cuales desea llegar a un acuerdo alegando encontrarse en situación de sobreendeudamiento, conforme lo previsto en el artículo 1º, 1er párrafo...."

fundándose en la ausencia de buena fe del presentante o en la inexistencia de la situación de sobreendeudamiento, aportando para ello cualquier medio de prueba y sin que la promoción del incidente suspenda el procedimiento.

8) Según se desprende de los arts. 8 y 9, durante los 180 días en que quedan suspendidas todas las ejecuciones y secuestros que se hubieran entablado contra el deudor, plazo que puede extenderse hasta otro igual, el deudor negociará con sus acreedores, no siendo necesario que suscriba con todos ellos el mismo acuerdo, pero con la limitación de que los acuerdos individuales "los acuerdos no podrán importar ventajas excesivas a favor de un acreedor en desmedro de los otros, cuando se trate de acreencias de naturaleza, montos y plazos similares".

Durante los primeros 180 días se prevé una etapa de negociación "libre", es decir, sin asistencia judicial. Solo en la prorroga se establece que el juez podrá formular recomendaciones a las partes destinadas a llegar a un acuerdo, designando audiencias para tal fin, y podrá multar al acreedor que no justifique debidamente su incomparendo o tendrá por desistido al deudor, quien no podrá solicitar nuevamente el presente procedimiento, si es él quien no justifica su incomparendo.

9) A su turno, el artículo 10 establece que, vencido el plazo de negociación, el deudor podrá solicitar la homologación judicial de los acuerdos a los que hubiera arribado con sus acreedores, "con independencia de la cantidad de éstos que se hubieren avenido a suscribirlos", otorgándosele la facultad de imponer a un acreedor o a varios acreedores el acuerdo propuesto, "en tanto el mismo sea razonable, si considerase que los acuerdos concluidos son insuficientes, considerada la totalidad del endeudamiento y de los ingresos del deudor, así como su patrimonio prescindible realizable".

Cabe puntualizar que la norma no define ni establece al "patrimonio prescindible realizable", es decir, a la porción del patrimonio del deudor susceptible de ejecución, dejando la cuestión al criterio del juez, con apoyo de la normativa común.

10) Por último, el art. 11¹¹⁶ dispone la aplicación supletoria "del capítulo VII de la ley 24.522". Entendemos que se refiere al Capítulo VII del Título II de la referida ley.

4.2. 1.2. Proyecto denominado "Régimen de Sobreendeudamiento para Consumidores"

La Senadora Liliana Negre de Alonso es autora de varios proyectos sobre el tema. El primero, presentado en el año 2011, se denominó "Régimen de Sobreendeudamiento para Consumidores"¹¹⁷ (en adelante "Proyecto Negre de Alonso I").

El Proyecto Negre de Alonso I se caracteriza por las siguientes notas distintivas:

¹¹⁶ "Art. 11. – Será aplicable al procedimiento regulado por esta ley y a las consecuencias de la homologación de los acuerdos, en cuanto fuere compatible, lo preceptuado por el capítulo VII de la ley 24.522."

¹¹⁷ Número de Expediente 1651/11, Cámara de Senadores de la Nación, ingresado en Mesa de Entradas de la Cámara el 13 de julio de 2011.

1) Incluye en su regulación solo a los deudores personas físicas (art. 2¹¹⁸), cuyas deudas se originen en el consumo¹¹⁹, pero excluyendo a los deudores de mala fe¹²⁰.

2) Respecto de la buena o mala fe del deudor, parte de una presunción iuris tantum de buena fe y, sin ofrecer una definición, se limita a establecer, al solo efecto enunciativo, una serie de hechos reveladores de “mala fe” que dan a entender que el autor del Proyecto califica como conducta imprudente, negligente o dolosa en la adquisición de bienes.

Así, el art. 8 prescribe que

"...[Mala Fe] La mala fe podrá consistir en la *asunción voluntaria de un pasivo desproporcionado en relación a los ingresos mensuales*, normales y habituales del deudor durante los 8 meses anteriores a la petición de sobreendeudamiento; en *emitir a sabiendas declaraciones falsas* al momento de denunciar los activos y pasivos; y en la *adquisición de bienes suntuosos o desmedidos sin relación con los ingresos anteriormente aludidos*. Las referidas disposiciones sobre la mala fe son meramente ejemplificativas..." (la cursiva es nuestra)

3) No brinda una definición de sobreendeudamiento. Como expresa Lovece¹²¹, "...el Proyecto no establece una definición respecto de lo que se considerará "sobreendeudamiento" y cuál es la diferencia con el consumidor endeudado, *como sí lo hace la legislación francesa* que caracteriza a aquél "como la imposibilidad manifiesta para el deudor de buena fe de hacer frente al conjunto de sus deudas exigibles y a vencer" (art. 330.1). La definición nos parece central, máxime si se está legislando sobre ella para poder establecer claramente cuándo es de aplicación la norma y cuándo no."

La referencia de Lovece a la legislación francesa es perfectamente pertinente, pues en los Fundamentos se considera a la legislación francesa como "fuente de inspiración del proyecto"¹²²

4) Establece un régimen judicial con intervención de un órgano administrativo (Comisión de Sobreendeudamiento), para solucionar el estado de sobreendeudamiento, conforme surge de los arts. 3, 5, 19, 20 y 21.

En efecto, del art 3 surge que el proceso se inicia "a instancia del deudor, solicitando que se le aplique el régimen de la presente ley por ante el juez competente..."

¹¹⁸ "ARTÍCULO 2°.- Sujetos comprendidos. Serán sujetos comprendidos en esta ley toda persona física que tenga domicilio permanente en el territorio nacional, o toda persona física de nacionalidad argentina, cualquiera fuere su lugar de residencia."

¹¹⁹ El Proyecto no se remite a la ley 24.240 a la hora de definir al deudor consumidor ni brinda una definición de tal, sino que en el art. 3 se limita a prescribir que el proceso regulado en la norma proyectada proceso es aplicable a "todas aquellas deudas domiciliarias y/o familiares no profesionales exigibles y a vencer originadas por el consumo, u obligaciones asumidas como garante o deudor solidario de un empresario individual."

¹²⁰ Art. 3 in fine.

¹²¹ LOVECE, Graciela Isabel, ob cit Cita Online: AR/DOC/2829/2011

¹²² Página 31 in fine del Proyecto.

Posteriormente, conforme lo dispone el art. 5 "(a) los fines de determinación del procedimiento a seguir, producida la demanda, el Juez pedirá opinión a la Comisión de Sobreendeudamiento."

Esta Comisión de Sobreendeudamiento es "un órgano permanente y colegiado" que "actuará como dependiente de la Secretaría de Comercio Interior en el ámbito del Ministerio de Economía" (conf. art.20). Estará integrada por un representante del Tribunal Arbitral de Defensa del Consumidor, dos representantes del Poder Ejecutivo, uno especializado en el área económica y uno especializado en el ámbito jurídico, un representante de la Administración Federal de Ingresos Públicos, un representante del Poder Judicial, el que deberá ser elegido por la cámara de apelaciones correspondiente y un representante de la entidad que represente a los comerciantes del lugar con personería jurídica (conf. art.19)

Como observa y critica Bersten¹²³, no está prevista la participación de representantes de asociaciones de consumidores.

Las funciones de esta Comisión, según se desprende del art. 21, son eminentemente técnicas y consisten en citar a los acreedores denunciados por el deudor para que faciliten los datos relativos a sus créditos, proponer y auxiliar en la consecución de a un acuerdo conciliatorio y luego controlar el cumplimiento del mismo, reservar una parte del activo del deudor para sus "gastos corrientes familiares" y para el pago de honorarios a los profesionales intervinientes de parte del deudor, solicitar al juez competente que suspenda todos los procedimientos de ejecución contra el deudor, salvo los iniciados por créditos alimentarios. Fracasada la posibilidad de acuerdo, debe confeccionar un plan de medidas, de carácter vinculante, para paliar el sobreendeudamiento del deudor.

5) El sistema proyectado no busca prevenir, sino resolver el estado de sobreendeudamiento.

6) Conforme el art. 5, producida la demanda por parte del deudor, el juez pedirá opinión a la Comisión de Sobreendeudamiento, la que puede estimar:

a) que "el deudor posee activos de conveniente realización o su situación económica y financiera es remediable". En dicho caso, la Comisión solicitará al juez la inmediata apertura del procedimiento de conciliación extrajudicial, continuando su actuación hasta la homologación del acuerdo o de la propuesta propiciada por ella, de corresponder.

Según el art. 14, este trámite de conciliación extrajudicial no podrá durar más de 6 meses. La conciliación puede concluir con un acuerdo, que debe ser homologados judicialmente o, fracasado el acuerdo, con un plan de medidas de saneamiento elaborado por la Comisión de Sobreendeudamiento, medidas que, según el art. 11 "exclusivamente consistirán en: quita; espera; ejecución por subasta de bienes gravados o no; otorgamiento de garantías; venta y/o entrega de bienes; refinanciación con un plazo no superior a 7 años y reducción de la tasa de interés."

b) que el deudor tiene "pocos activos realizables, o su realización fuese antieconómica, o se encuentre en una situación económica irremediamente

¹²³ BERSTEN, Horacio L., op cit Cita Online: AR/DOC/2844/2011.

comprometida". En ese caso, recomendará al juez que aplique al deudor el trámite de "restablecimiento personal".

Este procedimiento es exclusivamente judicial y consiste en la realización, con ayuda de un funcionario denominado "enajenador" de todos los bienes del deudor, "con excepción de *los inembargables, los de antieconómica realización, la sede de su actividad y los resguardados por leyes especiales. Tampoco se podrá realizar el inmueble del deudor, siempre que constituya su única vivienda u hogar*". (la cursiva es nuestra)

Con lo realizado se procederá al pago de las deudas denunciadas y presentadas en el proceso, a prorrata si el monto no alcanzará para el total de los créditos.

Posteriormente, el juez "dictará una resolución en la que declarará extinguidas todas las deudas que tuviese el deudor, salvo las originadas por créditos alimentarios, reparaciones pecuniarias y multas fijadas judicialmente, no pudiendo los acreedores reclamar en el futuro todo o parte de su crédito impago, sean créditos de fecha anteriores a la promoción del proceso". Todo lo anterior surge de los arts. 15 a 18.

7) Según se desprende "a contrario" del art. 21, inc. F, el proceso no suspende automáticamente las ejecuciones que se hubieran entablado contra el deudor, sino que dicha suspensión debe ser solicitada, fundadamente, por la Comisión de Sobreendeudamiento, quedando a salvo las ejecuciones por créditos alimentarios. Si el juez acepta el pedido, dictará la suspensión por un término máximo de nueve meses.

8) Cabe puntualizar que el Proyecto no brinda pautas precisas respecto de cuál es el "patrimonio prescindible realizable", es decir, a la porción del patrimonio del deudor susceptible de ejecución, dejando la cuestión al criterio de la Comisión de Sobreendeudamiento y del juez.

Como se dijo ut supra, la Comisión de Sobreendeudamiento puede estimar que "el deudor posee activos de conveniente realización o su situación económica y financiera es remediable" o, por el contrario, que tiene "pocos activos realizables, o su realización fuese antieconómica, o se encuentre en una situación económica irremediamente comprometida".

10) Por último, el art. 22¹²⁴ efectúa una remisión a ciertas disposiciones de la ley 24.522".

4.2.1.3. Proyecto de ley modificando la ley 24.522, en relación al régimen aplicable a los pequeños concursos y quiebras

¹²⁴ "ARTÍCULO 22°.- Remisión. Aplíquense las siguientes disposiciones de la ley 24.522 de Concursos y Quiebras, con las modificaciones pertinentes que se detallan a continuación:

A. Artículo 6, 7, 8, 9, 12, 261, 278 y 273 en todos sus incisos salvo el 6° y el 8°;

B. Artículo 11 inc. 1, 2, 3 y 5. Del inciso 2°, deberá explicar las causas concretas por las cuales se llegó al estado de sobreendeudamiento y la época en que se produjo. Del inciso 3°, no será necesario el dictamen de un contador público nacional, sólo deberá explicar sucintamente el estado de su situación patrimonial, precisando la composición de su activo y pasivo. Del inciso 5°, no hará falta el dictamen del contador público."

La senadora María José Bongiorno presentó un Proyecto de ley¹²⁵, modificando la ley 24.522, en relación al régimen aplicable a los pequeños concursos y quiebras (en adelante, "Proyecto Bongiorno").

El Proyecto Bongiorno proponía modificar los arts. 288 y 289 de la ley 24.522, aumentando el monto máximo del pasivo denunciado previsto en el vigente Art. 288 y, asimismo, eliminando la cantidad de trabajadores como recaudo esencial de acceso al "pequeño concurso". Además, los requisitos debían darse en forma conjunta, en lugar de indistinta¹²⁶.

Así, el texto proyectado del art. 288 era el siguiente:

"Artículo 288.- Concepto. A los efectos de esta ley se consideran pequeños concursos y quiebras aquellos en los cuales se presente, en forma conjunta, las siguientes circunstancias:

- 1- que el pasivo denunciado no alcance la suma de QUINIENTOS MIL PESOS (\$ 500.000.-)
- 2- que el proceso no presente más de VEINTE (20) acreedores."

En cuanto al artículo 289¹²⁷, se proyectó un régimen que pretendía disminuir plazos procesales y costos, a través de la siguiente redacción:

"Artículo 289.- Régimen aplicable. En los procesos previstos en el artículo anterior, se aplicarán las siguientes reglas:

1. No serán necesarios los dictámenes previstos en el artículo 11, incisos 3 y 5;
2. No será necesaria la constitución de los comités de acreedores.
3. Se designará una sindicatura clase "B", conforme a las reglamentaciones vigentes;
4. Los edictos previstos en los artículos 27, 28 y 89 se publicarán por el plazo de 3 (tres) días.
5. El plazo previsto en los artículos 14, Inc. 3º y 88, último párrafo, no podrá exceder de los 10 (diez) días, contados a partir de que se estime que ha finalizado la publicación de los edictos previstos en el inciso anterior;
6. El plazo previsto en el artículo 34 será de 5 (cinco) días;
7. El plazo para la emisión del informe del artículo 35 será de 10 (diez) días, como máximo.

¹²⁵ Número de Expediente 1761/11, Cámara de Senadores de la Nación, ingresado en Mesa de Entradas de la Cámara el 3 de agosto de 2011.

¹²⁶ En los Fundamentos del Proyecto puede leerse que "(e)l defecto fundamental de la legislación vigente es el hecho de que los parámetros fijados en el artículo 288 para acceder a los "pequeños concursos" (pasivo no mayor a cien mil pesos, no mas de veinte acreedores quirografarios, no mas de veinte dependientes), deben reunirse de manera alternativa para lograr ese objetivo, lo que ha dado lugar a categorizar como "pequeños" a procedimientos que, realmente, no revisten el carácter de tales. Con lo cual, la excepción se convirtió en una verdadera regla."

¹²⁷ El texto del mismo, inalterado hasta el presente, prescribe que "En los presentes procesos no serán necesarios los dictámenes previstos en el artículo 11, incisos 3 y 5, la constitución de los comités de acreedores y no regirá el régimen de supuestos especiales previstos en el artículo 48 de la presente ley. El controlador del cumplimiento del acuerdo estará a cargo del síndico en caso de no haberse constituido comité de acreedores. Los honorarios por su labor en esta etapa serán del 1% (uno por ciento) de lo pagado a los acreedores."

8. El período previsto en el artículo 43 será de 30 (treinta) días, pudiendo ser prorrogado por el juez en función de las circunstancias allí fijadas por un máximo de 15 (quince) días más.

9. No será aplicable el procedimiento previsto en el artículo 48.

10. El plazo fijado en el artículo 90 será de 5 (cinco) días.

11. El pago de la tasa de justicia se disminuirá en un 50% (cincuenta por ciento) respecto a los distintos supuestos previstos en la presente ley.

12. La liquidación de los bienes en la quiebra se realizará por venta individual, salvo que el juez, por resolución fundada, estime otro modo de realización.

13. La resolución judicial que determine la calificación de un proceso dentro de estas reglas, será inapelable. Si en el transcurso del procedimiento, se presentan situaciones que impliquen su modificación, el juez determinará las medidas de adecuación que estime pertinentes.”

Por último, se proyecta la incorporación del artículo 289 bis, en estos términos:

“Artículo 289 bis: En los supuestos en que el deudor sea una persona física que posea ingresos fijos provenientes de su trabajo en relación de dependencia, jubilación y/o cualquier otro tipo de retribución proveniente del sistema previsional, se aplicarán las mismas reglas previstas en el artículo anterior, aunque no se reúnan los recaudos previstos en los incisos 1 y 2 del artículo 288. Se prescindirá, en todos los casos, del informe del síndico previsto en el Art. 14, Inc. 12. En el supuesto de decretarse la quiebra, se afectarán al pago de los acreedores los porcentajes de dichas remuneraciones que no excedan el límite de embargabilidad. El juez podrá adoptar las medidas que estime pertinentes a los fines de simplificar los procedimientos y reducir los costos procesales.”

Se regula a través de este artículo un “pequeño concurso” aplicable a cualquier deudor que “sea una persona física que posea ingresos fijos provenientes de su trabajo en relación de dependencia, jubilación y/o cualquier otro tipo de retribución proveniente del sistema previsional”. En este supuesto no se requiere cumplir con los recaudos del art. 288, es decir, que no hay limitación ni en cuanto al monto del pasivo ni en cuanto al número de acreedores.

En este pequeño concurso tampoco se requiere del informe del síndico. Decretada la quiebra, el pago a los acreedores se hace a través de afectar el porcentaje de la remuneración del deudor que no exceda el límite de embargabilidad¹²⁸.

4.2.1.4. Proyecto de ley, denominado de “Prevención del sobreendeudamiento personal y familiar”

¹²⁸ “... independientemente de los bienes que compongan el patrimonio del deudor y puedan ser objeto de eventual liquidación...”, se lee en los Fundamentos del Proyecto, aunque no surja tan claro del texto del mismo. Los párrafos completos de los Fundamentos, referidos a este tema, expresan:

“Se siguen las sugerencias de importantes encuentros académicos (Primera Jornada de Profesores de Derecho Concursal, Mendoza, 2006) para prever una situación específica que se presenta en la práctica diaria, mucho más usualmente de supuesto, como es, el concurso preventivo o la quiebra de personas que registran ingresos fijos, como ser, asalariados, jubilados, pensionados, etc.

En tales hipótesis, independientemente de los bienes que compongan el patrimonio del deudor y puedan ser objeto de eventual liquidación, se prevé la afectación de sus ingresos a la satisfacción de los acreedores dentro del límite de embargabilidad de estas remuneraciones, recogiendo la práctica diaria de los tribunales de todo el país.”

La Senadora Liliana Negre de Alonso, también en el año 2011 presentó un Proyecto de ley sobre "Prevención del sobreendeudamiento personal y familiar"¹²⁹ (en adelante, "Proyecto Negre de Alonso II").

En los Fundamentos del mismo se destaca "el importante incremento en el volumen de préstamos y créditos que se ha visto en los últimos años en el mundo en general, en Latinoamérica y especialmente en Argentina."

Al respecto, se destaca que "según los datos publicados por el Centro de Economía y Finanzas para el Desarrollo de la Argentina (CEFID-AR), los préstamos con destino a las familias crecieron un 749% entre 2004 y 2011. Ahora bien, si se mira en detalle la descomposición de cada uno de los tipos de préstamos se puede observar *un claro rezago en la evolución de los destinados a vivienda*, los cuales crecieron sólo un 139%, muy por detrás de otros como *los personales o de las tarjetas de crédito que aumentaron un 1.535% y un 1.009%* respectivamente." (la cursiva es nuestra)

En otras palabras, la tendencia al endeudamiento se orienta claramente a satisfacer la adquisición de bienes y servicios destinados a consumo inmediato, antes que a bienes que permitan un incremento patrimonial, vía ahorro.

También se expresa en los citados Fundamentos que "...el endeudamiento de las familias argentinas ha alcanzado un máximo en estos últimos tres años donde, por ejemplo, según la Consultora abeceb.com *el stock de préstamos al consumo llega a representar un volumen promedio en torno al 22% de los salarios totales* en la economía." (la cursiva es nuestra)

En cuanto al proyecto de ley en sí, el mismo se orienta a prevenir el sobreendeudamiento provocado por una irreflexiva contratación de herramientas destinadas a financiar el consumo.

El Proyecto Negre de Alonso II se caracteriza por las siguientes notas distintivas:

1) Protege solo a las personas físicas que puedan ser receptoras de "un préstamo en dinero efectivo, una línea de crédito para el consumo de bienes y servicios, o servicios financieros conexos de crédito...", a fin de prevenir su sobreendeudamiento (arg. conf. arts. 1 y 2).

2) No se remite a la ley 24.240 a la hora de definir al deudor ni tampoco requiere expresamente que este califique como consumidor, aunque parece sugerirlo, al referirse en los arts. 1 y 2 al "consumo" de bienes y servicios.

3) No brinda una definición de sobreendeudamiento.

4) Establece un régimen de información a cargo de la "persona física o jurídica" que ofrezca préstamos en dinero efectivo, líneas de crédito para el consumo de bienes y servicios, "o servicios financieros conexos de crédito".

¹²⁹ Número de Expediente 2351/11, Cámara de Senadores de la Nación, ingresado en Mesa de Entradas de la Cámara el 27 de septiembre de 2011. El expediente caducó el 28 de febrero de 2013.

Del art. 2 del proyecto surge que este régimen informativo presenta similitudes con el establecido en el art. 36 de la ley 24.240:

"ARTÍCULO 2.- Toda persona física o jurídica que otorgue a otra persona física un préstamo en dinero efectivo, una línea de crédito para el consumo de bienes y servicios, o servicios financieros conexos de crédito, tendrá la obligación de entregar un informe que contenga la siguiente información:

- a) El precio al contado, sólo para los casos de operaciones de crédito;
- b) El importe a desembolsar inicialmente- de existir- y el monto financiado;
- e) La tasa de interés efectiva anual aplicable;
- d) El costo financiero total;
- e) El sistema de amortizaciones de capital y cancelación de intereses;
- f) La cantidad, periodicidad y monto de los pagos a realizar;
- g) Los gastos extra, seguro o adicional, si los hubiera.
- h) En el caso de existir comisiones e intereses adicionales por incumplimiento por parte del tomador;

Este informe deberá entregarse en original con firma de ambas partes."

Es probable que la intención del redactor del proyecto sea que dicho informe deba entregarse antes de la celebración del contrato, pero la redacción es deficiente, pues en lugar de establecer que toda persona física o jurídica que "oferte", "publicite", "proponga", "vaya a otorgar" un préstamo en dinero efectivo, una línea de crédito para el consumo de bienes y servicios, o servicios financieros conexos de crédito o alguna expresión equivalente, utiliza la expresión "que otorgue" un préstamo en dinero efectivo, una línea de crédito para el consumo de bienes y servicios, o servicios financieros conexos de crédito, con lo que puede plantearse que el deber informativo debe cumplirse al celebrarse el contrato, cuando la decisión ya está tomada, con lo que la finalidad preventiva de la norma proyectada se pierde.

5) Siguiendo con el deber informativo, el art. 3 impone al otorgante del crédito el deber de "realizar un análisis proyectado sobre la capacidad de pago del tomador del crédito, de modo tal de obtener el nivel de endeudamiento máximo posible, considerando para el mismo por lo menos la siguiente información:

- a) Sueldo neto actual y rentas esperadas;
- b) Nivel de inflación real;
- e) Cualquier otro crédito financiero o préstamo otorgado;
- d) Canasta básica total de bienes y servicios, considerando cantidad de personas dentro del grupo familiar;
- e) Pago de alquileres y gastos extraordinarios;
- f) Gastos anuales importantes, y aquellos que tengan lugar en períodos irregulares, como ser el seguro de la vivienda o seguro del automóvil.

Este informe deberá entregarse en original con firma de ambas partes."

Más allá de la redacción del artículo, surge indudable que este análisis de la capacidad de pago del tomador del crédito debe ser previo a la celebración del contrato, dado que de otra manera carecería de toda finalidad preventiva. Lo anterior se confirma por la previsión del art. 7, que impone que en la publicidad donde se ofrezcan préstamos de dinero, líneas de crédito para el consumo de bienes y servicios, y servicios financieros conexos, se deberá informar sobre el derecho del tomador a exigir que se practique dicho análisis.

Además, al exigirse este análisis, implícitamente se está imponiendo “profesionalidad” en el otorgante del crédito es un profesional, en el sentido de ser un especialista en dicha actividad. Dicho de otra manera, el que desea otorgar este tipo de créditos debe tener la suficiente experticia como para realizar un análisis de las características mencionadas.

Por otra parte, este tipo de análisis, que debe entregarse por escrito y con firma de ambas partes, tiene el propósito de evitar la concesión indiscriminada de créditos, es decir, aquella en la que el acreedor se desentiende de la real capacidad de pago del deudor, pues el eventual incumplimiento de este está previsto y es compensado por el cumplimiento de los restantes deudores.

También, puede leerse en los Fundamentos "se propone lograr que el demandante de un crédito o préstamo reflexione sobre su situación real conociendo las verdaderas consecuencias de contraer deudas más allá de sus posibilidades."

6) Se establece la creación de un Registro Nacional de Créditos y Préstamos Adquiridos, que dependería del Banco Central de la República Argentina "quien tendrá a su cargo el almacenamiento, la actualización y el control de la base de datos de los adquirentes de préstamos de dinero, líneas de crédito para el consumo de bienes y servicios y servicios financieros conexos" (conf. art. 4). Esta base de datos deberá ser consultada de manera obligatoria por todos los dadores de créditos o préstamos para aprobar la operación, (conf. art. 6).

En los Fundamentos se declara que "(e)ste es un registro "positivo" en el sentido de que informa indistintamente de que el demandante haya entrado en mora (estos son los registros negativos) o no, sino que *tiene los datos de todos los contratos de crédito en cabeza de una misma persona*. Esto es muy útil para prevenir el endeudamiento excesivo ya que, mediante su consulta, quienes otorgan los créditos podrían tener una visión muy amplia del estado de deudas del solicitante, en búsqueda de *impedir que se otorguen préstamos que no sean sustentables* con otros anteriores que puedan tener esas personas o familias." (la cursiva es nuestra)

4.2.1.5. Proyecto de ley, denominado de "Régimen de Sobreendeudamiento para Pequeños Deudores"

Los senadores Liliana T. Negre de Alonso y Adolfo Rodríguez Saá presentaron otro Proyecto, denominado "Régimen de Sobreendeudamiento para Pequeños Deudores"¹³⁰ (en adelante, "Proyecto Negre de Alonso - Rodríguez Saá"). El mismo recibió media sanción el 25 de noviembre de 2015 en la Cámara de Senadores y pasó a la de Diputados.

El Proyecto Negre de Alonso - Rodríguez Saá se caracteriza por las siguientes notas distintivas:

¹³⁰ Número de Expediente 2877/15, Cámara de Senadores de la Nación, ingresado en Mesa de Entradas de la Cámara el 2 de septiembre de 2015. Este proyecto es idéntico a uno anterior, presentado solo por la senadora Negre de Alonso, el cual tiene número de Expediente 1422/13, Cámara de Senadores de la Nación, ingresado en Mesa de Entradas de la Cámara el 10 de abril de 2013.

1) Incluye en su regulación solo a los deudores personas físicas (art. 1¹³¹), sin exigir su calificación como consumidores. En cambio, limita el procedimiento al “pequeño deudor”, que sería “... aquella persona física cuyos ingresos mensuales no superen los veinte salarios mínimos vitales y móviles, y sus pasivos no superen el trescientos por ciento de sus ingresos mensuales, normales y habituales”, y, para el caso de los comerciantes, solo para aquellos “...cuyo pasivo denunciado no alcance la suma equivalente a los treinta salarios mínimos, vitales y móviles.” Se observa, obviamente, un criterio cuantitativo para calificar al sujeto protegido. En cuanto a las deudas comprendidas, el art. 3° incluye “...todas aquellas deudas exigibles y a vencer originadas, pero no limitadas, por el consumo individual o familiar, obligaciones fiscales u obligaciones asumidas como, garante o deudor solidario.”

Se excluyen a los deudores de mala fe.

2) Respecto de la buena o mala fe del deudor, se establece que la buena fe del mismo se presume iuris tantum, conforme surge de los arts. 3 y 8. No hay un enunciado de conductas que sean “reveladoras” de mala fe, como en otros proyectos.

3) Indirectamente, en el art. 2° brinda una definición cuantitativa de sobreendeudamiento: El pasivo del “pequeño deudor” no debe superar “el trescientos por ciento de sus ingresos mensuales, normales y habituales” y, para el caso de los comerciantes, dicho pasivo no debe alcanzar “...la suma equivalente a los treinta salarios mínimos, vitales y móviles”.

4) Establece un régimen judicial con intervención de un síndico, para solucionar el estado de sobreendeudamiento, conforme surge de los arts. 4, 5 y siguientes.

En efecto, del art 3 surge que el proceso se inicia “a instancia del deudor, solicitando que se le aplique el régimen de la presente ley por ante el juez competente...”, que, según el artículo 4, será el juez con competencia comercial del lugar del domicilio actual del deudor.

Posteriormente, conforme lo dispone el art. 5 “(a) los fines de determinación del procedimiento a seguir, producida la solicitud y aceptado el cargo por parte del síndico, el Juez pedirá la opinión de este último.”

Las funciones del síndico, según se desprende del art. 19, son eminentemente técnicas y consisten en citar a los acreedores denunciados por el deudor para que faciliten los datos relativos a sus créditos, proponer y auxiliar en la consecución de a un acuerdo conciliatorio y luego controlar el cumplimiento del mismo, reservar una parte del activo del deudor para sus “gastos corrientes familiares, tales como gastos de electricidad, gas, agua, alimentos, escolaridad y seguro de salud” y para el pago de honorarios a los profesionales intervinientes de parte del deudor, solicitar al juez competente que suspenda

¹³¹ "ARTÍCULO 2°.- Sujetos comprendidos. Serán sujetos comprendidos en esta ley toda persona física que tenga domicilio en el territorio nacional. A los efectos de esta ley, se entenderá por pequeño deudor a aquella persona física cuyos ingresos mensuales no superen los veinte salarios mínimos vitales y móviles, y sus pasivos no superen el trescientos por ciento de sus ingresos mensuales, normales y habituales. También podrá ser solicitado por un comerciante cuyo pasivo denunciado no alcance la suma equivalente a los treinta salarios mínimos, vitales y móviles."

todos los procedimientos de ejecución contra el deudor, salvo los iniciados por créditos alimentarios. Fracasada la posibilidad de acuerdo, debe confeccionar un plan de medidas, de carácter vinculante, para paliar el sobreendeudamiento del deudor.

5) El sistema proyectado no busca prevenir, sino resolver el estado de sobreendeudamiento.

6) Conforme el art. 5, producida la solicitud del deudor y aceptado el cargo por parte del síndico, el juez pedirá opinión fundada a este, el que puede estimar:

a) que "el deudor posee activos de conveniente realización o su situación económica y financiera es remediable". En dicho caso, solicitará al juez la inmediata apertura del procedimiento de conciliación extrajudicial, continuando su actuación hasta la homologación del acuerdo o de la propuesta propiciada por el propio síndico, de corresponder.

Según el art. 13, este trámite de conciliación extrajudicial no podrá durar más de 6 meses. La conciliación puede concluir con un acuerdo, que debe ser homologado judicialmente o, fracasado el acuerdo, con un plan de medidas de saneamiento elaborado por el síndico, medidas que, según el art. 11 "exclusivamente consistirán en: quita; espera; ejecución por subasta de bienes gravados o no; otorgamiento de garantías; venta o entrega de bienes; refinanciación con un plazo no superior a 7 años y reducción de la tasa de interés. "

b) que el deudor tiene "pocos activos realizables, o su realización fuese antieconómica, o se encuentre en una situación económica irremediadamente comprometida de seguir cualquier medida". En ese caso, recomendará al juez que aplique al deudor el trámite de "restablecimiento personal".

El citado art. 5° agrega que "(e)n todos los casos, el síndico deberá pronunciarse acerca del grado de responsabilidad en que, directa o indirectamente, los acreedores incurrieron para que el deudor se halle en la situación económico financiero que origino la aplicación de la presente ley. Cuando la responsabilidad del acreedor haya contribuido en forma significativa y determinante a la situación del deudor anteriormente mencionada, el juez podrá disminuir proporcionalmente el crédito según el grado de responsabilidad que determine el síndico."

En cuanto al trámite de "restablecimiento personal", este procedimiento es exclusivamente judicial y consiste en la realización, con ayuda de un funcionario denominado "enajenador" de todos los bienes del deudor, "*con excepción de los inembargables, los de antieconómica enajenación, la sede de su actividad, los resguardados por leyes especiales, y el inmueble del deudor cuando constituya su única vivienda u hogar. En caso de que éste se halle hipotecado, y el pago de la hipoteca se encuentre en mora, la ejecución o su inicio se suspenderán por un año.*" (conf. art. 15, la cursiva es nuestra)

Con lo realizado se procederá al pago de las deudas denunciadas y presentadas en el proceso, a prorrata respecto de los quirografarios si el monto no alcanzará para el total de los créditos y respetándose los privilegios establecidos en la ley 24552.

Posteriormente, el juez "dictará una resolución en la que declarará extinguidas todas las deudas que tuviese el deudor, salvo las originadas por créditos alimentarios, reparaciones pecuniarias y multas fijadas judicialmente, no pudiendo ningún acreedor reclamar en el futuro todo o parte de su crédito impago, sean créditos de fecha anteriores a la promoción del proceso." Todo lo anterior surge de los arts. 15 a 17.

7) Según se desprende "a contrario" del art. 19, inc. F, el proceso no suspende automáticamente las ejecuciones que se hubieran entablado contra el deudor, sino que dicha suspensión debe ser solicitada, fundadamente, por el síndico, quedando a salvo las ejecuciones por créditos alimentarios. Si el juez acepta el pedido, dictará la suspensión por un término máximo de nueve meses.

8) Cabe puntualizar que el Proyecto no brinda pautas precisas respecto de cuál es el "patrimonio prescindible realizable", es decir, a la porción del patrimonio del deudor susceptible de ejecución, dejando la cuestión al criterio del síndico y del juez.

Como se dijo ut supra, el síndico puede estimar que "el deudor posee activos de conveniente realización o su situación económica y financiera es remediable" o, por el contrario, que tiene "pocos activos realizables, o su realización fuese antieconómica, o se encuentre en una situación económica irremediamente comprometida de seguir cualquier medida".

10) El art 23 crea un "Registro Nacional de Personas Sobre endeudadas", a fin de "tomar nota de los procedimientos reglados por la presente ley que tramiten ante los magistrados de cualquier jurisdicción, nacional o provincial, los cuales remitirán a éste dentro de los tres días de conocida la causa la información, como así también las modificaciones relevantes que se produjeran con posterioridad, conforme las especificaciones que requiera la reglamentación."

11) Por último, el art. 20¹³² efectúa una remisión a ciertas disposiciones de la ley 24.522.

4.2.1.6. Comparación entre los proyectos analizados. Conclusión parcial

De los cinco proyectos analizados, solo el Proyecto Baglini incluye a las personas jurídicas entre los deudores protegidos.

El Proyecto Negre de Alonso I explicita que los deudores deben ser consumidores (deudores personas físicas (art. 2¹³³), cuyas deudas se originen en el consumo)¹³⁴, pero no

¹³² "ARTÍCULO 20.- Remisión. Aplíquense las siguientes disposiciones de la ley 24.522 de Concursos y Quiebras, con las modificaciones pertinentes que se detallan a continuación:

A. Artículo 7, 8, 9, 10, 12, 31 último párrafo, 261, 278 y 273;

B. En relación a la elección de síndico, los artículos 251, 252, 254, 255, 256, 257 y 258. El artículo 253 será íntegramente aplicable pero a los efectos de esta ley el juez interviniente deberá elegir solamente los síndicos que se encuentren en las listas de la categoría B;

C. Artículo 11 inc. 1, 2, 3 y 5. Del inciso 2º, deberá explicar las causas concretas por las cuales se llegó al estado de sobreendeudamiento y la época en que se produjo. Del inciso 3º, no será necesario el dictamen de un contador público nacional, sólo deberá explicar sucintamente el estado de su situación patrimonial, precisando la composición de su activo y pasivo; y del inciso 5º, no hará falta el dictamen del contador público."

se remite a la ley 24.240 a la hora de definir al deudor consumidor ni brinda una definición de tal.

Por su parte, el Proyecto Negre de Alonso II no se remite a la ley 24.240 a la hora de definir al deudor ni tampoco requiere expresamente que este califique como consumidor, aunque parece sugerirlo, al referirse en los arts. 1 y 2 al "consumo" de bienes y servicios. Los otros proyectos no restringen su protección a los consumidores.

El Proyecto Baglini intenta una definición "cualitativa" del "estado de sobreendeudamiento", dado que el art. 3° dispone que "A los efectos de esta ley, el estado de sobreendeudamiento *no es objeto de ninguna definición matemática*. Es una cuestión de hecho que contempla la variación a la baja de los ingresos del deudor por causas que no le son atribuibles."

El Proyecto Negre de Alonso - Rodríguez Saá plantea un encuadre cuantitativo del tema, al limitar el régimen al "pequeño deudor", que sería "... aquella persona física cuyos ingresos mensuales no superen los veinte salarios mínimos vitales y móviles, y sus pasivos no superen el trescientos por ciento de sus ingresos mensuales, normales y habituales", y, para el caso de los comerciantes, solo para aquellos "...cuyo pasivo denunciado no alcance la suma equivalente a los treinta salarios mínimos, vitales y móviles."

Los otros proyectos no brindan una definición de sobreendeudamiento.

Solo el Proyecto Negre de Alonso II se ocupa de la prevención del sobreendeudamiento. Los otros cuatro intentan resolver el estado de sobreendeudamiento.

El Proyecto Baglini, el Proyecto Negre de Alonso I, el Proyecto Bongiorno y el Proyecto Negre de Alonso - Rodríguez Saá, en suma, los cuatro proyectos que intentan resolver el estado de sobreendeudamiento, proponen un procedimiento judicial para ello. Si bien en el Proyecto Negre de Alonso I aparece un órgano administrativo, la Comisión de Sobreendeudamiento, con importantes funciones, el proceso se inicia y culmina ante los estrados judiciales.

El Proyecto Baglini, el Proyecto Negre de Alonso I, y el Proyecto Negre de Alonso - Rodríguez Saá efectúan distinciones entre deudores de buena y mala fe, aplicando el régimen protectorio solo a los primeros.

El Proyecto Baglini, el Proyecto Negre de Alonso I, el Proyecto Bongiorno y el Proyecto Negre de Alonso - Rodríguez Saá contemplan la posibilidad de que el deudor llegue a un acuerdo con los acreedores, como forma de solucionar el estado de sobreendeudamiento.

¹³³ "ARTÍCULO 2°.- Sujetos comprendidos. Serán sujetos comprendidos en esta ley toda persona física que tenga domicilio permanente en el territorio nacional, o toda persona física de nacionalidad argentina, cualquiera fuere su lugar de residencia."

¹³⁴ El Proyecto no se remite a la ley 24.240 a la hora de definir al deudor consumidor ni brinda una definición de tal, sino que en el art. 3 se limita a prescribir que el proceso regulado en la norma proyectada proceso es aplicable a "todas aquellas deudas domiciliarias y/o familiares no profesionales exigibles y a vencer originadas por el consumo, u obligaciones asumidas como garante o deudor solidario de un empresario individual."

El Proyecto Negre de Alonso I y el Proyecto Negre de Alonso - Rodríguez Saá contemplan el trámite de "restablecimiento personal", un procedimiento exclusivamente judicial, consistente en la realización de los bienes deudor que no sean imprescindibles para su subsistencia, a fin de pagar las deudas denunciadas y que culminará con una resolución judicial en la que se declarará extinguidas todas las deudas que tuviese el deudor. Respecto de la realización de los bienes deudor que no sean imprescindibles para su subsistencia, se observa una diferencia entre ambos proyectos, pues, mientras el Proyecto Negre de Alonso I excluye de la realización a "*...los inembargables, los de antieconómica realización, la sede de su actividad y los resguardados por leyes especiales...*" y agrega que "*(t)ampoco se podrá realizar el inmueble del deudor, siempre que constituya su única vivienda u hogar*", el Proyecto Negre de Alonso - Rodríguez Saá aclara que en caso de que inmueble del deudor constituya su única vivienda u hogar, se halle hipotecado, "*...y el pago de la hipoteca se encuentre en mora, la ejecución o su inicio se suspenderán por un año.*"

El Proyecto Negre de Alonso - Rodríguez Saá es el único que se ocupa de una eventual mala fe de los acreedores, dado que en su art. 5° establece que "(e)n todos los casos, el síndico deberá pronunciarse acerca del grado de responsabilidad en que, directa o indirectamente, los acreedores incurrieron para que el deudor se halle en la situación económico financiero que origino la aplicación de la presente ley. Cuando la responsabilidad del acreedor haya contribuido en forma significativa y determinante a la situación del deudor anteriormente mencionada, el juez podrá disminuir proporcionalmente el crédito según el grado de responsabilidad que determine el síndico."

4. 3. Antecedentes jurisprudenciales en la República Argentina

4.3.1. "Fallo Rinaldi"

Resumen: La Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunció respecto del sobreendeudamiento en los autos "Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Rinaldi, Francisco Augusto y otro C/ Guzmán Toledo, Ronal Constante y otra S/ Ejecución Hipotecaria"¹³⁵.

4.3.1.1. Los hechos

Los ejecutados adquirieron un inmueble destinado a vivienda única y familiar el 25 de octubre de 2001 y recibieron en la misma fecha la suma de U\$S 13.000 en calidad de préstamo que debían devolver en 60 cuotas mensuales de U\$S 359,64, en las que se incluía el interés del 1,84% mensual pactado sobre saldos deudores, según sistema francés, con vencimiento la primera de ellas el 25 de noviembre de 2001, gravando el bien a favor de sus acreedores con derecho real de hipoteca.

¹³⁵ "Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Rinaldi, Francisco Augusto y Otro C/ Guzmán Toledo, Ronal Constante y Otra S/ Ejecución Hipotecaria", CSJN, 15/03/07. Reseñado por el autor el 19 de marzo de 2007. En Internet: <http://www.camoron.org.ar/vermas-fallos.php?f=159>

Al no haberse pagado la deuda en tiempo y forma, los coacreedores Francisco Augusto Rinaldi, Jacobo Siskindovich y Diego Zimerman iniciaron ejecución hipotecaria por cobro del capital, intereses y costas. Sostuvieron que los deudores abonaron en forma irregular y a cuenta las primeras dieciséis cuotas, dejando de hacerlo el 25 de marzo de 2003, lo que motivó que se les diera por decaído el plazo y se les exigiera el pago del total del crédito; que al contratar tuvieron la expectativa de que su acreencia sería satisfecha en la moneda de origen, de acuerdo con lo dispuesto por los arts. 617 y 619 del Código Civil y que el deudor sería responsable por los daños e intereses derivados de su mora, lo cual no se respetaría de aplicarse las normas de emergencia económica, pues se les devolvería el crédito con una moneda envilecida y no se les enjugaría el perjuicio sufrido.

Además, los ejecutantes plantearon la inconstitucionalidad de la ley 25.561, del decreto 214/2002 y disposiciones complementarias, afirmando que al disponer la pesificación de las obligaciones pactadas originariamente en moneda extranjera se alteraban las pautas contractuales acordadas libremente y se licuaba la deuda en detrimento de su parte; que ello implicaba premiar el incumplimiento de la obligación y vulneraba los principios de razonabilidad, de seguridad jurídica, de irretroactividad de la ley y los derechos constitucionales de propiedad e igualdad, lo que no podía ser amparado por los jueces.

Por su parte, los ejecutados solicitaron la pesificación de la deuda con aplicación del coeficiente de variación salarial por tratarse de su vivienda única y familiar, aparte de que con el original del contrato de mutuo firmado con el Banco de la Nación Argentina acreditaron su ingreso al régimen de refinanciación hipotecaria previsto por la ley 25.798. Señalaron que el dólar había aumentado su valor en un 200% y les resultaba imposible afrontar el pago de la deuda en la moneda de origen; que quienes tenían sus acreencias en dólares no podían pretender mantener su valor adquisitivo inalterable y descargar sobre los obligados las consecuencias de la devaluación

Al contestar el traslado conferido con motivo de la adhesión de los deudores al sistema de refinanciación hipotecaria, los actores plantearon la inconstitucionalidad de las leyes 25.798 y 25.908 y del decreto reglamentario 1284/2003.

4.3.1.2. Decisión de Cámara

A su turno, la Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil confirmó la sentencia de primera instancia que había rechazado el planteo de inconstitucionalidad de las normas sobre pesificación y dispuesto –por aplicación de la doctrina del esfuerzo compartido– que el capital adeudado se calculase a razón de un peso por cada dólar, con más el 50% de la brecha entre \$ 1 y el valor de la divisa norteamericana según la cotización vigente a la fecha del pago, con más un interés del 12% anual por todo concepto. Asimismo, confirmó la decisión que había declarado la inconstitucionalidad del régimen de refinanciación hipotecaria implementado por las leyes 25.798 y 25.908 y decreto reglamentario 1284/2003.

4.3.1.3. El fallo de la Corte Suprema

Contra dicho pronunciamiento, los ejecutados interpusieron el recurso extraordinario que, denegado, dio origen a la presentación directa. Sostienen que la sentencia es arbitraria porque sin haber declarado la inconstitucionalidad de las normas

sobre pesificación, ha omitido aplicarlas y se ha limitado a concluir que el aporte igualitario por ambas partes resultaba ajustado a derecho, sin evaluar las circunstancias del caso ni el perjuicio sufrido por los deudores al obligarlos a pagar un 100% más de la deuda originaria, llevándolos a la ruina económica y a la pérdida de la vivienda familiar.

Por último, por haberse dictado durante el trámite del juicio nuevas normas que podrían tener incidencia sobre la materia de la presente *litis*, la Corte dispuso oír a las partes al respecto. Al expedirse sobre el tema, los acreedores plantearon la inconstitucionalidad de la ley 26.167, mientras que los deudores sostuvieron su validez. Con posterioridad se dispuso dar nueva vista al señor Procurador General, quien se pronunció por la constitucionalidad del referido régimen y su aplicación al caso.

Al respecto, en el voto que contó con las firmas de los Dres. Elena I. Highton de Nolasco y Juan Carlos Maqueda, se comenzó por considerar que “las cuestiones propuestas hacen necesario recordar que los acontecimientos políticos, sociales y económicos que dieron lugar a una de las crisis más graves en la historia contemporánea de nuestro país, constituyen hechos públicos y notorios que fueron reconocidos por el Tribunal en oportunidad de pronunciarse en Fallos: 327:4495; 328:690 y en la causa M.2771.XLI "Massa, Juan Agustín c/ Poder Ejecutivo Nacional - dto. 1570/01 y otro s/amparo - ley 16.986", fallada el 27 de diciembre de 2006.”

En ese sentido, “...aceptada la situación de grave perturbación económica, social y política que representa máximo peligro para el país, resulta imperioso el deber del Estado de poner en vigencia un derecho excepcional, o sea, un conjunto de remedios extraordinarios destinados a asegurar la autodefensa de la comunidad y el restablecimiento de la normalidad social que el sistema político instaurado por la Constitución requiere.... *Tal derecho no nace fuera de la Constitución Nacional sino dentro de ella y se distingue por el acento puesto, según las circunstancias lo permitan y aconsejen, en el interés de individuos, grupos de ellos, o en el de la sociedad toda...*” (la cursiva es nuestra)

Los ministros recalcaron que, “...con particular referencia a la intervención del poder público en las relaciones entre particulares durante esos períodos, este Tribunal ha entendido que “...la prohibición de las leyes que alteren las obligaciones de los contratos, no impide al Estado ejercer los poderes de que se halla investido para promover el bien público o que son necesarios para el bienestar general del público, aunque por ello puedan ser afectados los contratos celebrados entre individuos. Este poder, que en sus varias ramificaciones es conocido como el poder de policía, es un ejercicio del soberano derecho del gobierno para proteger la vida, salud, moral, solaz ("confort") y bienestar general del pueblo, y es superior a cualesquiera derechos emergentes de los contratos entre los individuos". *La reserva del poder del Estado, apropiada para esas condiciones extraordinarias, debe considerarse que es parte de todos los contratos, como es la reserva del poder del Estado a fin de proteger el interés público...*” (la cursiva es nuestra)

Los ministros reseñaron las distintas modificaciones de la normativa de emergencia aplicable al caso, para concluir que “con fecha 2 de diciembre de 2003, se promulga la ley 25.820, que sustituye el texto del art. 11 de la ley 25.561, expresando la transformación de las obligaciones en cuestión en los términos dispuestos por los arts. 1, 4 y 8 del decreto 214/2002, para todos los casos en que hubiera o no mora del deudor, señalando en el

párrafo final que "la presente norma no modifica las situaciones ya resueltas mediante acuerdos privados y/o sentencias judiciales".

Con particular referencia a los mutuos garantizados con derecho real de hipoteca en los que estuviese comprometida la vivienda única y familiar del deudor que debido a la crisis económica se encontrara en mora o en riesgo cierto de ser ejecutado, "se sancionó la ley 25.798 (modificada por la ley 25.908 y reglamentada por el decreto 1284/ 2003), mediante la cual se creó el Sistema de Refinanciación Hipotecaria, de carácter optativo, opción que dejó a cargo del acreedor cuando se tratase de una entidad financiera y podría ser ejercida por cualquiera de los contratantes en los demás casos (art. 6)."

En el régimen previsto por esta normativa, se entiende por mutuo elegible a los garantizados con derecho real de hipoteca que reuniesen la totalidad de los siguientes requisitos: a) que el deudor fuese persona física o sucesión indivisa; b) que el destino del mutuo hubiese sido la adquisición, mejora, construcción y/o ampliación de la vivienda o la cancelación de mutuos constituidos originalmente para cualquiera de los destinos antes mencionados; c) que dicha vivienda fuese única y familiar; d) que se hubiese incurrido en mora entre el 1° de enero de 2001 y el 11 de septiembre de 2003, debiendo mantenerse en ese estado hasta la fecha de entrada en vigencia de la ley; y e) que el importe en origen del préstamo no superase los \$ 100.000 (arts. 2, 3 y 5 de la ley 25.798).

Cumplidas dichas condiciones y declarado elegible el mutuo, el agente fiduciario – Banco de la Nación Argentina según el art. 14 del decreto 1284/2003– debía suscribir con el deudor los instrumentos previstos por la norma y proceder a cancelar la deuda incluyendo capital, intereses y costas, contemplándose la emisión de títulos públicos para abonar las cuotas remanentes. Los pagos efectuados por aquél –que en ningún caso debían superar el valor actual de mercado del bien objeto de la garantía real de hipoteca– tendrían los efectos de la subrogación legal y el acreedor mantendría esa garantía por la porción aún no subrogada por el agente fiduciario.

Por otro lado, con posterioridad a las sucesivas suspensiones de ejecuciones hipotecarias dispuestas por las leyes 26.062, 26.084 y 26.103, se sancionó la ley 26.167 con el objeto de aclarar e interpretar la aplicación del conjunto normativo de emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria declarada por la ley 25.561, sus modificatorias, complementarias, prórrogas y aclaratorias, inclusive la ley 25.798, sus modificatorias y prórrogas.

La citada ley 26.167 estableció un procedimiento especial para la determinación de la deuda correspondiente a las obligaciones de dar sumas de dinero expresadas en origen en dólares estadounidenses u otras monedas extranjeras que reuniesen la totalidad de los requisitos enumerados en su art. 1 . Asimismo, establece en su art. 7° que el pago de la totalidad de la deuda importa la cancelación total y definitiva de todo lo adeudado y la subrogación del banco fiduciario.

En cuanto a la interpretación y eficacia de la cláusula primera del mutuo hipotecario de autos –que establece como condición básica y fundamental que la parte deudora restituya dólares estadounidenses billete, asumiendo cualquier variación de cotización por abrupta e intempestiva que fuese y rechazando expresamente la posibilidad de invocar la teoría de la imprevisión y del abuso de derecho – , los ministros entendieron que "debe ser examinada en el sentido de que dicha estipulación no acuerda derechos tan

absolutos o que puedan jugar en menoscabo de uno de los contratantes *cuando el cambio radical producido con relación al peso destruyó el equilibrio de las prestaciones y resultó impuesto a ambas partes por un acto de autoridad con miras a proteger el interés general* (conf. art. 21 del Código Civil).” (la cursiva es nuestra)

Para Highton y Maqueda, “no hay duda de que al forzar al acreedor a recibir una moneda distinta a la pactada, las normas de emergencia no sólo han alterado el principio de autonomía de la voluntad (art. 1197 del Código Civil) y distintas reglas concernientes a las obligaciones y contratos (arts. 617, 619, 740, 742, 2240, 2245, 2250 y 2252 del código citado), *sino que también han impuesto restricciones a derechos individuales de raíz constitucional*, como son los de contratar y de propiedad consagrados en los arts. 14 y 17 de la Ley Fundamental, más lo *que debe examinarse es si dichas restricciones exceden el empleo de los remedios extraordinarios* que resultan imprescindibles para proteger el interés general o si vulneran los derechos fundamentales referidos.” (la cursiva es nuestra)

En ese sentido, “al decidir sobre el conflicto de intereses planteado entre acreedores y deudores en moneda extranjera, cabe recordar que *no puede estarse a la literalidad de lo pactado cuando la prestación, según las nuevas disposiciones legales, se ha tornado excesivamente onerosa* para uno de los contratantes.” (la cursiva es nuestra)

Por eso, “teniendo en cuenta los parámetros señalados, las medidas de orden público adoptadas por el Estado para conjurar la crisis económica y social *no resultan medios regulatorios desproporcionados con relación a la finalidad perseguida* ni carecen de la razonabilidad necesaria para sustentar su validez constitucional, pues el art. 11 de la ley 25.561 (t.o. ley 25.820) después de establecer la conversión de las obligaciones pactadas en moneda extranjera a razón de un dólar igual un peso y de prever la aplicación de un coeficiente de actualización, *faculta a las partes a solicitar el reajuste equitativo del precio* en los casos en que “...por aplicación de los coeficientes correspondientes, el valor resultante de la cosa, bien o prestación, fuere superior o inferior al del momento de pago.” (la cursiva es nuestra)

Así, de “una aplicación literal de las normas *parecería desprenderse que el régimen de emergencia no ha impuesto una pesificación definitiva según la paridad allí establecida*, pues ha contemplado la posibilidad de que la parte que se considera perjudicada por la utilización de ese método de ajuste, pueda solicitar la recomposición equitativa de las prestaciones a cargo del otro contratante; empero, no puede desconocerse que desde la primera ley que reguló la cuestión en examen como de las posteriores que buscaron perfeccionar el sistema legal con espíritu conciliatorio, puede extraerse también como conclusión válida para poner fin a la controversia en materia de pesificación, *una solución que imponga compartir el esfuerzo patrimonial* derivado de la variación cambiaria, doctrina que al presente ha sido aceptada en forma mayoritaria por los tribunales nacionales.” (la cursiva es nuestra)

Respecto del llamado “esfuerzo compartido”, “cabe destacar que, además de encontrarse consentida por los acreedores, que no impugnaron las decisiones de las instancias ordinarias que adoptaron dicho principio, *su aplicación al caso se ve corroborada con la reciente promulgación de la ley 26.167* que, al interpretar la ley 25.561 y sus normas modificatorias, complementarias y aclaratorias, precisa las pautas que deben ser valoradas por el juez y determina el límite máximo que tendrá el reajuste equitativo de las prestaciones a que se refiere el art. 11, texto fijado por la ley 25.820, en los casos de

mutuos hipotecarios de monto inferior a los \$ 100.000 en los que el deudor tenga comprometida su vivienda única y familiar (ver art. 6 de la ley 26.167).” (la cursiva es nuestra)

En su art. 6º, esta ley prescribe lo siguiente:

“Determinación de la deuda por el juez:

Transcurrido el plazo establecido en el artículo precedente, sin que las partes hubieren acordado, el juez procederá en un plazo de VEINTE (20) días a determinar la suma adeudada....

En función de la conversión a pesos y el reajuste equitativo establecido en el artículo 11 de la Ley Nº 25.561 (conforme artículo 3º de la Ley Nº 25.820) y en el artículo 8º del Decreto Nº 214/02, y la actualización por el coeficiente de variación de salarios dispuesta en el artículo 4º de la Ley Nº 25.713 (conforme artículo 1º de la Ley Nº 25.796), la determinación de la deuda por el juez no podrá exceder el cálculo que surge de la conversión de un dólar estadounidense, o su equivalente en otra moneda extranjera, a un peso (U\$s 1 = \$ 1), más el 30% de la diferencia entre dicha paridad y la cotización libre del dólar estadounidense a la fecha en que se practique la liquidación. A la suma resultante deberá adicionársele un interés cuya tasa no podrá ser superior al 2,5% anual por todo concepto, desde la mora hasta su efectivo pago. Queda expresamente prohibida la capitalización de intereses.

En ningún caso, será de aplicación el Coeficiente de Estabilización de Referencia (C.E.R.), ni ningún otro mecanismo de actualización que el previsto en el presente artículo.”

Aplicando entonces esta norma, los ministros señalaron “que el límite de un dólar igual a un peso más el 30% de la brecha cambiaria establecido para la determinación de la deuda, *no resulta injustificado*, particularmente cuando para llegar a ese tope legal ha dispuesto que los jueces deberán evaluar las pautas previstas por las normas examinadas (coeficiente de variación salarial previsto por el decreto 762/2002 y las leyes 25.713 y 25.796) y adecuar ese resultado atendiendo a los fundamentos previstos por el art. 6 de la ley, que no son otros que los que el derecho moderno ha incorporado para mantener una relación de equilibrio patrimonial al tiempo de cumplir la obligación.” (la cursiva es nuestra)

En lo referido a la modificación de la forma en que se percibirá el crédito con relación a la originalmente prevista durante la vigencia de la convertibilidad, los jueces consideraron que “no desconoce el crédito del acreedor en términos que justifiquen invalidar la norma a la luz de la emergencia, sino que configura un claro avance para dar solución final al tema examinado.”

Por ello, y habiendo dictaminado el señor Procurador General, se hace lugar a la queja, se declara formalmente admisible el recurso extraordinario deducido por los ejecutados y se revoca el fallo apelado en lo que respecta al modo en que debe calcularse el monto por el que progresa la ejecución y en cuanto declara la inconstitucionalidad del régimen de refinanciación hipotecaria previsto por las leyes 25.798 y 25.908 y decreto reglamentario 1284/2003. Asimismo, se rechaza el planteo de inconstitucionalidad de la ley 26.167, formulado por los actores.

4.3.1.4. El voto de los ministros Lorenzetti y Zaffaroni

Si bien coincidieron con la solución propuesta por los anteriores ministros, en su voto, los Dres. Ricardo Lorenzetti Y Raúl Zaffaroni agregaron fundamentos relacionados con el Derecho de los consumidores y la libertad contractual. Así, en su voto conjunto, se expresó que “en el presente caso, *se trata un contrato que ha sido desquiciado por circunstancias sobrevinientes, y por consiguiente es revisable tanto por la acción basada en la imprevisión contractual, como por la frustración de su finalidad o el uso abusivo del derecho.* Esta recomposición sería similar a la que ha establecido la jurisprudencia de los tribunales y el propio legislador, razón por la cual debe adoptarse una solución que permita, de una sola vez, lograr una recomposición equitativa del vínculo contractual.” (la cursiva es nuestra)

En ese sentido, “...la legislación cuestionada establece el cambio de valor de la moneda nacional respecto de la extranjera, expresada en una devaluación de la primera. Esta Corte se ha expedido sobre la constitucionalidad de la regla general...” en la causa “Massa”.

Sin embargo, “...la afirmación anterior debe ser diferenciada del juicio sobre la constitucionalidad del impacto que aquélla produce sobre cada una de las relaciones jurídicas afectadas. *En relación a esta litis, resulta evidente que la legislación de emergencia ha avanzado indebidamente sobre lo establecido por las partes, dejando de lado cláusulas pactadas, lo que resulta irrazonable...*” (la cursiva es nuestra)

“El acreedor sufrió un perjuicio económico, derivado de la legislación bajo análisis, ya que donde las partes suscribieron "dólares", ahora dice "pesos", y donde ellas acordaron una determinada cantidad de dólares, dice otra cantidad de pesos no equivalentes. De ello se desprende una afectación al contrato como posición jurídica, específicamente en lo concerniente a la libertad de configurar su contenido como una obligación dineraria en moneda extranjera conforme expresamente lo habilita el ordenamiento jurídico vigente (art. 617 del Código Civil).

Desde la posición del deudor, *surge con claridad que los efectos de estas medidas afectaron las bases sobre las cuales el contrato fue celebrado produciendo un desequilibrio en las relaciones de cambio.* Si bien es correcto que el deudor moroso soporta el daño moratorio (art. 508 del Código Civil), intrínseco a la obligación, también lo es que puede cargar con la totalidad del perjuicio derivado del cambio económico e institucional que produce la pesificación. Ello es así sobre todo porque la ley vigente (ley 25.820), al declarar que se aplica a las obligaciones en mora, neutralizó, para este supuesto, el carácter que el Código Civil adjudicó a ese estado como elemento de traslación de los riesgos del caso fortuito (art. 513 del Código Civil). También debe tenerse en cuenta que *si el perjuicio derivado del cambio de circunstancias que las partes tuvieron en cuenta al celebrar el contrato, sólo es soportado por el deudor, se consagraría una regla de reparto asimétrica.* Por esta razón, el argumento de la protección de la expectativa del acreedor, si bien es ajustado a derecho, encuentra su límite en la imposibilidad relativa sobreviniente. En estos supuestos, el Código Civil prevé la acción de revisión (art. 1198, Código Civil), mediante la cual el juez está autorizado a recomponer la reciprocidad obligacional que condujo a las partes a contratar y que fuera desquiciada por causas extraordinarias e imprevisibles. En este aspecto, *la acción de reajuste prevista en la ley de emergencia (ley 25.561) no es más que una aplicación particularizada de esta regla general* y por lo tanto

es también constitucional al ajustarse al estándar del derecho común.” (la cursiva es nuestra)

Estos ministros coinciden con el voto anterior en cuanto a que “en el caso *ha ocurrido una circunstancia sobreviniente, extraordinaria e imprevisible*, ya que esta calificación proviene de la propia legislación especial aplicable (ley 25.561), no cuestionada en este aspecto. Aun en ausencia de esa norma, *el hecho no sólo era imprevisible de acuerdo al nivel de información que una persona razonable habría tenido al momento de contratar, sino que era inevitable frente a una diligencia normal*. Por ello, la ganancia esperada y legítima de un negocio normal conforme al estándar de previsibilidad que existía al momento de celebrar el contrato, no tiene relación alguna con los efectos que ahora se discuten, que superan la conducta de las partes y provienen de los desequilibrios institucionales provocados por el propio Estado. En esas condiciones, el beneficio que una de las partes podría obtener, no tendría otro fundamento que un riesgo que excede la economía de mercado y, por lo tanto, el previsible de un contrato.” (la cursiva es nuestra)

Asimismo, “...el referido hecho ha producido una excesiva onerosidad de las prestaciones, destruyendo la relación de equivalencia, por lo cual resulta aplicable el instituto de la “excesiva onerosidad sobreviniente” (art. 1198 Código Civil), invocado en forma oportuna por la demandada, por lo que cabe examinar cuál es el criterio más adecuado para recomponer el equilibrio contractual en el presente caso. *La cláusula convencional que prohíbe invocar la imprevisión es, en este excepcional caso, inoponible, toda vez que se trata de un contrato que puede ser calificado dentro de una relación de consumo fácilmente identificable, así como un supuesto de afectación de derechos fundamentales, lo cual permite su declaración de abusividad.*” (la cursiva es nuestra)

4.3.1.5. La cuestión del sobreendeudamiento

El voto de Zaffaroni y Lorenzetti destaca que “...la Constitución, al tutelar a los consumidores, obliga a sostener una interpretación coherente del principio protectorio, que en el caso se refiere, concretamente, al problema del "sobreendeudamiento".

El sobreendeudamiento es la manifiesta imposibilidad para el consumidor de buena fe de hacer frente al conjunto de deudas exigibles. En muchos países se han dictado leyes especiales destinadas a regular el problema del sobreendeudamiento de los consumidores, que contemplan aquellos supuestos en los que el deudor está afectado por alguna circunstancia inesperada, *tal como un cambio desfavorable en su salud, en su trabajo o en su contexto familiar que incide en su capacidad de pago.* Por ello se autorizan medidas vinculadas con la intervención en el contrato, otorgando plazos de gracia, estableciendo una suerte de concurso civil, o bien promoviendo refinanciación a través de terceros.” (la cursiva es nuestra)

Al respecto, “...la legislación que se examina es consistente con una recomposición del contrato basada en la excesiva onerosidad sobreviviente, y con la protección del consumidor endeudado en un grado que afecta sus derechos fundamentales y el acceso a la vivienda, lo que permite sostener su legitimidad. *La igualdad no se ve afectada cuando el legislador elige a un grupo de sujetos para protegerlos especialmente, por su vulnerabilidad y con fundamento en la tutela de los consumidores y la vivienda familiar.*

También es compatible con esta solución, especial por tratarse de un problema de sobreendeudamiento de consumidores, la existencia de un plan de refinanciación.” (la cursiva es nuestra)

“Estos sistemas, aplicados a deudores con escasa capacidad de pago, que incluyen el pago por parte de un tercero con subrogación legal, son *justificados en función de la tutela de los consumidores prevista en la Carta Magna.*” (la cursiva es nuestra)

Por su parte, en voto propio, la Dra. Argibay adhirió, en lo esencial, a la solución propuesta por los demás ministros.

En síntesis, el Máximo Tribunal declaró la constitucionalidad de todas las normas de emergencia impugnadas en autos y reajustó el mutuo a la paridad U\$S 1 = \$1 más el 30% de la diferencia entre el peso y el dólar en el mercado libre de cambios, más un interés anual del 2,5%.

4.3.1.6. Cuestiones a destacar en el voto “Zaffaroni – Lorenzetti”

1) La definición de sobreendeudamiento:

“El sobreendeudamiento es la manifiesta imposibilidad para el consumidor de buena fe de hacer frente al conjunto de deudas exigibles.”

2) En el caso se trata de un supuesto de sobreendeudamiento pasivo, es decir, no producido por la conducta del deudor:

“...se trata un contrato que ha sido desquiciado por circunstancias sobrevinientes,...”, ajenas tanto a la conducta del deudor cuanto al riesgo propio del negocio. Por ello, incluso la mora del deudor no tendrá relevancia a la hora de calificar su conducta, dado que el hecho sobreviviente (salida de la convertibilidad y devaluación) tuvo consecuencias imprevisibles e inevitables para cualquier persona que hubiera contratado con *“una diligencia normal”*.

3) Los consumidores, como grupo vulnerable, merecen una especial protección de sus derechos fundamentales, entre los que se menciona, específicamente, el derecho al acceso a la vivienda.

4.3.2. Fallo “Giudice”

“Carlos Giudice S.A.C/ Ferreyra Marcos de la Cruz S/Cobro Ejecutivo”¹³⁶.

Resumen: La Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Mar del Plata confirmó la sentencia que rechazó la ejecución iniciada, por considerar que al mediar en el caso una relación de consumo entre las partes, no corresponde ejecutar el pagaré presentado, pues “el proceso que corresponde imprimir al cobro de las sumas adeudadas en

¹³⁶ “CARLOS GIUDICE S.A.C/ FERREYRA MARCOS DE LA CRUZ S/COBRO EJECUTIVO”, Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, Sala III, 06/11/12. En Internet en www.scba.gov.ar. Reseñado por el autor el 6 de noviembre de 2012. En Internet: <http://www.camoron.org.ar/vermas-fallos.php?f=931>

tales supuestos requiere la presentación de los instrumentos que dieron lugar a la compraventa, en cumplimiento con los recaudos previstos por el art. 36 de la ley 24.240, modificada por la ley 26.361".

Se trata de la ejecución de un pagaré, donde el juez de primera instancia rechazó la ejecución y dejó sin efecto la medida cautelar de embargo preventivo.

Dicho pronunciamiento es apelado por la parte actora. Se agravia la recurrente de las afirmaciones del primer juzgador respecto de las oportunidades para el estudio de la habilidad de los títulos que se pretenden ejecutar por considerarlas inconsistentes en su objeto de pretender justificar lo que *a posteriori* va a desembocar en el rechazo de la presente demanda.

Señala que los pagarés acompañados constituyen títulos ejecutivos con todos los recaudos previstos por el ordenamiento legal. Sostiene que la legitimación del accionante tiene que surgir expresa o implícitamente del propio título ejecutivo atento ser la única forma susceptible de ser constatada por el juez antes de dictar el primer proveído que despacha la ejecución. Indica que del análisis efectuado por el juzgador en su primer despacho surge que efectivamente consideró viable la ejecución, ordenando librar mandamiento de intimación de pago y embargo preventivo sobre los haberes y otras remuneraciones del deudor.

Destaca que dicho análisis se efectuó con fecha 9 de agosto de 2011, encontrándose vigente la ley 24.240, modificada por la ley 26.361.

Explica que su parte no es una entidad financiera ni efectúa préstamos o créditos para consumo, razón por la cual entiende que los pagarés ejecutados no encubren ninguna relación de esa naturaleza. Manifiesta que su actividad es la venta de artículos electrodomésticos, realizando operaciones comerciales puras y simples que no implican el otorgamiento de créditos ni préstamos para la venta de su propia mercadería, sino que cuando alguna persona adquiere dichos productos sin el dinero suficiente para comprarlos de contado, dicha operación se concreta mediante la suscripción de pagarés por la diferencia no abonada oportunamente.

En la Alzada, la vocal preopinante es la Dra. Zampini, quien destaca que “la decisión del juez de despachar inicialmente la ejecución no hace cosa juzgada, no importa prejuzgamiento ni genera preclusión, desde que **la cuestión atinente a la habilidad del título puede ser analizada aun de oficio por el tribunal hasta el momento del dictar sentencia de trance y remate**, haya mediado o no oposición de excepciones (argto. jurisprud. Cám. Fed., Bahía Blanca, Sala II, in re "YPF S.A. c/ Balesi, Juan A.", sent. del 20/5/1999; Cám. Apel. Civ. y Com., Posadas, Sala II, in re "Banco Corrientes S.A. c/ Ballvé, Alejandro y otro", sent. del 29/2/2000; Cám. Apel. Civ., Com. y Lab., Rafaela, in re "Coronel, Juan Carlos c/ Sánchez, Petrona y otro", sent. del 8/11/1998; doct. Carlos H. Ravelli, "Juicio ejecutivo. La segunda oportunidad para examinar la eficacia del título", LL. 1982-C-346, pto. VIII).”(la negrita y el subrayado pertenecen al original)

Por otra parte, “se observa que del texto de los pagarés acompañados surgen no sólo los montos sino que además, en el ángulo superior derecho se identifican los números de **créditos** y, a su vez, en el renglón destinado a identificar el origen de la suscripción, se

consignó: "por igual valor recibido en servicios". Sentado ello, cabe preguntarse si es procedente la ejecución de los pagarés acompañados." (la negrita y el subrayado pertenecen al original)

En el caso de autos, "surge que los pagarés glosados se refieren a créditos otorgados por la ejecutante al demandado, en tanto la cartular librada el día 5 de Julio de 2008 con vencimiento el día 5 de Agosto de 2008 por la suma de pesos cuatrocientos noventa y dos (\$ 492) remite al crédito N° 9714039, y el documento librado el día 10 de Julio de 2008 pagadero el 12 de Agosto de 2008 por la suma de pesos mil ochocientos dieciséis (\$ 1.816) alude al crédito N° 1630396... Es decir no gozan de los caracteres propios del pagaré (arts. 101, 102, 103 y ccetes. del dec. ley 5965/63; conf. Osvaldo Gómez Leo, "El pagaré", Ed. Depalma, Cdad. de Bs. As., 1988, págs. 20/21). Efectivamente cuando la pretensión ejecutiva tiene arraigo en una relación de crédito para el consumo, es posible y necesario interpretar las normas procesales, de modo compatible con los principios derivados de la legislación de protección de usuarios, es lo que la doctrina considera diálogo de fuentes (arts. 1, 2, 36 y 37 de la ley 24.240, modif. por ley 26.361; argto. jurisp. SCBA Rc. 109305 in re "Cuevas, Eduardo Alberto c/ Salcedo, Alejandro René s/ Cobro ejecutivo" del 1/9/2010; doct. Juan Carlos Cabañas García, "Los procesos civiles sobre consumidores y usuarios y de control de las cláusulas generales de los contratos", Ed. Tecnos, Madrid - España, 2005, pág. 21)." (la negrita y el subrayado pertenecen al original)

Para la magistrada, "la accionante se encuentra comprendida dentro de la noción de proveedor de una relación de consumo, toda vez que con motivo de la venta de los productos que comercializa, financió el pago en forma directa con el consumidor, prestando una operación de venta de crédito para consumo (arts. 2 y 36 -Capítulo VIII- de la ley 24.240, modif. por ley 26.361; argto. doct. Diego H. Zentner, "La protección del consumidor en las operaciones de crédito", pub. en DJ 23/6/2010, 1674, www.laleyonline.com).

En efecto, la firma ejecutante "Carlos Giudice S.A." se trata de una empresa dedicada a la venta de artículos electrodomésticos tal como se expresa en la fundamentación del recurso, iniciando la presente ejecución con la finalidad de perseguir el cobro resultante de operaciones de compraventa de estos artículos cuyo pago es a plazo... Es cierto que la ejecutante no se trata de una entidad financiera. Sin perjuicio de ello, en virtud que las circunstancias descriptas en los antecedentes de la causa -actividad que desarrolla- reviste la calidad de proveedor en una relación de consumo, en tanto financia de manera habitual la venta de sus productos (art. 2 de la ley 24.240, modif. por la ley 26.361; argto. doct. ut supra cit.).

Repárese que al momento de consignar la razón por la cual se suscriben los pagarés se consigna, expresamente, que es por "servicios", lo que no puede interpretarse más que como servicios correspondientes a la financiación de los productos que vende.

También siguiendo con los conceptos dados, entiendo que efectivamente se trata de una relación de consumo por la posición de los sujetos contratantes (arts. 1 y 53 de la ley 24.240, modif. por ley 26.361; conf. Juan Carlos Cabañas García, "Los procesos civiles sobre consumidores y usuarios y de control de las cláusulas generales de los contratos", Ed. Tecnos, Madrid - España, 2005, pág. 21).

Se presume a partir de la calidad de las partes involucradas en las actuaciones que el vínculo subyacente efectivamente se trata de una operación de crédito para consumo (argto. jurisp. Cám. Nac. Apel. Comercial en pleno, in re "Autoconvocatoria a plenario s/ competencia del fuero comercial en los supuestos de ejecución de títulos cambiarios en que

se invoquen derechos de consumidores" , sent. del 29/6/2011). Obsérvese que en autos se inicia la ejecución contra una persona física -Sr. Marcos de la Cruz Ferreyra- con ingresos fijos que al tiempo de contraer la deuda se desempeñaba como "Guardia (EG)" del Servicio Penitenciario Bonaerense (v. fs. 49), lo que constituye la prueba más evidente que se trata de una relación de consumo (arts. 375 y 384 del C.P.C.). Consecuentemente y a partir de la calidad del sujeto ejecutado - persona física destinataria final del producto o servicio- surge la existencia de una relación de consumo (argto. jurisp. SCBA Rc. 109305 in re "Cuevas, Eduardo Alberto c/ Salcedo, Alejandro René s/ Cobro ejecutivo" del 1/9/2010)." (la negrita y el subrayado pertenecen al original)

Por otro lado, "...el art. 36 de la Ley de Defensa del Consumidor regula tres clases de créditos: **los otorgados por el propio vendedor del bien o del servicio** ; los que puede conceder, con igual fin, cualquier tercero; y los que otorgan las entidades financieras, especialmente a través de las tarjetas de crédito (argto. doct. Diego H. Zentner, "La protección del consumidor en las operaciones de crédito" , pub. en DJ 23/6/2010, 1674, www.laleyonline.com). En el caso de autos, la accionante "Carlos Giudice S.A." afirma que se dedica a la venta de artículos electrodomésticos, reconociendo además que **los pagarés ejecutados han sido suscriptos como consecuencia de compras de dicha mercadería pagada a plazo...**" (la negrita y el subrayado pertenecen al original)

Por lo tanto "...en los pagarés presentados por el ejecutante *se han instrumentado operaciones de compraventa de electrodomésticos, omitiéndose acompañar en autos los instrumentos en que se materializó la compraventa, la entrega del recibo o factura con el precio de venta, los pagos efectuados, número de cuotas, intereses y demás previsiones establecidas por el art. 36 de la ley 24.240, modif. por ley 26.361 (argto. arts. 208, 450, 451, 452 y 463 inc. 2 y 3 del Cód. de Comercio).*" (la cursiva es nuestra)

En síntesis, desde la óptica de la camarista marplatense, "**...la aplicación de la Ley de defensa del consumidor no acarrea necesariamente la imposibilidad de iniciar una demanda, sino que el proceso que corresponde imprimir al cobro de las sumas adeudadas en tales supuestos requiere la presentación de los instrumentos que dieron lugar a la compraventa** , en cumplimiento con los recaudos previstos por el art. 36 de la ley 24.240, modificada por la ley 26.361.

Tales requerimientos son: **a)** La descripción del bien o servicio objeto de la compra o contratación, para los casos de adquisición de bienes o servicios; **b)** El precio al contado, sólo para los casos de adquisición de bienes o servicios; **c)** El importe a desembolsar inicialmente –de existir- y el monto financiado; **d)** La tasa de intereses efectiva anual; **e)** El total de intereses a pagar o el costo financiero total; **f)** El sistema de amortización del capital y cancelación de los intereses; **g)** La cantidad, periodicidad y monto de los pagos a realizar; **h)** Los gastos extras, seguros o adicionales, si los hubiere (art. 36 de la ley 24.240, modif. por ley 26.361). Deviene evidente entonces que de los pagarés acompañados no puede comprobarse el cabal cumplimiento de los recaudos exigidos bajo pena de nulidad por el artículo 36 de la ley 24.240 –ref. por ley 26.361." (la negrita y el subrayado pertenecen al original)

La Dra. Zampini también se refirió a la necesidad de tutelar al débil jurídico y evitar, por otro lado, prácticas de los proveedores que llevan al llamado "sobreendeudamiento":

“Entiendo que en el caso de autos dicha tutela se encuentra plenamente justificada al llevarse adelante la ejecución contra una persona física -Sr. Marcos de la Cruz Ferreyra- con ingresos fijos que se desempeñaba como "Guardia (EG)" del Servicio Penitenciario Bonaerense... , de lo que se infiere que percibe modestos ingresos y que no posee conocimientos específicos en materia financiera , resultando pasible de la protección conferida por la legislación consumerista.

Es lo que la doctrina y jurisprudencia denomina sobreendeudamiento del consumidor, definido por el Máximo Tribunal Nacional como la imposibilidad del deudor de buena fe de afrontar el conjunto de deudas exigibles, y la implicancia que conlleva al sobreendeudamiento familiar (conf. CSJN in re "Rinaldi Francisco Augusto y otro c/ Guzmán Toledo Ronal Constante y otra s/ Ejecución hipotecaria" , R. 320. XLII. RHE del 15/03/2007; Ricardo L. Lorenzetti - Claudia Lima Marques, "Contratos de servicios a los consumidores", Ed. Rubinzal-Culzoni, Cdad. de Sta. Fe, 2005, pág. 393; Elvira Méndez Pinedo, "La protección de consumidores en la Unión Europea" , Ed. Marcial Pons, Madrid - España, 1998).

En las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en el año 2011 en la ciudad de Tucumán se analizó esta cuestión, al considerar que el sobreendeudamiento del consumidor ha llevado a desligar distintos créditos: el crédito "prime" común corriente, el crédito "superprime" de alta tasa y el crédito "predatorio" que produce un grave daño y que tiene por objetivo el consumo sin preocuparse por la capacidad económica de las personas...

Es también preocupación del Congreso Nacional la cuestión planteada toda vez que adquirió media sanción en la Honorable Cámara de Senadores de la Nación, el denominado proyecto de "Ley de prevención de sobreendeudamiento personal y familiar" (actualmente llamado "Régimen de sobreendeudamiento de personas físicas"), presentado por la senadora nacional Liliana Negre de Alonso, como consecuencia de que "el endeudamiento de las familias argentinas ha alcanzado un máximo en estos últimos tres años donde, por ejemplo, según la Consultora abeceb.com el stock de préstamos al consumo llega a representar un volumen promedio en torno al 22% de los salarios totales en la economía"...” (la cursiva es nuestra).

“Así las cosas, en virtud de la naturaleza de los bienes comercializados por el proveedor de la relación de consumo que tienen por finalidad el crédito otorgado - electrodomésticos-, el monto que se pretende ejecutar (\$ 2.208), la multiplicidad de procesos de idéntico tenor iniciados por el accionante (v. www.scba.gov.ar - M.E.V.), así como la condición de persona física con ingresos fijos del ejecutado ..., es válido considerar que nos encontramos efectivamente ante una relación de consumo y, por ende, el cobro de la misma debe regirse por la Ley de defensa del consumidor (art. 65 de la ley 24.240, modif. por ley 26.361; argto. jurisprud. SCBA C. 116507 in re "Carlos Giudice S.A. c/ Delgadillo Heredia, Agapito s/ Cobro ejecutivo" del 7/3/2012).”

Siendo compartido este criterio, se resolvió rechazar el recurso de apelación y, en consecuencia, confirmar la sentencia.

4.3.3. Fallo "Santeiro"

"Santeiro Raúl Oscar S/Quiebra (Pequeña)"¹³⁷

Resumen: La Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Mar del Plata confirmó la sentencia apelada, que rechazó el pedido de conversión de quiebra en concurso preventivo. Consideró que habiendo tenido el fallido en miras al solicitar la apertura de la quiebra la suspensión de la subasta decretada en una ejecución hipotecaria; y no habiendo justificado, en la oportunidad de solicitar el pedido de conversión, las circunstancias por las cuales podría ahora negociar con sus acreedores y concluir en un acuerdo con ellos, dicho pedido resulta antifuncional y abusivo. El Tribunal consideró que el proceso concursal resulta una opción disvaliosa para el consumidor "sobreendeudado", pues implica afrontar honorarios de la sindicatura y eventualmente de otros funcionarios o auxiliares (vgr. Inventariador, tasador, etc.), como así también abonar los gastos de publicación de edictos, etc.

4.3.3.1. Los hechos

El fallido es empleado, separado y con hijos. Cuando se encontraba casado adquirió la que es la única vivienda de ocupación permanente, financiando el saldo del precio de adquisición a través del Banco Hipotecario.

Señaló que se quedó sin trabajo, debido a un escenario de recesión económica, no pudiendo por ello afrontar el pago de la hipoteca. Asimismo, relató que su esposa lo abandonó, convirtiéndose en el único sostén de su familia, desempeñándose como empleado en distintos frigoríficos y carnicerías en forma eventual.

Manifestó que dicha situación derivó en un proceso de ejecución hipotecaria, con fecha de subasta designada para el día 7 de julio de 2012.

Como se encontraba imposibilitado de acceder al crédito, por encontrarse incluido en la base de datos de riesgo debió recurrir para subsistir a préstamos contraídos por fuera del sistema financiero, lo que lo llevó a endeudarse a mayores tasas y peores condiciones, ante lo cual debió recurrir al remedio falencial para proteger su patrimonio y el interés de sus acreedores.

4.3.3.2. Pedidos de quiebra y de conversión

El Juez de grado decretó la quiebra del peticionante pero, posteriormente, el fallido solicita la conversión de la quiebra en concurso preventivo, señalando que solicita la conversión atento a que su panorama económico a futuro ha mejorado en forma circunstancial, atento a que parientes cercanos al fallido le han dado trabajo (reparto de alimentos) que le permiten un ingreso extra por sobre los gastos diarios "con cuyo excedente podría conformar un serio, sustentable y beneficioso acuerdo preventivo para todos los acreedores que resulten con derecho".

4.3.3.3. Principales argumentos de la Alzada para denegar el pedido de conversión

¹³⁷ "SANTEIRO RAUL OSCAR S/QUIEBRA(PEQUEÑA)", Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Mar del Plata , Sala III, 05/12/12. En Internet en www.scba.gov.ar.

a) "Al solicitar la conversión de la quiebra la fallida expone, como único argumento, a fin de demostrar que la situación económica ha mejorado desde el pedido de apertura de la falencia que *"...el panorama económico a futuro ha mejorado en forma circunstancial, atento que parientes cercanos me han dado trabajo (reparto de alimentos) que permiten un ingreso extra por encima de los gastos que insume la canasta familiar básica..."*, sin acompañar elemento de prueba alguno que demuestre su nuevo trabajo y los ingresos que obtiene por el mismo..." (la cursiva pertenece al original, el subrayado es nuestro)

b) "...el solicitante de la quiebra tenía a su disposición remedios idóneos, que no utilizó, para evitar llegar al extremo de que su vivienda única y de ocupación permanente...sea subastada.

En efecto, siendo que la exigibilidad del mutuo hipotecario acaeció con anterioridad al mes de enero de 2002 bien pudo éste solicitar la pesificación de su crédito o, en su caso, ingresar al sistema de refinanciación hipotecaria (art. 1, 8 y ccdtes. del decreto ley 214; art. 11 y ccdtes. de la ley 25.561; Ley 25.798; Ley 26.167)." (el subrayado es nuestro)

c) "...al margen de las variables que podría haber analizado conjuntamente o con la asistencia de su letrado patrocinante para conjurar el riesgo de la pérdida inmediata de su vivienda (vgr. invocación de leyes de emergencia que habilitan pedidos de suspensión de subastas de inmuebles que constituyen vivienda única de ocupación permanente), se optó por un carril que, si bien se encuentra dentro del abanico de propuestas aceptadas formalmente por la ley, luce "contrario" a la télesis que inspiró su sanción y, a su vez, muy gravoso desde el punto de vista patrimonial para el propio deudor". (el subrayado es nuestro)

4.3.4. Fallo "C.J.A."

"C.J.A. S/ Quiebra (Pequeña)"¹³⁸

Resumen: La Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Necochea revocó la sentencia de grado que desestimo el pedido de propia quiebra entablado por un consumidor, profesor de escuela secundaria, con alusión a lo dispuesto por el art. 1071 del Código Civil. El Tribunal consideró que, prima facie, la conducta del peticionante no era abusiva, por cuanto se advierte que la mayoría de las deudas denunciadas tienen por fuente a entidades de crédito para consumidores, a la par que se suma un infortunio en la salud personal con repercusión directa en sus ingresos, situación que fue la que, aparentemente, produjo o agravó el sobreendeudamiento del peticionante. Destacó que "...la omisión del legislador en dar respuesta específica a la problemática del consumidor sobreendeudado no podría nunca ir en contra de este grupo desaventajado, pues si la aplicación de la única herramienta normativa (propia quiebra con rehabilitación al año) que les permite un "nuevo comienzo" ("fresh start" en la terminología concursalista norteamericana) se les niega, la otra opción los perpetúa en una situación de padecimiento que el sistema de orden público protectorio de los consumidores no podría permitir..." (la cursiva es del original, el subrayado es nuestro)

¹³⁸ "C.J.A. S/QUIEBRA(PEQUEÑA)", Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Necochea, 19/09/13. En Internet en www.scba.gov.ar.

4.3.4.1. Los hechos

El peticionante aduce que los créditos por él contraídos no fueron tomados con la intención de incumplirlos y que sus montos fueron incrementándose por los intereses, siendo el factor desencadenante de la insolvencia sus problemas de salud.

Entiende que presumir lo contrario importaría reconocer ab-initio la “mala fe” del peticionante.

Ataca luego la conclusión del juez de grado, que presume el abuso de quien acude al régimen falencial sin contar con un activo importante; criterio que –según su óptica- “...entraña una violación a la garantía constitucional de igualdad ante la ley puesto que lo que se le exige al pequeño consumidor no se le requiere al comerciante o sociedad”.

4.3.4.2. Principales argumentos de la Alzada para aceptar el pedido de quiebra

a) "...ha de observarse que la sentencia de grado omite un aspecto que resulta crucial. Como sostiene Grispo ("Tratado sobre la Ley de Concursos y Quiebras" T°3 p. 91/92), citando a García Martínez, *"la presentación del propio deudor solicitando del juez competente que se declare su propia quiebra cuando se halla en estado de cesación de pago, con carácter no transitorio, sino permanente, en razón de su desequilibrio patrimonial, es un derecho a la par que una obligación legal"*. En ese orden, impedir las ejecuciones individuales es el modo de garantizar la par conditio creditorum, así como asegurar que los posibles pagos que se realicen no resulten a la sazón, eventualmente inoponibles frente a todos los acreedores..." (la cursiva es del original, el subrayado es nuestro)

b) "...casos como el presente (pedido de propia quiebra de un profesor secundario de la provincia de Buenos Aires) se enmarcan claramente en la denominada *"concursabilidad del consumidor"*, situación muy específica y que no ha tenido respuesta del legislador pese a la habitualidad del supuesto." (la cursiva es del original)

c) "...so pena de procurar satisfacer una deletérea finalidad de una ley que no los contempló...se desconoce una realidad patente de la economía globalizada: la excesiva facilidad de acceso a cierto tipo de crédito que gozan –o padecen, según se vea- estos deudores y los abusos (en materia de información primero y costos después) que se le imponen a los usuarios de créditos para consumo...". (el subrayado es nuestro)

d) "...analizar sólo la conducta del consumidor endeudado daría un cuadro absolutamente incompleto, debiéndose considerar *"que la conducta desplegada por algunos proveedores constituye también un elemento determinante en la generación del problema del sobreendeudamiento. Nos referimos a que existen publicidades engañosas, promociones agresivas, ventas realizadas sin una adecuada verificación de las*

posibilidades reales de pago del consumidor - adicionalmente, a veces sólo impulsadas por el afán de incrementar comisiones y cumplir cupos-; condiciones leoninas en los contratos de provisión de servicios; la imposición de cargos irrazonables; etc. Todo ello aunado a la falta de presencia del Estado en materia de control, de información y educación del consumidor, puede llevar al endeudamiento de los consumidores más allá de sus posibilidades reales de pago.” (“La regulación del sobreendeudamiento de los consumidores” Bersten, Horacio L., en La Ley Sup. Act. 30/08/2011, 30/08/2011, 1).” (la cursiva es del original)

e) “...se advierte que la mayoría de las deudas denunciadas tienen por fuente a entidades de crédito para consumidores...; a la par que se suma un infortunio en la salud personal con repercusión directa en sus ingresos...lo que, *prima facie*, produjo o agravó en el caso, el sobreendeudamiento del peticionante.” (la cursiva es del original, el subrayado es nuestro)

f) “...la omisión del legislador en dar respuesta específica a la problemática del consumidor sobreendeudado no podría nunca ir en contra de este grupo desaventajado, pues si la aplicación de la *única* herramienta normativa (propia quiebra con rehabilitación al año) que les permite un “nuevo comienzo” (“*fresh start*” en la terminología concursalista norteamericana) se les niega, la otra opción los perpetúa en una situación de padecimiento que el sistema de orden público protectorio de los consumidores no podría permitir, tal como destacan en su voto conjunto los Dres. Lorenzetti y Zaffaroni en la causa Rinaldi (CSN 15/03/07, La Ley, 2007-B, 413; art. 42 CN; arts. 1; 3 y 65 Ley 24240).” (la cursiva es del original, el subrayado es nuestro)

g) “...cabe destacar que el resolutorio en crisis no tiene en cuenta tampoco que no siempre la quiebra implicará liquidación del activo, (embargo salarial en el caso) pues aún en este tipo concursal, existen vías negociadas de salir de la crisis tal como lo reflejan los institutos de la conversión (art. 90 y sgtes.), avenimiento (art. 225 y sgtes.) y cartas de pago (art. 229) entre otros; aspecto que también viene a desdibujar la presunción de abuso construida por la sentencia de grado”. (el subrayado es nuestro)

4.3.5. Fallo “C., A. B”

“C., A. B. y otro/a s/ Concurso preventivo (pequeño)”¹³⁹

Resumen: La Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Azul revocó por prematura la sentencia apelada, en cuanto denegó la apertura del proceso concursal, impuso las costas a los concursados y reguló honorarios; otorgando el plazo de diez días improrrogables para que los actores cumplan con los requisitos formales para la petición de su concurso preventivo. El concurso fue solicitado por un matrimonio de jubilados sobreendeudado por necesidades de consumo. El Tribunal analizó la problemática del sobreendeudamiento y destacó que “cuando el sobreendeudamiento deviene en falencia, la legislación concursal carece de un remedio específico, existe un verdadero vacío

¹³⁹ “C., A. B. y otro/a s/ Concurso preventivo (pequeño)”, Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Azul, Sala II, 19/06/14. En Internet en www.sca.gov.ar. Reseñado por el autor el 14 de julio de 2014. En Internet: <http://www.camaron.org.ar/vermas-fallos.php?f=1025>

legislativo, dado que el régimen previsto para pequeños concursos no constituye un mecanismo idóneo para la solución de la problemática descrita, menos aun cuando, como en el presente, la insolvencia afecta a la clase pasiva con pocas posibilidades de recuperación”.

En la sentencia de primera instancia se rechazó la petición de pequeño concurso preventivo solicitado por los actores, con costas.

La sentencia consideró incumplidos los requisitos de apertura previstos en el art. 11 de la ley 24522, esenciales para dar inicio al concurso.

Dijo el a quo que en el caso no procede conceder el plazo de gracia previsto en la norma citada por cuanto dicha extensión requiere una causal debida y válidamente fundada, que no se verifica en autos.

Señaló que los requisitos legales de apertura del concurso están orientados a posibilitar al magistrado el análisis de la situación patrimonial del concursado y su incumplimiento conlleva la imposibilidad de realizar dicho análisis.

Destaca que este concurso ha sido solicitado por un matrimonio de jubilados sobreendeudado por necesidades de consumo, abriendo paso a un supuesto especial que aún no encuentra regulación legal: la concursabilidad del consumidor.

La referida sentencia fue apelada por los concursados quienes reiteran el pedido de prórroga, oportunamente solicitado en el escrito de inicio, e insisten en que, dado su carácter de jubilados, no comerciantes, la información aportada es suficiente para brindar un conocimiento de su estado patrimonial, por lo que solicitan se revoque la sentencia apelada disponiéndose la apertura del concurso.

En la Alzada, el vocal preopinante es el Dr. Peralta Reyes quien puntualiza que **“el concurso es solicitado por un matrimonio de jubilados, que poseen como único activo el inmueble que habitan, sus jubilaciones, y un pagaré a su favor...”,** mientras que su pasivo se encuentra constituido principalmente por deudas derivadas de la financiación de su propia subsistencia (ver resúmenes de deudas de fs...). (la negrita pertenece al original, el subrayado es nuestro)

El magistrado recuerda que “situaciones como la presente han sido estudiadas por la doctrina bajo el rótulo de sobreendeudamiento del consumidor. En algunos casos se prefiere la expresión sobreendeudamiento de los particulares, que en el sub-caso cabe precisar aún más como *sobreendeudamiento de sobrevivencia*, definido como *el endeudamiento mínimo indispensable para el mantenimiento de la vida del deudor y su familia*, como alimentación, vestido, servicios del hogar como electricidad, agua, etc.; *lo que debe ser distinguido del sobreconsumo* en el que el deudor recurre al préstamo para sostener un estilo de vida extravagante, que excede su mera supervivencia (*Alegría, Héctor, en “Los llamados pequeños concursos...” L.L.2005.E, pág. 1358.*” (la cursiva es nuestra)

“También se ha distinguido entre sobreendeudamiento activo y pasivo, definiéndose el primero como una situación de base, caracterizada por el endeudamiento irresponsable del deudor que contrae más obligaciones de las que puede afrontar, mientras

que el **sobreendeudamiento pasivo** se desencadena como consecuencia de acontecimientos posteriores al nacimiento de la obligación, como por ejemplo, la pérdida del empleo, **la jubilación**, la enfermedad del deudor, etc...” (la negrita pertenece al original, el subrayado es nuestro)

Dentro de la abundante doctrina nacional y extranjera citada por el camarista, se señala que “el fenómeno de sobreendeudamiento no debe centrarse sólo en las conductas desarrolladas por deudores irresponsables o poco previsores, *sin contemplar la conducta desplegada por algunos proveedores* que mediante publicidades engañosas, promociones agresivas, ventas realizadas sin una adecuada verificación de las posibilidades reales de pago –a menudo, impulsadas por el afán de incrementar comisiones y cumplir cupos- *coadyuvan al agravamiento del fenómeno contemplado* (cfr. Bersten, Horacio L “La regulación del sobreendeudamiento de los consumidores”, La Ley, Suplemento Actualidad, 30/8/11, 1).” (la cursiva es nuestra)

Ahora bien, “...*cuando el sobreendeudamiento deviene en falencia, la legislación concursal carece de un remedio específico, existe un verdadero vacío legislativo*, dado que el régimen previsto para pequeños concursos no constituye un mecanismo idóneo para la solución de la problemática descripta, menos aun cuando, como en el presente, la insolvencia afecta a la clase pasiva con pocas posibilidades de recuperación (cfr. Junyent Bas, Francisco A., Izquierdo, Silvina ¿Decoctor ergo fraudator? La quiebra de los consumidores”, La Ley, Suplemento de Concursos y Quiebras 2009 (Octubre), pto. II.1 “el vacío normativo”).” (la cursiva es nuestra)

“La insuficiencia de la ley concursal para resolver la problemática de la insolvencia de las personas físicas –no comerciantes-, *comienza a verificarse y tener recepción en nuestra jurisprudencia. Así, a partir de un pedido de quiebra de un profesor de secundario de la Provincia de Buenos Aires, rechazado en primera instancia por falta de activo*, con fundamento en el abuso del derecho (art. 1071 del Cód. Civ.), el tribunal señaló -con cita de Kemelmajer de Carlucci- que “desde hace más de treinta años, en la Argentina, los concursos dejaron de ser una figura exclusivamente mercantil; por el contrario el sistema comprende a comerciantes y no comerciantes, artesanos, empleados, ama de casa, jubilados, grandes y pequeños deudores”... De modo que -continúa el precedente citado- *si a este grupo desventajado se les cierra la vía concursal, se los perpetúa en una situación de padecimiento que el sistema de orden público protectorio no puede permitir* –este último párrafo recoge una cita del voto conjunto los Dres. Lorenzetti y Zaffaroni referido al orden público protectorio del consumidor, que resulta aplicable al presente, C.S.J.N in re “Rinaldi...”, del 15/3/07, La Ley 2007-B, pág. 413-.” (la cursiva es nuestra)

En definitiva, “cuando se presentan circunstancias específicas como la descripta en autos, los requisitos omitidos –si bien esenciales- pueden completarse con posterioridad a la petición inicial, siendo que la prórroga fue expresamente solicitada en ambas instancias. Existe una *causa válidamente fundada* para conceder el plazo de gracia previsto en el art. 11 in fine de la LCQ, *constituida por la protección que los poderes públicos deben brindar a este grupo desventajado* (clase pasiva) frente a su falencia, por lo que resulta prematuro el rechazo in límine de la petición...” (la cursiva es nuestra)

Siendo compartido este criterio se resolvió revocar por prematura la sentencia apelada, en cuanto denegó la apertura del proceso concursal, impuso las costas a los

concurados y reguló honorarios; “otorgándose el plazo de diez días improrrogables para que los actores den cumplimiento cabal a lo previsto en el art. 11 de la LCQ, debiendo el Sr. Juez de Grado verificar en una ulterior evaluación la procedencia del concurso preventivo solicitado; sin costas de alzada, atento la forma como se resolvió la cuestión.”

4.3.6. Comparación entre los fallos analizados. Conclusión parcial

En los cinco fallos analizados los deudores son personas físicas con escasos recursos. En “Giudice” y “C.J.A.” son empleados con ingresos fijos, en “Santeiro” es un empleado que trabaja en labores eventuales y en “C., A. B” se trata de un matrimonio de jubilados.

El Fallo “Rinaldi” (voto “Zaffaroni – Lorenzetti”) brinda una definición de sobreendeudamiento: “*El sobreendeudamiento es la manifiesta imposibilidad para el consumidor de buena fe de hacer frente al conjunto de deudas exigibles.*”

Este fallo es mencionado, como precedente, por los otros cuatro.

En cuanto a las causas del sobreendeudamiento, en uno (Fallo Rinaldi) se trata de una ejecución hipotecaria por no poder pagar un crédito destinado a financiar la adquisición de vivienda única y familiar. El supuesto¹⁴⁰ sobreendeudamiento se produjo por factores ajenos al deudor (medidas legislativas que “afectaron las bases sobre las cuales el contrato fue celebrado produciendo un desequilibrio en las relaciones de cambio”¹⁴¹)

En otro (Fallo “Giudice”), se rechaza la ejecución de un pagaré por presumirse la existencia de una relación de consumo merecedora de tutela especial, y dicho rechazo ocasiona, en definitiva que el crédito se deba reclamar por la vía ordinaria, a fin que el deudor reciba la tutela prevista por la ley 24.240, en especial, su art. 36¹⁴². En el fallo no se declara que el deudor se encuentre efectivamente en estado de sobreendeudamiento, pero parece presumírsele por los bajos ingresos y carencia de conocimientos financieros del deudor, lo que justifica una tutela preventiva judicial.

En palabras de la vocal preopinante, Dra. Zampini, “...requiere un grado pronunciado de protección el consumidor que dispone de ingresos relativamente modestos, o quien carezca de suficiente discernimiento y perspicacia en cuestiones jurídicas y económicas, o posea limitaciones en cuanto a su diligencia y atención, resultando fácil víctima de engaño o potencialmente influenciado de manera no objetiva (argto. doct. Ruben S. Stiglitz - Gabriel A. Stiglitz, “*Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor*” - 2da. Ed. actualizada, Ed. La Ley, Cdad. de Bs. As., 2012, pág. 180).

¹⁴⁰ El tema del sobreendeudamiento es mencionado en el voto de los ministros Lorenzetti y Zaffaroni con carácter general, como un criterio protectorio relacionado con la tutela judicial efectiva, pero no se indaga si en este caso concreto el deudor se encuentra en estado de sobreendeudamiento. Del contenido del voto en análisis parece presumirse dicho estado de sobreendeudamiento, pero no queda suficientemente claro.

¹⁴¹ Del voto de los ministros Lorenzetti y Zaffaroni.

¹⁴² La aplicación del art. 36 de la LDC en la ejecución de pagarés que documentan créditos originados en relaciones de consumo, produjo una frondosa jurisprudencia que se tratará en el Capítulo II.

Entiendo que en el caso de autos dicha tutela se encuentra plenamente justificada al llevarse adelante la ejecución contra una persona física -Sr. Marcos de la Cruz Ferreyra- con ingresos fijos que se desempeñaba como "Guardia (EG)" del Servicio Penitenciario Bonaerense..., de lo que se infiere que percibe modestos ingresos y que no posee conocimientos específicos en materia financiera, resultando pasible de la protección conferida por la legislación consumerista.

Es lo que la doctrina y jurisprudencia denomina sobreendeudamiento del consumidor..." (el subrayado nos pertenece, la cursiva es del original)

En tanto, los otros tres fallos ("Santeiro", "C.J.A." y "C., A. B"), son "pequeños concursos" donde la cesación de pagos parece haber sido producida por contraer créditos de consumo. Mientras que en "Santeiro" se rechazó el pedido de conversión de quiebra en concurso preventivo y el Tribunal consideró que el proceso concursal resulta una opción disvaliosa para el consumidor "sobreendeudado", pues implica afrontar honorarios de la sindicatura y eventualmente de otros funcionarios o auxiliares, en "C.J.A." y en "C., A. B" se considera valiosa dicha opción o, por lo menos, "...la *única* herramienta normativa (propia quiebra con rehabilitación al año) que les permite un "nuevo comienzo"¹⁴³ a los deudores sobreendeudados.

5. DEFINICIONES ACLARATORIAS PROPUESTAS

Llegados a este punto, se proponen las siguientes definiciones:

5.1. Consumidor

Es aquella persona humana o jurídica en condiciones de debilidad negocial que adquiere de un profesional, a cualquier título, bienes o servicios destinados a uso, o a quien un profesional le dirige una oferta o publicidad de bienes o servicios destinados a uso.

No es relevante que el consumidor sea persona jurídica o humana. Dicho de otra manera, ser persona jurídica o humana no confiere, per se, mayor fuerza o debilidad a la hora de negociar y de hacer valer los derechos.

La LDC (y ahora también el CCC) parten de una presunción: quienes adquieren o utilizan, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatarios finales, en beneficio propio o de su grupo familiar o social son *vulnerables*.

Se los presume vulnerables porque la experiencia indica que, por lo general, estas personas no son especialistas en la materia de los bienes o servicios que adquieren para consumir o usar y, además, que no tienen tiempo y/o medios para hacerse asesorar adecuadamente por terceros y, como si fuera poco, porque generalmente, tampoco tienen suficiente libertad de elección a la hora de adquirir esos bienes o servicios.

5.2. Estado de endeudamiento del consumidor

¹⁴³ Del voto de Cámara en el Fallo "C.J.A."

En coincidencia con las ideas de Lima Marques arriba reproducidas, definimos al endeudamiento del consumidor como una situación en la que el consumidor tiene una o varias deudas con uno o varios proveedores, en su carácter de sujeto pasivo de obligaciones generadas en relaciones de consumo.

Esta situación de endeudamiento en que se encuentra el consumidor es propia o inherente, en palabras de Lima Marques, a la vida en una sociedad de consumo, la que se caracteriza por un predominio del consumo por sobre el ahorro.

Mantener el nivel de vida en la sociedad actual hace necesario adquirir una cantidad de bienes y servicios que, en muchos casos, sólo se consigue con endeudamiento.

Dicho de otra manera, en la sociedad de consumo es natural que los presupuestos personales contemplen déficits mensuales financiados con préstamos.

5.3. Tipos de endeudamiento

Pasivo: El consumidor contrajo una o varias deudas por necesidad (vgr. pérdida de trabajo, problema de salud suyo o de sus familiares, imprevisto cambio en el escenario económico, etc.)

Activo: El consumidor contrajo una o varias deudas intencionalmente (vgr. Para comprar una vivienda, electrodomésticos, ropa, un auto, etc.)

Mixto: El consumidor contrajo deudas de las dos especies anteriores.

“Justificado”: Usamos este término para referirnos a aquellas deudas que guardan proporción con la contraprestación recibida.

“Injustificado”: Usamos este término para referirnos a aquellas deudas que no guardan proporción con la prestación recibida, sea que la mentada desproporción exista desde que se contrajo la deuda o que esta se produzca por circunstancias sobrevinientes

5.4. Tipos de acreedores:

De buena fe: Se comporta en forma diligente tanto en la etapa previa al nacimiento de la obligación, como en la etapa del cumplimiento de la misma.

De mala fe: Se comporta en forma dolosa o culposa, sea en la etapa previa al nacimiento de la obligación, como en la etapa del cumplimiento de la misma.

En una obligación donde el consumidor es deudor, para apreciar la buena o mala fe del proveedor - acreedor hay que tener en cuenta que este es un profesional, por lo que debe evaluarse su diligencia con el standard de un especialista en la materia.

5.5. Tipos de deudores:

De buena fe: Se comporta en forma diligente tanto en la etapa previa al nacimiento de la obligación, como en la etapa del cumplimiento de la misma.

De mala fe: Se comporta en forma dolosa, sea en la etapa previa al nacimiento de la obligación, como en la etapa del cumplimiento de la misma.

En una obligación donde el consumidor es deudor, para apreciar su buena o mala fe, hay que tener en cuenta que este es un profano, es decir, que no es un experto, por lo que debe evaluarse su diligencia con el standard de un no especialista en la materia. De esto se sigue que la negligencia o imprudencia del consumidor – deudor no sean relevantes a la hora de configurar su mala fe, exigiéndose el dolo, entendido como una intención de incumplir, tanto en la etapa previa al nacimiento de la obligación, como en la etapa del cumplimiento de la misma.

5.6. Combinaciones posibles entre los tipos de proveedores – acreedores y de consumidores – deudores

- a) Proveedor –acreedor de mala fe / Consumidor – deudor de mala fe
- b) Proveedor –acreedor de buena fe / Consumidor – deudor de mala fe
- c) Proveedor –acreedor de mala fe / Consumidor – deudor de buena fe
- d) Proveedor –acreedor de buena fe / Consumidor – deudor de buena fe

En los supuestos a) y b), los deudores- consumidores no parecen merecedores de tutela jurídica, dada su conducta dolosa.

En cambio, en los supuestos c) y d), los deudores- consumidores parecen merecedores de tutela jurídica, dada su conducta diligente.

Sin embargo, se advierten dos cuestiones que requieren un análisis más detenido

1) En el supuesto c) (Proveedor –acreedor de mala fe / Consumidor – deudor de buena fe) ¿Cómo incide la mala fe del acreedor, respecto de la validez de la obligación?

2) En el supuesto d) (Proveedor –acreedor de buena fe / Consumidor – deudor de buena fe) ¿Cómo incide la buena fe del acreedor, en caso de sobreendeudamiento del consumidor?

5.7. Estado de Sobreendeudamiento

5.7.1. Repaso de algunas definiciones doctrinales y normativas

Antes de dar nuestra definición de sobreendeudamiento, recordaremos algunas ya mencionadas, en ocasión de desarrollar cuestiones introductorias en este trabajo y agregaremos otras.

Como vimos, Kemelmajer de Carlucci, analizando la normativa del código francés de los consumidores relativa al sobreendeudamiento, señala que “(e)l sobreendeudamiento está definido en el art. 330-1. La situación de *sobreendeudamiento de las personas físicas* está caracterizado por la *imposibilidad manifiesta para el deudor de buena fe de hacer frente al conjunto de sus deudas no profesionales exigibles y a vencer, así como a las obligaciones nacidas de garantías o de obligaciones solidarias dadas a un empresario individual o a una sociedad* en la cual el deudor no es ni ha sido dirigente, ni de derecho ni de hecho.”¹⁴⁴ (la cursiva es nuestra)

Por su parte, Atencio destaca que no existe un concepto jurídico preciso y consensuado de sobreendeudamiento y señala que la doctrina mayoritaria sugiere elaborar un concepto de sobreendeudamiento que se vaya adaptando y completando jurisprudencialmente, basándose necesariamente en la relación entre el patrimonio y los ingresos del deudor con la posibilidad real de hacer frente a sus compromisos.¹⁴⁵

Para este autor, “(e)n el sentido más amplio, se hallará sobreendeudado aquel consumidor que, aunque no resulte definitivamente insolvente, no sea capaz de hacer frente a sus deudas según un plan de ingresos racional.”¹⁴⁶

A su turno, Alegría parece equiparar este concepto al de insolvencia¹⁴⁷

También se vio la definición que surge del fallo “Rinaldi”: “El sobreendeudamiento es la manifiesta imposibilidad para el consumidor de buena fe de hacer frente al conjunto de deudas exigibles.” La misma es mencionada por la jurisprudencia posterior.

Lima Marques¹⁴⁸ define al sobreendeudamiento como “la imposibilidad global del deudor persona física, consumidor, lego y de buena fe, de pagar todas sus deudas actuales y futuras de consumo (excluidas las deudas con el Fisco, las surgidas de delitos y por alimentos) en un tiempo razonable, con su capacidad actual de rentas y patrimonio.”

Anchaval puntualiza que “(s)obreendeudamiento e insolvencia son conceptos vecinos pero no iguales. El primero podría caracterizarse como más leve que el segundo. El consumidor sobreendeudado arrastra siempre una situación de pagos a cuenta, compromisos sobre su renta, etc., y -aunque los está pagando- su nivel de vida decae y el ahogo financiero aumenta hasta desembocar más tarde en la insolvencia y la imposibilidad de continuar con los pagos. *El sobreendeudamiento indica un cumplimiento forzado de las obligaciones, con un gran desgaste personal y económico, pero cumplimiento al fin.* La insolvencia significa el fin de esta situación y su incumplimiento.

¹⁴⁴ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “El sobreendeudamiento del consumidor y la respuesta del legislador francés”, publicado en Academia Nacional de Derecho 2008, (Junio), Cita Online: AR/DOC/1618/2009

¹⁴⁵ ATENCIO, Juan Martín, “El sobreendeudamiento del Consumidor: Una pequeña introducción al problema”. Disponible en <http://danterusconi.blogspot.com.ar/2010/01/doctrinael-sobreendeudamiento-del.html> . Consultado el 05/09/15

¹⁴⁶ ATENCIO, Juan Martín, ob cit

¹⁴⁷ “En materia de insolvencia de los consumidores (llamada también sobreendeudamiento para indicar diferencias con otras actividades económicas),...”

¹⁴⁸ LIMA MARQUES, Claudia, “Algumas perguntas e respostas sobre prevenção e tratamento do superendividamento dos consumidores pessoas físicas”, *Revista de Direito do Consumidor*, RDC 75/9, jul.-set./2010, publicado en “Doutrinas Essenciais Direitos do Consumidor”, *Revista dos Tribunais*, Vol. II, San Pablo, 2011, p. 573, citado por ÁLVAREZ LARRONDO, Federico M., ob. cit., p 6.

*Sin embargo, el elemento personal es lo que define la diferencia entre un concepto y otro, pues la situación de sobreendeudamiento produce un perjuicio en lo personal y familiar, que arrastra problemas sociales tales como acceso a la vivienda, educación, salud, marginalidad y un amplio etcétera."*¹⁴⁹ (la cursiva es nuestra)

En Brasil tiene estado parlamentario un proyecto de ley¹⁵⁰ aprobado por el Senado y enviado a la Cámara de Diputados, que modifica el Código de Defensa del Consumidor, ley 8078, así como la ley 10.741, con el objeto de establecer un régimen de prevención y resolución del sobreendeudamiento.

Según el mismo, "(s)e entiende por sobreendeudamiento la imposibilidad manifiesta del consumidor, persona física, de buena fe, de pagar la totalidad de sus deudas de consumo, exigibles y por vencer, *sin comprometer su mínimo existencial*, en los términos de la reglamentación."¹⁵¹ (la cursiva es nuestra)

En Italia, la ley del 27 de enero de 2012¹⁵² define al sobreendeudamiento, en el inciso b) del punto 2 del art. 6 como "la situación de desequilibrio persistente entre las obligaciones asumidas y el patrimonio prontamente liquidable para satisfacerlas, lo que determina la *relevante dificultad de cumplir con dichas obligaciones, o la definitiva incapacidad de cumplir regularmente*"¹⁵³. (la cursiva es nuestra)

De paso, en el inciso siguiente define al consumidor como "el deudor persona física que ha asumido obligaciones únicamente para fines no relacionados con la actividad empresarial o profesional."¹⁵⁴

5.7.2. Definición de sobreendeudamiento propuesta

Estado de sobreendeudamiento es la situación de imposibilidad cierta, actual o futura, de cumplir con las obligaciones generadas en relaciones de consumo en la que se encuentra un consumidor de buena fe, sin afectación de su dignidad por menoscabo del contenido mínimo de la propiedad.

5.7. 2.1. En primer lugar, caracterizamos al sobreendeudamiento como un estado, en el sentido de una situación en que se encuentra el consumidor – deudor de buena fe.

¹⁴⁹ ANCHAVAL, Hugo A., *Insolvencia del consumidor*. Editorial Astrea, año 2011, pp. 31 y 32

¹⁵⁰ Proyecto aprobado y enviado a Diputados el 4 de noviembre de 2015. Dponible en Internet: <http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=182356&tp=1>

¹⁵¹ Traducción del autor. Texto original en contexto: "Art. 54-A. Este Capítulo tem a finalidade de prevemr o superendividamento da pessoa natural e de dispor sobre o crédito responsável e sobre a educação financeira do consumidor.

§ 1º Entende-se por superendividamento a impossibilidade manifesta de o consumidor, pessoa natural, de boa-fé, pagar a totalidade de suas dívidas de consumo, exigíveis e vincendas, sem comprometer seu mínimo existencial, nos termos da regulamentação."

¹⁵² En Internet: <http://www.normattiva.it/ricerca/avanzata/vigente> . Consultado: 12/08/16

¹⁵³ Traducción del autor. Texto original: "...la situazione di perdurante squilibrio tra le obbligazioni assunte e il patrimonio prontamente liquidabile per farvi fronte, che determina la rilevante difficoltà di adempiere le proprie obbligazioni, ovvero la definitiva incapacità di adempierle regolarmente;"

¹⁵⁴ Traducción del autor. Texto original: "...il debitore persona fisica che ha assunto obbligazioni esclusivamente per scopi estranei all'attivitá' imprenditoriale o professionale eventualmente svolta."

El sobreendeudamiento no necesariamente implica insolvencia.

En efecto, aunque el activo del deudor supere su pasivo, igual puede encontrarse en una imposibilidad cierta de cumplir en el futuro, *sin afectación de su dignidad por menoscabo del contenido mínimo de la propiedad*, como se explicará más adelante.

5.7. 2.2 En segundo lugar, esta imposibilidad de cumplir con sus obligaciones debe ser *cierta*, en el sentido de que dicha imposibilidad de cumplir con sus obligaciones no debe ser hipotética o eventual, sino entrar dentro de las previsiones normales, según las reglas de la experiencia o la ciencia. Dicho de otra manera el sobreendeudamiento puede existir aun cuando en la actualidad el consumidor cumpla con sus obligaciones generadas en relaciones de consumo, *si el nivel de endeudamiento hace previsible*¹⁵⁵ su incumplimiento en el futuro.

Como ejemplo de esto último, Anchaval señala que "(l)os expertos consideran que *no debe destinarse al pago de deudas más del 20% de los ingresos*. Este porcentaje puede ser menor (entre un 12% y un 15%, como máximo), en función del nivel de vida de la zona en la que se resida, el precio de los alquileres, los gastos de alimentación y otros gastos fijos. Además, en caso de contraer deudas de larga duración, como la compra de un inmueble, hay que considerar no sólo la situación financiera en el momento de contraer la deuda sino la previsible durante el tiempo que va a durar. *Se considera que alguien está sobreendeudado cuando el volumen de su deuda es tres veces superior a su renta, cuando el total de la deuda supera el 75% del patrimonio neto del hogar, o cuando el peso de la carga de su deuda supera el 40% de su renta anual.*"¹⁵⁶ (la cursiva es nuestra)

Como se expresó ut supra, el Proyecto Baglini intenta una definición "cualitativa" del "estado de sobreendeudamiento", dado que el art. 3º dispone que "A los efectos de esta ley, el estado de sobreendeudamiento *no es objeto de ninguna definición matemática*. Es una cuestión de hecho que contempla la variación a la baja de los ingresos del deudor por causas que no le son atribuibles."

En cambio, el Proyecto Negre de Alonso - Rodríguez Saá plantea un encuadre cuantitativo del tema, al limitar el régimen al "pequeño deudor", que sería "... aquella persona física cuyos ingresos mensuales no superen los veinte salarios mínimos vitales y móviles, y *sus pasivos no superen el trescientos por ciento de sus ingresos mensuales, normales y habituales*", y, para el caso de los comerciantes, solo para aquellos "...cuyo pasivo denunciado *no alcance la suma equivalente a los treinta salarios mínimos, vitales y móviles.*" (la cursiva es nuestra)

5.7. 2.3. En tercer lugar, estrictamente, las obligaciones de imposible cumplimiento deben ser las generadas en relaciones de consumo, utilizando el concepto de relación de consumo en el sentido de obligaciones que tienen como sujeto activo o acreedor a uno o varios proveedores, en los términos del art. 2 de la LDC, y como sujeto pasivo a uno o varios consumidores, en los términos que lo define el art. 1º de la LDC.

¹⁵⁵ En el sentido de "probable", según las estadísticas disponibles o, en su defecto, según la experiencia.

¹⁵⁶ ANCHAVAL, Hugo A., ob cit p 7, citando la nota "Dificultades para pagar los créditos", actualmente disponible en el link http://revista.consumer.es/web/es/20060101/actualidad/informe1/70120_2.php. (fecha de consulta: 02/07/15)

5.7. 2.4. En cuarto lugar, y como principio, el sujeto sobreendeudado debe ser un consumidor, reiteramos, en los términos que lo define el art. 1° de la LDC, lo que implica no excluir a las personas jurídicas, dado que en nuestro ordenamiento jurídico estas pueden ser consumidores.

En nuestro derecho lo que caracteriza al consumidor no es su condición de persona humana, sino su falta de profesionalidad con respecto a la otra parte de la relación de consumo.

5.7. 2.4.1. Ahora bien, dado que, como se dijo, en nuestro derecho positivo las personas jurídicas también pueden ser consumidores, cabe indagar si el problema del sobreendeudamiento es exclusivamente de los consumidores personas humanas o si puede presentarse a las personas jurídicas.¹⁵⁷

Expresado en forma de interrogantes:

¿Solo el estado de sobreendeudamiento del consumidor persona humana (CPH) merece una protección específica o esta también debe incluir al estado de sobreendeudamiento del consumidor persona jurídica (CPJ)?

¿El estado de sobreendeudamiento del consumidor es un caso exclusivo del CPH?

¿La diferencia entre el consumidor persona humana (CPH) y el consumidor persona jurídica (CPJ) es *cuantitativa* o *cualitativa*?

Es decir, la diferencia entre el CPH y el CPJ estriba en que el CPJ realiza muchas menos relaciones de consumo que el CPH? (diferencia cuantitativa)

¿O son el CPH y el CPJ son dos casos distintos, que solo tienen en común el término “consumidor”? (diferencia cualitativa)

La doctrina mayoritaria en materia de sobreendeudamiento, así como la mayoría de los proyectos de ley analizados y la normativa comparada parece entender esto último. Así, sólo se ocupa del sobreendeudamiento del CPH.

Incluso, en la definición que se postula, al señalar que “sobreendeudamiento es la situación de imposibilidad cierta, actual o futura, de cumplir con las obligaciones generadas en relaciones de consumo en la que se encuentra un consumidor de buena fe, *sin afectación de su dignidad* por menoscabo del contenido mínimo de la propiedad”, la aludida “afectación de la dignidad del consumidor” parece reducir la cuestión al CPH.

Sin embargo, cabe preguntarse por qué las personas jurídicas no pueden ser "víctimas" del sobreendeudamiento.

¹⁵⁷ Vgr. como se vio ut supra, Lima Marques solo incluye en su definición a las personas físicas.

Para responder a este interrogante, es necesario indagar tanto en las causas del estado de sobreendeudamiento como en las causas de la existencia de las personas jurídicas.

En cuanto a las causas del estado de sobreendeudamiento, se postula que una de ellas es la necesidad irracional de mantener el vínculo con el lugar de referencia.¹⁵⁸

Al respecto, consideramos que las personas jurídicas también tienen un lugar de referencia. Esto fundado en que la sociedad de consumo es una sociedad donde predomina la apariencia. Bauman habla de "estética de consumo", para significar el cambio de valores imperantes.¹⁵⁹

En ese sentido ¿cuántas adquisiciones de bienes y servicios efectuadas por personas jurídicas lo son para reforzar el perfil productivo y cuántas son para consumo? Dicho de otra manera, ¿cuántas son necesarias para cumplir el fin empresarial y cuántas no?

En definitiva, lo que convierte a las personas en consumidores no es su carácter de humanas o jurídicas sino la forma en que se comportan.

El consumidor se comporta en forma reactiva: reacciona emocional e irracionalmente a las propuestas de los proveedores. Los proveedores estimulan y aprovechan esas respuestas.

En una sociedad donde para ser hay que demostrar capacidad de consumo, las personas jurídicas no se comportan siempre dentro de la lógica de la maximización de ganancias y minimización de pérdidas.

La lógica del consumidor es la de la satisfacción a corto plazo, porque el futuro no existe, el futuro está lejos.

En cuanto a las causas de la existencia de las personas jurídicas, no debe olvidarse el mero carácter instrumental de la persona jurídica, en el sentido de ser un vehículo para logro de finalidades humanas. Por eso mismo, la persona jurídica sirve como instrumento por medio del cual las personas físicas ejercen sus derechos. Por lo anterior, en ciertos casos, la afectación del derecho de propiedad de una persona jurídica, (como consecuencia de sobreendeudamiento pasivo, por ejemplo); puede provocar afectación del derecho de propiedad de las personas humanas que la integran.

¹⁵⁸ Nos remitimos a lo expresado arriba, en los puntos 2.2 y 3.5.

¹⁵⁹ "...es la estética, no la ética, el elemento integrador en la nueva comunidad de consumidores, el que mantiene su curso y, de cuando en cuando, la rescata de sus crisis. Si la ética asignaba valor supremo al trabajo bien realizado, la estética premia las más intensas experiencias. El cumplimiento del deber tenía su lógica interna que dependía del tiempo y por eso lo estructuraba, le otorgaba una orientación, le confería sentido a nociones como acumulación gradual o demora de las satisfacciones. Ahora, en cambio, ya no hay razones para postergar la búsqueda de nuevas experiencias; la única consecuencia de esa demora es la "perdida de oportunidades". Porque la oportunidad de vivir una experiencia no necesita preparación ni la justifica: llega sin anunciarse y se desvanece si no se aprovecha a tiempo; se volatiliza, también, poco después de habérsela vivido. Esa oportunidad debe ser tomada al vuelo; no hay otro momento para hacerlo que el presente fugaz. En este sentido, ningún instante se diferencia de otro; cada momento es bueno (está igualmente "maduro") para el disfrute." BAUMAN, Zygmunt, ob cit pp 55 y 56.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva 22/16¹⁶⁰ consideró que si bien el artículo 1.2 de la Convención Americana sólo consagra derechos a favor de personas físicas, por lo que las personas jurídicas no son titulares de los derechos consagrados en dicho tratado, *las personas físicas en algunos casos pueden llegar a ejercer sus derechos a través de personas jurídicas, de manera que en dichas situaciones podrán acudir ante el Sistema Interamericano para presentar las presuntas violaciones a sus derechos.*

En ese sentido, en el numeral 34, la Corte “...estima que el principal problema jurídico que fue planteado en la solicitud de opinión consultiva es *si las personas jurídicas pueden ser consideradas como titulares de los derechos establecidos en la Convención Americana* y, por tanto, podrían acceder de forma directa al sistema interamericano como presuntas víctimas.” (la cursiva es nuestra)

Transcribimos las consideraciones vertidas en diversos numerales de la Opinión Consultiva en análisis:

107. “...este Tribunal ha reiterado que si bien la figura de las personas jurídicas no ha sido reconocida expresamente por la Convención Americana, *esto no restringe la posibilidad de que bajo determinados supuestos el individuo que ejerza sus derechos a través de ellas pueda acudir al sistema interamericano para hacer valer sus derechos fundamentales, aun cuando los mismos estén cubiertos por una figura o ficción jurídica creada por el mismo sistema jurídico.*” (la cursiva es nuestra)

110. “...mientras algunos derechos se relacionan directamente con las funciones vitales de los seres humanos o con las funciones físicas o psicológicas del cuerpo humano, tales como el derecho a la vida, la libertad personal o la integridad personal, *otros se vinculan con la relación entre los seres humanos y la sociedad. Ejemplos de esta última relación serían los derechos a la propiedad privada, asociación, nacionalidad, entre otros. Estos últimos serían el tipo de derechos que podrían ser objeto del análisis mencionado en los párrafos precedentes.*” (la cursiva es nuestra)

114. La segunda situación en la que la Corte se ha pronunciado *sobre el derecho a la propiedad privada ha sido para diferenciar los derechos de los accionistas de una empresa de los de la empresa misma*, señalando que las leyes internas otorgan a los accionistas determinados derechos directos, como los de recibir los dividendos acordados, asistir y votar en las juntas generales y recibir parte de los activos de la compañía en el momento de su liquidación, entre otros. *En ese sentido, ha establecido que para determinar si ha existido una vulneración al derecho de propiedad de los socios es necesario que se encuentre probada claramente la afectación que sobre sus derechos ha recaído*. Así por ejemplo, se ha abstenido de analizar la alegada violación al derecho a la propiedad sobre bienes que formaban parte del patrimonio de la empresa, puesto que diferenció entre el patrimonio de la misma y el de sus socios y accionistas, que en el caso en particular correspondían al capital accionario del cual eran propietarios. Además, este Tribunal ha manifestado que *debe ser demostrado cómo el daño o afectación de los bienes*

¹⁶⁰ OPINIÓN CONSULTIVA OC-22/16, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 26 de febrero de 2016, solicitada por la República de Panamá (Disponible en Internet: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_22_esp.pdf)

de propiedad de la persona jurídica podrían llegar a implicar, a su vez, una afectación a los derechos de los accionistas o socios¹⁶¹.” (la cursiva es nuestra)

119. ...independientemente de la especificidad de cada caso, este Tribunal considera que el *ejercicio del derecho a través de una persona jurídica debe involucrar una relación esencial y directa entre la persona natural que requiere protección por parte del sistema interamericano y la persona jurídica a través de la cual se produjo la violación*, por cuanto no es suficiente con un simple vínculo entre ambas personas para concluir que efectivamente se están protegiendo los derechos de personas físicas y no de las personas jurídicas. En efecto, se debe probar más allá de la simple participación de la persona natural en las actividades propias de la persona jurídica, de forma que *dicha participación se relacione de manera sustancial con los derechos alegados como vulnerados*. Además, la Corte, al amparo de lo previsto en el artículo 29.a de la Convención, considera que la *mera existencia y acción de la persona jurídica en la que participa la persona natural, presunta víctima de la violación que se alegue, no puede constituir un obstáculo para que le sea sometido, conozca y resuelva el caso correspondiente*. De otra manera, se estaría interpretando el artículo 1.2 del mismo texto convencional, como permitiendo “a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella”.

Podría extraerse como regla que las personas jurídicas, dado su carácter meramente instrumental, son un vehículo para satisfacer necesidades humanas por lo que, en ciertos casos, la afectación del derecho de propiedad de una persona jurídica puede provocar afectación del derecho de propiedad de las personas humanas que la integran y *si está afectación es de tal grado que lesiona el contenido mínimo de propiedad de dichas personas humanas*, estas pueden reclamar protección del sistema Interamericano por violación de derechos protegidos convencionalmente.

5.7.2.5. Debe tratarse de un consumidor de buena fe, es decir, un consumidor deudor que haya actuado en forma diligente, en los términos que se desarrollarán en el punto 5.7.5.

5.7.2.6. Por último, la imposibilidad cierta, actual o futura, de cumplir con las obligaciones generadas en relaciones de consumo en la que se encuentra un consumidor de buena fe, se constituye porque para pagar, el consumidor/deudor sufriría una afectación de su dignidad por menoscabo del *contenido mínimo de su propiedad*.

Este contenido mínimo de la propiedad se integra con los bienes necesarios para ejercer el derecho a proyectar y disfrutar un plan de vida conforme a los estándares delineados en las normas convencionales de jerarquía constitucional. Esta cuestión se tratará más extensamente infra, a partir del punto 11.4.

5.7.3. Definición de sobreendeudamiento activo propuesta

Consiste en la imposibilidad cierta del deudor consumidor de hacer frente a obligaciones actuales y futuras, contraídas para satisfacer necesidades de consumo.

¹⁶¹ Se refiere a los casos Ivcher Bronstein Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 127, y Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela, párr. 338.

5.7.4. Definición de sobreendeudamiento pasivo propuesta

Consiste en la imposibilidad cierta del deudor consumidor de hacer frente a obligaciones actuales y futuras, contraídas para satisfacer necesidades de consumo por razones ajenas a su libertad de elección.¹⁶²

5.7.5. Definición de sobreendeudamiento de buena fe propuesta

Es un estado de sobreendeudamiento caracterizado por la conducta diligente del consumidor deudor.

En otras palabras, es un estado de sobreendeudamiento producido “a pesar” de la conducta del consumidor deudor.

El sobreendeudamiento se produjo por causas ajenas a su conducta y, en ese sentido se asimila al sobreendeudamiento pasivo.

La diferencia es que en el sobreendeudamiento pasivo, el deudor se vio compelido a endeudarse por un incremento imprevisto de los gastos que se deben afrontar o por una también imprevista disminución en los ingresos.

En cambio, en el sobreendeudamiento de buena fe el consumidor pudo haber decidido contraer obligaciones, porque confía en su capacidad de pago, pero luego se encuentra imposibilitado de hacerlo por causas sobrevinientes imprevistas o porque la confianza estaba basada en expectativas irreales generadas por un acreedor específico y/o por el sistema de consumo.

5.7.6. Definición de sobreendeudamiento de mala fe propuesta

Caracterizado por la conducta dolosa del consumidor deudor, que contrae más obligaciones de las que puede afrontar. La imposibilidad cierta de cumplir con las obligaciones se produce por la conducta dolosa del consumidor – deudor, sea en la etapa previa al nacimiento de las obligaciones, como en la etapa del cumplimiento de las mismas.

5.7.7. Definición de inducción sistémica al sobreendeudamiento propuesta

Se la postula como una característica del actual sistema de comercialización y producción de bienes y servicios.

En otras palabras, el propio sistema de comercialización y producción de bienes y servicios induce al sobreendeudamiento. No nos referimos a que los empresarios determinen unilateralmente, con su publicidad y técnicas de venta, los gustos y necesidades de los consumidores.

¹⁶² ATENCIO, ob. cit., observa que "(d)ebido a que el deudor-consumidor, no es el culpable directo, algunos autores lo denominan sobreendeudado de buena fe". Por las razones que se expondrán más adelante, no compartimos esta equiparación entre "sobreendeudamiento pasivo" y "sobreendeudamiento de buena fe".

Estrictamente, en este caso, ningún sujeto en particular es el causante o “inductor” al sobreendeudamiento de ningún consumidor en particular, sino que es el comportamiento de todos los sujetos integrantes del sistema, el que induce al sobreendeudamiento de los consumidores. En otras palabras, si “todos” tienen televisor LED, si “todos” tienen internet de banda ancha, si “todos” tienen tarjeta de crédito, si “todos” tienen teléfono celular, etc., “todos tenemos” que tener esos bienes, aunque para eso tengamos que endeudarnos, porque si no dejamos de pertenecer a ese “todos”, lo que conduce a la sensación de marginalidad.

5.7.8. Definición de inducción específica al sobreendeudamiento propuesta

Aquí, en cambio, se trata de la conducta culpable de uno o varios sujetos determinados que inducen a sobreendeudarse a uno o varios sujetos determinados.

En la situación descrita, existiría un aprovechamiento de esa tendencia de ciertos sectores a endeudarse para acceder a un lugar simbólico de referencia mientras permanecen y resignan toda posibilidad de abandonar su lugar o grupo de pertenencia.

Se postula una conducta culpable, a título de dolo o de culpa, de parte de los sujetos “inductores”, considerando que tanto su obrar doloso como el mero obrar culposo es un obrar de mala fe, porque implica un ejercicio negligente, imprudente o “desatento” de los derechos¹⁶³.

6. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO I

6.1. El análisis de los diferentes sistemas normativos (nueve países latinoamericanos, incluido el nuestro, por un lado, el sistema de la Unión Europea y el de cinco países europeos por el otro), muestra que el concepto de consumidor no es unívoco y, en particular:

* Que la propiedad “persona física” es relevante¹⁶⁴ en algunos sistemas normativos, pues solo la persona jurídica puede ser considerado consumidor, mientras que en otros sistemas no lo es, pues las personas jurídicas pueden ser consumidores, contándose el sistema argentino en este último grupo.

* Que la propiedad “destinatario final” se predica en algunos sistemas con absoluta exclusión de cualquier otro destino, mientras que en otros se admiten excepciones o la vaguedad del término permite tanto interpretaciones amplias como restrictivas, contándose el sistema argentino en este último grupo.

6.2. En la relación de consumo, el proveedor cumple un rol activo y su conducta

¹⁶³ En el Capítulo II se desarrolla la cuestión de la mala fe del inductor con mayor detalle, al estudiar el deber de prevención en la “oferta de crédito a consumidores”.

¹⁶⁴ Propiedad relevante, en el sentido expresado ut supra, en nota 68.

está dirigida a comercializar el bien o servicio. El consumidor cumple un rol pasivo: “desea” o “necesita” el bien o servicio, pero no lo conoce en profundidad, sino, principalmente, a través de la publicidad que recibe. A diferencia del proveedor, la conducta del consumidor o usuario generalmente se caracteriza por la ambivalencia: “quiere y no quiere adquirir el bien o servicio”.

6.3. La relación de consumo presenta dos características notables y distintivas:

- a) Impersonalidad entre las partes de dicha relación.
- b) Desnivel volitivo entre las partes de dicha relación.

6.4. La ideología del ahorro y la del consumo coexisten en nuestra sociedad, lo que genera conductas ambivalentes de parte de los individuos.

6.5. En la sociedad actual, el consumo dignifica e identifica al individuo, entendiéndose por individuo a aquel que integra la sociedad, y en oposición al marginal, dado que adquirir determinados bienes y servicios simboliza pertenecer a la sociedad.

6.6. Por lo anterior, se observa que ciertos sectores se endeudan para acceder a un lugar simbólico de referencia mientras permanecen y resignan toda posibilidad de abandonar su lugar de pertenencia.

6.7. “Pertenecer” a la sociedad implica no ser un marginal y eso, que debiera ser lo común, es percibido como un privilegio que confiere dignidad e identidad.

6.8. De los cinco proyectos de ley analizados, solo el Proyecto Baglini incluye a las personas jurídicas entre los deudores protegidos.

El Proyecto Negre de Alonso I explicita que los deudores deben ser consumidores, pero no se remite a la ley 24.240 a la hora de definir al deudor consumidor ni brinda una definición de tal.

Por su parte, el Proyecto Negre de Alonso II no se remite a la ley 24.240 a la hora de definir al deudor ni tampoco requiere expresamente que este califique como consumidor, aunque parece sugerirlo, al referirse en los arts. 1 y 2 al “consumo” de bienes y servicios. Los otros proyectos no restringen su protección a los consumidores.

El Proyecto Baglini intenta una definición “cualitativa” del “estado de sobreendeudamiento”, dado que el art. 3° dispone que “A los efectos de esta ley, el estado de sobreendeudamiento *no es objeto de ninguna definición matemática*. Es una cuestión de hecho que contempla la variación a la baja de los ingresos del deudor por causas que no le son atribuibles.”

El Proyecto Negre de Alonso - Rodríguez Saá plantea un encuadre cuantitativo del tema, al limitar el régimen al “pequeño deudor”, que sería “... aquella persona física cuyos ingresos mensuales no superen los veinte salarios mínimos vitales y móviles, y sus pasivos no superen el trescientos por ciento de sus ingresos mensuales, normales y habituales”, y, para el caso de los comerciantes, solo para aquellos “...cuyo pasivo denunciado no alcance la suma equivalente a los treinta salarios mínimos, vitales y móviles.”

Los otros proyectos no brindan una definición de sobreendeudamiento.

Solo el Proyecto Negre de Alonso II se ocupa de la prevención del sobreendeudamiento. Los otros cuatro solo intentan resolver el estado de sobreendeudamiento.

El Proyecto Baglini, el Proyecto Negre de Alonso I, el Proyecto Bongiorno y el Proyecto Negre de Alonso - Rodríguez Saá, en suma, los cuatro proyectos que intentan resolver el estado de sobreendeudamiento, proponen un procedimiento judicial para ello. Si bien en el Proyecto Negre de Alonso I aparece un órgano administrativo, la Comisión de Sobreendeudamiento, con importantes funciones, el proceso se inicia y culmina ante los estrados judiciales.

El Proyecto Baglini, el Proyecto Negre de Alonso I, y el Proyecto Negre de Alonso - Rodríguez Saá efectúan distinciones entre deudores de buena y mala fe, aplicando el régimen protectorio solo a los primeros.

El Proyecto Baglini, el Proyecto Negre de Alonso I, el Proyecto Bongiorno y el Proyecto Negre de Alonso - Rodríguez Saá contemplan la posibilidad de que el deudor llegue a un acuerdo con los acreedores, como forma de solucionar el estado de sobreendeudamiento.

El Proyecto Negre de Alonso I y el Proyecto Negre de Alonso - Rodríguez Saá contemplan el trámite de “restablecimiento personal”, un procedimiento exclusivamente judicial, consistente en la realización de los bienes deudor que no sean imprescindibles para su subsistencia, a fin de pagar las deudas denunciadas y que culminará con una resolución judicial en la que se declarará extinguidas todas las deudas que tuviese el deudor. Respecto de la realización de los bienes deudor que no sean imprescindibles para su subsistencia, se observa una diferencia entre ambos proyectos, pues, mientras el Proyecto Negre de Alonso I excluye de la realización a “...*los inembargables, los de antieconómica realización, la sede de su actividad y los resguardados por leyes especiales...*” y agrega que “*(t)ampoco se podrá realizar el inmueble del deudor, siempre que constituya su única vivienda u hogar*”, el Proyecto Negre de Alonso - Rodríguez Saá aclara que en caso de que inmueble del deudor constituya su única vivienda u hogar, se halle hipotecado, “...*y el pago de la hipoteca se encuentre en mora, la ejecución o su inicio se suspenderán por un año.*”

El Proyecto Negre de Alonso - Rodríguez Saá es el único que se ocupa de una eventual mala fe de los acreedores, dado que en su art. 5° establece que “(e)n todos los casos, el síndico deberá pronunciarse acerca del grado de responsabilidad en que, directa o indirectamente, los acreedores incurrieron para que el deudor se halle en la situación económico financiero que origino la aplicación de la presente ley. Cuando la responsabilidad del acreedor haya contribuido en forma significativa y determinante a la

situación del deudor anteriormente mencionada, el juez podrá disminuir proporcionalmente el crédito según el grado de responsabilidad que determine el síndico."

6.9. En los cinco fallos analizados los deudores son personas físicas con escasos recursos. En "Giudice" y "C.J.A." son empleados con ingresos fijos, en "Santeiro" es un empleado que trabaja en labores eventuales y en "C., A. B" se trata de un matrimonio de jubilados.

El Fallo "Rinaldi" (voto "Zaffaroni – Lorenzetti") brinda una definición de sobreendeudamiento: *"El sobreendeudamiento es la manifiesta imposibilidad para el consumidor de buena fe de hacer frente al conjunto de deudas exigibles."*

Este fallo es mencionado, como precedente, por los otros cuatro.

En cuanto a las causas del sobreendeudamiento, en uno (Fallo Rinaldi) se trata de una ejecución hipotecaria por no poder pagar un crédito destinado a financiar la adquisición de vivienda única y familiar. El supuesto sobreendeudamiento se produjo por factores ajenos al deudor (medidas legislativas que "afectaron las bases sobre las cuales el contrato fue celebrado produciendo un desequilibrio en las relaciones de cambio")

En otro (Fallo "Giudice"), se rechaza la ejecución de un pagaré por presumirse la existencia de una relación de consumo merecedora de tutela especial, y dicho rechazo ocasiona, en definitiva que el crédito se deba reclamar por la vía ordinaria, a fin que el deudor reciba la tutela prevista por la ley 24.240, en especial, su art. 36. En el fallo no se declara que el deudor se encuentre efectivamente en estado de sobreendeudamiento, pero parece presumírsele por los bajos ingresos y carencia de conocimientos financieros del deudor, lo que justifica una tutela preventiva judicial.

En tanto, los otros tres fallos ("Santeiro", "C.J.A." y "C., A. B"), son "pequeños concursos" donde la cesación de pagos parece haber sido producida por contraer créditos de consumo. Mientras que en "Santeiro" se rechazó el pedido de conversión de quiebra en concurso preventivo y el Tribunal consideró que el proceso concursal resulta una opción disvaliosa para el consumidor "sobreendeudado", pues implica afrontar honorarios de la sindicatura y eventualmente de otros funcionarios o auxiliares, en "C.J.A." y en "C., A. B" se considera valiosa dicha opción o, por lo menos, "...la *única* herramienta normativa (propia quiebra con rehabilitación al año) que les permite un "nuevo comienzo" a los deudores sobreendeudados.

6.10. La diferente terminología utilizada por la doctrina nacional (estado de endeudamiento del consumidor y estado de sobreendeudamiento), obedece a la necesidad de describir distintos fenómenos.

6.11. El "estado de endeudamiento del consumidor" y el "estado de sobreendeudamiento del consumidor" reciben en nuestro país un tratamiento doctrinario específico.

6.12. El “estado de endeudamiento del consumidor” y el “estado de sobreendeudamiento del consumidor” reciben en nuestro país un tratamiento jurisprudencial específico.

6.13. Deben diferenciarse los casos de sobreendeudamiento del consumidor que se producen como consecuencia del "desequilibrio sistémico" propio del sistema de producción y distribución masificado de bienes y servicios, de aquellos que se producen por inducción específica al sobreendeudamiento, pues en este último caso, corresponde valorar la conducta del acreedor de mala fe

6.14. Los casos de sobreendeudamiento del consumidor que se producen como consecuencia del "desequilibrio sistémico" propio del sistema de producción y distribución masificado de bienes y servicios son, por esa cualidad, casos comunes y esperables dentro de dicho sistema.

CAPÍTULO II: INTENTO DE SUBSUNCIÓN NORMATIVA Y TENSIONES IUSFUNDAMENTALES

7. INTENTO DE SUBSUNCIÓN NORMATIVA

7.1. Introducción y objetivos del Capítulo

Con las definiciones postuladas en el Capítulo I, queda así delimitado nuestro ámbito de estudio: analizar jurídicamente el estado de endeudamiento, el estado de sobreendeudamiento y la inducción sistémica y específica al sobreendeudamiento del consumidor en la sociedad de consumo actual en la República Argentina.

En el presente Capítulo se analizará la regulación normativa de los distintos tipos de endeudamiento (pasivo, activo y mixto, “normal” y “injustificado”), de acreedores y deudores (de buena y mala fe) y de sobreendeudamiento (de buena y de mala fe) y en qué casos se producen tensiones entre los derechos fundamentales de acreedores y deudores.

7.2. Definiciones postuladas

A fin de lograr una mayor claridad expositiva, se reiteran algunas definiciones postuladas:

a) Tipos de endeudamiento:

Pasivo: El consumidor contrajo una o varias deudas por necesidad (vgr. pérdida de trabajo, problema de salud suyo o de sus familiares, imprevisto cambio en el escenario económico, etc.)

Activo: El consumidor contrajo una o varias deudas intencionalmente (vgr. Para comprar una vivienda, electrodomésticos, ropa, un auto, etc.)

Mixto: El consumidor contrajo deudas de las dos especies anteriores.

“Justificado”: Usamos este término para referirnos a aquellas deudas que guardan proporción con la contraprestación recibida.

“Injustificado”: Usamos este término para referirnos a aquellas deudas que no guardan proporción con la prestación recibida, sea que la mentada desproporción exista desde que se contrajo la deuda o que esta se produzca por circunstancias sobrevinientes

b) Tipos de acreedores:

De buena fe: Se comporta en forma diligente tanto en la etapa previa al nacimiento de la obligación, como en la etapa del cumplimiento de la misma.

De mala fe: Se comporta en forma dolosa o culposa, sea en la etapa previa al nacimiento de la obligación, como en la etapa del cumplimiento de la misma.

En una obligación donde el consumidor es deudor, para apreciar la buena o mala fe del proveedor - acreedor hay que tener en cuenta que este es un profesional, por lo que debe evaluarse su diligencia con el standard de un especialista en la materia.

c) Tipos de deudores:

De buena fe: Se comporta en forma diligente tanto en la etapa previa al nacimiento de la obligación, como en la etapa del cumplimiento de la misma.

De mala fe: Se comporta en forma dolosa, sea en la etapa previa al nacimiento de la obligación, como en la etapa del cumplimiento de la misma.

En una obligación donde el consumidor es deudor, para apreciar su buena o mala fe, hay que tener en cuenta que este es un profano, es decir, que no es un experto, por lo que debe evaluarse su diligencia con el standard de un no especialista en la materia. De esto se sigue que la negligencia o imprudencia del consumidor – deudor no sean relevantes a la hora de configurar su mala fe, exigiéndose el dolo, entendido como una intención de incumplir, tanto en la etapa previa al nacimiento de la obligación, como en la etapa del cumplimiento de la misma.

d) Combinaciones posibles entre los tipos de proveedores – acreedores y de consumidores – deudores

a) Proveedor –acreedor de mala fe / Consumidor – deudor de mala fe

b) Proveedor –acreedor de buena fe / Consumidor – deudor de mala fe

c) Proveedor –acreedor de mala fe / Consumidor – deudor de buena fe

d) Proveedor –acreedor de buena fe / Consumidor – deudor de buena fe

En los supuestos a) y b), los deudores- consumidores no parecen merecedores de tutela jurídica, dada su conducta dolosa.

En cambio, en los supuestos c) y d), los deudores- consumidores parecen merecedores de tutela jurídica, dada su conducta diligente.

Sin embargo, se advierten dos cuestiones que requieren un análisis más detenido

1) En el supuesto c) (Proveedor –acreedor de mala fe / Consumidor – deudor de buena fe) ¿Cómo incide la mala fe del acreedor, respecto de la validez de la obligación?

2) En el supuesto d) (Proveedor –acreedor de buena fe / Consumidor – deudor de buena fe) ¿Cómo incide la buena fe del acreedor, en caso de sobreendeudamiento del consumidor?

e) Tipos de sobreendeudamiento:

De buena fe: Caracterizado por la conducta diligente del consumidor deudor.

Es un estado producido “a pesar” de la conducta del consumidor deudor.

El sobreendeudamiento se produjo por causas ajenas a su conducta y, en ese sentido se asimila al sobreendeudamiento pasivo.

La diferencia es que en el sobreendeudamiento pasivo, el deudor se vio compelido a endeudarse por un incremento imprevisto de los gastos que se deben afrontar o por una también imprevista disminución en los ingresos.

En cambio, en el sobreendeudamiento de buena fe el consumidor decidió contraer obligaciones, porque confía en su capacidad de pago, pero luego se encuentra imposibilitado de hacerlo por causas sobrevinientes imprevistas o porque la confianza estaba basada en expectativas irreales generadas por el acreedor específico y/o por el sistema de consumo.

De mala fe: Caracterizado por la conducta dolosa del deudor que contrae más obligaciones de las que puede afrontar. La imposibilidad cierta de cumplir con las obligaciones se produce por la conducta dolosa del consumidor – deudor, sea en la etapa previa al nacimiento de las obligaciones, como en la etapa del cumplimiento de las mismas.

f) Inducción sistémica al sobreendeudamiento: Se la postula como una característica del actual sistema de comercialización y producción de bienes y servicios.

En otras palabras, el propio sistema de comercialización y producción de bienes y servicios induce al sobreendeudamiento.

g) Inducción específica al sobreendeudamiento: Aquí, en cambio, se trata de la conducta culpable de uno o varios sujetos determinados que inducen a sobreendeudarse a uno o varios sujetos determinados.

En la situación descrita, existiría un aprovechamiento de esa tendencia de ciertos sectores a endeudarse para acceder a un lugar simbólico de referencia mientras permanecen y resignan toda posibilidad de abandonar su lugar o grupo de pertenencia.

Se postula una conducta culpable, a título de dolo o de culpa, de parte de los sujetos “inductores”, considerando que tanto su obrar doloso como el mero obrar culposo es un obrar de mala fe, porque implica un ejercicio negligente, imprudente o “desatento” de los derechos

Analizaremos como regula estas cuestiones nuestro ordenamiento jurídico.

7.3. Subsunción

Ahora bien, antes de subsumir una o más conductas en una o más normas de un ordenamiento jurídico dado, es necesario aclarar que se entiende, a los fines de este trabajo, por subsumir.

Como expresan Alohourrón y Bulygin¹⁶⁵, "(u)no de los problemas centrales que se suscitan en la aplicación de las normas generales a casos individuales es la clasificación del caso individual, es decir, su ubicación dentro de alguno de los casos genéricos. Los juristas suelen designar este problema con el nombre de *subsunción*." (la cursiva pertenece al original)

Una de las dificultades puede originarse en "...la vaguedad -actual o potencial- que los conceptos jurídicos comparten con todos los conceptos empíricos."¹⁶⁶

Subsumir un caso individual en los casos genéricos contenidos en las normas generales nos enfrenta al problema de las denominadas "lagunas" de Derecho.

Estas lagunas pueden clasificarse en lógicas o axiológicas. En este punto, seguimos a Guastini¹⁶⁷, quien sostiene que "(t)odas las lagunas son, en un sentido, "creadas" por los intérpretes puesto que la identificación de una laguna presupone interpretación: por ejemplo, según la interpretación A, el caso en cuestión sí está regulado por una determinada disposición normativa, mientras que según la interpretación B aquel caso no está regulado por la misma disposición. La interpretación B "crea" entonces una laguna, mientras que la interpretación A la evita. Dicho tan sólo de paso, las lagunas axiológicas dependen totalmente de los juicios de valor de los intérpretes."

El mismo autor¹⁶⁸ denomina "construcción jurídica" a "...un conjunto de operaciones intelectuales entre las que destacan las siguientes:

- (a) la creación de lagunas normativas y axiológicas;
- (b) la creación de jerarquías axiológicas entre normas;
- (c) la concreción de principios;
- (d) la ponderación de principios en conflicto; y
- (e) sobre todo, la elaboración de normas no explícitas (o sea, así llamadas normas "implícitas")."

7.4. Sistematización propuesta

¹⁶⁵ ALCHOURRÓN, Carlos, BULYGIN, Eugenio, *Sistemas Normativos*. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas, Editorial Astrea, 2º edición revisada, primera reimpresión, año 2012. p. 47.

¹⁶⁶ Idém, p. 48

¹⁶⁷ GUASTINI, Riccardo, "Un enfoque realista acerca del derecho y el conocimiento jurídico", en Revista Revus. Disponible en Internet: <https://revus.revues.org/3463#ftn9> . Consultado el 26/07/16. La cita corresponde a la nota 9.

¹⁶⁸ Idém, punto 1.2, quien añade en el parágrafo 19 que "...si la interpretación en sentido estricto no es una actividad cognitiva, entonces a mayor razón tampoco lo es la construcción jurídica. La construcción jurídica es una actividad decisoria. De hecho, ella consiste en una genuina creación del derecho doctrinal y/o judicial"

A fin de tratar de sistematizar el tratamiento de este tema, dividiremos el análisis en tres tipos de normas:

* Normas de prevención del endeudamiento injustificado y del sobreendeudamiento del consumidor

* Normas de resolución del endeudamiento injustificado del consumidor (Lesión, imprevisión, cláusulas abusivas, prácticas abusivas, situación jurídica abusiva)

* Normas de resolución del sobreendeudamiento del consumidor (Pequeños concursos y acuerdo preventivo extrajudicial)

8. NORMAS DE PREVENCIÓN DEL ENDEUDAMIENTO INJUSTIFICADO Y DEL SOBREENDEUDAMIENTO DEL CONSUMIDOR

A continuación, trataremos el deber de prevención, el deber información, el derecho de retracto, el régimen de inembargabilidad, el régimen de protección de vivienda, en sus dos especies, “protección de la vivienda” y “protección de la vivienda familiar”, el régimen de “irrenunciabilidad de derechos” y el tope de tasas de interés en la ley 25.065, de tarjetas de crédito (LTC)

8.1. Deber de prevención

Una de las más interesantes innovaciones del CCC es la incorporación de una serie de preceptos destinados a regular la llamada función preventiva de la responsabilidad civil.

Aquí la analizaremos, centrándonos en el deber de prevención en la "oferta de crédito a consumidores".

Utilizamos la expresión "oferta a consumidores" en un sentido amplio, comprensivo tanto de publicidad, información y oferta propiamente dicha, en los términos de los arts. 8, 4 y 7 de la ley 24.240, de Defensa de los Consumidores (en adelante, LDC) y 1100 a 1103 del CCC.

En cuanto a la expresión crédito, abarcamos con la misma tanto a la financiación otorgada por el potencial vendedor como por un tercero.

8.1.1. El principio de buena fe y el deber de prevención

Dispone el art. 9 del CCC que *“Los derechos deben ser ejercidos de buena fe.”* Se expresa en los Fundamentos del Anteproyecto que

“Las cláusulas generales relativas a la buena fe, el abuso, el fraude, y otras, tuvieron un proceso histórico de generalización creciente. Primero fueron utilizados en obligaciones, contratos y derechos reales específicos, luego se extendió su aplicación a las

obligaciones, los contratos, los derechos reales, de familia y de sucesiones en general, y *finalmente fueron adoptados como principios generales en todo el derecho privado.*

Esta calificación como principios generales, que ha sido ampliamente receptada en la jurisprudencia, no se condice con la ubicación metodológica en el Código Civil, que sigue siendo específica y sectorial.

Por esta razón se propone su inclusión en el Título Preliminar." ¹⁶⁹

Asimismo, "se propone que la buena fe *sea regulada como un principio general aplicable al ejercicio de los derechos*, lo que luego se complementa con reglas específicas aplicables a distintos ámbitos." ¹⁷⁰ (la cursiva es nuestra)

Respecto de las "reglas específicas", y en lo que hace a nuestro tema, el art. 1710 inc. b impone el deber de "adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud..."

Volviendo a la buena fe como *principio general aplicable al ejercicio de los derechos*, cabe señalar que el CCC no nos brinda una definición de "buena fe".

Por nuestra parte, consideramos que la buena fe *como principio general aplicable al ejercicio de los derechos*, consiste en *ejercer diligentemente esos derechos, de acuerdo a las circunstancias de tiempo, persona y lugar.*

Cuando hablamos de ejercicio "diligente", nos referimos a un comportamiento atento, de acuerdo a las circunstancias de tiempo, persona y lugar. Por ejemplo, es el comportamiento "cuidadoso y previsor" que exige, en materia contractual, el art. 961 CCC.

Construimos esta noción, por oposición a la de culpa, contenida ahora en el art. 1724 CCC: "La culpa consiste en la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión".

De lo anterior se sigue que solo puede exigírsele al consumidor – deudor la diligencia de un profano (circunstancia de persona¹⁷¹) que adquiere bienes y servicios ofrecidos por un profesional (circunstancia de persona¹⁷²), por modalidades variadas en lo que se refiere a los aspectos temporal (circunstancia de tiempo¹⁷³) y espacial (circunstancia de lugar¹⁷⁴)

Es decir, el mero obrar culposo es un obrar de mala fe, porque implica un ejercicio negligente, imprudente o "desatento" de los derechos.

¹⁶⁹ Fundamentos, pág. 17, Disponible en Internet en <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf>

¹⁷⁰ Fundamentos, pág. 18, la negrita es nuestra.

¹⁷¹ Profano que, además, puede verse social o familiarmente compelido a adquirir determinado bien o servicio.

¹⁷² Profesional que, como se verá más adelante, suele inducir al consumidor a adquirir determinado bien o servicio.

¹⁷³ En la vida cotidiana, el tiempo es un bien escaso. Es notoria la carencia de "tiempo libre" en las actuales sociedades de consumo, entendido este como tiempo en el que el sujeto no está trabajando u ocupándose de la subsistencia. Esta carencia constituye un obstáculo a la posibilidad de reflexionar adecuadamente sobre las propuestas de bienes y servicios, bienes y servicios muchas veces "necesarios" por presión social.

¹⁷⁴ Lugar que puede ser tanto el establecimiento del futuro acreedor, como la vía pública o el domicilio del propio consumidor o el de un tercero.

Como mencionamos más arriba, el art. 1710 CCC prescribe que

“Toda persona tiene el *deber*, en cuanto de ella dependa, de:

- a) evitar causar un daño no justificado;
- b) *adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa;*
- c) no agravar el daño, si ya se produjo.” (la cursiva es nuestra)

Obviamente, el obrar doloso también es carente de buena fe. Al respecto, aprovechamos para señalar que en el CCC el dolo no consiste solamente en la “*producción de un daño de manera intencional*”, sino que alcanza para su configuración la “*manifiesta indiferencia por los intereses ajenos*” (art. 1724 CCC).

Respecto del transcripto art. 1710, se expresa en los Fundamentos que “(e)l artículo que define los alcances del deber de prevención adopta el modelo del Proyecto de 1998 (artículo 1585). Se consagra el deber de prevención para toda persona con los siguientes alcances: a) *en cuanto dependa de ella*, es decir, que la posibilidad de prevenir se encuentre *en su esfera de control*, ya que de lo contrario se puede convertir en una carga excesiva que afecta la libertad; b) se deben adoptar las diligencias conforme a lo que haría una persona que *obrar de buena fe*, disponiendo medidas razonables para evitar el daño o disminuir su magnitud o no agravarlo, si ya se ha producido; c) se reconoce el derecho al reembolso del valor de los gastos en que ha ocurrido siguiendo las reglas del enriquecimiento sin causa...”¹⁷⁵ (la cursiva es nuestra)

A continuación, nos ocuparemos de la llamada “función preventiva” de la responsabilidad civil, a través de una herramienta que incorpora el CCC: La acción preventiva.

8.1.2. La acción preventiva

“La omisión del deber de prevención da lugar a la acción judicial preventiva, cuyos presupuestos son: a) *autoría*: que en este caso puede consistir en un hecho o una omisión de quien tiene a su cargo un deber de prevención del daño conforme con el artículo anterior; b) *antijuridicidad*: porque constituye una violación del mentado deber de prevención; c) *causalidad*: porque la amenaza de daño debe ser previsible de acuerdo con el régimen causal que se define en artículos siguientes; d) *no es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución, que es lo que, además de la función, diferencia a esta acción de la obligación de resarcir.*”¹⁷⁶ (la cursiva es nuestra)

En el CCC, la acción preventiva quedó regulada de la siguiente manera:

¹⁷⁵ Página 177 de los Fundamentos del Proyecto, la negrita es nuestra.

¹⁷⁶ Fundamentos del Proyecto, pág. 177, la negrita y el subrayado es nuestro.

“ARTÍCULO 1711.- Acción preventiva. La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución.”

En otras palabras, como lo que se busca es evitar un posible daño, en lugar de condenar a alguien a repararlo, lo que se busca es obligar a alguien a tomar medidas para prevenirlo. Por ello, no es relevante acreditar la existencia de un factor de atribución, ni subjetivo (dolo, culpa), ni objetivo (asunción de riesgo, garantía, solidaridad, etc.) imputable al sujeto cuya conducta o cuyas cosas son potencialmente dañosas.

Destacamos lo anterior: no es relevante acreditar la existencia de un factor de atribución, lo que no significa que el demandado no haya obrado con culpa o dolo.

La aparente contradicción se explica porque, estrictamente, no existiendo todavía daño, no puede haber factor de atribución, pues, de acuerdo a la terminología adoptada por el CCC, los factores de atribución, son factores de atribución *de un daño* (conf. art. 1721).

Es que, en la terminología adoptada por el CCC, el factor de atribución es un *factor de imputación del deber de reparar* un daño. Por eso, en la acción preventiva no se exige la existencia de este requisito.

La culpa y el dolo son factores de atribución del deber de reparar, pero, además, la conducta culposa o dolosa puede infringir el deber de prevención y el principio de buena fe.

Dicho de otra manera, dolo y culpa (y la asunción de riesgo por garantía, o por haber creado la cosa o realizar la actividad riesgosa) *no son sólo factores de atribución*.

Cuando una norma, como el art. 1711 CCC, prescribe que no se exige factor de atribución, eso no implica que no se tenga en cuenta el eventual dolo o culpa del legitimado pasivo o, para decirlo de otra manera, eso no implica que no se evalúe la conducta o la existencia de riesgo asumible por el legitimado pasivo¹⁷⁷.

De hecho, una conducta negligente es una omisión antijurídica y una conducta imprudente es una acción antijurídica que habilita el ejercicio de la acción preventiva, *siempre que se demuestre que dicha conducta probablemente cause un daño*.

Siguiendo la letra del art. 1711 CCC, para la procedencia de la acción o de la medida preventiva se requiere:

1) “una acción u omisión antijurídica”, esto es, una acción u omisión que previsiblemente cause un “daño no justificado” (conf. art. 1710 inc. a). Más allá de la redacción legal, que juzgamos confusa¹⁷⁸, entendemos que se trata de una acción u omisión que no constituya el ejercicio de buena fe de un derecho (arg. a contrario art. 9 CCC)

¹⁷⁷ En nuestra opinión, la expresión “No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución” del art. 1711 está de más, porque el artículo no se ocupa de un tema resarcitorio.

¹⁷⁸ En nuestra opinión, o hay daño o no lo hay. El daño “justificado” no es resarcible, en rigor, no es daño. Si lo hay, debe repararse. El agresor que resulta herido o muerto en virtud de la legítima defensa del agredido no tiene derecho a ninguna reparación, pues su conducta agresiva exime de responsabilidad al agredido (conf. art. 1719, primer párrafo y 1729 CCC) o, dicho de otra forma, el agredido se limitó a ejercer su derecho a defenderse (conf. art. 1718 inc. b). El tercero que no fue agresor ilegítimo y sufre perjuicios puede reclamar indemnización, porque él si sufre una afectación en un derecho.

Por lo tanto, podría tratarse del ejercicio abusivo de un derecho (art. 10 CCC, y/o una de sus especies, las cláusulas abusivas, vgr. arts. 988 y 1119 CCC), o de una situación jurídica abusiva (arts. 10 y 1120 CCC), o del abuso de una posición dominante en el mercado (art. 11 CCC), o de una concreta infracción a una norma jurídica (vgr. incumplimiento del deber de información consagrado en los arts. 42 de la Constitución Nacional, 1100 CCC y 4 de la ley 24.240)

2) que dicha acción u omisión haga previsible la futura producción, agravamiento o reiteración de un daño, es decir, que exista una relación causal, dada por la probabilidad de que la acción u omisión produzca tal resultado (arg. conf. art. 1726 CCC).

3) Por último, que el resultado previsible sea un daño, es decir la lesión a un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva (conf. art. 1737 CCC), o su reiteración o agravamiento.

Siguiendo con el tema, en materia de acción preventiva, de lo que se trata es de evitar el daño y por eso, la sentencia puede establecer obligaciones de dar, hacer o no hacer, según los casos.

Así lo dispone el art. 1713:

ARTÍCULO 1713.- *Sentencia.* La sentencia que admite la acción preventiva debe disponer, a pedido de parte o de oficio, en forma definitiva o provisoria, obligaciones de dar, hacer o no hacer, según corresponda; debe ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad.”

En cuanto a la legitimación activa, el art. 1712 prescribe que “Están legitimados para reclamar quienes acreditan un interés razonable en la prevención del daño.”

Por otro lado, el legitimado pasivo sería aquella persona que, en el caso concreto, tiene el deber de evitar causar un daño injustificado (conf. art. 1710). En un ejemplo sencillo, si una pared amenaza derrumbarse, el legitimado pasivo sería el dueño y, eventualmente, el guardián de la misma, pues la pared se encuentra dentro de su “esfera de control”, usando las palabras de los Fundamentos del Proyecto.

El juez, aún de oficio (conf. art. 1713), puede disponer que ellos reparen o apuntalen la pared (obligación de hacer, conf. art. 1713), a fin de evitar posibles daños.

Obviamente, el campo de aplicación de esta acción es más amplio que la protección de derechos patrimoniales. Puede utilizarse también, a fin de prevenir daños contra derechos personalísimos (vgr. salud, honor, dignidad, etc.) o derechos de incidencia colectiva (vgr. protección del ambiente).

La acción preventiva podrá ejercerse mediante un proceso autónomo cuya finalidad es únicamente la prevención (conf. Fundamentos, página 177), o como parte de un proceso de daños y perjuicios, por ejemplo, a fin de evitar el agravamiento de un daño.

8.1.3. La medida preventiva

Como expresáramos, el art. 1713 faculta al juez para que, aún de oficio, ordene la realización de obligaciones de dar, hacer o no hacer destinadas a prevenir la producción de un daño, su continuación o agravamiento. Además, el art. 1710 prescribe que "toda persona" tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de adoptar las medidas razonables para evitar que se produzca un daño.

8.1.4. El deber de prevención en la "oferta de crédito a consumidores"

Como se ha mencionado en el Capítulo anterior, vivimos en una sociedad de consumo masificado de bienes y servicios que es, al mismo tiempo, una "sociedad de crédito", en el sentido de que una gran cantidad de tales adquisiciones de bienes y servicios se hacen posible a través de la creación de obligaciones de dinero o de valor de ejecución diferida y tracto periódico o fraccionado.

Existen técnicas de comercialización de bienes y servicios (vgr. paquetes turísticos, préstamos personales, entrega de tarjetas de crédito, adquisición de planes de "tiempo compartido", paquetes "premium" de televisión por cable, etc.) que apuntan a una "contratación irreflexiva" de parte de los consumidores, que podríamos ejemplificar y simplificar con la frase: "disfrute ahora, pague después".

El tema no es nuevo, ni en el mundo ni en nuestro país. Por dar un ejemplo, ya expresaba Alterini en 1996: "El otorgamiento de crédito coloca a la entidad financiera en situación de llegar a ser responsable tanto *cuando lo concede abusivamente, creando "una apariencia de solvencia inexistente en el deudor"*, como cuando lo cancela y "priva al cliente de sus posibilidades financieras" (I Jornadas de Derecho Civil, Mendoza, 1983)."¹⁷⁹ (la cursiva es nuestra)

A los fines de este trabajo, nos quedaremos con una de las cuestiones mencionadas por Alterini en el párrafo transcripto: La posible responsabilidad por "concesión abusiva de crédito".

Se trata de una conducta por parte de los futuros acreedores que puede infringir las prescripciones del art. 1710 y hacer previsible la producción de un daño (ver art. 1711 CCC) a los potenciales deudores, al inducirlos a un endeudamiento excesivo, por ejemplo.

Como se mencionó en el Capítulo anterior, la publicidad, más que informar, busca *inducir* una conducta.

Las técnicas de "captación de clientes" son cada día más refinadas y se valen de la Psicología, la Sociología y la Estadística para lograr sus objetivos.

¹⁷⁹ ALTERINI Atilio, AMEAL Oscar, J. y LÓPEZ CABANA Roberto, M. Derecho de obligaciones. Civiles y Comerciales, Editorial Abeledo Perrot, 1° reimpresión, 1996, pág. 836.

Basta observar la publicidad que hoy día realizan en nuestro país los distintos empresarios o grupos empresariales para notar que la misma gira en torno a crear en el público -receptor- la sensación de que la opción "hacer o no hacer el contrato" (por ejemplo, tener una tarjeta de crédito, un teléfono celular, una cobertura médica prepaga, un seguro de retiro, televisión por cable o satélite, un "infalible y garantizado" remedio para bajar de peso en dos semanas, un préstamo para comprarse un auto o para "hacer un viaje", un "tiempo compartido", la tarjeta "sumapuntos" exclusiva de algún hipermercado, etc.); equivale a "estar dentro o fuera del Sistema". Se busca generar temor por estar "fuera del Sistema" y, simultáneamente, deseo por ingresar al mismo y verse finalmente protegido, tranquilo y feliz. Se promocionan prestaciones de altísima calidad y eficacia junto con un servicio profesional, experimentado y humano.

Luego, cuando el receptor de la publicidad celebra el contrato, suele descubrir, con mucha frecuencia, que la realidad dista mucho de lo que se mostraba en la propaganda. Así pues, vemos que la "información" brindada por medio de la publicidad, no suele coincidir con las prestaciones a las que el empresario se obliga realmente, de acuerdo al contenido del contrato. De pronto aparecen "documentos anexos" y cláusulas de exclusión discrecional de prestaciones, cambio de las mismas y limitación de la responsabilidad del empresario. Eso es lo que figura en el contenido del contrato.

Respecto del deber de *información* y la *publicidad*, la LDC establece, con relación al primer aspecto, lo siguiente:

“ARTICULO 4º — Información. El proveedor está obligado a suministrar al consumidor en forma cierta, clara y detallada todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, y las condiciones de su comercialización.

La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada en soporte físico, con claridad necesaria que permita su comprensión. Solo se podrá suplantar la comunicación en soporte físico si el consumidor o usuario optase de forma expresa por utilizar cualquier otro medio alternativo de comunicación que el proveedor ponga a disposición.”

El artículo es una regulación del derecho a una “información adecuada y veraz” garantizado por el art. 42 de la Constitución Nacional. Este derecho es fundamental, entre otras razones, para posibilitar otra garantía constitucional con la que cuentan los consumidores que es la “libertad de elección”, también contemplada en el citado art. 42.

El CCC contiene un precepto similar en el art. 1100:

ARTICULO 1100.- Información. El proveedor está obligado a suministrar información al consumidor en forma cierta y detallada, respecto de todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, las condiciones de su comercialización y toda otra circunstancia relevante para el contrato. La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada con la claridad necesaria que permita su comprensión.

En cuanto a la publicidad formulada por los proveedores, la LDC establece que "las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios, prospectos, circulares u otros

medios de difusión obligan al oferente y se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor " (art. 8).

Esta disposición legal sienta el principio por el cual la publicidad será tomada como parte integrante de la oferta y su contenido como parte del contrato, una vez celebrado.

El CCC contiene un precepto similar en el art. 1103:

ARTICULO 1103.- Efectos de la publicidad. Las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios, prospectos, circulares u otros medios de difusión se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor y obligan al oferente.

Tengamos en cuenta que si el proveedor transgrede el deber de información previo a la celebración del contrato (art. 4 LDC, 1100 CCC), el consumidor tiene el derecho a demandar la nulidad del contrato o la de una o más cláusulas. (arg. conf. art. 37, LDC)

8.1.5. Otras disposiciones en materia de publicidad

Dentro de la regulación de *los contratos de consumo* (arts. 1092 a 1122), el CCC, además del art. 1103 antes mencionado, adopta estas pautas:

“ARTICULO 1101.- Publicidad. Está prohibida toda publicidad que:

a) contenga indicaciones falsas o de tal naturaleza que induzcan *o puedan inducir a error al consumidor, cuando recaigan sobre elementos esenciales del producto o servicio;*

b) efectúe comparaciones de bienes o servicios cuando sean de naturaleza tal que conduzcan a error al consumidor;

c) sea abusiva, discriminatoria o induzca al consumidor a comportarse de forma perjudicial o peligrosa para su salud o seguridad.” (la cursiva es nuestra)

La LDC no contiene una disposición similar. En cambio, el precedente texto guarda similitudes con el art. 5° de la ley 22.802, de Lealtad Comercial:

“ARTICULO 5° — Queda prohibido consignar en la presentación, folletos, envases, etiquetas y envoltorios, palabras, frases, descripciones, marcas o cualquier otro signo que *pueda inducir a error, engaño o confusión*, respecto de la naturaleza, origen, calidad, pureza, mezcla o cantidad de los frutos o productos, de sus propiedades, características, usos, condiciones de comercialización o técnicas de producción.”

También tiene similitudes con el art. 72 de la ley 26.522 (SERVICIOS DE COMUNICACION AUDIOVISUAL), el que establece ciertas pautas en materia de publicidad, prohibiendo la llamada publicidad “subliminal” (inc. f) y aquellas prácticas que puedan inducir confusión (inc. k) o que exploten la inexperiencia o credulidad de determinado público, como, por ejemplo, los niños (inc. h).

8.1.6. La acción preventiva para obtener el cese de “publicidad ilícita”

Además de la acción preventiva que mencionamos anteriormente, el CCC incorpora una herramienta de tutela preventiva en materia de publicidad:

“ARTÍCULO 1102.- Acciones. Los consumidores *afectados* o quienes *resulten* legalmente legitimados pueden solicitar al juez: la cesación de la publicidad ilícita, la publicación, a cargo del demandado, de anuncios rectificatorios y, en su caso, de la sentencia condenatoria.”

En nuestra opinión, a efectos de despejar dudas en cuanto a la legitimación y cumplir cabalmente con la mencionada finalidad de tutela preventiva, hubiera sido mejor utilizar la expresión “Los consumidores cuyos intereses resulten *afectados o amenazados*”, similar a la del art. 52 LDC, en lugar de “Los consumidores *afectados*”, porque en este último caso puede interpretarse que para acreditar legitimación el consumidor debe demostrar una concreta afectación de su derecho.

Además, entendemos que la legitimación no puede ser menor que la que surge del art. 1713 CCC, pues esta acción regulada en el artículo 1102 no es más que un supuesto específico de *la acción preventiva establecida en el art. 1711*. Es impensable que el legislador haya pretendido restringir la legitimación en materia de Derecho del Consumo.

Tenemos entonces que la acción prevista en el art. 1102 tiene por objeto:

- a) La cesación de la publicidad ilícita
- b) La publicación, a cargo del demandado, de anuncios rectificatorios
- c) En su caso, la publicación de la sentencia condenatoria, si el juez lo considera conveniente.

Ahora bien, cuando el CCC prescribe la *cesación de la publicidad ilícita*, cabe destacar que, por *publicidad ilícita* debe entenderse tanto los supuestos contemplados en el art. 1101 CCC como la infracción a normativa sobre publicidad que pudieran preverse en normas especiales, como, por ejemplo, las disposiciones del BCRA sobre “PROTECCIÓN DE LOS USUARIOS DE SERVICIOS FINANCIEROS”¹⁸⁰ o, sin salir del CCC, las prescripciones en materia de publicidad referidas a “contratos bancarios con consumidores y usuarios”, entre las que puede mencionarse no solo el art. 1385 (referida a los “anuncios” que haga el banco a potenciales clientes – consumidores), sino el 1387 CCC, destinado a proporcionar herramientas para que el consumidor pueda comparar, dado que exige que “*Antes de vincular contractualmente al consumidor, el banco debe proveer información suficiente para que el cliente pueda confrontar las distintas ofertas de crédito existentes en el sistema, publicadas por el Banco Central de la República Argentina.*”

¹⁸⁰ COMUNICACIÓN “A” 5460, del Banco Central de la Republica Argentina, titulada “PROTECCIÓN DE LOS USUARIOS DE SERVICIOS FINANCIEROS-MODIFICACIONES”, fue emitida el 19 de julio y publicada en el Boletín Oficial el 9 de agosto de 2013. Posteriormente se añadieron otras Comunicaciones, por lo que, en la actualidad, el Texto Ordenado al 21/01/2016, incluye la Comunicación “A” 5891.

Por su parte, el art. 36 LDC, referido a las operaciones financieras para consumo y las de crédito para el consumo, también se prescribe el deber de informar al consumidor. Sin embargo, por su redacción, no queda claro si la información mencionada en los incisos a) hasta h), inclusive, debe ser provista por escrito antes de la celebración del contrato o debe estar incluida en el documento que contenga dicho contrato. Por nuestra parte, por aplicación de los arts. 4 y 3 LDC y 1094 y 1100 CCC, entendemos que debe ser "antes" de la celebración del contrato.

8.1.7. La oferta de créditos a tasas usurarias y la acción preventiva

Para analizar otro supuesto de potencial utilización de la acción preventiva, utilizaremos como ejemplo un caso resuelto por Sala Primera del Tribunal Supremo de España, el 25 de noviembre de 2015¹⁸¹.

Usamos a propósito un caso de Derecho extranjero, por un lado por la concisión y contundencia de los argumentos del magistrado ponente, y por otro, porque los jueces españoles contaron con una herramienta legal "vieja", la Ley de 23 julio de 1908 de Represión de la Usura y, sin embargo, demostraron que cuando se quiere reparar una situación de injusticia, se puede hacer, aunque la normativa no esté totalmente adecuada a la realidad económica y social que nos toca vivir.

Concretamente, la Sala Primera del Tribunal Supremo de España entendió que “El carácter usurario del crédito "revolving" concedido por Banco Sygma al demandado conlleva su nulidad...”, por lo que el prestatario estará obligado a entregar tan sólo la suma recibida.

Las partes se hallaban vinculadas por un contrato denominado de "préstamo personal revolving Mediatis Banco Sygma", consistente en un contrato de crédito que le permitía al cliente, ahora demandado, hacer disposiciones mediante llamadas telefónicas o mediante el uso de una tarjeta expedida por Banco Sygma, hasta un límite de 500.000 pesetas (3.005,06 euros), límite que, según se decía en el contrato, “podrá ser modificado por Banco Sygma Hispania”.

El tipo de interés remuneratorio fijado en el contrato era del 24,6% TAE (Tasa Anual Efectiva), y el interés de demora, el resultante de incrementar el interés remuneratorio en 4,5 puntos porcentuales.

En julio de 2011 Banco Sygma presentó demanda de juicio ordinario contra el prestatario, en reclamación de 12.269,40 euros, que comprendía, además del saldo de la cuenta de crédito, los intereses de demora devengados desde el cierre de la cuenta de crédito.

Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial, ante la que recurrió en apelación el demandado, rechazaron el carácter usurario de la operación de crédito, *pues los intereses remuneratorios superaban apenas el doble del interés medio ordinario en las operaciones al consumo* cuando se concertó el contrato. También rechazaron declarar abusivo el interés de demora, por considerar que el tipo previsto para

¹⁸¹ FUENTE: <http://www.poderjudicial.es/cgpi/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Noticias-Judiciales/El-Supremo-anula-por-usurario-un-prestamo-al-consumo-al-24--de-interes>

el mismo no suponía un incremento excesivo respecto del fijado para los intereses remuneratorios en el contrato.

El demandado interpuso un recurso de casación basado en dos motivos, referidos, respectivamente, al carácter usurario de la operación crediticia por el tipo de interés remuneratorio fijado, y al carácter abusivo del interés de demora.

La Sala Primera del Tribunal Supremo de España, según los fundamentos del miembro ponente, Rafael Sarazá Jimena, destacó que el recurrente invocó como infringido el primer párrafo del art. 1 de la Ley de 23 julio 1908 de Represión de la Usura, que establece: « [s]erá nulo todo contrato de préstamo en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso o en condiciones tales que resulte aquél leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales» .

Como se puede observar, dicho artículo es similar, aunque no igual, al precepto relativo al vicio de lesión subjetiva-objetiva contenido en el art. 954 de nuestro Código Civil derogado y en el 332 del actual Código Civil y Comercial. Además, el actual Código Civil y Comercial se ocupa de la cuestión en el art. 771, en cuanto a la facultad judicial de morigerar intereses cuando el resultado exceda "sin justificación y desproporcionadamente, el costo medio del dinero para deudores y operaciones similares en el lugar donde se contrajo la obligación".

Para el magistrado ponente, “(e)n el supuesto objeto del recurso, la sentencia recurrida fijó como hecho acreditado que el interés del 24,6% TAE apenas superaba el doble del interés medio ordinario en las operaciones de crédito al consumo de la época en que se concertó el contrato, lo que, considera, no puede tacharse de excesivo. *La cuestión no es tanto si es o no excesivo, como si es “notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso”,* y esta Sala considera que una diferencia de esa envergadura entre el TAE fijado en la operación y el interés medio de los préstamos al consumo en la fecha en que fue concertado permite considerar el interés estipulado como *“notablemente superior al normal del dinero”*. (la cursiva es nuestra)

Pero, además, “(p)ara que el préstamo pueda ser considerado usurario es necesario que, además de ser notablemente superior al normal del dinero, el interés estipulado sea « manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso» .

En principio, dado que la normalidad no precisa de especial prueba mientras que es la excepcionalidad la que necesita ser alegada y probada, en el supuesto enjuiciado no concurren otras circunstancias que las relativas al carácter de crédito al consumo de la operación cuestionada. La entidad financiera que concedió el crédito "revolving" *no ha justificado la concurrencia de circunstancias excepcionales que expliquen la estipulación de un interés notablemente superior al normal en las operaciones de crédito al consumo.*” (la cursiva es nuestra)

Y llegando al meollo de la cuestión, el ponente lleva la argumentación a un siguiente nivel:

“Aunque las circunstancias concretas de un determinado préstamo, entre las que se encuentran el mayor riesgo para el prestamista que pueda derivarse de ser menores las garantías concertadas, puede justificar, desde el punto de vista de la aplicación de la Ley de Represión de la Usura, un interés superior al que puede considerarse normal o medio en el mercado, como puede suceder en operaciones de crédito al consumo, *no puede justificarse una elevación del tipo de interés tan desproporcionado en operaciones de financiación al consumo como la que ha tenido lugar en el caso objeto del recurso, sobre la base del riesgo derivado del alto nivel de impagos anudado a operaciones de crédito al consumo concedidas de un modo ágil y sin comprobar adecuadamente la capacidad de pago del prestatario*, por cuanto que *la concesión irresponsable de préstamos al consumo a tipos de interés muy superiores a los normales, que facilita el sobreendeudamiento de los consumidores* y trae como consecuencia que quienes cumplen regularmente sus obligaciones tengan que cargar con las consecuencias del elevado nivel de impagos, *no puede ser objeto de protección por el ordenamiento jurídico.*” (la cursiva es nuestra)

Nos detenemos en este punto: *La concesión irresponsable de préstamos al consumo no puede ser objeto de protección por el ordenamiento jurídico.* Dicho de otra manera, se trata de una acción antijurídica.

En nuestro CCC, esta concesión, oferta u otorgamiento “*irresponsable*” de préstamos implica un ejercicio de derecho de mala fe (arg. contrario art. 9 CCC)

¿Y por qué es irresponsable la conducta?: Porque la justificación de los altos intereses aparece dada por el “riesgo derivado del alto nivel de impagos anudado a operaciones de crédito al consumo concedidas de un modo ágil y sin comprobar adecuadamente la capacidad de pago del prestatario”.

En otras palabras, la conducta del Banco no constituye un ejercicio de buena fe de su derecho a comerciar, en este caso, a proponer un servicio financiero a potenciales consumidores, porque no actuó con la diligencia que cabe esperar de alguien que, por su especialización técnica, debiera obrar con un “standard agravado” de prudencia, tal como lo exige el art. 1725 CCC. Es más, hasta podría pensarse que dicha conducta, más que imprudente, implica una “*manifiesta indiferencia por los intereses ajenos*”, es decir, por los intereses de los potenciales tomadores de dichos préstamos (arg. art. 1724 CCC, in fine).

Por ende, vía la acción preventiva del art. 1711 CCC, se podría solicitar la cesación de esa conducta, a fin de evitar la producción de daño o su reiteración.

¿Quién podría solicitar la cesación de la conducta antijurídica?: El que se encuentre directamente afectado o amenazado por la conducta antijurídica, en casos de que solo se encuentre involucrado un interés individual heterogéneo y las asociaciones de consumidores, la autoridad de aplicación de la LDC, el Ministerio Público Fiscal, el Defensor del Pueblo de la Nación¹⁸² y cualquier persona que demuestre capacidad de

¹⁸² De hecho, es bastante lógico pensar que las asociaciones de consumidores, la autoridad de aplicación de la LDC, el Ministerio Público Fiscal, o el Defensor del Pueblo de la Nación dispondrán de más tiempo y recursos técnicos y económicos que los particulares para analizar si determinada conducta es antijurídica y previsiblemente causará daños. En nuestro ejemplo, determinar la existencia de una operatoria de otorgamiento de créditos sin comprobar adecuadamente la capacidad de pago del prestatario, donde

representación, si dicha conducta antijurídica afecta un derecho de incidencia colectiva (sea por afectación de intereses colectivos o de intereses individuales homogéneos).¹⁸³ Todo lo anterior surge de la amplia legitimación reconocida por el art. 1712 CCC y de los arts. 52 y 54 LDC. También el juez podría ordenarla, de oficio (arg. conf. art. 1713).

¿Cuándo se podría solicitar la cesación de la conducta antijurídica?: En el marco de un proceso autónomo o dentro de un juicio de daños y perjuicios, al iniciar demanda, o, por ejemplo, dentro de un juicio por cumplimiento de contrato, al contestar demanda.

¿Cuál será el efecto de la sentencia?: Como se dijo, disponer la cesación de la conducta antijurídica para evitar que cause daño o el agravamiento o la reiteración del mismo. En nuestro “ejemplo español”, ordenar el cese, por parte del Banco Sygma, de la operatoria de préstamos en las modalidades descriptas en el caso llevado a juicio, a fin de no perjudicar a potenciales tomadores de dichos préstamos y modificar las condiciones de los préstamos ya otorgados con dichas modalidades. Al respecto, el art. 1713 CCC concede amplias facultades al juez, en relación a las medidas a tomar, al prescribir que estas pueden consistir en “obligaciones de dar, hacer o no hacer”, fijando como parámetros para los magistrados dos criterios:

1) Menor restricción posible de los derechos.

2) Medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad.

Por ende, la medida a tomar no tiene por qué ser, necesariamente, la nulidad del contrato o de la cláusula, sino que puede consistir en la adecuación del mismo. La finalidad, insistimos, es evitar daños.

8.1.8. Conclusión parcial

En el caso del Derecho del Consumidor, la función preventiva puede contribuir a evitar daños producidos por proveedores - acreedores de mala fe, que con su actuar doloso o culposo crean o inducen falsas expectativas a los consumidores – deudores, con la única finalidad de lograr una demanda irreflexiva de sus bienes y servicios. También puede contribuir, indirectamente, a que los consumidores – deudores sean conscientes de sus limitaciones y reales posibilidades a la hora de adquirir dichos bienes y servicios.

simultáneamente el riesgo de los incobrables se traslade a los otros prestatarios, vía aplicación de tasas muy superiores a los normales requiere de una serie de investigaciones y análisis de notable complejidad.

¹⁸³ Aunque están reconocidos en el art. 43 de la Constitución Nacional y 14 inc. b del CCC, los derechos de incidencia colectiva no están definidos por dichas normas. Esa tarea fue acometida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación quien, a través de numerosos fallos, fue delimitando tres categorías de derechos: 1) individuales “propiamente dichos”, 2) de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, 3) y de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos. En este último caso, “no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles. Sin embargo, *hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea*. Ese dato tiene relevancia jurídica porque en tales casos la demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño que individualmente se sufre. *Hay una homogeneidad fáctica y normativa que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño.*” (“Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - ley 25.873 - dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986”, CSJN, 24/02/09, la cursiva es nuestra)

8.2. Deber de información

Respecto del deber de información, ya vimos que los artículos 4 LDC y 1100 y siguientes del CCC son una regulación del derecho a una “*información adecuada y veraz*” garantizado por el art. 42 de la Constitución Nacional. Este derecho es fundamental, entre otras razones, para posibilitar otra garantía constitucional con la que cuentan los consumidores que es la “*libertad de elección*”, también contemplada en el citado art. 42.

Tengamos en cuenta que si el proveedor transgrede el deber de información previo a la celebración del contrato (art. 4 LDC, 1100 CCC), el consumidor tiene el derecho a demandar la nulidad del contrato o la de una o más cláusulas. (arg. conf. art. 37, LDC)

Un ejemplo a mencionar es el caso "Chavarria Jonatan German C/ Autocredito S.A. de Capitalizacion S/Nulidad de Contrato"¹⁸⁴.

Allí, el Tribunal confirmó la sentencia que declaró la nulidad de un contrato de capitalización y ahorro e impuso una multa de \$25.000 a la demandada, en concepto de daño punitivo. La Alzada consideró que de la prueba testimonial está acreditado que el actor no fue debidamente informado sobre las condiciones en las que, según el contrato, podía requerir el rescate del capital, lo que, sumado a la "especial dificultad de comprensión que presenta el instrumento contractual" demuestran que la “falta de información adecuada a los términos del art. 4 de la ley 24.240 fue determinante para que el actor celebrara el contrato”.

Para el vocal preopinante, Dr. Loustaunau, “...la *mala fe* de la demandada, consistente a la *ilicitud que supone inducir al error* del Sr. Chavarría, está presente incluso desde *antes de celebrarse el acto* y recibir el pago de la primera cuota, por lo que los intereses por el capital aportado por él deben liquidarse desde la fecha en que se canceló cada cuota.” (la cursiva es nuestra)

En lo referente a la indemnización por daño punitivo, “...en el caso la aplicación de la multa se justifica como una *medida tendiente a desmantelar el provecho* que ha obtenido la demandada con la obtención del consentimiento del actor a través de retacearle información y valerse de la judicialización del conflicto para demorar la justa reparación.” (la cursiva es nuestra)

Destacamos lo siguiente: Se trata de un caso de “Proveedor –acreedor de mala fe / Consumidor – deudor de buena fe” y la apreciación de la mala fe del proveedor y la buena fe del consumidor se aprecian con un nivel de exigencia distinto, dado que el proveedor es un profesional de la actividad financiera y el consumidor no.

Por ello, la diligencia del proveedor debe ser evaluada con un nivel de rigor mayor, dado que su conocimiento experto y experiencia le permiten una mayor previsibilidad de las consecuencias de sus actos (arg. conf. art. 1725 CCC).

¹⁸⁴ "Chavarria Jonatan German C/ Autocredito S.A. de Capitalizacion S/Nulidad de Contrato", Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, Sala Segunda, 21 de junio de 2016. Comentario del autor y texto completo del fallo, disponibles en Internet: <http://www.camoron.org.ar/vermas-fallos.php?f=1128>

Por otra parte, el mero incumplimiento del deber de información denota mala fe de parte del proveedor, a título de culpa. La jurisprudencia¹⁸⁵, desde hace bastante tiempo, viene sosteniendo que "...el fundamento del deber de información impuesto por el art. 4 de la ley de defensa del consumidor 24240 *está dado por la desigualdad que presupone que sólo una de las partes se encuentra informada sobre un hecho que puede gravitar o ejercer influencia sobre el consentimiento de la otra, de tal modo que el contrato no hubiera llegado a perfeccionarse o lo habría sido en condiciones más favorables* (sala 1ª, "American Express Argentina S.A. v. Secretaría de Comercio e Inversiones" del 31/10/1997). *La protección en favor del consumidor o "profano" se sustenta en una suerte de "presunción de ignorancia legítima", especialmente cuando se vincula con un profesional, como en este caso, en quien deposita toda su confianza.*" (la cursiva es nuestra)

8.2.1. El deber de información en la Ley 25.065, de Tarjetas de Crédito

Esta norma dispone expresamente (art. 3) la aplicación supletoria de la LDC y del Código Civil y Comercial, por lo que cabe remitirse a todo lo referido ut supra. Como normas específicas relativas al deber de información, puede mencionarse al art. 6, que trata del contenido del contrato de emisión de Tarjeta de Crédito y el art. 23, referido al contenido del resumen de las operaciones realizadas por el titular o sus autorizados.

8.3. Derecho de retracto del consumidor - deudor

El derecho de retracto (o de revocación de la aceptación) se encuentra previsto en la LDC y el CCC, para ciertas modalidades de contratación que pueden generar contrataciones irreflexivas por parte del Consumidor. Ciñéndonos a los objetivos de nuestro trabajo, estas contrataciones pueden ocasionar un endeudamiento innecesario o excesivo.

Estas modalidades se hallan prescriptas en la LDC en el Capítulo VII, titulado "DE LA VENTA DOMICILIARIA, POR CORRESPONDENCIA Y OTRAS", el que comprende los artículos 32 al 35 inclusive.

El art. 32, modificado por la ley 26.361 y titulado "VENTA DOMICILIARIA", dispone que

"Es la oferta o propuesta de venta de un bien o prestación de un servicio efectuada al consumidor fuera del establecimiento del proveedor. También se entenderá comprendida dentro de la venta domiciliaria o directa aquella contratación que resulte de una convocatoria al consumidor o usuario al establecimiento del proveedor o a otro sitio, cuando el objetivo de dicha convocatoria sea total o parcialmente distinto al de la contratación, o se trate de un premio u obsequio.

El contrato debe ser instrumentado por escrito y con las precisiones establecidas en los artículos 10 y 34 de la presente ley.

Lo dispuesto precedentemente *no es aplicable a la compraventa de bienes perecederos recibidos por el consumidor y abonados al contado.*" ((la cursiva es nuestra)

¹⁸⁵ "Poggi, José M. v. Secretaría de Comercio e Inversiones", Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala II, 06/05/1999, JA 2000-III-381.

Como se ve, la técnica legislativa es deficiente, porque a pesar del título, está incluida la prestación de servicios además de la venta y, por otra parte, en realidad, lo que caracteriza a esta modalidad de oferta no es que tenga que ser realizada en el domicilio del consumidor sino que dicha oferta se realice *fuera del establecimiento del proveedor o que el consumidor concurra al establecimiento del proveedor con una expectativa distinta de la de adquirir un bien o servicio*.

Es decir, que la propuesta puede ser realizada tanto en el domicilio real del consumidor, como en una residencia transitoria, caso de un hotel, o en el trabajo, o en otro lugar como un restaurant, la vía pública, etc.; o inclusive en el establecimiento del proveedor, cuando en este último caso hubiera sido convocado por el proveedor para algo distinto que la propuesta que finalmente este le realiza. Un ejemplo de esto último sería cuando se lo invita telefónicamente a una “reunión cultural” y al llegar al lugar le proponen vender una enciclopedia.

La regulación propuesta en el CCC es similar:

“ARTICULO 1104.- Contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales. Está comprendido en la categoría de contrato celebrado fuera de los establecimientos comerciales del proveedor el que resulta de una oferta o propuesta sobre un bien o servicio concluido en el domicilio o lugar de trabajo del consumidor, en la vía pública, o por medio de correspondencia, los que resultan de una convocatoria al consumidor o usuario al establecimiento del proveedor o a otro sitio, cuando el objetivo de dicha convocatoria sea total o parcialmente distinto al de la contratación, o se trate de un premio u obsequio.”

El decreto 1798/94, al reglamentar el anterior texto del art. 32, precisaba que: "a) Se entenderá que están comprendidas dentro de la venta domiciliaria o directa, sin perjuicio de otros, los sistemas en que la oferta del consumidor se efectúe en el domicilio particular del oferente o en el del consumidor, en su lugar de trabajo o en domicilio de un tercero.

También se entenderá comprendida dentro de la venta domiciliaria o directa, aquella contratación que resulte de una convocatoria al consumidor al establecimiento del proveedor o a otro sitio, cuando el objeto de dicha convocatoria sea total o parcialmente distinto al de la contratación."

Como puede apreciarse, el segundo párrafo del art. 32 del decreto 1798/94 ha pasado a formar parte, con leves modificaciones, del actual art. 32 LDC.

La finalidad de estas normas, dijimos, es proteger al consumidor de las contrataciones irreflexivas. En todos estos casos, el consumidor no estaba pensando adquirir un producto o servicio, sino que se lo vienen a ofrecer. En clase, solemos decirles a los alumnos, para graficar la situación, que es una suerte de “venta de arrebató”. El potencial cliente es “atacado” o “abordado” cuando estaba pensando en otra cosa y se busca una decisión irreflexiva y/o compulsiva de su parte.

Por su parte, el art. 33 LDC, titulado “VENTA POR CORRESPONDENCIA Y OTRAS” establece que "Es aquella en que la propuesta se efectúa por medio postal,

telecomunicaciones, electrónico o similar, y la respuesta a la misma se realiza por iguales medios. No se permitirá la publicación del número postal como domicilio."

Nuevamente, la redacción es poco feliz, porque la norma habla de propuesta (que puede ser una oferta de venta o de prestación de servicios). Aquí hablamos de una contratación a distancia, vía carta, teléfono, fax, mail, televisión, sitio de Internet, etc. *Lo importante aquí es que el consumidor no va a ir al local del proveedor para ver el producto o servicio y luego cerrar el trato.* Lo ve por televisión, o por un catálogo que le llegó por correspondencia o en un sitio de Internet y aceptó vía telefónica, o por correo electrónico o enviando una carta, por ejemplo. El famoso "llame ya" es un gran ejemplo de esta modalidad.

El texto del CCC apunta al mismo universo de supuestos, pero con una redacción más prolija:

"ARTICULO 1105.- Contratos celebrados a distancia. Contratos celebrados a distancia son aquellos *concluidos entre un proveedor y un consumidor con el uso exclusivo de medios de comunicación a distancia*, entendiéndose por tales los que pueden ser utilizados *sin la presencia física simultánea* de las partes contratantes. En especial, se consideran los medios postales, electrónicos, telecomunicaciones, así como servicios de radio, televisión o prensa." (la cursiva es nuestra)

8.3. 1.Revocación de la aceptación en la LDC y el CCC

Para estas modalidades de contratación, en el art. 34 LDC, modificado por ley 26.361 se establece la aplicación del *derecho de retracto*:

"En los casos previstos en los artículos 32 y 33 de la presente ley, el consumidor tiene derecho a revocar la aceptación durante el plazo de DIEZ (10) días corridos contados a partir de la fecha en que se entregue el bien o se celebre el contrato, lo último que ocurra, sin responsabilidad alguna. Esta facultad no puede ser dispensada ni renunciada.

El vendedor debe informar por escrito al consumidor de esta facultad de revocación en todo documento que con motivo de venta le sea presentado al consumidor.

Tal información debe ser incluida en forma clara y notoria.

El consumidor debe poner el bien a disposición del vendedor y los gastos de devolución son por cuenta de este último."

La modificación fue la ampliación del plazo para revocar la aceptación, que pasó de 5 a 10 días corridos.

La reglamentación agrega que *"Para ejercer el derecho de revocación el consumidor deberá poner la cosa a disposición del vendedor sin haberla usado y manteniéndola en el mismo estado en que la recibió, debiendo restituir el proveedor al consumidor todos los importes recibidos."*, pero entendemos que quedó derogada por el art. 1114 del CCC, que prescribe que

"La imposibilidad de devolver la prestación objeto del contrato no priva al consumidor de su derecho a revocar. Si la imposibilidad le es imputable, debe pagar al proveedor el valor de mercado que la prestación tiene al momento del ejercicio del derecho

a revocar, excepto que dicho valor sea superior al precio de adquisición, en cuyo caso la obligación queda limitada a este último.” (la cursiva es nuestra)

El CCC contiene una regulación más detallada (pero, no exenta de críticas) del derecho de retracto:

“ARTICULO 1110.- Revocación. En los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales y a distancia, el consumidor tiene el derecho irrenunciable de revocar la *aceptación dentro de los diez días computados a partir de la celebración del contrato.*

Si la aceptación es posterior a la entrega del bien, el plazo debe comenzar a correr desde que esta última se produce.

Si el plazo vence en día inhábil, se prorroga hasta el primer día hábil siguiente.

Las cláusulas, pactos o cualquier modalidad aceptada por el consumidor durante este período que tengan por resultado la imposibilidad de ejercer el derecho de revocación se tienen por no escritos.” (la cursiva es nuestra)

“ARTICULO 1111.- Deber de informar el derecho a la revocación. El proveedor debe informar al consumidor sobre la facultad de revocación mediante su inclusión en caracteres destacados en todo documento que presenta al consumidor en la etapa de negociaciones o en el documento que instrumenta el contrato concluido, ubicada como disposición inmediatamente anterior a la firma del consumidor o usuario. El derecho de revocación no se extingue si el consumidor no ha sido informado debidamente sobre su derecho.”

“ARTICULO 1112.- Forma y plazo para notificar la revocación. La revocación debe ser notificada al proveedor por escrito o medios electrónicos o similares, o mediante la devolución de la cosa *dentro del plazo de diez días* computados conforme a lo previsto en el artículo 1110.” (la cursiva es nuestra)

“ARTICULO 1113.- Efectos del ejercicio del derecho de revocación. Si el derecho de revocar es ejercido en tiempo y forma por el consumidor, las partes quedan liberadas de sus obligaciones correspondientes y deben restituirse recíproca y simultáneamente las prestaciones que han cumplido.”

“ARTICULO 1114.- Imposibilidad de devolución. La imposibilidad de devolver la prestación objeto del contrato no priva al consumidor de su derecho a revocar. Si la imposibilidad le es imputable, debe pagar al proveedor el valor de mercado que la prestación tiene al momento del ejercicio del derecho a revocar, excepto que dicho valor sea superior al precio de adquisición, en cuyo caso la obligación queda limitada a este último.”

“ARTICULO 1115.- Gastos. El ejercicio del derecho de revocación no debe implicar gasto alguno para el consumidor. En particular, el consumidor no tiene que reembolsar cantidad alguna por la disminución del valor de la cosa que sea consecuencia

de su uso conforme a lo pactado o a su propia naturaleza, y tiene derecho al reembolso de los gastos necesarios y útiles que realizó en ella.”

“ARTICULO 1116.- Excepciones al derecho de revocar. Excepto pacto en contrario, *el derecho de revocar no es aplicable a los siguientes contratos:*

a) los referidos a productos confeccionados conforme a las especificaciones suministradas por el consumidor o claramente personalizados o que, por su naturaleza, no pueden ser devueltos o puedan deteriorarse con rapidez;

b) los de suministro de grabaciones sonoras o de video, de discos y de programas informáticos que han sido decodificados por el consumidor, así como de ficheros informáticos, suministrados por vía electrónica, susceptibles de ser descargados o reproducidos con carácter inmediato para su uso permanente;

c) los de suministro de prensa diaria, publicaciones periódicas y revistas.” (la cursiva es nuestra)

Comparando ambos sistemas, encontramos las siguientes cuestiones de interés:

1) Supongamos que el contrato se realizó el 22 de agosto y el bien fue recibido por el consumidor el 28 de ese mes, ¿desde cuándo se cuentan los diez días de plazo para revocar la aceptación?

* Según la LDC, desde el 28 de agosto (“DIEZ (10) días corridos contados a partir de la fecha en que se entregue el bien o se celebre el contrato, *lo último que ocurra*”, conf. art. 34)

* Según el CCC, desde el 22 de agosto, porque la aceptación *no fue posterior* a la entrega del bien (“dentro de los diez días computados a partir de la celebración del contrato.

Si la aceptación es posterior a la entrega del bien, el plazo debe comenzar a correr desde que esta última se produce.” conf. art. 1110)

2) Supongamos que el contrato se realizó el 22 de agosto y el bien fue recibido por el consumidor el 18 de ese mes, ¿desde cuándo se cuentan los diez días de plazo para revocar la aceptación?

* Según la LDC, desde el 22 de agosto (“DIEZ (10) días corridos contados a partir de la fecha en que se entregue el bien o se celebre el contrato, *lo último que ocurra*”, conf. art. 34 LDC)

* Según el CCC, desde el 18 de agosto, porque la aceptación *fue posterior* a la entrega del bien y en ese caso, el plazo corre desde la entrega (“dentro de los diez días computados a partir de la celebración del contrato.

Si la aceptación es posterior a la entrega del bien, el plazo debe comenzar a correr desde que esta última se produce.” conf. art. 1110)

Evidentemente, el régimen del CCC, además de implicar una contradicción con la LDC, es desfavorable para el consumidor. Más allá de considerar que es una desprolijidad,

entendemos que el tema se resuelve dando prevalencia al art. 34 LDC, no solo por aplicación del principio de especialidad, sino por ser la solución más favorable al consumidor (arg. conf. art. 3 LDC y 1094)

2) Por otro lado, a diferencia del art. 34 LDC, que se limita a expresar que “(e)l consumidor debe poner el bien a disposición del vendedor y los gastos de devolución son por cuenta de este último”, el CCC agrega que “(e)l ejercicio del derecho de revocación no debe implicar gasto alguno para el consumidor. En particular, el consumidor *no tiene que reembolsar cantidad alguna por la disminución del valor de la cosa que sea consecuencia de su uso conforme a lo pactado o a su propia naturaleza*, y tiene derecho al reembolso de los gastos necesarios y útiles que realizó en ella.”

Queda claro entonces que el consumidor pudo haber usado la cosa durante los diez días previstos para el retracto.

Ahora bien, justamente, como el consumidor puede usar la cosa, *por las especiales características de los bienes o servicios*, según el art. 1116 CCC, el derecho de retracto no puede ejercerse en los siguientes contratos:

“a) los referidos a productos confeccionados conforme a las especificaciones suministradas por el consumidor o claramente personalizados o que, por su naturaleza, no pueden ser devueltos o puedan deteriorarse con rapidez;

b) los de suministro de grabaciones sonoras o de video, de discos y de programas informáticos que han sido decodificados por el consumidor, así como de ficheros informáticos, suministrados por vía electrónica, susceptibles de ser descargados o reproducidos con carácter inmediato para su uso permanente;

c) los de suministro de prensa diaria, publicaciones periódicas y revistas.”

8.4. Prohibición de propuestas al consumidor que generen débito automático

En la LDC se establece una clara prohibición sobre las propuestas al consumidor que éste no haya requerido previamente y que generen un débito automático. Al respecto, prescribe el art. 35 que

"Queda prohibida la realización de propuestas al consumidor, por cualquier tipo de medio, sobre una cosa o servicio que no haya sido requerido previamente y que genere un cargo automático en cualquier sistema de débito, que obligue al consumidor a manifestarse por la negativa para que dicho cargo no se efectivice.

"Si con la oferta se envió una cosa, el receptor no está obligado a conservarla ni a restituirla al remitente aunque la restitución pueda ser realizada libre de gastos."

Es decir, los oferentes al ofrecer sus productos no deben tomar ninguna decisión que supla a la del consumidor. Es voluntad absoluta y excluyente del consumidor responder o no sobre la propuesta recibida.

En relación a las actividades irregulares que violan este artículo, cabe citar principalmente el envío de tarjetas de crédito por parte de entidades bancarias y cargos indebidos de conceptos en los planes de ahorro, que producen un débito automático.

8.5. Inembargabilidad de ciertos bienes

A diferencia del Código Civil, que no lo establecía expresamente, (aunque esa omisión jamás generó problemas en la doctrina y jurisprudencia), el CCC dispone que el patrimonio del deudor constituye la garantía común de sus acreedores “con excepción de aquellos que este Código o leyes especiales declaren inembargables o inejecutables.” (arg. conf. art. 242 CCC)

Los acreedores, por su parte se encuentran en igualdad de condiciones a la hora de ejecutar los bienes que lo integran, “excepto que exista una causa legal de preferencia” (arg. conf. art. 743 CCC).

De lo anterior surge que, en realidad, no todos los bienes del deudor constituyen la garantía común de sus acreedores, dado que existen bienes inembargables.

Al respecto, el CCC, presenta una extensa enumeración *meramente enunciativa* de bienes excluidos de la garantía común:

“ARTICULO 744.- Bienes excluidos de la garantía común. Quedan excluidos de la garantía prevista en el artículo 743:

- a) las ropas y muebles de uso indispensable del deudor, de su cónyuge o conviviente, y de sus hijos;
- b) los instrumentos necesarios para el ejercicio personal de la profesión, arte u oficio del deudor;
- c) los sepulcros afectados a su destino, excepto que se reclame su precio de venta, construcción o reparación;
- d) los bienes afectados a cualquier religión reconocida por el Estado;
- e) los derechos de usufructo, uso y habitación, así como las servidumbres prediales, que sólo pueden ejecutarse en los términos de los artículos 2144, 2157 y 2178;
- f) las indemnizaciones que corresponden al deudor por daño moral y por daño material derivado de lesiones a su integridad psicofísica;
- g) la indemnización por alimentos que corresponde al cónyuge, al conviviente y a los hijos con derecho alimentario, en caso de homicidio;
- h) los demás bienes declarados inembargables o excluidos por otras leyes.”

El último inciso marca el carácter *meramente enunciativo* de este listado. De hecho, el propio CCC agrega otro supuesto, al prescribir en el art. 539 que el crédito alimentario no puede ser embargado.

Respecto de los bienes excluidos, según los Fundamentos del Anteproyecto¹⁸⁶, “...cabe destacar, por su relevancia, las *indemnizaciones que correspondan al deudor por daño moral y por daño material derivado de lesiones a su integridad psicofísica, y las indemnizaciones por homicidio, lo necesario para alimentos del cónyuge, del conviviente y de los hijos con derecho alimentario*. La solución propuesta respeta adecuadamente *el carácter unitario que debe tener la regulación de la garantía patrimonial del deudor*, de los bienes que la comprenden, y sus exclusiones, *que no deberían razonablemente mutar por el carácter individual o colectivo que tenga el proceso de ejecución*. Si en una hipótesis de máxima gravedad, como es la ejecución colectiva de los bienes del deudor, opera la mentada exclusión, la solución no puede ser diferente en un supuesto de menor gravedad, como es la ejecución individual.” (la cursiva es nuestra)

En efecto, la ley 24.522, de Concursos, excluye del desapoderamiento a "las indemnizaciones que correspondan al fallido por daños materiales o morales a su persona" y a los "demás bienes excluidos por otras leyes". (art. 108, incs, 6° y 7°)

8.6. Protección de la vivienda del deudor - persona humana

8.6. 1. Régimen de “Protección de la vivienda”

En los arts. 244 a 256 del CCC se establece un régimen que sustituye y actualiza al de “bien de familia”, regulado en la ley 14.394, ley que fue derogada.

El citado art. 244, primero del Capítulo 3, denominado “Vivienda”, perteneciente al Título III (Bienes), del LIBRO PRIMERO. PARTE GENERAL, establece que:

“ARTICULO 244.- Afectación. Puede afectarse al régimen previsto en este Capítulo, un inmueble destinado a vivienda, por su totalidad o hasta una parte de su valor. *Esta protección no excluye la concedida por otras disposiciones legales*.

La afectación se inscribe en el registro de la propiedad inmueble según las formas previstas en las reglas locales, y la prioridad temporal se rige por las normas contenidas en la ley nacional del registro inmobiliario.

No puede afectarse más de un inmueble. Si alguien resulta ser propietario único de dos o más inmuebles afectados, debe optar por la subsistencia de uno solo en ese carácter dentro del plazo que fije la autoridad de aplicación, bajo apercibimiento de considerarse afectado el constituido en primer término.” (la cursiva es nuestra)

En oportunidad de comentar el fallo “Goñi, Hugo Horacio C/ Coria, Sergio Daniel S/ Cobro Ejecutivo”¹⁸⁷ nos permitimos resaltar la oración “Esta protección no excluye la concedida por otras disposiciones legales”, para destacar un futuro conflicto interpretativo.

En efecto, esas “otras disposiciones legales” ¿son solo leyes nacionales o pueden ser también provinciales?

¹⁸⁶ Fundamentos, pp 104 y 105, Disponible en Internet en <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf>

¹⁸⁷ Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Azul, Sala II, 23/09/14. Comentario del autor y fallos disponible en Internet: <http://www.camaron.org.ar/vermas-fallos.php?f=1037>

En este último supuesto, ¿el legislador nacional, al que había sido delegada esta facultad por las provincias ahora decide compartirla?

Entendíamos, en esa ocasión, que las competencias que la Constitución Nacional atribuye al Congreso Nacional en forma exclusiva no pueden ser compartidas por este con las provincias, porque lo contrario implica una modificación del sistema federal establecido en nuestra Carta Magna.

Al respecto, la jurisprudencia se muestra vacilante en la actualidad.

Por ejemplo, en “H.M. C/ G.M.A. S/Cobro ejecutivo de alquileres”¹⁸⁸, el Tribunal confirmó la sentencia que dispuso la suspensión de la subasta de un inmueble, con fundamento en la ley 14.432, según la cual todo inmueble ubicado en la Provincia de Buenos Aires destinado a vivienda única, y de ocupación permanente, es inembargable e inejecutable, salvo en caso de renuncia expresa del titular.

Ante el planteo de inconstitucionalidad de dicha norma, el Tribunal se apartó de precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Para hacerlo, entre otros fundamentos, aplicó el art. 244 del Código Civil y Comercial, por considerar que de este artículo se desprende que las provincias pueden establecer regímenes de inejecutabilidad de viviendas aún más favorables que los que dispone la normativa nacional, pues “el sentido del nuevo Código sustancial es ampliar las garantías, en consonancia con las que emanan de la Carta Magna federal y los Tratados Internacionales.”

Al respecto, la vocal preopinante, Dra. Bermejo, consideró que “uno de los horizontes desde los que se debe observar la validez de la ley 14.432 es desde la *Convención Americana de Derechos Humanos*, incorporada en nuestra misma Carta Magna federal.” (la cursiva es nuestra)

En ese sentido, “el art. 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos focaliza sobre que los Estados Partes *se comprometen a adoptar a nivel interno la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.*

Por consiguiente, cuando se analiza *la Cláusula federal de la misma Convención, prevista en su artículo 28*¹⁸⁹, *tendiente a que sus disposiciones se cumplan en toda la*

¹⁸⁸ Cámara Civil y Comercial de La Plata, Sala Segunda, 02/10/15. Comentario del autor y fallos disponible en Internet: <http://www.camoron.org.ar/vermas-fallos.php?f=1090>

¹⁸⁹ Dada la importancia que la magistrada asigna al art. 28 de la Convención Americana de Derechos Humanos y la interpretación que extrae del mismo, nos permitimos transcribirlo:

"Artículo 28. Cláusula Federal.

1. Cuando se trate de un Estado Parte constituido como Estado Federal, el gobierno nacional de dicho Estado Parte cumplirá todas las disposiciones de la presente Convención relacionadas con las materias sobre las que ejerce jurisdicción legislativa y judicial.
2. Con respecto a las disposiciones relativas a las materias que corresponden a la jurisdicción de las entidades componentes de la Federación, el gobierno nacional debe tomar de inmediato las medidas pertinentes,

extensión del territorio de los estados partes cuando ellos tengan una forma federal de gobierno, no pueden invalidar normativas que otorgan una protección más amplia por la circunstancia que no haya sido efectuada por el legislador pertinente.

Asumida la responsabilidad internacional del Estado argentino, *éste debe garantizar el progresivo ejercicio de los derechos humanos, evitando eludir la aplicación de una ley por cuestiones de competencia legislativa* (Gasparini, “Ejecución de la vivienda única: régimen legal de la provincia de Buenos Aires”, Publicado en: LLBA 2015, febrero).” (la cursiva y el subrayado es nuestro)

En cambio, en "Rodríguez, Jorge A. C/ Paleo, Elda y/o Otro S/ Daños y Perjuicios"¹⁹⁰, el Tribunal confirmó la sentencia que declaró la inconstitucionalidad de la ley provincial 14.432, que, como expresamos ut supra, establece que todo inmueble ubicado en la Provincia de Buenos Aires destinado a vivienda única, y de ocupación permanente, es inembargable e inejecutable.

La Alzada destacó que “los *Estados provinciales* pueden ensanchar los derechos individuales (y aún los colectivos) frente a sí mismos, siempre y cuando no se invada la esfera reservada al Congreso Nacional (art. 75, Constitución Nacional). Asimismo las constituciones locales pueden obligar a las provincias pero *no pueden crear obligaciones a los ciudadanos fuera de las contempladas por las normas dictadas por el órgano federal competente.*” (la cursiva es nuestra)

8.6. 1.1. Nuestra opinión sobre los regímenes de protección locales

El CCC ha puesto en primer plano una gran cantidad de temas de los que se viene hablando en los últimos años. Uno de ellos es el de la “constitucionalización del Derecho Privado”.

Ya desde el art. 1° se lee que “Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte”.

En los Fundamentos del Anteproyecto¹⁹¹ se expresa que

conforme a su constitución y sus leyes, a fin de que las autoridades competentes de dichas entidades puedan adoptar las disposiciones del caso para el cumplimiento de esta Convención.

3. Cuando dos o más Estados Partes acuerden integrar entre si una federación u otra clase de asociación, cuidarán de que el pacto comunitario correspondiente contenga las disposiciones necesarias para que continúen haciéndose efectivas en el nuevo Estado así organizado, las normas de la presente Convención."

¹⁹⁰ Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Azul, Sala I, 05/11/15. Comentario del autor y fallo disponibles en Internet: <http://www.camaron.org.ar/vermas-fallos.php?f=1095>

¹⁹¹ Página 4. Disponible en Internet en <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf>

“La mayoría de los códigos existentes se basan en una división tajante entre el derecho público y privado. El Anteproyecto, en cambio, toma muy en cuenta los tratados en general, en particular los de Derechos Humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto innova profundamente al receptor la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina. Esta decisión se ve claramente en casi todos los campos: la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales, los derechos de incidencia colectiva, la tutela del niño, de las personas con capacidades diferentes, de la mujer, de los consumidores, de los bienes ambientales y muchos otros aspectos. Puede afirmarse que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado.”

Por nuestra parte, pensamos que, si por “constitucionalización del derecho privado” lo que queremos decir es que, para resolver un caso no hay que aplicar solo el Código, sino también las normas de mayor jerarquía (Constitución, Tratados con nivel constitucional, Tratados con nivel supralegal), las que tendrán primacía en su aplicación frente a los textos del Código, *en realidad no estamos diciendo nada nuevo.*

Dicho de otra manera, ni ahora ni con el anterior Código, este texto legal tenía primacía o “independencia” de la Constitución Nacional. Las normas civiles nunca fueron un sistema estanco. Cualquier norma inferior está sujeta al control de constitucionalidad (y/o de convencionalidad).

Otro tema es el del “diálogo de fuentes”.

Así, en los Fundamentos del Anteproyecto¹⁹² se proclama que “es necesario que los operadores jurídicos *tengan guías para decidir en un sistema de fuentes complejo*, en el que, frecuentemente, debe recurrirse a un *diálogo de fuentes*, y a la utilización no sólo de reglas, sino también de principios y valores.

En el sistema jurídico argentino vigente no hay un dispositivo que fije reglas generales respecto de las fuentes ni en relación a la interpretación de éstas.” (la cursiva es nuestra)

En el mismo documento¹⁹³ también se señala que “(e)n el campo de la interpretación, *se establece un “diálogo de fuentes”* de manera que el Código recupera una centralidad para iluminar a las demás fuentes.

El intérprete de una ley especial *recurrirá al Código para el lenguaje común de lo no regulado en la ley especial* y, además, para determinar los pisos mínimos de tutela conforme con el principio de interpretación más favorable al consumidor.” (la cursiva es nuestra)

Sin perjuicio de esto, como expresa Cavalli, “nuestro ordenamiento jurídico no es un amontonamiento igualitario de normas sino que existe una jerarquía explícita imperativamente regulada por la norma fundamental ordenadora que es la Constitución

¹⁹² Página 9. Disponible en Internet en <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf>

¹⁹³ Página 131. Disponible en Internet en <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf>

Nacional. Por lo que, siguiendo con el juego de la prosopopeya, la Constitución Nacional no dialoga: manda, ordena, impone...El "diálogo" es entre iguales, mientras que la Constitución tiene jerarquía superior, no igual, al Código, por lo cual este debe subordinarse a sus mandatos, que le son imperativos. Nuestro ordenamiento jurídico tiene expresamente delimitadas sus jerarquías, en el artículo 31 de la Constitución Nacional."¹⁹⁴

O, dicho en otras palabras, el mentado "diálogo de fuentes" debe respetar los principios de jerarquía, cronología y especialidad¹⁹⁵.

Y, finalmente, una tercera cuestión, vinculada con las anteriores, es la aparición del "principio de progresividad".

El principio de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales se encuentra contemplado en el artículo 26.º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, ambos de jerarquía constitucional, a tenor de lo dispuesto por el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional.

En efecto, el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos prevé que:

"Artículo 26. Desarrollo Progresivo. Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, *para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura*, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, *por vía legislativa u otros medios apropiados*". (la cursiva es nuestra)

Por su parte, el artículo 2.1 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), establece que:

"(...) cada uno de los estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, *para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados*, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos" (la cursiva es nuestra)

¹⁹⁴ CAVALLI, Luis, "De la metáfora a la prosopopeya - El artículo 1 del Código Civil y Comercial de la Nación (O de los peligros de la desjerarquización del ordenamiento jurídico)", en Rubinzal Culzoni Online. Cita: RC D 1307/2015. A propósito de la tan mentada "constitucionalización", en la nota 8 de su trabajo el Dr. Cavalli expresa, en opinión que compartimos, que "[I]o que el nuevo Código hace, en lo que le corresponde, es cumplir con los nuevos mandatos incorporados en la Reforma Constitucional de 1994". Y no nos vamos a ocupar en esta ocasión de "hasta donde" cumple con los nuevos mandatos incorporados en la Reforma Constitucional de 1994, para no irnos complemente del objeto de este artículo.

¹⁹⁵ BAQUERIZO MINUCHE, Jorge. Colisión de derechos fundamentales y juicio de ponderación. *Revista de Derecho Público*, 2009, p. 19 y sgtes, trata el tema en relación de la colisión entre derechos fundamentales y la necesidad o no de efectuar un juicio de ponderación.

De las normas internacionales antes citadas se puede colegir que en relación a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales existe la obligación de los Estados partes de garantizar la progresividad de los mismos de lo que se desprende como consecuencia la prohibición de regresividad de ellos.

De esta forma constituiría afectación de este principio la expedición de alguna medida legislativa tendiente a retrotraer o menoscabar un derecho ya reconocido o desmejorar una situación jurídica favorable al justiciable pues se estaría afectando derechos fundamentales.

Sin perjuicio de lo anterior, basta señalar que el inciso 22 del art. 75 de la Constitución Nacional, al otorgar jerarquía constitucional a una serie de tratados internacionales, no hace tabla rasa con “la forma representativa republicana federal” adoptada en el art. 1º del mismo cuerpo normativo. El inciso citado prescribe explícitamente que estos tratados internacionales “*no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución*”.

Por ende, ni el principio de progresividad ni el diálogo de fuentes pueden habilitar a las provincias a arrogarse competencias exclusivas de la Nación, ni al Poder Ejecutivo las del Poder Legislativo o Judicial, por bienintencionada que sea la medida y/o porque implique una ampliación de derechos de los habitantes de nuestro país.

Más allá de nuestra opinión, la diversidad de criterios se presenta, lo que constituye un obstáculo para la efectiva protección del derecho del consumidor - deudor

8.6. 1.2. Afectación del inmueble

Siguiendo con régimen de protección de la vivienda instaurado en el CCC, cabe señalar que el mismo es parecido al del derogado “bien de familia”, dado que se trata de la afectación de un solo inmueble destinado a vivienda, que debe ser hecha mediante inscripción en el registro de la propiedad inmueble. El inmueble puede ser urbano o rural, con tal que este último no exceda de la unidad económica, de acuerdo con lo que establezcan las reglamentaciones locales. Lo anterior surge del juego de los arts. 244 y 256 CCC.

El efecto de la afectación es similar al del sustituido régimen de bien de familia, solo que regulado con mayor detalle:

“ARTICULO 249.- Efecto principal de la afectación. La afectación es inoponible a los acreedores de causa anterior a esa afectación.

La vivienda afectada no es susceptible de ejecución por deudas posteriores a su inscripción, excepto:

a) obligaciones por expensas comunes y por impuestos, tasas o contribuciones que gravan directamente al inmueble;

b) obligaciones con garantía real sobre el inmueble, constituida de conformidad a lo previsto en el artículo 250;

c) obligaciones que tienen origen en construcciones u otras mejoras realizadas en la vivienda;

d) obligaciones alimentarias a cargo del titular a favor de sus hijos menores de edad, incapaces, o con capacidad restringida.

Los acreedores sin derecho a requerir la ejecución no pueden cobrar sus créditos sobre el inmueble afectado, ni sobre los importes que la sustituyen en concepto de indemnización o precio, aunque sea obtenido en subasta judicial, sea ésta ordenada en una ejecución individual o colectiva.

Si el inmueble se subasta y queda remanente, éste se entrega al propietario del inmueble.

En el proceso concursal, la ejecución de la vivienda sólo puede ser solicitada por los acreedores enumerados en este artículo.”

En síntesis, afectado el inmueble, queda sustraído de la garantía común de los acreedores cuyos créditos surjan de *obligaciones con causa fuente posterior* a la afectación.

En cambio, pueden ejecutar el inmueble

* Los acreedores cuyos créditos surjan de obligaciones con causa fuente anterior a la afectación, sin importar la fecha de exigibilidad del crédito, porque el mismo existía antes de la afectación.

* Los créditos por expensas comunes y por impuestos, tasas o contribuciones que gravan directamente al inmueble; sin importar la fecha de exigibilidad ni la de existencia del crédito

* Los créditos con garantía real sobre el inmueble, constituida de conformidad a lo previsto en el artículo 250, que prevé la necesidad de conformidad del cónyuge o del conviviente o, en su caso, autorización judicial.

* Los créditos que tienen origen en construcciones u otras mejoras realizadas en la vivienda; sin importar la fecha de exigibilidad ni la de existencia del crédito.

* Las obligaciones alimentarias a cargo del titular a favor de sus hijos menores de edad, incapaces, o con capacidad restringida, sin importar la fecha de exigibilidad ni la de existencia del crédito.

8.6. 1.3. Principales diferencias con el régimen de la ley 14.394

Como gran diferencia con el régimen del bien de familia, en el sistema de la ley 14.394 solo se protegía la familia y no la persona individual.

En el sistema del CCC, toda persona, aunque viva sola, puede afectar el inmueble. Lo importante es que el beneficiario viva en el inmueble (conf. arts. 246 y 247)

Además, como surge de la mera lectura del art. 246, la protección abarca a más sujetos que la ley 14.394, pues agrega al conviviente.

Otra diferencia muy importante es que el art. 244 dispone que *puede ser objeto de afectación un inmueble destinado a vivienda "por su totalidad o hasta una parte de su valor"*. En el sistema de la ley 14.394 no era posible afectar una parte del inmueble. Sólo se lo podía vincular en su totalidad; y si superaba el valor máximo de afectación, entonces no había protección posible.

Otra novedad es que, según el art. 245 CCC, la afectación también puede ser decidida por el juez, a petición de parte, en la resolución que atribuye la vivienda en el juicio de divorcio o en el que resuelve las cuestiones relativas a la conclusión de la convivencia,

Siguiendo con las novedades, tenemos la *subrogación real*:

ARTICULO 248.- Subrogación real. La afectación se transmite a la vivienda adquirida en sustitución de la afectada y a los importes que la sustituyen en concepto de indemnización o precio.

Esta solución no estaba prevista en la ley 14.394. Justamente, en los Fundamentos¹⁹⁶ se expresa que "...se prevé expresamente la subrogación real, reclamada por la doctrina y recogida en diversos pronunciamientos judiciales, que *permite adquirir una nueva vivienda y mantener la afectación, así como extender la protección a la indemnización que provenga del seguro o de la expropiación;...*" (la cursiva es nuestra)

En cuanto a los frutos que puede producir el inmueble, el art. 251 del CCC establece la regla de que estos son embargables y ejecutables *si no son indispensables para satisfacer las necesidades de los beneficiarios*. Es un criterio flexible y que termina dejando el tema en manos del juez interviniente.

En cambio, la ley 14.394, en su art. 39 disponía que "*En ningún caso podrá afectar el embargo más del cincuenta por ciento de los frutos*".

Para sintetizar, en palabras de Flah¹⁹⁷, "(e)l Código amplía el marco tuitivo y, sin dejar de pertenecer al ámbito del derecho civil *apunta a garantizar el derecho fundamental a la vivienda de toda persona*, permitiéndole ampararla con independencia del modelo de familia por el que hubiese optado, priorizando su autonomía.

De ahí, la posibilidad de su afectación por el propietario aun en su favor, como único beneficiario." (la cursiva es nuestra)

¹⁹⁶ Página 40. Disponible en Internet en <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf> Consultado: 07/08/16

¹⁹⁷ FLAH, Lily, "La Vivienda y su protección en el Código Civil y Comercial de la Nación". Disponible en <http://www.nuevocodigocivil.com/la-vivienda-y-su-proteccion-en-el-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion-por-lily-flah/>. Consultado: 07/08/16

Casi innecesario resulta acotar que el analizado es un régimen aplicable a toda persona humana, por ello, por exceso y por defecto, este sistema no tutela específicamente a los consumidores. Por un lado, se aplica a todas las personas humanas, por ciertas deudas originadas o no en relaciones de consumo. Por otro, no se aplica a las personas jurídicas.

8.6. 2. Régimen de “Protección de la vivienda familiar”

Al par del régimen ut supra comentado, el CCC regula otro específico a personas que han contraído matrimonio o unión convivencial inscripta. Para diferenciarlo, se lo denomina “protección de la vivienda familiar”, ya que el sistema anteriormente comentado, como se dijo, puede beneficiar exclusivamente al constituyente.

El régimen de protección de la vivienda familiar surge de dos artículos:

“ARTICULO 456.- Actos que requieren asentimiento. Ninguno de los cónyuges puede, sin el asentimiento del otro, *disponer de los derechos sobre la vivienda familiar, ni de los muebles indispensables de ésta, ni transportarlos fuera de ella.* El que no ha dado su asentimiento puede demandar la nulidad del acto o la restitución de los muebles dentro del plazo de caducidad de seis meses de haberlo conocido, pero no más allá de seis meses de la extinción del régimen matrimonial.

La vivienda familiar no puede ser ejecutada por deudas contraídas después de la celebración del matrimonio, excepto que lo hayan sido por ambos cónyuges conjuntamente o por uno de ellos con el asentimiento del otro.” (la cursiva es nuestra)

“ARTICULO 522.- Protección de la vivienda familiar. Si la unión convivencial ha sido inscripta, *ninguno de los convivientes puede, sin el asentimiento del otro, disponer de los derechos sobre la vivienda familiar, ni de los muebles indispensables de ésta, ni transportarlos fuera de la vivienda.* El juez puede autorizar la disposición del bien si es prescindible y el interés familiar no resulta comprometido.

Si no media esa autorización, el que no ha dado su asentimiento puede demandar la nulidad del acto dentro del plazo de caducidad de seis meses de haberlo conocido, y siempre que continuase la convivencia.

La vivienda familiar no puede ser ejecutada por deudas contraídas después de la inscripción de la unión convivencial, excepto que hayan sido contraídas por ambos convivientes o por uno de ellos con el asentimiento del otro.” (la cursiva es nuestra)

El régimen se estructura en dos medidas:

1) Limitación a la disposición de ciertos bienes y el ejercicio de ciertos derechos: *“derechos sobre la vivienda familiar, ni de los muebles indispensables de ésta, ni transportarlos fuera de ella”*

2) Inejecutabilidad de la “vivienda familiar” por deudas contraídas después de la celebración del matrimonio o de la inscripción de la unión convivencial, excepto que hayan sido contraídas por ambos cónyuges o convivientes o por uno de ellos con el asentimiento del otro.

Se trata de un sistema tuitivo mucho más amplio que su precedente, que se encontraba en el art. 1277¹⁹⁸ del Código Civil derogado, el cual, por empezar, no protegía a los convivientes y solo establecía la necesidad de asentimiento conyugal si se daban los siguientes tres requisitos:

- Bien o derecho ganancial.
- Bien o derecho registrable.
- Acto de disposición o gravamen.

A su vez, existían variantes al primer punto (ganancialidad) ampliándose a bien propio, sede del hogar conyugal en el cual habitaran hijos menores o incapaces.

El CCCN amplía los derechos (y los límites a la disposición) ya que menciona los *derechos* sobre la vivienda, extensivo a los muebles indispensables del hogar.

Por otro lado, no realiza ninguna definición sobre que debe entenderse por “vivienda familiar”. Tampoco es necesario que vivan en ella hijos menores o incapaces.

De tal modo, si mediante cualquier acto se impidiera, restringiera, o pusiera en peligro el uso de la vivienda o los bienes esenciales que hubiera en ella, el cónyuge o el conviviente afectado deberá otorgar su asentimiento para consentirlos.

Además, teniendo en miras el interés familiar y la protección de la familia, se incorpora una protección *ipso iure* de la vivienda familiar, sin necesidad de inscripción alguna, que no puede ser ejecutada por deudas contraídas luego de la celebración del matrimonio o de inscrita la unión convivencial¹⁹⁹. Esta es una diferencia fundamental con el régimen de protección de la vivienda previsto en los arts. 244 y sgtes del CCC, pues en aquel se requiere la inscripción de la afectación del inmueble destinado a vivienda, que debe ser hecha en el registro de la propiedad inmueble (art. 244 CCC).

Los arts. 456 y 552 establecen que la vivienda es inejecutable, sin distinción de deudas, excepto que lo hayan sido por ambos cónyuges o convivientes conjuntamente o por uno de ellos con el asentimiento del otro.

No hay una remisión a las excepciones contenidas en el art. 249 CCC, lo que podría llevar a interpretar que la vivienda familiar resultaría inejecutable por cualquier tipo de deudas contraídas después de la celebración del matrimonio o de la inscripción de la unión

¹⁹⁸ "Art. 1.277. Es necesario el consentimiento de ambos cónyuges para disponer o gravar los bienes gananciales cuando se trate de inmuebles, derechos o bienes muebles cuyo registro han impuesto las leyes en forma obligatoria, aportes de dominio o uso de dichos bienes a sociedades, y tratándose de sociedades de personas, la transformación y fusión de éstas. Si alguno de los cónyuges negare sin justa causa su consentimiento para otorgar el acto, el juez podrá autorizarlo previa audiencia de las partes.

También será necesario el consentimiento de ambos cónyuges para disponer del inmueble propio de uno de ellos, en que está radicado el hogar conyugal si hubiere hijos menores o incapaces. Esta disposición se aplica aun después de disuelta la sociedad conyugal, trátase en este caso de bien propio o ganancial.

El juez podrá autorizar la disposición del bien si fuere prescindible y el interés familiar no resulte comprometido."

¹⁹⁹ En el caso de la unión convivencial, la inscripción de la misma protege ipso iure la vivienda familiar

convivencial, excepto que hayan sido contraídas por ambos cónyuges o convivientes o por uno de ellos con el asentimiento del otro.

Reforzaría este argumento el art. 244 CCC, que establece la coexistencia del régimen de protección de la vivienda con otros que puedan ser más favorables, al expresar que “esta protección no excluye la concedida por otras disposiciones legales”.

Nuevamente, el analizado es un régimen aplicable a toda persona humana, por ello, por exceso y por defecto, este sistema no tutela específicamente a los consumidores. Por un lado, se aplica a todas las personas humanas, por ciertas deudas originadas o no en relaciones de consumo. Por otro, no se aplica a las personas jurídicas.

Por otro lado, a priori, la protección es tan amplia, al no discriminar las deudas, que podría generar planteos de inconstitucionalidad.

8.7. Irrenunciabilidad de derechos del consumidor

Por último, la situación del consumidor – deudor no es normativamente igual a la de los otros deudores, por aplicársele los siguientes principios, que rigen a las relaciones de consumo:

- a) Limitación de la autonomía de la voluntad por razones de orden público (arts. 65, 37, LDC, 988, por remisión del 1117 CCC, entre otros)
- b) Interpretación de la ley y del contrato a favor del consumidor (art. 3 y 37 LDC, 1094 y 1095 CCC)
- c) Prelación de la norma más favorable al consumidor (art. 1094 CCC)

Según los Fundamentos del Anteproyecto de CCC²⁰⁰, “...se propone incluir en el Código Civil *una serie de principios generales de protección del consumidor que actúan como una “protección mínima”*, lo que tiene efectos importantes:

a.- En materia de regulación, ello implica que *no hay obstáculos para que una ley especial establezca condiciones superiores*.

b.- *Ninguna ley especial en aspectos similares pueda derogar esos mínimos sin afectar el sistema*. El Código, como cualquier ley, puede ser modificado, pero es mucho más difícil hacerlo que con relación a cualquier ley especial. Por lo tanto, *estos “mínimos” actúan como un núcleo duro de tutela*.

c.- También es considerable el beneficio en cuanto a la coherencia del sistema, porque *hay reglas generales sobre prescripción, caducidad, responsabilidad civil, contratos, del Código Civil que complementan la legislación especial proveyendo un lenguaje normativo común*.

²⁰⁰ Páginas 131 y 132. Disponible en Internet en <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf> Consultado: 07/08/16

d.- En el campo de la interpretación, se establece un “diálogo de fuentes” de manera que *el Código recupera una centralidad para iluminar a las demás fuentes*. El intérprete de una ley especial recurrirá al Código para el lenguaje común de lo no regulado en la ley especial y, además, para determinar los pisos mínimos de tutela conforme con el principio de interpretación más favorable al consumidor.

De conformidad con esta perspectiva, *se produce una integración del sistema legal en una escala de graduación compuesta por: a) los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional; b) los principios y reglas generales de protección mínima y el lenguaje común del Código; c) la reglamentación detallada existente en la legislación especial. Los dos primeros niveles son estables, mientras que el tercero es flexible y adaptable* a las circunstancias cambiantes de los usos y prácticas.” (la cursiva y el subrayado es nuestro)

Así, el CCC busca establecer, junto con la Constitución Nacional, un *piso mínimo de derechos* para el consumidor en el texto del nuevo Código y la ley 24.240 quedaría como una ley especial que amplía dichos derechos.

Ahora bien, en la práctica, nos encontraremos con una doble regulación de variados institutos del Derecho del Consumidor, en la LDC y el CCC.

A manera de ejemplo, pueden compararse los siguientes temas (primero ponemos los arts. del CCC y luego los de la LDC que los tratan)

- * Relación de consumo. (1092 y 3)
- * Consumidor. (1092 y 1)
- * Equiparado. (1092 y 1)
- * Proveedor. (1093 y 2)
- * Interpretación y prelación normativa. (1094 y 3)
- * Interpretación del contrato de consumo. (1095 y 37)
- * Trato digno. (1097 y 8 bis)
- * Trato equitativo y no discriminatorio. (1098 y 8 bis)
- * Información. (1100 y 4)
- * Publicidad. (1101/1103 y 8)
- * Contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales (1104 y 32)
- * Contratos celebrados a distancia (1104 y 33)
- * Revocación. (1110/1116 y 34)
- * Cláusulas abusivas. (1117/1122 y 37)
- * Contratos bancarios con consumidores y usuarios (1384/1389 y 36)

La regulación no es siempre coincidente. En caso de que suceda esto, la regla es:

- 1) El CCC es el “piso mínimo de derechos para el consumidor”
- 2) La LDC es ley especial y puede ampliar esos derechos

En cuanto a la *limitación de la autonomía de la voluntad por razones de orden público*, el art. 65 de la LDC expresamente declara a dicha ley como de orden público. Contra su observancia, no podrán alegarse costumbres, usos, prácticas o estipulaciones en

contrario, a fin de evitar que se produzcan perturbaciones o conflictos en nuestra sociedad. De esta manera, los derechos del consumidor son irrenunciables (arg. conf. art. 37 LDC)

Respecto de la *interpretación de la ley y del contrato a favor del consumidor* y de la *prelación de la norma más favorable al consumidor*, ya desde su entrada en vigencia, la LDC modificó sustancialmente los ahora derogados Códigos Civil y Comercial, integrándose a estos cuerpos normativos y prevaleciendo sobre las regulaciones que pudieran dar una solución distinta.

Así lo establece el art. 3º:

"Las disposiciones de esta ley se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones de consumo, en particular la Ley N° 25.156 de Defensa de la Competencia y la Ley N° 22.802 de Lealtad Comercial o las que en el futuro las reemplacen. En caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley prevalecerá la más favorable al consumidor.

Las relaciones de consumo se rigen por el régimen establecido en esta ley y sus reglamentaciones sin perjuicio de que el proveedor, por la actividad que desarrolle, esté alcanzado asimismo por otra normativa específica."

El CCC sienta una regla similar:

"ARTICULO 1094.- Interpretación y prelación normativa. Las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor y el de acceso al consumo sustentable.

En caso de duda sobre la interpretación de este Código o las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor."

"ARTICULO 963.- Prelación normativa. *Cuando concurren disposiciones de este Código y de alguna ley especial, las normas se aplican con el siguiente orden de prelación:*

- a) *normas indisponibles de la ley especial y de este Código;*
- b) normas particulares del contrato;
- c) normas supletorias de la ley especial;
- d) normas supletorias de este Código." (la cursiva es nuestra)

Por ejemplo, una compraventa tiene normas generales aplicables a su tratamiento (antes, el derogado Código Civil, ahora el CCC), y, en ocasiones, especiales (vgr, ley 14.005, de venta de inmuebles en lotes y a plazos, que mantiene su vigencia, o 19.724, de prehorizontalidad, ahora derogada y reemplazada por el régimen de los arts. 2070 a 2072 CCC), pero si se trata de una *compraventa de consumo*, las normas de la LDC se integrarán con el CCC, de manera tal que se aplicará aquella que sea *más favorable* para el consumidor.

Para dar una idea, el derogado Código Civil permitía renunciar a la garantía por vicios redhibitorios, (conf. art. 2166 CCivil. Esto es igual en el CCC, conforme surge del art. 1036). En cambio, la LDC lo prohíbe, (conf. art. 37 inc. b). Por lo común, esto último es lo más favorable para el consumidor, por lo que esta norma es la que se aplicará si se trata de una *compraventa de consumo*.

En el mismo sentido, un mutuo con garantía hipotecaria tiene normas generales aplicables a su tratamiento (antes, el derogado Código Civil, ahora el CCC), y, en ocasiones, especiales, (vgr. proceso de ejecución especial, según ley 24.441), pero si se trata de un mutuo de consumo las normas de la LDC se integraban con el Código Civil y ahora con el CCC (arts. 1525 y sptes o 1408 y/o 984 y sptes CCC, según el tipo de mutuo) y, eventualmente, la ley 24.441, de manera tal que se aplicará aquella que sea *más favorable* para el consumidor.

8.7. 1. Críticas a la regulación del régimen de irrenunciabilidad de derechos del consumidor

Ahora bien, este régimen de irrenunciabilidad de derechos, presenta dificultades a la hora de su aplicación por parte de la jurisprudencia, tanto durante la vigencia del Código Civil derogado como en la actualidad. Veremos los siguientes casos, a manera de ejemplo:

8.7. 1.1. Régimen especial de ejecución hipotecaria

Como ejemplo, tenemos los casos "Citibank NA c/ Pozzi Adolfo H. s/ ejecución hipotecaria"²⁰¹ y "Banco Hipotecario Nacional c. Fernández, Ricardo E. y otro"²⁰², donde se pueden observar dos posturas contrapuestas en relación con la aplicación de la LDC a los mutuos con garantía hipotecaria donde se pactó la ejecución según el "régimen especial"²⁰³ establecido por la ley 24.441.

Si comparamos los dos casos, en "*Banco Hipotecario Nacional c. Fernández, Ricardo E. y otro*" el planteo es bastante "clásico": Autonomía de la voluntad. Es decir, el juzgador parte de la base que las partes, libremente, acordaron el proceso aplicable para el caso de tener que ejecutar la hipoteca, lo cual está permitido por una ley especial que regula el tema (ley 24441). Implícitamente, se está diciendo que nadie le "impuso" nada a nadie. Se trata al contrato en estudio como un contrato "paritario", es decir, pactado en paridad de condiciones entre el Banco y el cliente.

En cambio, en "Citibank NA c/ Pozzi Adolfo H s / Ejecución Hipotecaria" el planteo es distinto: Limitación a la autonomía de la voluntad. Es decir, el juzgador parte de la base que una de las partes, impuso el proceso aplicable para el caso de tener que ejecutar

²⁰¹ "Citibank NA c/ Pozzi Adolfo H. s/ ejecución hipotecaria" - Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata (Buenos Aires) - SALA II - 17/06/2004, Expte. 128513.

²⁰² "Banco Hipotecario Nacional c. Fernández, Ricardo E. y otro", Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala I, (10/11/2005)

²⁰³ "ARTICULO 52 ley 24441. — Las hipotecas en las cuales se hayan emitido letras hipotecarias con la constancia prevista en el artículo 45, y *todas aquellas en que se hubiere convenido expresamente* someterse a las disposiciones de este título, podrán ejecutarse conforme las reglas siguientes." (la cursiva es nuestra)

El régimen especial de ejecución de hipotecas se encuentra regulado en los arts. 52 a 67 de la ley citada y establece un procedimiento de "ejecución extrajudicial" del inmueble hipotecado.

la hipoteca, aprovechando la posibilidad que otorga una ley especial que regula el tema (ley 24441). Implícitamente, se está diciendo que el Banco “impuso” el contenido del contrato al cliente. Se trata al contrato en estudio como un contrato celebrado por adhesión, es decir, celebrado en desigualdad de condiciones entre el Banco y el cliente.

Entendemos que el enfoque judicial efectuado en el fallo “ Citibank NA c/ Pozzi Adolfo H. s/ ejecución hipotecaria” es el que se ajusta más a la realidad, porque, a esta altura, es público y notorio que estos contratos, entre un Banco y un “particular”, se celebran por adhesión, siendo el Banco el predisponente y el cliente el adherente. Al ser el mutuo hipotecario, en estos dos casos que estamos viendo, contratos de consumo, entrarían en juego dos normativas (ley 24441 y ley 24240) que plantean regulaciones que hay que compatibilizar.

Al respecto, la LDC contiene preceptos, en especial luego de la reforma de la ley 26.361. En efecto, el actual art. 3° LDC dispone:

“...Las disposiciones de esta ley *se integran con las normas generales* (vgr. Código Civil y Código Procesal) y *especiales* (vgr. ley 24441) *aplicables a las relaciones de consumo*, (porque a la relación de Consumo, a *cualquier relación de consumo*, hay que aplicarle toda la normativa necesaria para regularla. Por ejemplo, si la relación de consumo incluye un mutuo hipotecario, hay que aplicar, además de la LDC, todas las normas que regulan al mutuo y a la hipoteca)...En caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley *prevalecerá la más favorable al consumidor*.

Las relaciones de consumo se rigen por el régimen establecido en esta ley y sus reglamentaciones *sin perjuicio de que el proveedor, por la actividad que desarrolle, esté alcanzado asimismo por otra normativa específica*. (vgr. Si es un Banco, está alcanzado por la ley de entidades financieras)

Esto se complementa con el art. 37 LDC:

“...La interpretación del contrato se hará *en el sentido más favorable para el consumidor*. Cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que *sea menos gravosa*.”

Y todo lo anterior es sin entrar a analizar la constitucionalidad del régimen de ejecución previsto en la ley 24.441. Es decir, suponiendo que sea constitucional, solo sería aplicable si el mutuo hipotecario *no es de consumo*.

Por último, con la entrada en vigencia del CCC, el régimen especial de la ley 24.441 sigue vigente pero tenemos una regulación específica para contratos de adhesión (sean o no de consumo) y otra para contratos de consumo (sean o no de adhesión). En ambos casos subsistirá el problema de las diferentes normativas (CCC, ley 24441 y ley 24240) que plantean regulaciones que hay que compatibilizar.

Consideramos que el art. 1094 del CCC sienta un principio por el que puede llegar a concluirse que el régimen especial de ejecución hipotecaria es inaplicable cuando existe una relación de consumo:

ARTICULO 1094.- Interpretación y prelación normativa. Las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor y el de acceso al consumo sustentable.

En caso de duda sobre la interpretación de este Código o las leyes especiales, *prevalece la más favorable al consumidor*.

Sin embargo, hay un amplio margen para la interpretación judicial.

En efecto, los textos actuales son más claros respecto de la aplicación prevalente de la LDC, *aun existiendo leyes especiales*.

Sin embargo, estos casos ejemplifican un problema interpretativo que solo puede ser resuelto en base a un juicio de valor.

El régimen especial de ejecución hipotecaria está fundamentado en la “autonomía de la voluntad”. Es decir, parte de la base de que las partes, con discernimiento, intención y libertad y en condiciones de igualdad, pactaron someterse a tal régimen. En la práctica, como todos sabemos, eso no es así en una enorme cantidad de casos porque, por empezar, el grueso de los mutuos hipotecarios se celebra por adhesión.

La LDC parte de una base diametralmente opuesta: Las partes no están en igualdad de condiciones. Son dos sistemas “ideológicamente” distintos y los jueces deben hacer prevalecer uno sobre otro mediante un juicio de valor, en el que deciden cual norma disciplina en forma satisfactoria la cuestión²⁰⁴.

8.7. 1.2. Carácter imperativo o supletorio del art. 765 CCC: Las obligaciones en moneda extranjera y el consumidor - deudor

8.7. 1.2.1. Obligaciones de dar sumas de dinero y obligaciones de dar moneda extranjera

Para ingresar en este complejo tema, elegimos la vía del texto normativo. En este caso, el art. 765 CCC:

“ARTICULO 765.- Concepto. La obligación es de dar dinero si el deudor debe cierta cantidad de moneda, determinada o determinable, al momento de constitución de la obligación. Si por el acto por el que se ha constituido la obligación, se estipuló dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar cantidades de cosas y el deudor puede liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal.

Del citado surge que la obligación es de dar dinero si el deudor debe cierta cantidad de moneda, determinada o determinable, al momento de constitución de la obligación.

Es decir, cuando nace la obligación, el deudor sabe que debe una suma de dinero, sea porque la suma se encuentra directamente expresada (vgr. \$1000), o porque su determinación se logra con un cálculo aritmético.”

²⁰⁴ En palabras de Guastini, sería una “interpretación decisoria”, por la cual se atribuye a un texto un determinado significado (rechazando los demás). GUASTINI, Riccardo, "Un enfoque realista acerca del derecho y el conocimiento jurídico", en Revista Revus. Disponible en Internet: <https://revus.revues.org/3463> . Consultado el 26/07/16.

Lo fundamental es que el mismo día en que se constituyó la obligación, el deudor sabe cuánto dinero deberá pagar.

8.7. 1.2.2. Obligaciones de dar moneda extranjera

Comparando entre el CCC y el Código Civil derogado, podemos apreciar que la modificación es sustancial:

En el Código Civil²⁰⁵, el que debe 10.000 dólares estadounidenses solo cumple entregando 10.000 dólares estadounidenses.

En el CCC, el que debe 10.000 dólares estadounidenses cumple entregando 10.000 dólares estadounidenses o el equivalente en moneda de curso legal.

Si nos fijamos en art. 765, vemos que este prescribe que “Si por el acto por el que se ha constituido la obligación, se estipuló dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse *como de dar cantidades de cosas...*”

Sin embargo, esa clasificación (obligación de dar cantidades de cosas) figuraba en el Código Civil derogado (arts. 606 a 615), pero no existe en el CCC.

En el Código Civil derogado se las definía en el art. 606 como “la obligación de dar cosas que consten de número, peso o medida.”

En el CCC esa clasificación (o, mejor dicho, esa terminología) no existe y fue reemplazada por “Obligaciones de género”, las que, según el art. 762 CCC son las que recaen “sobre cosas determinadas sólo por su especie y cantidad”.

Ahora bien, lo cierto es que lo particular de la obligación en moneda extranjera es que “el deudor puede liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal” (conf. art. 765)

Por lo tanto, puede pensarse que estamos ante una obligación con pluralidad disyuntiva de prestaciones a favor del deudor. Dicho de otra manera, el deudor cumple entregando *una prestación* (vgr. cierta cantidad de dólares) *u otra* (vgr. cierta cantidad de pesos).

8.7. 1.2.1.3. Ámbito material de aplicación del art. 765 CCC

El art. 765 no es aplicable en contratos de depósito bancario, préstamo bancario y descuento bancario, que tienen disposiciones específicas²⁰⁶.

²⁰⁵ "Art. 617. Si por el acto por el que se ha constituido la obligación, se hubiere estipulado dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar sumas de dinero.

Art. 619. Si la obligación del deudor fuese de entregar una suma de determinada especie o calidad de moneda, cumple la obligación dando la especie designada, el día de su vencimiento."

²⁰⁶ "ARTICULO 1390.- Depósito en dinero. Hay depósito de dinero cuando el depositante transfiere la propiedad al banco depositario, quien *tiene la obligación de restituirlo en la moneda de la misma especie*, a simple requerimiento del depositante, o al vencimiento del término o del preaviso convencionalmente previsto.

ARTICULO 1408.- Préstamo bancario. El préstamo bancario es el contrato por el cual el banco se compromete a entregar una suma de dinero obligándose el prestatario *a su devolución y al pago de los intereses en la moneda de la misma especie*, conforme con lo pactado.

En cambio, el art. 765 CCC se aplica, por ejemplo, al mutuo o préstamo “común”²⁰⁷.

8.7. 1.2.4. Carácter supletorio o de orden público del art. 765 CCC

Uno de los grandes temas con relación al art. 765 CCC es si se trata de una norma supletoria o de orden público.

Si es supletoria puede ser dejada de lado por pacto en contrario, siempre y cuando se trate de un contrato “negociado” o “paritario” y además, no se aplica a los contratos celebrados durante la vigencia del Código derogado, que se encuentren en curso de ejecución, salvo que se trate de un contrato de consumo, en cuyo caso se aplican las normas más favorables al consumidor (conf. art. 7° in fine CCC)

Decimos que si el art. 765 es norma supletoria puede ser dejada de lado por pacto en contrario, siempre y cuando se trate de un contrato “negociado” o “paritario”, porque, por aplicación del art. 988 inc. b CCC, si se trata de un contrato celebrado por adhesión a cláusulas generales predispuestas o de un contrato de consumo (esto conforme a la remisión efectuada por el art. 1117 CCC), la renuncia del deudor –adherente o del deudor – consumidor de su derecho de pagar dando el equivalente en moneda de curso legal debe tenerse por no escrita.

Si bien la anterior es nuestra opinión, a continuación transcribimos las Conclusiones de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil²⁰⁸, donde no hubo un dictamen unánime:

“15.1-La facultad de pago en moneda nacional *puede renunciarse*, por ser la norma dispositiva (Mayoría: Urruti, Carnaghi, Bonino, Churruarin, Moia, Scotto Lavina, Cossari, Bliss, Castro, Rey, Márquez, Azar, Compiani, Borda y Sagarna).

15.2. La facultad de pago en moneda nacional *no puede renunciarse*, por ser la norma de orden público (Minoría: Cornet, Salvatori, Gianfelici, Viale, Girotti).

16.1- En los *contratos por adhesión a cláusulas generales predispuestas y en los contratos de consumo la renuncia al derecho al pago en moneda nacional no es necesariamente una cláusula abusiva* (Mayoría: Castro, Compiani, Azar, Viale, Cossari, Borda, Sagarna, Carnaghi, Scotto Lavina, Urruti, Moia).

ARTICULO 1409.- Descuento bancario. El contrato de descuento bancario obliga al titular de un crédito contra terceros a cederlo a un banco, y a éste a anticiparle el importe del crédito, *en la moneda de la misma especie*, conforme con lo pactado. El banco tiene derecho a la restitución de las sumas anticipadas, aunque el descuento tenga lugar mediante endoso de letras de cambio, pagarés o cheques y haya ejercido contra el tercero los derechos y acciones derivados del título.” (la cursiva es nuestra)

²⁰⁷ “ARTICULO 1532.- Normas supletorias. Se aplican al mutuo *las disposiciones relativas a las obligaciones de dar sumas de dinero o de género*, según sea el caso.” (la cursiva es nuestra)

²⁰⁸ En Internet: <http://jndcbahablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/10/CONCLUSIONES-02.pdf> . Consultado el 28/07/16

16.2. En los *contratos por adhesión a cláusulas generales predispuestas y en los contratos de consumo la renuncia al derecho al pago en moneda nacional es una cláusula abusiva*, por importar una renuncia a los derechos del adherente que resultan de normas supletorias, y a los derechos del consumidor (Minoría: Márquez, Bliss, Rey, Bonino, Churruarín).”

8.7. 1.2.4. Jurisprudencia sobre el art. 765 CCC

8.7. 1.2.4.1. Fau, Marta Renee C/Abecian, Carlos Alberto y Otros S/ Consignación” –“Libson, Teodoro y Otros C/ Fau, Marta Renee S/ Ejecución Hipotecaria”, (Sala F de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, 25/08/15)

Allí, el Tribunal consideró que *el art. 765 del CCC es una norma supletoria* y, por lo tanto, puede ser dejada de lado por pacto en contrario y además, no se aplica a los contratos celebrados durante la vigencia del Código derogado, que se encuentren en curso de ejecución.

En consecuencia, ordenó llevar adelante la ejecución en la moneda pactada. Cabe aclarar que no es un contrato bancario y del caso tampoco surge que se trate de un contrato celebrado por adhesión a cláusulas generales predispuestas o de un contrato de consumo.

8.7. 1.2.4.2 “Álvarez, José Antonio y Ot. C/ Proyección Médica S.A. S/ Ejecución Hipotecaria”, (Sala F de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, 14/10/15)

Se trata de un mutuo hipotecario de U\$S 750.000 donde se había pactado que los pagos debían efectuarse en dicha dólares estadounidenses, o bien, para el supuesto de que no pueda adquirirse la moneda pactada, la cantidad de pesos que fuese necesaria para adquirir en la Bolsa de Buenos Aires o en el Mercado Abierto Electrónico S.A. una cantidad de bonos externos de la República Argentina, de cualquier serie y valor o ante la falta, insuficiencia, o ausencia de Bónex, cualquier otro título público pagadero en dólares estadounidenses, entre otras alternativas acordadas en la cláusula sexta del referido contrato.

8.7. 1.2.4.3. “Carpo, Elena Nora C/ Peralta, Ceferino Víctor Alberto, Cumplimiento de Contrato”, (Sala I, Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Bahía Blanca, 03/12/15)

Aquí, por mayoría, el Tribunal consideró que las disposiciones del Código Civil y Comercial no se aplican a los créditos exigibles antes de su vigencia y que el art. 765, que permite al deudor de una obligación de dar moneda extranjera liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal es una norma supletoria y, por lo tanto, no se aplica a los contratos celebrados durante la vigencia del Código derogado, que se encuentren en curso de ejecución.

En consecuencia, confirmó la sentencia que condenó al demandado a pagarle a la actora, la suma de 35.000 dólares más la multa diaria de u\$S 29,17, que debía liquidarse desde la fecha de notificación de la demanda hasta el efectivo pago.

En cambio, el voto en minoría, con cita de Borda, entre otros, consideró que el saldo de precio impago y la multa adeudada a causa de la mora son consecuencias pendientes de una relación jurídica existente entre las partes y que el art. 765 CCC no es una “ley supletoria” relativa al contrato de compraventa, sino una norma general dispositiva respecto de las obligaciones nominadas en moneda extranjera.

Como en los supuestos anteriores, no es un contrato bancario y del caso tampoco surge que se trate de un contrato celebrado por adhesión a cláusulas generales predisuestas o de un contrato de consumo.

8.7. 1.2.4. 4. “Desarrolladora Terravista S.A. C/ Verna, Emiliano Sandro S/Daños y Perjuicios” (Sala H de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, 03/12/15)

El Tribunal consideró que las disposiciones del Código Civil y Comercial no se aplican a los créditos exigibles antes de su vigencia y las normas supletorias tampoco se aplican a los contratos celebrados durante la vigencia del Código derogado, que se encuentren en curso de ejecución.

En consecuencia, confirmó la sentencia que hizo lugar a la demanda que perseguía el cobro de una deuda en dólares y rechazó la consignación intentada por el demandado.

Cabe destacar que en el caso no se invocó ni analizó si se trataba de un contrato de consumo, aunque, por la naturaleza del negocio pensamos que sí, porque la comercialización de lotes de barrio cerrado suele tener esas características. Sin embargo, reiteramos, el tema no fue tratado por la Alzada.

8.7. 1.2.4.5. “Construcciones Turísticas S.A c/ Derdoy, Luis Oscar y otro s/ cobro de sumas de dinero” (Sala L de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, 12/05/16)

El Tribunal confirmó la sentencia que admitió la pretensión deducida por la actora y condenó a los demandados a abonarle el monto reclamado, con más sus intereses que se liquidarán al 4% anual desde la mora en el pago de cada una de las cuotas.

Se trata de un contrato de compraventa con precio pactado en dólares donde, entre otras cuestiones, la demandada intenta controvertir la moneda de pago.

En ambas instancias se rechaza ese planteo porque en el boleto de compraventa se previó especialmente el temperamento a adoptar para el caso de que fuera necesario sustituir dicha moneda: la cláusula sexta, apartado b) de ese instrumento dice que : “Para el caso que por circunstancia de hecho o de derecho el pago fuere imposible efectuarlo en dólares estadounidenses billetes, la deudora se obliga a reemplazarlo por la cantidad de pesos necesarios y suficientes para adquirir el monto en dólares que corresponda a cada pago en la plazas de Montevideo, New York o Zurich...”

A mayor abundamiento, pues para resolver se aplicó la normativa del Código Civil derogado, la vocal preopinante, Dra. Iturbide, sostuvo que este criterio "no se ve modificado en modo alguno por lo dispuesto *por el artículo 765 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*, pues sin perjuicio de que *esa norma ha sido considerada pacíficamente por la doctrina y la jurisprudencia como supletoria de la voluntad de las partes*, lo cierto es que no se encontraba en vigencia al momento de celebrarse el boleto de

compraventa, ni cuando se otorgó la posesión, ni tampoco cuando tuvo lugar la mora de los compradores que provocó la caducidad de todos los plazos acordados." (la cursiva es nuestra)

Cabe destacar que en el caso no se invocó ni analizó si se trataba de un contrato de consumo, aunque, por la naturaleza del negocio pensamos que sí, por la profesionalidad que se presume de la denominación de la actora (Construcciones Turísticas S.A) y de la adquisición del inmueble como destinatario final por parte de la demandada. Sin embargo, reiteramos, el tema no fue tratado por la Alzada y la cuestión de que el art. 765 ha sido considerado "pacíficamente por la doctrina y la jurisprudencia como supletoria de la voluntad de las partes" se mencionó por la preopinante a mayor abundamiento.

Estos casos ejemplifican otro problema interpretativo relacionado con la "irrenunciabilidad de derechos". Si bien los arts. 37 inc. b) de la LDC y 988 inc b) del CCC²⁰⁹ establecen como principio general que la renuncia de derechos se tendrá como no convenida, esto puede ser dejado de lado si se afianza cierta interpretación doctrinaria²¹⁰ o jurisprudencial.

8.7. 1.2.5. El art. 765 CCC y los contratos bancarios

Como ya vimos, la regla sentada por el art. 765 CCC cede, en materia de contratos bancarios, ante las precisiones de los arts. 1390, 1408 y 1409

En otras palabras, en estos los contratos de depósito, préstamo y descuento bancario, el deudor solo cumple entregando la misma especie de moneda: Si debe dólares, debe entregar dólares. Sin embargo, la situación se complejiza en el caso del consumidor – deudor bancario.

Al respecto, surge el siguiente interrogante, que trataremos a través de un ejemplo:

Supongamos un préstamo bancario sin garantía (lo que llamamos un préstamo personal) por tres mil dólares. Aplicando el art. 1390 CCC, parece claro que el mutuario deberá devolverlo en la moneda de la misma especie (dólares), pues este artículo constituye norma especial que modifica la norma general (art. 765 CCC).

Supongamos que se cumplen los requisitos de los arts. 1 y 2 de la ley 24.240 y 1092 y 1093 del CCC, por lo que dicho préstamo califica como contrato de consumo.

El CCC contiene disposiciones específicas para los "Contratos bancarios con consumidores y usuarios" (arts. 1384 a 1389).

Al respecto, el art. 1384 establece una suerte de reenvío o remisión al régimen general consumerista, al disponer que "Las disposiciones relativas a los contratos de

²⁰⁹ Aplicable al contrato de consumo por remisión del art. 1117 CCC.

²¹⁰ A manera de ejemplo, si se impone con carácter general la opinión mayoritaria de las Conclusiones de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, transcritas ut supra, que concluyó en que "contratos por adhesión a cláusulas generales predispuestas y en los contratos de consumo la renuncia al derecho al pago en moneda nacional no es necesariamente una cláusula abusiva"

consumo son aplicables a los contratos bancarios de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1093.”

Y entre las “disposiciones relativas a los contratos de consumo” tenemos, entre otros, a los arts. 1094 y 1095:

“ARTICULO 1094.- Interpretación y prelación normativa. Las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor y el de acceso al consumo sustentable.

En caso de *duda sobre la interpretación de este Código* o las leyes especiales, *prevalece la más favorable al consumidor.*” (la cursiva es nuestra)

“ARTICULO 1095.- Interpretación del contrato de consumo. El contrato *se interpreta en el sentido más favorable para el consumidor*. Cuando existen dudas sobre los alcances de su obligación, *se adopta la que sea menos gravosa.*” (la cursiva es nuestra)

Ante este panorama normativo: ¿Se aplica el art. 1390 o el 765 CCC?

El más favorable para el consumidor-deudor puede ser el 765, que permite cumplir entregando moneda nacional.

Obviamente, una parte de la doctrina y de la jurisprudencia contestará: “La regla del art. 1094 se aplica *en caso de duda* y aquí no hay ninguna duda que se aplica el 1390, por ser norma especial.”

Otra parte de la doctrina y de la jurisprudencia replicará: “La duda surge, precisamente, porque esta norma especial (art. 1390) debe armonizarse con otra norma especial (art. 1094)” Es decir, ambas son normas especiales. El art. 1390 es norma especial frente al art. 765 que contiene una disposición general en materia de obligaciones de dar moneda extranjera. El art. 1094, por su parte, es una norma esencial que contiene reglas sobre prelación normativa específicas para los contratos de consumo, frente al art. 963 que contiene disposiciones sobre prelación normativa para los contratos en general.

Todavía es muy prematuro para determinar por cual postura se decantará la jurisprudencia mayoritaria.

Nuevamente, estos casos ejemplifican un problema interpretativo que solo puede ser resuelto en base a un juicio de valor, en el que deciden cual norma disciplina en forma satisfactoria la cuestión.

8.8. Tope de tasas de interés en la ley 25.065, de tarjetas de crédito (LTC)

La LTC fija límites para los intereses compensatorios y punitivos que el emisor de la tarjeta pueda aplicar a su titular:

“ARTICULO 16. — Interés compensatorio o financiero. El límite de los intereses compensatorios o financieros que el emisor aplique al titular *no podrá superar en más del veinticinco por ciento (25%)* a la tasa que el emisor aplique a las operaciones de préstamos personales en moneda corriente para clientes.

En caso de *emisores no bancarios* el límite de los intereses compensatorios o financieros aplicados al titular *no podrá superar en más del veinticinco por ciento (25%) al promedio de tasas del sistema para operaciones de préstamos personales publicados del día uno al cinco (1 al 5)* de cada mes por el Banco Central de la República Argentina.

La entidad emisora deberá obligatoriamente exhibir al público en todos los locales la tasa de financiación aplicada al sistema de Tarjeta de Crédito.”

“ARTICULO 18. — Interés punitorio. El límite de los intereses punitorios que el emisor aplique al titular *no podrá superar en más del cincuenta por ciento (50%)* a la efectivamente aplicada por la institución financiera o bancaria emisora en concepto de interés compensatorio o financiero.

Independientemente de lo dispuesto por las leyes de fondo, *los intereses punitorios no serán capitalizables.*” (la cursiva es nuestra)

9. NORMAS DE RESOLUCIÓN DEL ENDEUDAMIENTO INJUSTIFICADO DEL CONSUMIDOR

(Lesión, imprevisión, cláusulas abusivas, prácticas abusivas, situación jurídica abusiva)

9.1. Nulidad por existencia de vicio de lesión

9.1.1. El vicio de lesión, desde el Código de Vélez hasta el CCC

En la parte final de su nota al artículo 943 del Código Civil, Vélez Sarsfield expresa que "El consentimiento libre, prestado sin dolo, error ni violencia y con las solemnidades requeridas por las leyes, debe hacer irrevocables los contratos".²¹¹

Efectúa así el Codificador la defensa más vehemente a la teoría de la autonomía de la voluntad como fuente de la obligatoriedad de los contratos: Dos personas que negocian todas las cláusulas del convenio y manifiestan su voluntad con discernimiento intención y libertad, deben quedar obligadas por este acuerdo como a la ley misma, idea que encontraba su manifestación positiva en el artículo 1197 del Código Civil.

En materia contractual, el “modelo de contratación clásico”, imagina a dos partes, *en igualdad de condiciones sociales culturales y económicas*, sentadas frente a frente y negociando una a una las cláusulas que formarán el acuerdo al que después se obligarán como a la ley misma.

La mirada del legislador decimonónico estaba puesta predominantemente en el aspecto subjetivo del contrato: Si la voluntad manifestada por las partes no estaba viciada, el contrato era irrevisable judicialmente.

²¹¹ ROSSI, Jorge Oscar, “Contratos, paso a paso”, Ediciones D&D, año 2008, p.117 y sgtes.

Sin embargo, la realidad de un mundo en rápido cambio, con una economía basada en la producción y comercialización en masa de bienes y servicios, la publicidad inductiva, la contratación "al paso" y por correspondencia, entre otras técnicas modernas, dio por tierra con el molde "artesanal" con el que se hacían los contratos y que tuvo en mente Vélez Sarsfield. Si en la época de entrada en vigencia del Código Civil este "*modelo de negociación perfecta*", con partes con igualdad de discernimiento intención y libertad, ya era una ficción que no se correspondía demasiado con la realidad, hoy día se encuentra tan alejado de esta, que más que una ficción útil y necesaria, la de la autonomía de la voluntad termina siendo una ficción peligrosa, solo conveniente a determinados intereses sectoriales que salen gananciosos con el mantenimiento de la misma.

Siguiendo con nuestro tema, es particularmente interesante tener en cuenta que la nota del artículo 943, antes citada, cuya última parte transcribimos, está dedicada a explicar, por parte de Vélez Sarsfield, cuáles fueron sus razones para no incorporar al texto legal la llamada "Lesión enorme o enormísima", pese a que, como él mismo lo recuerda, "En casi todos los códigos y escritos de derecho, se ve asentado que la lesión enorme o enormísima vicia los actos jurídicos".

La lesión enorme o enormísima, que tiene su origen en el Derecho Romano, implica una inequivalencia o apreciable desproporción entre las prestaciones a cargo de las partes del contrato. Como la nota del artículo 943 ejemplifica, para algunas legislaciones de la época, como el Código de Prusia, hay lesión cuando el precio de la venta exceda al doble del valor de lo vendido. En ese caso, la parte "lesionada" puede pedir la resolución del contrato.

Vélez Sarsfield, como se adelantó, rechaza este instituto principalmente por dos razones: Por un lado, porque cada uno de los textos legales y doctrinarios por el consultado, si bien acepta la lesión, la regula de manera distinta; por el otro, porque si el consentimiento no está viciado, el contrato debe ser irrevisable judicialmente.

Muchos años más tarde, la reforma de la ley 17.711 incorpora el instituto de la lesión (en una variante subjetivo-objetiva) a nuestro Código Civil, a través de la modificación del artículo 954.

9.1.2. El Código Civil y el CCC

A continuación, vamos a comparar la regulación de este instituto en el Código Civil y en el CCC:

Art. 954 del Código Civil: "Podrán anularse los actos viciados de error, dolo, violencia, intimidación o simulación. También podrá demandarse la nulidad o la modificación de los actos jurídicos cuando una de las partes explotando la necesidad, ligereza o inexperiencia de la otra, obtuviera por medio de ellos una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación. Se presume, salvo prueba en contrario, que existe tal explotación en caso de notable desproporción de las prestaciones. Los cálculos deberán hacerse según valores al tiempo del acto y la desproporción deberá subsistir en el momento de la demanda. Sólo el lesionado o sus herederos podrán ejercer la acción cuya prescripción se operará a los cinco años de otorgado el acto. El accionante tiene opción para demandar la nulidad o un reajuste equitativo del convenio, pero la primera de estas acciones se transformará en acción de reajuste si éste fuere ofrecido por el demandado al contestar la demanda."

Art. 332 del CCC: Lesión. Puede demandarse la nulidad o la modificación de los actos jurídicos cuando una de las partes explotando la necesidad, debilidad síquica o inexperiencia de la otra, obtuviera por medio de ellos una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación.

Se presume, excepto prueba en contrario, que existe tal explotación en caso de notable desproporción de las prestaciones.

Los cálculos deben hacerse según valores al tiempo del acto y la desproporción debe subsistir en el momento de la demanda.

El afectado tiene opción para demandar la nulidad o un reajuste equitativo del convenio, pero la primera de estas acciones se debe transformar en acción de reajuste si éste es ofrecido por el demandado al contestar la demanda.

Sólo el lesionado o sus herederos pueden ejercer la acción.

En los Fundamentos del Anteproyecto²¹² solo se expresa que “Referido a la normativa de la lesión, se mantiene el texto del artículo 954 del Código Civil con algunas modificaciones que incorporan la interpretación doctrinal y jurisprudencial”.

Sin perjuicio de que el tratamiento es similar en ambos textos, pueden observarse las siguientes diferencias:

1) En cuanto al método, se le dedica un artículo exclusivo, en el LIBRO PRIMERO - PARTE GENERAL, Título IV (Hechos y actos jurídicos), Capítulo 6, **títulado** “Vicios de los actos jurídicos”. Allí, la SECCIÓN 1ª lleva el título de “Lesión”.

2) Se le da expresamente a este vicio el nombre de “lesión”.

3) El art. 954 habla de “*necesidad, ligereza o inexperiencia*”. La expresión “ligereza” despertó críticas en la doctrina desde la propia reforma dispuesta por la ley 17.711 y ahora fue sustituida por la de “debilidad síquica” en el CCC.

Así como el art. 954 del Código Civil no define a la “ligereza”, el 332 del CCC tampoco lo hace respecto de la debilidad síquica, por lo que tal vez se esté cambiando una expresión confusa por otra. De todas maneras, “ligereza” podía ser interpretado como “irreflexividad” o “imprudencia”, es decir, actuar impulsivamente, una conducta que puede llegar a realizar una persona psíquicamente normal. En cambio, al referirse a “debilidad psíquica”, indudablemente la norma se remite al caso de que alguien se aproveche de un menoscabo, una limitación en las facultades cognoscitivas y/o emocionales de la contraparte, menoscabo que puede ser transitorio o permanente. Cabe destacar que esta es la interpretación que la doctrina mayoritaria le da desde hace tiempo la palabra “ligereza”. Por ejemplo, Mosset Iturraspe²¹³ considera que la ligereza “...debe vincularse con la situación patológica de debilidad mental”.

²¹² Página 49. Disponible en Internet en <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf> Consultado: 07/08/16

²¹³ MOSSET ITURRASPE, Jorge, Contratos, Editorial Ediar, año 1984, p.156

4) No se menciona el plazo de prescripción, dejando el tema para la parte pertinente, es decir, la que trata integralmente ese tema, evitando así que aparezcan plazos de prescripción dispersos por todo el articulado del nuevo Código.

Así, los arts. 2562 inc. a) y 2563 inc. e) del CCC fijan un plazo de dos años de prescripción, el que empezará a contarse, “desde la fecha en que la obligación a cargo del lesionado debía ser cumplida”.

El plazo de prescripción parece reducirse, pues en el Código derogado es de cinco años, pero debe tenerse en cuenta que el art. 954 dispone que el plazo corre desde que fue “otorgado el acto”. En cambio, como vimos, en el CCC, el plazo se cuenta, “desde la fecha en que la obligación a cargo del lesionado debía ser cumplida”.

9.1.3. Conclusión parcial

La regulación del vicio de lesión, para resolver un endeudamiento excesivo por causas originarias, tropieza con los siguientes problemas interpretativos:

1) Vaguedad²¹⁴ en los conceptos “necesidad”, “ligereza” o “inexperiencia”. Esta indeterminación semántica en cierta medida es resuelta por una presunción iuris tantum: “Se presume, excepto prueba en contrario, que existe tal explotación en caso de notable desproporción de las prestaciones.”

2) Sin embargo, la solución es solo aparente, pues aquí nos encontramos con la vaguedad del concepto “notable desproporción de las prestaciones”.

Alchourron y Bulygin²¹⁵ denominan lagunas de reconocimiento a estos problemas referidos “a los casos individuales en los cuales, por falta de determinación semántica de los conceptos que caracterizan a un caso genérico, no se sabe si el caso individual pertenece o no al caso genérico en cuestión.”

9.2. Resolución o modificación por excesiva onerosidad sobreviniente

Recordemos, en primer lugar, que la excesiva onerosidad sobreviniente no estaba contemplada en la versión original del Código Civil, sino que fue incorporada por la reforma de la ley 17.711, al modificarse el artículo 1198. Es que, como decíamos más arriba, el principio capital en la materia era que *“El consentimiento libre, prestado sin dolo, error ni violencia y con las solemnidades requeridas por las leyes, debe hacer irrevocables los contratos”*, (parte final de la nota al artículo 943)

La reforma de la ley 17.711 incorporó la posibilidad de extinguir y/o modificar el contrato por excesiva onerosidad sobreviniente a nuestro Código Civil, a través de la modificación del artículo 1198. De esta manera, se adopta en plenitud el antiguo principio

²¹⁴ ALCHOURRÓN, Carlos, BULYGIN, Eugenio, *Sistemas Normativos*. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas, Editorial Astrea, 2º edición revisada, primera reimpresión, año 2012. p. 48.

²¹⁵ Ídem, p 50.

“*pacta sunt servanda rebus sic stantibus*” (los pactos deben cumplirse, mientras las cosas sigan así, es decir, deben cumplirse los contratos mientras las circunstancias existentes al momento de la celebración no cambien).

9.2.1. El Código derogado y el CCC

A continuación, vamos a comparar la regulación de este instituto en el Código derogado y en el CCC:

“Art. 1.198 del Código Civil: “Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión.

En los contratos bilaterales conmutativos y en los unilaterales onerosos y conmutativos de ejecución diferida o continuada, si la prestación a cargo de una de las partes se tornara excesivamente onerosa, por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada podrá demandar la resolución del contrato. El mismo principio se aplicará a los contratos aleatorios cuando la excesiva onerosidad se produzca por causas extrañas al riesgo propio del contrato.

En los contratos de ejecución continuada la resolución no alcanzará a los efectos ya cumplidos.

No procederá la resolución, si el perjudicado hubiese obrado con culpa o estuviese en mora.

La otra parte podrá impedir la resolución ofreciendo mejorar equitativamente los efectos del contrato.”

“Art. 1091 del CCC: **Imprevisión.** Si en un contrato conmutativo de ejecución diferida o permanente, la prestación a cargo de una de las partes se torna excesivamente onerosa, por una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, sobrevinida por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido por la que es afectada, ésta tiene derecho a plantear extrajudicialmente, o pedir ante un juez, por acción o como excepción, la resolución total o parcial del contrato, o su adecuación. Igual regla se aplica al tercero a quien le han sido conferidos derechos, o asignadas obligaciones, resultantes del contrato; y al contrato aleatorio si la prestación se torna excesivamente onerosa por causas extrañas a su alea propia.”

En los fundamentos del Anteproyecto²¹⁶, solo se expresa que “En relación a la extinción, modificación y adecuación del contrato se siguen las pautas del Proyecto de 1998, con algunas adaptaciones.”

Sin perjuicio de que el tratamiento es similar en el Código Civil y en el CCC, pueden observarse las siguientes diferencias:

1) En cuanto al método, se ubica el artículo, adecuadamente, dentro del LIBRO TERCERO - DERECHOS PERSONALES, en el Título II (Contratos en general), en un capítulo específico (CAPÍTULO 13), titulado "Extinción, modificación y adecuación del contrato".

²¹⁶ Página 129. Disponible en Internet en <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf> Consultado: 07/08/16

2) Se le da expresamente a este instituto el nombre de “imprevisión”.

3) Mientras que el artículo 1198 expresa que el supuesto fáctico se configura cuando “*la prestación a cargo de una de las partes se tornara excesivamente onerosa, por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles*”, el art. 1091 del CCC declara que este tendrá lugar cuando “*la prestación a cargo de una de las partes se torna excesivamente onerosa, por una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, sobrevinida por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido por la que es afectada*”. (la cursiva es nuestra)

En realidad, pensamos que simplemente se mejora la redacción al resaltarse, como ya lo venía haciendo la doctrina y jurisprudencia que

a) Debe tratarse de una “*alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración*”, es decir, un cambio imprevisible en las condiciones tenidas en cuenta al momento de contratar.

b) que sea producida por causas ajenas a las partes.

c) También debe ser ajeno al riesgo asumido por la parte que es afectada. Al respecto, entendemos que este concepto se encuentra en consonancia con lo dispuesto en el CCC en relación al caso fortuito, en cuanto eximente de responsabilidad.

En efecto, el art. 1733 del CCC, referido a la Responsabilidad por caso fortuito, dispone que

“Aunque ocurra el caso fortuito o la imposibilidad de cumplimiento, el deudor es responsable en los siguientes casos:... ..e) si el caso fortuito y, en su caso, la imposibilidad de cumplimiento que de él resulta, constituyen una *contingencia propia del riesgo de la cosa o la actividad; ...*” (la cursiva es nuestra)

Si bien la redacción no es la mejor, aquí se recalca que para que algo sea considerado caso fortuito, debe ser un suceso ajeno al riesgo propio de la cosa o la actividad. Lo mismo ocurre con la excesiva onerosidad sobreviniente.

4) Queda claro, despejándose dudas que planteaba la anterior redacción, que este remedio puede ejercerse extrajudicialmente, o por la vía judicial y, en este último caso, tanto como acción o como excepción y que, en cualquier caso, puede solicitarse la extinción del contrato o de alguna de sus partes o *solamente* la modificación (adecuación) del mismo, a las actuales circunstancias.

5) Con detalles de redacción, en ambos textos el instituto está previsto para contratos conmutativos y aleatorios, siempre que contengan obligaciones de ejecución diferida (vgr.: a plazo) o cuya ejecución no sea instantánea (vgr.: obligaciones “de duración”)

6) Expresamente se legitima a un tercero para invocar este instituto, *cuando* “le han sido conferidos derechos, o asignadas obligaciones, resultantes del contrato”.

9.2.2. Conclusión parcial

En la resolución o modificación por excesiva onerosidad sobreviniente existe un problema de aplicación, dada la vaguedad de los conceptos “prestación excesivamente onerosa” y “alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de la celebración del contrato”.

9.3. Nulidad total o parcial por cláusulas abusivas

En el CCC, observamos la siguiente definición de cláusula abusiva en los contratos de consumo:

“ARTÍCULO 1119.- Regla general. Sin perjuicio de lo dispuesto en las leyes especiales, es abusiva la cláusula que, habiendo sido o no negociada individualmente, tiene por objeto o por efecto *provocar un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor.*” (la cursiva es nuestra)

Nos detenemos en dos cuestiones que aparecen en esta definición:

1) Una cláusula puede ser abusiva aunque el contrato no sea por adhesión (“habiendo sido o no negociada individualmente”), porque lo que hace o no abusiva a dicha cláusula no es la modalidad de contratación sino,

2) Que dicha cláusula provoque un desequilibrio significativo entre los derechos y las *obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor.*

Por nuestra parte, podríamos agregar que, sin perjuicio de la subsistencia del contrato, técnicamente es abusiva por su contenido o por su forma toda cláusula que determine injustificados desequilibrios entre los derechos y obligaciones de los contratantes en perjuicio de los consumidores, así como toda aquella que viole la obligación de actuar de buena fe, lo que dependerá muchas veces de las circunstancias del caso.

En el CCC encontramos un tratamiento relativo a las cláusulas abusivas tanto para los contratos por adhesión como para los de consumo.

En este último caso, también veremos un tratamiento específico para las situaciones jurídicas abusivas y las prácticas abusivas.

A continuación, analizaremos el tratamiento de las cláusulas abusivas en los contratos de consumo:

Por remisión del art. 1117 CCC, es aplicable a los contratos de consumo, se celebren por adhesión o no, el art. 988, referido a los contratos celebrados por adhesión:

“ARTICULO 988.- **Cláusulas abusivas.** En los contratos previstos en esta sección, se deben tener por no escritas:

a) las cláusulas que desnaturalizan las obligaciones del predisponente;

b) las que importan renuncia o restricción a los derechos del adherente, o amplían derechos del predisponente que resultan de normas supletorias;

c) las que por su contenido, redacción o presentación, no son razonablemente previsibles.”

Destacamos que este artículo es similar (aunque no idénticos) al art. 37 de la LDC.

En especial, como diferencia, en el inc. c del art. 988 se invalidan las cláusulas “que por su contenido, redacción o presentación, no son razonablemente previsibles.”

9.3.1. Un inciso polémico

“ARTICULO 1121.- Límites. No pueden ser declaradas abusivas:

a) las cláusulas relativas a la relación entre el precio y el bien o el servicio procurado;...”

En los Fundamentos del Anteproyecto²¹⁷ solo se expresa que “(s)e establece que no pueden ser declaradas abusivas las cláusulas relativas a la relación entre el precio y el bien o el servicio procurado y las que reflejen disposiciones vigentes en tratados internacionales o en normas legales imperativas, lo cual es coherente con normas de derecho comparado”.

El “Fundamento” es prácticamente lo mismo que dice el artículo, con el mero agregado de que esta regulación “es coherente con normas de derecho comparado”.

Si bien los Fundamentos no aclaran el punto, el pensamiento de algunos de los redactores del Anteproyecto tal vez se reflejó el 23 de septiembre de 2014, cuando la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó sentencia en autos "Municipalidad de Berazategui c. Cablevisión S.A. s/ Amparo" (causa M.1145.XILX).

El Máximo Tribunal revocó la resolución de la Sala II de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, en una demanda promovida por el Intendente Municipal de Berazategui, que había hecho lugar a una medida cautelar innovativa y ordenado refacturar el servicio prestado a los usuarios del partido de Berazategui con sujeción a las resoluciones 50/2010 y 36/2011 de la Secretaría de Comercio Interior y percibir un abono de \$ 109 o \$ 116 según los meses de que se trate, obligándola asimismo a abstenerse de interrumpir o modificar el servicio hasta tanto se resuelva la cuestión suscitada.

Entre otras cuestiones, la Corte Suprema advirtió que el tema había sido tratado anteriormente en otros autos y por otro juez.

En el considerando 6° del voto que lleva, entre otras, la firma del Dr. Lorenzetti, se expresa que en el Derecho Comparado “se verifica *una marcada tendencia de los diversos ordenamientos relativos a la defensa de los derechos del consumidor, en el sentido de excluir que el precio de un bien o servicio pueda ser, por sí mismo, considerado como abusivo* por la autoridad judicial (vid. Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de

²¹⁷ Página 136. Disponible en Internet en <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf> Consultado: 07/08/16

1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, arto 4.2, y Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores). Ello así, *con el evidente fin de evitar precisamente que, de admitir lo contrario, se generen de modo indirecto los efectos distorsivos del mercado que se mencionaron anteriormente.*” (la cursiva es nuestra)

En cuanto a los “efectos distorsivos”, suponemos se refieren a que existirían diferencias de precios entre los consumidores beneficiados por la resolución judicial y los que no fueron beneficiados, por hallarse, por ejemplo, en otra jurisdicción (argumento que surge de la lectura del mencionado considerando 6°).

Más allá de esta posible explicación, no comprendemos la razón por la cual no pueda declararse abusiva una cláusula que evidencie una desproporción entre el precio y el bien o el servicio procurado. Justamente, una cláusula como esta sería susceptible de “provocar un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones” (conf. art. 1119 del CCC)

Con todo, ante un caso de notable desproporción entre el precio y el bien, siempre se podrá invocar el *vicio de lesión* (conf. art. 332 del CCC), si la desproporción existe desde la celebración del contrato, o la *excesiva onerosidad por causas ajenas y extraordinarias*, (conf. art. 1091 del CCC) si la desproporción es sobreviniente.

De todas maneras, el posible conflicto interpretativo está presente.

9.3.2. Las cláusulas abusivas en la LDC

La LDC no tiene una definición de cláusula abusiva, si bien el tema está regulado específicamente en los arts. 37, 38 y 39.

El artículo 37 de la LDC dice en su primera parte que “Sin perjuicio de la validez del contrato, se tendrán por no convenidas:

- a) las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños;
- b) las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte;
- c) las cláusulas que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor.”

Los incisos a y b establecen dos principios generales en el tema:

* “Las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones...”,

* “Las cláusulas que importen renunciaciones o restricciones de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte”

Veamos ambos supuestos:

9.3.2. 1. Cláusulas que desnaturalicen las obligaciones

Sin perjuicio de la vaguedad del término “desnaturalizar”, a los fines interpretativos, postulamos que son aquellas donde *la redacción de una cláusula desvirtúa lo que expresa o implícitamente constituía la prestación o una de las prestaciones a cargo de una de las partes.*

Este concepto de cláusulas que desnaturalicen las obligaciones está muy relacionado con el de “causa fin” del contrato, entendiendo este último como *las motivaciones o expectativas que tuvieron las partes al momento de celebrar el contrato.*

Como acotación, al intentar esta definición de causa fin nos enrolamos en la llamada corriente neocausalista, que considera a la causa fin como la finalidad o razón de ser del negocio jurídico, la que incluye las expectativas que en la hipótesis concreta hayan impulsado a las partes a concluir el acto²¹⁸.

Esta noción de causa fin es muy importante en Derecho del Consumidor por la importancia que tiene la publicidad previa. No debemos olvidar que la publicidad tiene como uno de sus objetivos el generar expectativas en el consumidor - receptor.

9.3.2. 2. Cláusulas que importen renunciaciones o restricciones de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte

Ut supra vimos el tema de la irrenunciabilidad de derechos y las dificultades que presenta este régimen a la hora de su aplicación por parte de la jurisprudencia, tanto durante la vigencia del Código Civil derogado como en la actualidad.

Sintéticamente y ciñéndonos a nuestro tema, el principio de limitación de la autonomía de la voluntad por razones de orden público (arts. 65, 37, LDC, 988, por remisión del 1117 CCC, entre otros) trae como resultado que *todos los derechos del consumidor – deudor son irrenunciables*, sin importar si ese derecho está mencionado expresamente en un artículo de la LDC, en el CCC Civil o en una ley especial.

9.3.3. Nulidad de las “cláusulas imprevisibles”

Como ya se dijo, los arts. 37 de la LDC y 988 del CCC son similares pero no iguales. En este último aparece un supuesto de cláusula abusiva que no figura en la LDC:

“ARTICULO 988.- Cláusulas abusivas. En los contratos previstos en esta sección, se deben tener por no escritas:...

...c) las que por su contenido, redacción o presentación, no son razonablemente previsibles.”

Muchas veces, en los contratos por adhesión aparecen cláusulas “inesperadas”, es decir, disposiciones que no podían preverse por el título de la cláusula o el tipo de contrato. Por, ejemplo, un párrafo donde el adherente o consumidor (recordemos que este art. 988 se aplica a ambos) aparece prestando conformidad a la contratación de un seguro a favor de la

²¹⁸ MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Contratos*, Ediar, 1984, pág. 211 y sgtes y su cita de Videla Escalada en pág. 214

otra parte en medio de una cláusula titulada “Notificaciones” dentro de un contrato de mutuo.

Otro ejemplo se observa en el caso de autos "Sanatorio Otamendi Y Miroli S.A. C/ B. De F., B. S/ Ordinario"²¹⁹.

Allí se analiza la validez de una cláusula preimpresa, redactada “en letra chica” al pie de una “orden de internación” en terapia intensiva, firmada por una afiliada de una empresa prepaga, que dice: "Dejamos constancia que los datos volcados en la presente son exactos y que una vez aceptada la presente solicitud, *asumimos la responsabilidad por todos los gastos y honorarios ocasionados durante la internación y tratamiento, obligándonos solidariamente a abonar las facturas* al momento de su presentación" (la cursiva es nuestra)

9.3.4. Cláusulas abusivas en las operaciones financieras para consumo y de crédito para el consumo.

9.3.4.1. Introducción

El capítulo VIII de la LDC ostenta el título “DE LAS OPERACIONES DE VENTA DE CREDITO”.

El mismo está integrado por un solo artículo, el 36, que se refiere a todos aquellos proveedores que realicen operaciones financieras para consumo u otorguen créditos para el consumo.

La terminología no es nada clara, pero con las expresiones “operaciones financieras para consumo” y “créditos para el consumo” se busca abarcar tanto la hipótesis de que quien financie sea el propio proveedor de un bien o servicio, o un tercero.

Así, el artículo es aplicable a mutuos²²⁰ (bancarios o no) destinados a financiar la adquisición de “bienes o servicios” (para usar la terminología del art 1º LDC) como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Aquí, el que financia es un tercero, no quien ofrece el bien o servicio.

Siguiendo con el art. 36 LDC, el mismo también se aplicaría a una compraventa de consumo a crédito, donde quien financia es el propio vendedor.²²¹

²¹⁹ "Sanatorio Otamendi Y Miroli S.A. C/ B. De F., B. S/ Ordinario", (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala D, 28/11/08)

²²⁰ El caso del mutuo es meramente ejemplificativo. También podría ser el caso de un leasing financiero (ver art. 1231 incs. a, b y c del CCC), es decir, aquella operación mediante el cual el usuario que requiere de un determinado bien o equipo, solicita a una entidad financiera o empresa especializada en “Leasing” que lo adquiera y se lo entregue en uso y goce, con opción de compra, contra el pago del valor residual. Aprovechamos para destacar que en el CCC el mutuo tiene una doble regulación: El mutuo “común”, en los arts. 1525 a 1532, mientras que el mutuo o préstamo bancario está alcanzado por los artículos 1378 a 1383, 1384 a 1389 si se trata de un contrato de consumo y, además, una disposición específica, el art. 1408.

²²¹ También sería el caso del "leasing operativo", donde el fabricante del bien o quien tiene la facultad de comercializarlo se lo entrega al consumidor para que éste lo utilice por un periodo de tiempo, contra el pago de una cuota periódica de dinero, teniendo la opción de adquirir el bien a un precio residual. (ver art. 1231 incs. d y f.CCC)

En su actual texto, el art. 36 dispone que en la documentación que consigne dichas operaciones, deban figurar las siguientes precisiones:

“a. La descripción del bien o servicio objeto de la compra o contratación, para los casos de adquisición de bienes o servicios.

b. El precio al contado, sólo para los casos de operaciones de crédito para adquisición de bienes o servicios.

c. El importe a desembolsar inicialmente –de existir- y el monto financiado.

d. La tasa de interés efectiva anual.

e. El total de los intereses a pagar o el costo financiero total.

f. El sistema de amortización del capital y cancelación de los intereses.

g. La cantidad, periodicidad y monto de los pagos a realizar.

h. Los gastos extras, seguros o adicionales, si los hubiere.”

Si el proveedor omite incluir alguno de estos datos en el documento que corresponda, *“el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato o de una o más cláusulas. Cuando el juez declare la nulidad parcial simultáneamente integrará el contrato, si ello fuera necesario²²².”* (la cursiva es nuestra)

Además, el mismo art. 36 establece que

“En las operaciones financieras para consumo y en las de crédito para consumo deberá consignarse la tasa de interés efectiva anual. Su omisión determinará que la obligación del tomador de abonar intereses sea ajustada a la tasa pasiva anual promedio del mercado difundida por el Banco Central de la República Argentina vigente a la fecha de celebración del contrato.” (la cursiva es nuestra)

La tasa de interés efectiva anual debe diferenciarse de la tasa nominativa anual. Como la palabra lo indica, la tasa efectiva es la que “efectivamente” paga el tomador del préstamo.

La tasa efectiva es la que tiene en cuenta “la forma en que se van a capitalizar los intereses”.

Por otra parte, con la reforma efectuada por la ley 26.993, el artículo en cuestión declara que

“Será competente para entender en el conocimiento de los litigios relativos a contratos regulados por el presente artículo, *en los casos en que las acciones sean iniciadas por el consumidor o usuario*, a elección de éste, el juez del lugar del consumo o uso, el del lugar de celebración del contrato, el del domicilio del consumidor o usuario, el del domicilio del demandado, o el de la citada en garantía. *En los casos en que las*

²²² Este artículo adopta igual solución, para el caso de nulidad parcial, que el art. 37 LDC.

acciones sean iniciadas por el proveedor o prestador, será competente el tribunal correspondiente al domicilio real del consumidor, siendo nulo cualquier pacto en contrario.” (la cursiva es nuestra)

9.3.4.2. El art. 36 y sus conflictos interpretativos con las normas del CCC relativas a los contratos bancarios

En el CCC, los contratos bancarios están regulados entre los arts. 1378 y 1420. El legislador optó por establecer un conjunto de reglas o principios aplicables a todos los contratos bancarios (arts. 1378 a 1383), seguido por disposiciones específicas para los "Contratos bancarios con consumidores y usuarios" (arts. 1384 a 1389) y, a continuación, legisló sobre una serie de contratos bancarios en particular (arts. 1390 a 1420).

Respecto de las reglas o principios aplicables a todos los contratos bancarios, establecidas en los arts. 1378 a 1383, en los Fundamentos del Anteproyecto²²³, se expresa que es "propósito del Código Civil establecer normas que permitan orientar las prácticas negociales de una manera que disminuya la litigiosidad y es por eso que se incluye una Sección 1ª relativa a la transparencia en las condiciones contractuales. Se dispone que:

- La publicidad, la propuesta y la documentación contractual deben indicar con precisión y en forma destacada si la operación corresponde a la cartera de consumo o a la cartera comercial.
- Los bancos deben informar en sus anuncios en forma clara la tasa de interés, gastos, comisiones y demás condiciones económicas de las operaciones y servicios ofrecidos.
- El contrato debe especificar la tasa de interés y cualquier precio, gasto, comisión y otras condiciones económicas a cargo del cliente.
- Las cláusulas de remisión a los usos para la determinación de las tasas de interés y de otros precios y condiciones contractuales se tienen por no escritas.
- El banco debe comunicar en forma clara, escrita o por medios electrónicos previamente aceptados por el cliente, al menos una vez al año, el desenvolvimiento de las operaciones correspondientes a contratos de plazo indeterminado o de plazo mayor a un año.
- El cliente tiene derecho, en cualquier momento, a rescindir un contrato por tiempo indeterminado sin penalidad ni gastos, excepto los devengados antes del ejercicio de este derecho.”

Si se comparan los Fundamentos con el texto de los arts. 1378 a 1383 se observará que dichos “Fundamentos” no agregan prácticamente ninguna explicación al texto de los artículos mencionados.

²²³ Páginas 154 y 155. Disponible en Internet en <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf> Consultado: 07/08/16

Por nuestra parte, destacamos lo siguiente:

1) A diferencia de los derogados Códigos Civil (vgr. art. 2185, inc. 4°) y de Comercio (vgr. art. 579), que declaran una preeminencia de la legislación específica, el CCC, en su art. 1378, establece que sus disposiciones se aplican a los contratos celebrados “*con las entidades comprendidas en la normativa sobre entidades financieras*”, sin establecer ningún carácter subsidiario.

2) No solo eso, sino que, además de aplicarse a los contratos celebrados “*con las entidades comprendidas en la normativa sobre entidades financieras*”, el mencionado art. 1378 también extiende su aplicación a los contratos celebrados con las personas y entidades públicas y privadas no comprendidas expresamente en la normativa sobre entidades financieras cuando el Banco Central de la República Argentina disponga que dicha normativa les es aplicable. Por ejemplo, conforme a las disposiciones sobre “PROTECCIÓN DE LOS USUARIOS DE SERVICIOS FINANCIEROS”, punto 1.1.2:

* Casas, agencias y oficinas de cambio, excepto por las operaciones permitidas de conformidad con el art. 3ro. del Decreto N° 62/71.

* Fiduciarios de fideicomisos acreedores de créditos cedidos por entidades financieras.

* Empresas no financieras emisoras de tarjetas de crédito y/o compra, excepto por las operaciones no comprendidas en la Ley de Tarjetas de Crédito.

3) El artículo 1381 CCC presenta una incompatibilidad con el 36 LDC. En efecto, el 1381 prevé que “...El contrato debe especificar la tasa de interés y cualquier precio, gasto, comisión y otras condiciones económicas a cargo del cliente. Si no determina la tasa de interés, *es aplicable la nominal mínima y máxima, respectivamente, para las operaciones activas y pasivas promedio del sistema, publicadas por el Banco Central de la República Argentina a la fecha del desembolso o de la imposición...*” (la cursiva es nuestra)

Es decir, si en un préstamo bancario no figura la tasa de interés, sería aplicable la tasa activa nominal mínima.

En cambio, el art. 36 LDC prescribe que “deberá consignarse la tasa de interés efectiva anual. Su omisión determinará que la obligación del tomador de abonar intereses sea ajustada a la *tasa pasiva anual promedio del mercado difundida por el Banco Central de la República Argentina* vigente a la fecha de celebración del contrato.” (la cursiva es nuestra)

Es decir, para un mismo caso (prestamos), el CCC nos habla de tasa activa nominal mínima y la LDC de tasa pasiva *promedio del mercado* (que generalmente es inferior a la activa, incluso a la activa nominal mínima)

Al respecto, entendemos que, en cada caso, deberá prevalecer la solución más favorable para el consumidor (conf. Art. 3 LDC y 1094 CCC). Además, el citado art. 1381 no es específico de los “Contratos bancarios con consumidores y usuarios” (regulados en los arts. 1384 a 1389), sino que se ubica en la “parte general” de los contratos bancarios.

Por ello, las disposiciones propias del régimen consumerista (tanto la LDC como los artículos del CCC que regulan el tema) prevalecen sobre las generales.

4) Un problema similar se presenta al confrontar los artículos 1389 del CCC (este si ubicado en el párrafo referido a los “Contratos bancarios con consumidores y usuarios”) y el 36 LDC. En efecto, mientras el 1389 CCC prescribe que

“Son nulos los contratos de crédito que no contienen información relativa al tipo y partes del contrato, el importe total del financiamiento, el costo financiero total y las condiciones de desembolso y reembolso.”

El art. 36 LDC, en cambio, adopta un criterio más flexible, al establecer que

“...Cuando el proveedor omitiera incluir alguno de estos datos en el documento que corresponda, el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato o de una o más cláusulas. Cuando el juez declare la nulidad parcial simultáneamente integrará el contrato, si ello fuera necesario.”

Entendemos que la solución de la LDC resulta más favorable para el consumidor (conf. art. 1094 CCC), al permitirle solicitar la nulidad de todo el contrato o de algunas de sus cláusulas.

9.3.5. Normativa del Banco Central de la República Argentina, referida a cláusulas y prácticas abusivas

Comunicación “A” 5460, del Banco Central de la República Argentina, titulada “Protección de los usuarios de servicios financieros”²²⁴

Conforme el punto 1.1.2., son sujetos obligados al cumplimiento de la normativa de Protección de los usuarios de servicios financieros:

* Entidades financieras.

* Casas, agencias y oficinas de cambio, excepto por las operaciones permitidas de conformidad con el art. 3ro. del Decreto N° 62/71.

* Fiduciarios de fideicomisos acreedores de créditos cedidos por entidades financieras.

*Empresas no financieras emisoras de tarjetas de crédito y/o compra, excepto por las operaciones no comprendidas en la Ley de Tarjetas de Crédito.

²²⁴ Fue emitida el 19 de julio y publicada en el Boletín Oficial el 9 de agosto de 2013. Sufrió varias modificaciones hasta la actualidad. Disponible en <http://www.bcra.gov.ar/pdfs/texord/t-pusf.pdf> Consultado: 09/08/16.

* Terceros que desarrollen tareas relativas a servicios ofrecidos por los sujetos mencionados en los ítems anteriores o en su nombre, en cuyo caso ambos serán responsables por el cumplimiento de las presentes normas.

Por otro lado, se consideran Usuarios de servicios financieros, “las personas físicas y jurídicas que en beneficio propio o de su grupo familiar o social y en carácter de destinatarios finales hacen uso de los servicios ofrecidos por los sujetos obligados que se enuncian en el punto 1.1.2., como a quienes de cualquier otra manera están expuestos a una relación de consumo con tales sujetos.

Forman también parte de esta categoría los deudores de créditos cedidos por las entidades financieras comprendidas en la Ley de Entidades Financieras, independientemente de que hayan o no sido notificados fehacientemente de la transferencia de su obligación, así como los deudores de créditos adquiridos por entidades financieras por cesión.” (conf. punto 1.1.1.)

En varios temas, la normativa no hace más que repetir disposiciones de la LDC y del CCC y, a lo sumo, tratar la cuestión con más detalle. Por ejemplo:

“2.3.8. Cláusulas abusivas.

En los contratos celebrados entre el usuario de servicios financieros y los sujetos obligados, *se tendrán por no escritas* las cláusulas que:

2.3.8.1. Desnaturalicen las obligaciones del sujeto obligado.

2.3.8.2. Importen una renuncia o restricción a los derechos del usuario de servicios financieros, o amplíen derechos del sujeto obligado.

2.3.8.3. *Por su contenido, redacción o presentación no sea razonable esperar que se las incluya por no guardar conexión con la naturaleza del contrato.*

2.3.8.4. Impongan obstáculos onerosos para el ejercicio efectivo de los derechos del usuario de servicios financieros.

2.3.8.5. Coloquen al usuario de servicios financieros en una situación desventajosa o desigual con el sujeto obligado.

2.3.8.6. *Transfieran la responsabilidad del sujeto obligado a terceros.*

2.3.8.7. Establezcan la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del usuario de servicios financieros.

2.3.8.8. Permitan al sujeto obligado, directa o indirectamente, *alterar el importe de las tasas, comisiones y/o cargos de manera unilateral*, apartándose del mecanismo previsto en toda la normativa aplicable, para modificación de cláusulas contractuales.

2.3.9. Irrenunciabilidad.

Los derechos y/o facultades reconocidos al usuario por estas normas no pueden en ningún caso ser dispensados ni renunciados.” (la cursiva es nuestra)

9.3.5. 1. En otros casos, las disposiciones de la Comunicación “A” 5460 se complementan con la Resolución 9/2004 de la Secretaría de Coordinación Técnica, del Ministerio de Economía y Producción.

Por ejemplo, el inciso d) del Anexo III de la Resolución 9/2004 establece que

“En los contratos de consumo que tengan por objeto la prestación de servicios financieros y/o bancarios, serán consideradas abusivas las cláusulas que:...

... d) Cuando por la naturaleza del servicio se encuentre prevista, accesoriamente, la contratación de un seguro y el proveedor no ofrezca al consumidor la posibilidad de elegir entre distintas compañías aseguradoras.”

Por su parte, la COMUNICACIÓN “A” 5460 estipula que

2.3.11. Seguros como contratación accesoria a un servicio financiero.

Cuando por la naturaleza de los servicios financieros ofrecidos se encuentre prevista

la contratación accesoria de un seguro, *los sujetos obligados deberán ofrecer a los usuarios de servicios financieros por lo menos tres compañías aseguradoras no vinculadas entre sí entre las que deberán poder optar, y conservar constancia del ejercicio de ese derecho por parte de dichos usuarios.*

El cargo que el sujeto obligado aplique al usuario no podrá ser superior al que la compañía de seguros elegida perciba por operaciones con particulares y sin la intervención del sujeto obligado, concertadas en el lugar de contratación o de domicilio del usuario.

En ningún caso *los sujetos obligados podrán registrar retribuciones ni utilidades por los seguros que sus usuarios contraten con carácter accesorio a un servicio financiero -independientemente de que se trate de una solicitud del usuario o de una condición establecida por el sujeto obligado para acceder al servicio financiero-, por lo cual esos conceptos no podrán integrar los cargos que se les transfieran ni percibirse directa o indirectamente de la compañía de seguros.*” (la cursiva es nuestra)

9.3.5. 2. Entre otros puntos de interés de COMUNICACIÓN “A” 5460 a la hora de proteger al consumidor – deudor pueden señalarse los siguientes:

1) Requisitos mínimos de los contratos financieros (punto 2.3.1.1.)

* “Los contratos deben ser de clara redacción y con tamaño de tipografía mínimo de 1,8 milímetros de altura.”

* “Las cláusulas del contrato deben ser comprensibles y autosuficientes, correspondiendo tener por no escritas las que remitan a textos o documentos que no se proporcionen al usuario de servicios financieros en forma simultánea al momento de la firma del contrato.”

* “Los contratos como mínimo deben contener:...

iv) Las comisiones y cargos así como los términos y condiciones y demás circunstancias conforme a las cuales hayan sido ofrecidos, publicitados y convenidos.

v) *Cláusula de revocación* en donde se indique que el usuario de servicios financieros *tiene derecho a revocar la aceptación del producto o servicio dentro del plazo de diez (10) días hábiles contados a partir de la fecha de recibido el contrato o de la disponibilidad efectiva del producto o servicio, lo que suceda último, notificando de manera fehaciente o por el mismo medio en que el servicio o producto fue contratado.*

Para el caso de la contratación a distancia, este plazo se contará a partir de la fecha en la cual el usuario reciba el contrato con la firma del sujeto obligado.

Se aclarará en esta misma cláusula que dicha revocación será sin costo ni responsabilidad alguna para el usuario de servicios financieros en la medida que no haya hecho uso del respectivo producto o servicio y que, en el caso de que lo haya utilizado, sólo se le cobrarán las comisiones y cargos previstos para la prestación, proporcionados al tiempo de utilización del servicio o producto.

La facultad de revocación debe ser informada al usuario en todo documento que le sea presentado con motivo de la oferta y/o contratación del producto o servicio.

Lo previsto en este punto no aplica a las operaciones de captación de fondos que realizan las entidades financieras en el marco de las normas sobre “Depósitos e inversiones a plazo”.

vi) El derecho del usuario de efectuar, *en cualquier momento del plazo del crédito, la precancelación total o precancelaciones parciales* con ajuste a lo previsto en el punto 2.3.2.1....

... viii) La leyenda: “Usted puede consultar el “Régimen de Transparencia” elaborado por el Banco Central de la República Argentina sobre la base de la información proporcionada por los sujetos obligados *a fin de comparar los costos, características y requisitos de los productos y servicios financieros*, ingresando a http://www.bcra.gob.ar/Informacion_usuario/iaureg010000.asp”.” (la cursiva es nuestra)

2) Prohibición de comisiones injustificadas

“Todas las comisiones, cargos, costos, gastos, seguros y/o cualquier otro concepto - *excluyendo la tasa de interés-* que los sujetos obligados perciban o pretendan percibir de los usuarios de servicios financieros (“comisiones y cargos”), *deben tener origen en un costo real, directo y demostrable y estar debidamente justificados desde el punto de vista técnico y económico.*” (conf. 2.3.2.1, la cursiva es nuestra)

“2.3.4. Cambios de condiciones pactadas.

A fin de modificar las condiciones pactadas debe darse la totalidad de las siguientes condiciones:

i) En el contrato deberán encontrarse taxativamente especificadas las condiciones que pueden ser objeto de modificación así como los parámetros o criterios objetivos para su concreción, ajustándose a lo señalado en el punto 2.3.2.

Los incrementos en las tasas de interés, comisiones y/o cargos, además, deben ser justificados desde el punto de vista técnico y económico, en el marco de lo dispuesto en el punto 2.3.2.1.” (la cursiva es nuestra)

Por tanto, la modificación de dichas comisiones cargos, costos, gastos, seguros y/o cualquier otro concepto que los sujetos obligados perciban o pretendan percibir de los usuarios de servicios financieros deben estar debidamente justificados desde el punto de

vista técnico y económico. (conf. 2.3.4), con el agregado que se debe seguir este mismo parámetro también *para los incrementos* en las tasas de interés. Es decir, la tasa pactada originariamente surge del “libre juego de la oferta y demanda”, *pero los aumentos deben estar justificados en mayores costos.*

9.3.6. Las cláusulas abusivas en la LTC

La LTC no contiene una definición de cláusula abusiva, sin perjuicio que el tema se encuentra tratado en el art. 14:

“ARTICULO 14. — Nulidad de cláusulas. Serán nulas las siguientes cláusulas:

- a) Las que importen la renuncia por parte del titular a cualquiera de los derechos que otorga la presente ley.
- b) Las que faculden al emisor a modificar unilateralmente las condiciones del contrato.
- c) Las que impongan un monto fijo por atrasos en el pago del resumen.
- d) Las que impongan costos por informar la no validez de la tarjeta, sea por pérdida, sustracción, caducidad o rescisión contractual.
- e) Las adicionales no autorizadas por la autoridad de aplicación.
- f) Las que autoricen al emisor la rescisión unilateral incausada.
- g) Las que impongan compulsivamente al titular un representante.
- h) Las que permitan la habilitación directa de la vía ejecutiva por cobro de deudas que tengan origen en el sistema de tarjetas de crédito.
- i) Las que importen proroga a la jurisdicción establecida en esta ley.
- j) Las adhesiones tácitas a sistemas anexos al sistema de Tarjeta de Crédito.”

9.4. Las prácticas abusivas en los contratos de consumo

9.4.1. El tema en el CCC

En el CCC, “Prácticas abusivas” es el título de la Sección 1º, del CAPITULO 2, del TITULO III, consagrado a los contratos de consumo.

Al respecto, el CCC propone un tratamiento que guarda muchas similitudes con el art. 8 bis de la ley 24.240, en especial en la redacción de los arts. 1097 y 1098.

De momento, nos detenemos en un artículo:

ARTICULO 1096.- Ambito de aplicación. Las normas de esta Sección y de la Sección 2a del presente Capítulo son aplicables a todas las personas expuestas a las prácticas comerciales, determinables o no, sean consumidores o sujetos equiparados conforme a lo dispuesto en el artículo 1092.

De la lectura del art. 1096 y sgtes, surge que las disposiciones del CCC, referidas a los derechos de trato digno, trato equitativo y no discriminatorio, libertad de contratar, información e incorporación al futuro contrato de las precisiones efectuadas a través de la publicidad, son aplicables a todas las personas expuestas a las *prácticas comerciales, determinables o no.*

Es decir, que no se busca proteger solamente al consumidor que ya realizó un contrato o recibió una oferta sino también a los consumidores potenciales o indeterminados, lo que, entre otras cosas, es útil para entender la extensión del concepto “relación de consumo” y diferenciarlo del concepto de “contrato de consumo”.

Si nos fijamos en el art. 42 de la Constitución Nacional, veremos que el texto del art. 1096 CCC es similar, aunque no igual, al listado de derechos de jerarquía constitucional que los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen en la relación de consumo: “... a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno” (art. 42 CN).

Es de lamentar que, así como hay un artículo consagrado al derecho a la información (1100), otro al trato digno (1097) y otro al trato equitativo (1098), todos con jerarquía constitucional, en cambio no figure en este capítulo del CCC un artículo referido a la *protección de la salud, seguridad e intereses económicos de los consumidores*.

9.4. 2. Las prácticas abusivas y el deber de trato digno en la LDC

En la LDC, el tema está tratado en el art. 8bis.

“ARTICULO 8° bis: Trato digno. Prácticas abusivas. Los proveedores deberán garantizar condiciones de atención y trato digno y equitativo a los consumidores y usuarios. Deberán abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias. No podrán ejercer sobre los consumidores extranjeros diferenciación alguna sobre precios, calidades técnicas o comerciales o cualquier otro aspecto relevante sobre los bienes y servicios que comercialice. Cualquier excepción a lo señalado deberá ser autorizada por la autoridad de aplicación en razones de interés general debidamente fundadas.

En los reclamos extrajudiciales de deudas, deberán abstenerse de utilizar cualquier medio que le otorgue la apariencia de reclamo judicial.

Tales conductas, además de las sanciones previstas en la presente ley, podrán ser pasibles de la multa civil establecida en el artículo 52 bis de la presente norma, sin perjuicio de otros resarcimientos que correspondieren al consumidor, siendo ambas penalidades extensivas solidariamente a quien actuare en nombre del proveedor.”

Resaltamos algunas expresiones:

1) “*deberán garantizar condiciones de atención y trato digno y equitativo*”: No se trata solo de tratar educada o respetuosamente al consumidor, sino de no hacerle perder tiempo innecesariamente, porque el desprecio del tiempo del otro implica rebajarlo en su dignidad. En cuanto al “trato equitativo”, abarca supuesto como, por ejemplo, que los proveedores deben aplicar los mismos intereses que cobran en concepto de punitivos a los que deben pagar, cuando tienen que devolver sumas cobradas de más.

2) “*Deberán abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias*”: La gama de supuestos comprendidos en esta prescripción es amplia y abarca desde publicidades que ridiculicen a los consumidores, “revisiones” de la persona o de los efectos del consumidor por parte de

personal de seguridad con público presente o que impliquen situaciones humillantes y procedimientos de intimación de cobro de deudas que impliquen exponer al consumidor ante terceros, como los llamados telefónicos a vecinos del deudor para que le avisen a este que tiene una deuda, las correspondencia al lugar de trabajo del deudor con igual fin, la colocación de “avisos de deuda” pegados en la puerta de la casa del deudor, etc.

3) “*En los reclamos extrajudiciales de deudas, deberán abstenerse de utilizar cualquier medio que le otorgue la apariencia de reclamo judicial.*”: Por ejemplo, enviar correspondencia que parezca una cedula judicial, o mencionar carátulas de expedientes judiciales o juicios inexistentes y/o la traba de medidas cautelares que no se realizaron, prácticas que lamentablemente son cada vez más comunes en nuestro país.

La sanción para los que realicen estas conductas consistirá en la aplicación de los daños punitivos previstos en el art. 52 bis, además de los daños y perjuicios. Lo interesante es que serán responsables no solo los proveedores que incurran en estas infracciones, sino quien actuare en su nombre (vgr. “agencias de cobranzas” y/o abogados, etc.).

9.5. Nulidad total o parcial por situación jurídica abusiva.

9.5.1. Principio de buena fe, abuso del derecho y situación jurídica abusiva en el CCC

Comencemos con el análisis de dos artículos que se encuentran en el Título Preliminar del CCC:

ARTÍCULO 9º.- “Principio de buena fe. Los derechos deben ser ejercidos de buena fe.”

Art. 10 “Abuso del derecho. El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto.

La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización.”

En los Fundamentos del Anteproyecto²²⁵ se destaca que

“*Las cláusulas generales relativas a la buena fe, el abuso, el fraude, y otras, tuvieron un proceso histórico de generalización creciente.* Primero fueron utilizados en obligaciones, contratos y derechos reales específicos, luego se extendió su aplicación a las obligaciones, los contratos, los derechos reales, de familia y de sucesiones en general, y finalmente fueron adoptados como principios generales en todo el derecho privado.

²²⁵ Páginas 17 y 18. Disponible en Internet en <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf> Consultado: 07/08/16

Esta calificación como principios generales, que ha sido ampliamente receptada en la jurisprudencia, no se condice con la ubicación metodológica en el Código Civil, que sigue siendo específica y sectorial.

Por esta razón se propone su inclusión en el Título Preliminar.

De esta manera, se suministran pautas generales para el ejercicio de los derechos, fundamentales para orientar en todo el Código.”

Sin perjuicio de que el tratamiento es similar en ambos textos, en los Fundamentos del Anteproyecto²²⁶ se señalan las siguientes diferencias:

“ a) *Definición como principio general*: se lo incluye como un principio general del ejercicio de los derechos en el Título Preliminar; esta metodología cambia la tonalidad valorativa de todo el sistema, sin perjuicio de las adaptaciones en cada caso en particular.

b) *Abuso de derecho, de situaciones y de posición dominante en el mercado*: el abuso en el ejercicio del derecho tiene una extensa tradición en nuestro país tanto en la jurisprudencia como en la doctrina. Esta elaboración se basa en el ejercicio de un derecho por parte de su titular, pero no comprende otros dos supuestos que han merecido consideración doctrinal:

b.1) *Las “situaciones jurídicas abusivas”*: en este supuesto, el abuso *es el resultado del ejercicio de una pluralidad de derechos que, considerados aisladamente, podrían no ser calificados como tales*. Se crean entonces situaciones jurídicas abusivas, cuya descripción y efectos han sido desarrollados por la doctrina argentina.

b.2) *El abuso de posición dominante en el mercado*: para dar coherencia al sistema, se incluye este supuesto, que es diferente del ejercicio abusivo y de la situación jurídica, razón por la cual se lo menciona en texto separado.

c) *Fines del ordenamiento*: se evita la referencia a los fines “pretéritos” con la expresión que se “tuvo en mira al reconocer (el derecho)”, pues el texto de una norma no puede quedar indefinidamente vinculado a su sentido “histórico”. En su reemplazo, se emplea la noción de “fines del ordenamiento” que evita la contextualización histórica, posibilitando la interpretación evolutiva para juzgar si se ha hecho un uso irregular o abusivo.

Esta decisión tiene una gran importancia por dos razones: a) los fines actuales del ordenamiento incluyen no sólo los sociales, sino también los ambientales, dándose así cabida a la denominada función ambiental de los derechos subjetivos; y b) es coherente con las reglas de interpretación que se proponen en este Título Preliminar.” (la cursiva es nuestra)

9.5.2. Definición de situación jurídica abusiva en los contratos de consumo:

El artículo que sigue debe leerse teniendo en mente el 1119 del CCC pues, en realidad, su texto es una continuación de dicho artículo:

²²⁶ Página 19. Disponible en Internet en <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf> Consultado: 07/08/16

“ARTÍCULO 1120.- Situación jurídica abusiva . Se considera que existe una situación jurídica abusiva *cuando el mismo resultado se alcanza a través de la predisposición de una pluralidad de actos jurídicos conexos.*” (la cursiva es nuestra)

Es decir, el resultado “desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor”, se puede lograr mediante una cláusula abusiva o una situación abusiva.²²⁷

Además y en la misma línea del art. 3º, el 37 establece que “La interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa.”

La segunda parte del artículo dispone que “En caso en que el oferente viole el deber de buena fe en la etapa previa a la conclusión del contrato o en su celebración o transgreda el deber de información o la legislación de defensa de la competencia o de lealtad comercial, el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato o la de una o más cláusulas”.

Finalmente, la norma concluye diciendo que “Cuando el juez declare la nulidad parcial, simultáneamente integrará el contrato, si ello fuera necesario”.

9.5.3. La posible situación jurídica abusiva derivada de las operaciones “atadas” o vinculadas

Al respecto, el artículo 36 LDC dispone que

“La eficacia del contrato en el que se prevea que un tercero otorgue un crédito de financiación quedará condicionada a la efectiva obtención del mismo. En caso de no otorgamiento del crédito, la operación se resolverá sin costo alguno para el consumidor, debiendo en su caso restituirsele las sumas que con carácter de entrega de contado, anticipo y gastos éste hubiere efectuado.”

Este artículo debe interpretarse en conjunto con el 8º LDC, para darle su correcto campo de aplicación.

Por ejemplo, si del boleto de compraventa de un inmueble en régimen de prehorizontalidad surge que la escrituración está condicionada al otorgamiento a favor del comprador-consumidor de un mutuo con garantía hipotecaria por parte de un determinado banco, el no otorgamiento de dicho préstamo producirá la resolución del boleto sin costo alguno para el consumidor, debiendo en su caso restituirsele las sumas que con carácter de entrega de contado, anticipo y gastos éste hubiere efectuado.

Pero esta disposición también se aplica en el mencionado caso, si en la publicidad previa a la firma del boleto se formularon precisiones en el sentido de que la compraventa

²²⁷ Como ejemplo de “actos jurídicos conexos”, la situación jurídica abusiva puede darse cuando el “desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor”, se alcanza por la combinación de las disposiciones de un contrato de compraventa y un mutuo destinado a financiarla.

era financiada por una entidad bancaria, *aún cuando en el boleto de compraventa no surja expresamente que la escrituración está condicionada al otorgamiento a favor del comprador-consumidor de un mutuo con garantía hipotecaria por parte de un determinado banco.*²²⁸

9.5.4. Los títulos de crédito y la noción de situación jurídica abusiva en el CCC

A partir de la entrada en vigencia del CCC, cuando por medio de un título de crédito (vgr. un pagaré) se busca burlar, por ejemplo, la prohibición de prorrogar jurisdicción establecida en el art. 36 LDC, nos encontraríamos ante un supuesto de “situación jurídica abusiva”, en los términos del art. 1120 CCC.

Aprovechamos para destacar que el art. 1120 no exige conexidad “contractual”, sino que basta con conexidad de “actos jurídicos” (vgr. un mutuo y un pagaré, que guardan conexidad)

Recordemos que el “*desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor*”, se puede lograr mediante una cláusula abusiva o una situación abusiva.

Dicho con un ejemplo, la situación jurídica abusiva puede darse cuando el “desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor”, se alcanza por la combinación de las disposiciones de un mutuo y un pagaré.

Antes de la vigencia del CCC, la jurisprudencia, aplicando el art. 36 LDC, desarrolló un sistema tuitivo de los consumidores endeudados, cuyas deudas están documentadas en pagarés.

En la práctica, este es el título de crédito que más se usa para documentar un “préstamo personal” (es decir, sin garantía real). Dicho de otra manera, muchas

²²⁸ Sobre el tema, puede verse, ROSSI Jorge Oscar, "La ley de prehorizontalidad y su necesaria integración con el Estatuto del Consumidor", publicado en el diario "El Derecho" (ED tomo 216). El fallo que allí se analiza, ("CUEVA, Liliana Beatriz c/ LIBERTADOR 5665 S.A. s/ daños y perjuicios", del 14 de diciembre de 1999), el Dr. Molteni, vocal preopinante de la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sostuvo que "En principio, parece evidente admitir, que las partes preveían que el saldo de precio que la compradora debía abonar al tiempo de otorgarse la posesión y formalizarse la venta (u\$s 84.497), podía ser afrontado mediante la financiación bancaria que la propia empresa vendedora ofrecía. En este sentido resultan elocuentes **los avisos** donde se promocionara la venta de las unidades del edificio construido por la demandada, donde expresamente se consignaba que el saldo podía afrontarse "con la mejor financiación" o expresamente se indicaba la posibilidad de pagarlo en "180 cuotas con la mejor financiación", por lo que *el rol financiero que se le asignaba en tales propagandas al Banco Societe Generale, en realidad, no parece referido a la financiación del emprendimiento edilicio de la emplazada, sino concretamente a la posibilidad de que los compradores adhirieran a los planes de préstamos hipotecarios de ese banco, para de ese modo saldar el precio...*" (la cursiva nos pertenece)

Esta circunstancia es confirmada en autos al acompañarse una comunicación del citado banco donde se le ofrece a la actora "condiciones preferenciales de tasas y mínimos requisitos".

Estos elementos resultan determinantes para el vocal, quien entiende que "aunque las informaciones vertidas en los medios de comunicación o en las simples tratativas personales, estén desprovistas de función de propuesta de contrato, de todos modos, *en tanto sean determinantes de la celebración del negocio, comprometen la responsabilidad a brindar en los hechos aquello que ofrecen*, tal como lo han representado". (la cursiva nos pertenece)

operaciones financieras para consumo o de créditos para el consumo, en la terminología del art. 36 LDC se documentan con pagarés.

El pagaré es un título abstracto (art. 283 CCC y 1821, a contrario sensu) por lo que, la falta de expresión de causa o la falsa causa nunca puede oponerse al tercero, portador de buena fe.

Además, como título ejecutivo, también es abstracto por imperio de los arts. 523, inc. 5 ("Los títulos que traen aparejada ejecución son los siguientes:...La letra de cambio, factura de crédito, cobranza bancaria de factura de crédito, vale o pagaré, ...") y 544 inc.4 del CPCCN y sus similares 521 inc 5º y 542 inc 4º del CPCCPBA ("Las únicas excepciones admisibles en el juicio ejecutivo son:...4) Falsedad o inhabilidad de título con que se pide la ejecución. La primera podrá fundarse únicamente en la adulteración del documento; la segunda se limitará a las formas extrínsecas del título, sin que pueda discutirse la legitimidad de la causa...")

Por lo anterior, si en el pagaré no figura la causa de su libramiento (vgr. un mutuo o una venta a crédito para financiar una compraventa de consumo) ¿es aplicable el art. 36 LDC para impugnar alguna de sus disposiciones?

Al respecto, existe una profusa jurisprudencia, de la cual extraemos los siguientes casos, a manera de ejemplo.

9.5.4. 1. "Compañía Financiera Argentina S.A. V. Castruccio Juan, C."²²⁹ (Juicio ejecutivo e incompetencia de oficio por aplicación del art. 36 de la LDC.)

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial confirmó la declaración de incompetencia de oficio efectuada en primera instancia, en la ejecución de un pagaré suscripto en Misiones y con el domicilio del librador ubicado en la ciudad de Posadas. La ejecutante es una entidad financiera y el librador una persona física, por lo que, aplicándose el art. 36 de la ley 24.240 de Defensa del Consumidor -texto según ley 26.361-, se consideró que resulta competente el juez del domicilio real del consumidor. El Tribunal consideró que cabe presumir que el pagaré tuvo como base una de las "*operaciones financieras para consumo o de crédito para el consumo*" mencionadas en el citado art. 36 y que, en todo caso, incumbe a la ejecutante probar lo contrario, pues es "la actora, como entidad financiera profesional, predisponente de las condiciones y documentación de la contratación, quién está en mejor situación de aportar la prueba relativa a la afirmación de no tratarse la analizada de una operación de crédito para consumo, en el marco de una cuestión de competencia."

En la Alzada, el Tribunal integrado por los Dres. Sala, Bargalló y Caviglione Fraga compartió el criterio del juez de primera instancia.

Así, el Dr. Sala, consideró que "el art. 36 de la L.D.C. es aplicable, como ya se indicó, a las denominadas "Operaciones de venta de créditos" o financieras o de crédito para consumo.

²²⁹ "Compañía Financiera Argentina S.A. V. Castruccio Juan, C.", Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala E, 29/08/09.

Su aplicabilidad está supeditada a que se registre alguno de los supuestos de hecho previstos en los arts. 1, 2 y 3 de la Ley de Defensa del Consumidor; esto es, en la medida en que el crédito otorgado esté destinado al consumo final del tomador –o de su grupo familiar o social-. Y, por oposición, quedará excluida la aplicación de la norma en la medida en que el destino de la financiación se vuelque a un proceso de producción, transformación o comercialización de bienes o servicios.

Aquí se ejecuta un pagaré librado por una persona física a favor de una entidad financiera. En ese contexto y tal como lo destacó la señora Fiscal General, las circunstancias personales de las partes imponen presumir (CPCCN: 163, 5) que se trata de una operación de crédito para consumo. En efecto, la ejecutante es una empresa profesional de crédito encuadrable, por lo tanto, en la definición de "proveedor" del art. 2 de la L.D.C. Y, al propio tiempo, la ejecutada es una persona física con las características que el art. 1 de la L.D.C. requiere para estar en presencia de un "consumidor o usuario". Cabe presumir entonces que estamos ante una relación de consumo en los términos del art. 3 de la L.D.C.

Eventualmente, si existiera alguna duda sobre el encuadramiento del caso y la aplicación de los principios establecidos en la 24.240, se impone la interpretación a favor del consumidor (conf. art. 3 -segundo párrafo parte final- y 37 -segundo párrafo- de la L.D.C.); regla que no es sino reiteración del principio general contemplado en la legislación mercantil por el art. 218 inc. 7 del Código de Comercio, que impone interpretar las cláusulas contractuales ambiguas y dudosas siempre a favor del deudor.

Por lo demás, la ejecutante no aportó elemento alguno destinado a desvirtuar esa presunción. Destácase en ese sentido que, de conformidad con las "normas del proceso" contenidas en el art. 53 de la ley 24.240 -texto según ley 26.631-, está en cabeza de los proveedores la carga de aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, prestando colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio. De modo que, sin desatender las disposiciones sobre carga de la prueba que rigen en el marco de este tipo de juicios (CPCCN: 549 segundo párrafo), no puede soslayarse el deber de colaboración impuesto en la norma a los fines de la determinación de la competencia.

Es evidentemente la actora, como entidad financiera profesional, predisponente de las condiciones y documentación de la contratación, quién está en mejor situación de aportar la prueba relativa a la afirmación de no tratarse la analizada de una operación de crédito para consumo, en el marco de una cuestión de competencia.

En ese contexto, no puede la quejosa limitarse a esgrimir que el título no contiene indicación alguna que permita vincularlo a un contrato de consumo y a negar que se trate de un crédito de consumo, ni mucho menos puede pretender que la carga de esa prueba se ponga en cabeza del ejecutado. ”

Por otra parte, el magistrado señaló que si bien no procede la declaración de incompetencia de oficio fundada en razón del territorio (art. 4 tercer párrafo del CPCCN.), “...no cabe soslayar a los fines en debate que *la ley de Defensa del Consumidor es "ley especial" y "ley posterior" respecto de los Códigos de Procedimientos, además de ley de "orden público" (art. 65); por lo cual, como allí se otorga al consumidor un régimen especial derivado de su debilidad intrínseca en la relación con el empresario o productor de bienes o servicios, sus normas son de aplicación imperativa* y, como también ya se dijo,

deben tenerse *como modificatorias de la legislación sustancial y procesal, en todo aquello que esté regulado de forma incompatible.*

Ello implica que en todo lo atinente a conflictos vinculados con operatoria de financiaciones destinadas al consumo *las reglas generales de atribución de competencia establecidas en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación deben ceder frente a la normativa sustancial, en tanto no se ajusta a lo dispuesto por el art. 36 de la L.D.C.*" (la cursiva es nuestra)

Por lo expuesto, se resolvió desestimar el recurso de apelación y confirmar la decisión apelada.²³⁰

9.5.4. 2. "Cuevas, Eduardo Alberto Contra Salcedo, Alejandro Rene. Cobro Ejecutivo"²³¹.

La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires confirmó la declaración de incompetencia de oficio efectuada por un Juzgado de Paz de Escobar, en la ejecución de un pagaré librado a la orden de una empresa dedicada de modo profesional al préstamo de dinero para consumo y con el domicilio del librador ubicado en Villa de Mayo, Partido de Malvinas Argentinas. El Máximo Tribunal bonaerense consideró que cabe presumir que el pagaré tuvo como base una de las "operaciones financieras para consumo o de crédito para el consumo" mencionadas en el art. 36 de la ley de Defensa del Consumidor, que establece que es competente, siendo nulo cualquier pacto en contrario, el tribunal correspondiente al domicilio real del consumidor. Por eso, declaró competente a la justicia de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de General San Martín.

En el Máximo Tribunal Provincial, el primer ministro en votar fue el Dr. Hitters, quien destacó que en el caso se presenta "una problemática a la que el legislador nacional, al promover la protección a la parte débil del contrato financiero de consumo, *no ha dado una respuesta concreta.*

En efecto, *si bien es cierto que el nuevo art. 36 de la Ley de Defensa del Consumidor impide la prórroga de jurisdicción en perjuicio del usuario e impone que las controversias respectivas tramiten ante los tribunales más próximos a éste, no lo es menos que al impedir los títulos abstractos toda discusión fondal sobre la causa de la obligación (art. 542, C.P.C.C.), no es posible -por regla- indagar más allá del documento para verificar si la convención que dio lugar al pagaré es efectivamente una de aquellas protegidas por el indicado precepto tutelar.*

Con lo que una interpretación literal de dichas previsiones (es decir, el art. 36 de la ley 24.240, por un lado y, por el otro, el art. 542 del C.P.C.C.) ***llevaría a entender que el amparo del consumidor contra las prórrogas de competencia queda acotado a las***

²³⁰ En igual sentido: "GE Compañía Financiera S.A. v/ Pizarro Luis, I", de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala C, 09/06/09.

En sentido contrario: "Luna Cooperativa de Crédito Vivienda y Consumo Ltda. C/ Ortega, Oscar Roberto s/ Cobro ejecutivo", Sala Primera de la Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de San Isidro, 11/03/10.

²³¹ "Cuevas, Eduardo Alberto Contra Salcedo, Alejandro Rene. Cobro Ejecutivo", Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 01/09/10.

acciones promovidas sobre la base de convenciones "causales", en las que sea posible examinar sus antecedentes para inspeccionar si se trata de una operación financiera para consumo.” (la cursiva es nuestra)

Es importante tener en cuenta que la emisión de un pagaré o una letra de cambio no implica novación de la obligación “causal” anterior (arg. contrario sensu art. 61 y 103 del decreto-ley 5965/63. Es decir que, si de la relación que determinó la creación o la transmisión de la letra de cambio o del pagaré es un contrato de consumo, este subsiste, no obstante la creación o la transmisión de la letra o del pagaré.

Continuando con el voto del Dr. Hitters, este señaló que “(e)n el sub discussio el judicante de origen indudablemente traspasó los límites del art. 542 del ordenamiento ritual, al juzgar -más allá del instrumento aportado junto con la demanda ejecutiva- que el *accionante resulta cesionario de una empresa dedicada a operaciones financieras para consumo*, que frecuentemente tramita ante sus estrados el cobro de documentos de dicha índole.

Sin embargo, al hacerlo, exteriorizó razones justificadas para resolver de ese modo, *advirtiendo -con un criterio realista- la multiplicidad, por un lado, de procesos de idéntico tenor iniciados por la empresa Katefa S.A. (cedente), dedicada de modo profesional al préstamo de dinero para consumo, de conformidad con su objeto social; y, por el otro, la circunstancia de que los demandados en autos son personas físicas destinatarias final del crédito.*

Con lo que, concluyó que en autos se configura una típica relación de consumo por lo que el accionante, vale también señalarlo, pretende el cobro de una suma acorde con dicha calidad negocial (\$ 3.500).” (la cursiva es nuestra)

A su turno, otro de los ministros, el Dr. Pettigiani, agregó que “habría quedado configurado así *un claro supuesto de abuso de derecho, mediante la utilización del denominado fraude a la ley*, resultando justamente de las circunstancias consideradas por el sentenciante que la validación de lo actuado por el ejecutante al acudir al recurso de instrumentar originariamente la deuda derivada de dicha operación crediticia con un consumidor, en un título cambiario, para luego presentarlo a ejecución en un domicilio distinto del real de éste, so pretexto de hacerlo en el establecido al efecto por el ordenamiento jurídico y bajo la condición de no poder cuestionarse el origen o causa del crédito, atento los conocidos caracteres de necesidad, formalidad, literalidad, completitud, autonomía y abstracción del título, *habría importado contravenir palmariamente la finalidad específica de la tutela establecida por el orden público del consumo...*” (la cursiva es nuestra)²³²

9.5.4. 3. “Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial. Autoconvocatoria a Plenario S/ Competencia del Fuero Comercial en los supuestos de ejecución de títulos cambiarios en que se invoquen involucrados derechos de consumidores”²³³

²³² En igual sentido: "Cuevas, Eduardo Alberto C/ Gallardo, Alejandro Abel S/ Cobro Ejecutivo", Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial Zárate-Campana, 31/08/10. Esta Cámara resolvió, un día antes, en igual sentido que la Suprema Corte de la Provincia en el caso que vimos supra, donde intervenía el mismo actor.

²³³ “Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial. Autoconvocatoria a Plenario S/ Competencia del Fuero Comercial en los supuestos de ejecución de títulos cambiarios en que se invoquen involucrados derechos de consumidores”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, 29/06/11.

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en pleno, resolvió que “cabe inferir de la sola calidad de las partes que subyace una relación de consumo en los términos previstos en la ley N° 24.240 de Defensa del Consumidor, prescindiendo de la naturaleza cambiaria del título en ejecución”, y que “corresponde declarar de oficio la incompetencia territorial del tribunal con fundamento en lo dispuesto en el art. 36 de la Ley de Defensa del Consumidor”.

El plenario fue convocado con el objeto de resolver la siguiente cuestión:

“En las ejecuciones de títulos cambiarios dirigidas contra deudores residentes fuera de la jurisdicción del tribunal:

1. ¿Cabe inferir de la sola calidad de las partes que subyace una relación de consumo en los términos previstos en la ley N° 24.240 de Defensa del Consumidor, prescindiendo de la naturaleza cambiaria del título en ejecución?

2. En caso afirmativo: ¿Corresponde declarar de oficio la incompetencia territorial del tribunal con fundamento en lo dispuesto en el art. 36 de la Ley de Defensa del Consumidor?”

Nos parecen muy ilustrativos estos argumentos del voto de la mayoría:

* “...la necesidad de dejar de lado la “abstracción cambiaria” se justifica, además, para evitar un fraude a la ley.

Conocido es nuestro país y en el extranjero que en las operaciones financieras para el consumo o de crédito para el consumo, las entidades suelen incluir una cláusula que establece la obligación para el prestatario de librar, en el mismo momento de la formalización de un préstamo u operaciones crediticias semejantes, un pagaré a la vista, generalmente en blanco, y a la orden de la entidad bancaria prestamista, en garantía de la obligación contraída y como instrumento de ejecución a su vencimiento... Operaciones de este género responden a una estrategia que pretende lograr los siguientes objetivos: i) eliminar el control del deudor a la hora de liquidarse la deuda, de suerte que el banco puede completar el pagaré con la cantidad que juzgue pertinente, sin necesidad de rendir cuentas a nadie si hace una liquidación de modo distinto al pactado en el contrato y el saldo resultante es superior al que aparece en la cuenta abierta al deudor; ii) ahorrar explicaciones al deudor, pues la entidad financiera no tiene por qué notificarle el importe de la cantidad exigible; iii) romper el equilibrio del contrato e invertir la carga de la prueba en perjuicio del prestatario, límites que la Ley de Defensa del Consumidor impone a la autonomía del banco y que éste viola; y iv) dar al pagaré un uso que no es el previsto en la ley cambiaria, pero que reporta sustanciosos beneficios económicos para el banco.” (la cursiva es nuestra)

9.5.4. 4. "Crédito Para Todos S.A. C/ Estanga, Pablo Marcelo. Cobro Ejecutivo"²³⁴

La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires revocó la decisión de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de San Martín que, con fundamento en un plenario

²³⁴ "Crédito Para Todos S.A. C/ Estanga, Pablo Marcelo. Cobro Ejecutivo", Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, 03/09/14.

Departamental, había a su vez revocado el fallo de un juez de primera instancia que se declaró incompetente para entender en la ejecución de un pagaré.

El magistrado de primera instancia consideró que por las circunstancias del caso cabía presumir que se estaba ante una operación de crédito para el consumo en los términos del art.36 de la ley 24.240 y se declaró incompetente, por no ser el juez correspondiente al domicilio real del consumidor.

El Máximo Tribunal bonaerense recordó que en *la causa "Cuevas"* había resuelto que los jueces se encuentran autorizados a declarar de oficio la incompetencia territorial a partir de la constatación (mediante elementos serios y adecuadamente justificados) de la existencia de una relación de consumo de las previstas en el art. 36 de la ley 24.240.

Además, señaló que *"un plenario es obligatorio mientras la Suprema Corte no tenga decisión en contrario..."*

9.6. Abuso de posición dominante

Aparece regulado en el art. 11 del CCC:

"Abuso de posición dominante. Lo dispuesto en los artículos 9º y 10 se aplica cuando se abuse de una posición dominante en el mercado, sin perjuicio de las disposiciones específicas contempladas en leyes especiales."

El abuso de posición dominante puede darse de diversas maneras, sea por un ejercicio abusivo de los derechos que surgen de la posición dominante en el mercado, sea directamente por una actuación de mala fe.

Precisamente, en los Fundamentos del Anteproyecto²³⁵ se señala que *"El ejercicio abusivo incluye la posición dominante, pero debe aclararse que se trata de la posición en el mercado. El fundamento de este agregado es que el principio protectorio siempre presupone que alguien domina a otro, pero las reglas a través de las cuales se aplica dicho principio de política legislativa son diversas y cada una tiene su fundamento específico: buena fe, abuso del derecho, etc. Si se incluyera una norma que se refiera sólo a la posición dominante, perderían sentido todas las demás y las absorbería, con gran perjuicio general del sistema y de su adaptabilidad, ignorando la doctrina y jurisprudencia."*

Se trata de un específico ejercicio abusivo: abusar de la posición dominante (vgr. monopólica, oligopólica) que se tiene en un mercado determinado.

Un ejemplo aplicable sería el del caso de autos *"Asociación Mutual Club Social de Ascensión S/Acción de Amparo"*²³⁶.

En el mismo, el Tribunal confirmó la sentencia que hizo lugar a una acción de amparo, ordenando al Banco de la Provincia de Buenos Aires mantener abierta la cuenta corriente de una asociación mutual, cuenta que la entidad accionada había cerrado en forma unilateral. El Tribunal destacó que, si bien el Código de Comercio permite que la cuenta corriente bancaria puede cerrarse cuando lo exija el banco o el cliente, previo aviso

²³⁵ Página 20. Disponible en Internet en <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf> Consultado: 07/08/16

²³⁶ *"Asociación Mutual Club Social de Ascensión S/Acción de Amparo"* (Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal del Departamento Judicial de Junín, 19/02/15)

con diez días de anticipación, en el presente caso, el Banco de la Provincia de Buenos Aires es la única entidad bancaria radicada en la localidad donde tiene su sede la actora, lo que convierte al cierre unilateral de la cuenta en una decisión irrazonable y arbitraria.

10. NORMAS DE RESOLUCIÓN DEL SOBREENDEUDAMIENTO DEL CONSUMIDOR

(Pequeños concursos y acuerdo preventivo extrajudicial)

10.1 Introducción

El estado de sobreendeudamiento puede subsumirse en algunas normas concursales, dado que la ley 24.522 regula, en sus arts. 288 y 289, los llamados "pequeños concursos" y en los arts. 69 a 76 se ocupa del acuerdo preventivo extrajudicial, el que puede ser aplicado tanto al deudor que se encontrare en cesación de pagos como a aquel que se halle "en dificultades económicas o financieras de carácter general" (conf. art. 69).

Sin embargo, dicha subsunción es insatisfactoria, dado que el régimen de los pequeños concursos y el de los acuerdos preventivos extrajudiciales no resultan adecuados, debido al reducido activo²³⁷ y la debilidad negocial del deudor consumidor.

Sucede que en materia de estado de sobreendeudamiento del consumidor, un dato clave y diferenciador es la composición del pasivo y del activo del sujeto endeudado: El sobreendeudamiento del consumidor lo es por un endeudamiento activo o pasivo originado en relaciones de consumo, es decir, es un endeudamiento para adquirir bienes de uso (comestibles, ropa, calzado, electrodomésticos, automóviles o vivienda). No es un sobreendeudamiento ocasionado por adquisición de bienes de capital o de intercambio.

Es más, sacando el caso del endeudamiento originado para adquirir un inmueble con destino a vivienda, el resto de los bienes y servicios que adquiere el consumidor (comestibles, ropa, calzado, electrodomésticos, automóviles, etc.) sufre una paulatina y en ocasiones rápida desvalorización. Muchas veces, el único activo embargable del consumidor - deudor es un porcentaje de su salario.

Expresado de otra manera, en materia de endeudamiento, podemos pensar en la existencia de un endeudamiento "capitalizador", donde se contraen obligaciones para preservar o incrementar el patrimonio a valores constantes (comprar un inmueble, adquirir antigüedades, oro, maquinaria, etc.); y un endeudamiento "descapitalizador", donde se contraen obligaciones y se disminuye el patrimonio. Este último tipo de endeudamiento es aquel en el que ordinariamente incurren los consumidores y el más susceptible de terminar en sobreendeudamiento, pero el primero también puede producir ese efecto, como lo demuestran las frecuentes crisis por inducción a endeudamiento hipotecario irreflexivo.

Por ello, en palabras de Junvent Bas e Izquierdo²³⁸, "...el régimen de pequeño concurso nada aporta a la problemática planteada sobre la insolvencia de las personas

²³⁷ Cfr. MAFFÍA, Osvaldo J. "Procedimiento especial (sólo que sin procedimiento especial) para los pequeños concursos", ED, 165, 1226 (1996)

físicas y, por el contrario, se sigue recurriendo al actual esquema falimentario que, al no realizar distinción alguna ante el sujeto consumidor, se traduce en una solución "inconsistente".

Señala Anchaval²³⁹ que, "(l)a enorme mayoría de los concursos que a diario tramitan en los tribunales son pequeños concursos. Lo cual sin duda nos indica que la enorme mayoría de los concursos se encuentran tratados con un procedimiento inidóneo para llegar a un resultado satisfactorio."

10.2. Requisitos para la apertura del pequeño concurso:

Con la modificación efectuada por la ley 27.170, (B.O. 8/9/2015), el art. 288 de la ley 24522 quedó redactado de la siguiente manera:

“ARTICULO 288.- Concepto. A los efectos de esta ley se consideran pequeños concursos y quiebras aquellos en los cuales se presente, en forma indistinta cualquiera de estas circunstancias:

1. Que el pasivo denunciado no alcance el equivalente a trescientos (300) salarios mínimos vitales y móviles.

2. Que el proceso no presente más de veinte (20) acreedores quirografarios.

3. Que el deudor no posea más de veinte (20) trabajadores en relación de dependencia sin necesidad de declaración judicial.”

No hay ningún requisito relativo a la composición del pasivo (vgr. deudas originadas en relaciones de consumo), solo un monto máximo²⁴⁰. Tampoco existe ningún requisito relativo a la composición del activo.

La diferencia de régimen entre el pequeño concurso y el concurso “común”, es fundamentalmente, la ausencia de ciertos informes (los dictámenes previstos en el artículo 11, incisos 3 y 5), la innecesidad del comité de acreedores, la no aplicación del régimen de salvataje previsto en el art. 48 y la determinación de un tope a los honorarios del síndico, que serán del 1% de lo pagado a los acreedores. (conf. art. 289 ley 24522)

En todo lo demás, el pequeño concurso tramita igual que el concurso “común”. Por lo tanto, por empezar, es presupuesto objetivo para acogerse a este régimen la existencia del estado de cesación de pagos (art. 1 ley 24522). El consumidor - deudor deberá explicar las causas concretas de su situación patrimonial con expresión de la época en que se

²³⁸ JUNYENT BAS, Francisco A., IZQUIERDO, Silvina, "¿Decoctor ergo fraudator? La quiebra de los consumidores", Suplemento Concursos y Quiebras 2009 (octubre), 01/10/2009, 1 - LA LEY2009-F, 991. Cita Online: AR/DOC/3539/2009

²³⁹ ANCHAVAL, Hugo A., *Insolvencia del consumidor*. Editorial Astrea, año 2011, p 246.

²⁴⁰ En la actualidad (agosto de 2016) el salario mínimo vital y móvil es de \$ 6.810, según la Resolución 2/2016 del Consejo Nacional del Empleo, la Productividad y el Salario Mínimo, Vital y Móvil, lo que arroja un pasivo que no puede superar \$2.043.000. Al tipo de cambio vigente (\$15 por cada dólar, aproximadamente), se trata de U\$S 136.200

produjo la cesación de pagos y de los hechos por los cuales ésta se hubiera manifestado, (conf. art. 11 inc. 2) y el juez aceptará o rechazará la petición (art. 13).

En la práctica, estos pequeños concursos cuando son peticionados por consumidores sobreendeudados, tropiezan con los siguientes inconvenientes:

1) Terminan en una quiebra que se clausura por falta de activo (art. 232), lo que implica presunción de fraude, que debe ser comunicada por el juez del concurso a la justicia en lo penal, para la instrucción del sumario pertinente (art. 233), lo que puede constituir un obstáculo para el cese de la inhabilitación del fallido consumidor – persona física, dado que esta se prorroga o retoma su vigencia si el inhabilitado es sometido a proceso penal, supuesto en el cual dura hasta el dictado de sobreseimiento o absolución (arg. conf. art. 236)

En el caso de que el consumidor sea persona jurídica, la inhabilitación es definitiva, salvo que medie conversión en concurso preventivo, o conclusión de la quiebra por pago total o avenimiento (arg. conf. arts. 234 a 237)

2) Se rechaza el pedido de pequeño concurso por considerar que se trata de un abuso de derecho por parte del deudor que, a sabiendas de su carencia de activos, solo busca la declaración de quiebra para obtener una “limpieza” de pasivos, vía rehabilitación²⁴¹.

Al respecto, es muy ilustrativa la síntesis formulada por Francisco Junvent Bas²⁴² quien cita los fallos de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Rosario, en autos "Mac Guire, Daniel S/ pedido de quiebra"; del 27/8/2007, "Calvo Sabina Noemí s/ quiebra"; del 12/6/2008 y "Gerlo Rolando Antonio S/propia quiebra", del 7/9/2007 donde se rechazan "...los pedidos de quiebra «voluntarias» de «consumidores», atento a que implica un abuso del proceso y se hace gala de «la picardía criolla» bordeando figuras receptadas por nuestra legislación penal (art. 172 del CP.). En esta línea, afirma que el deudor no está haciendo un uso regular de su derecho de pedir la quiebra, en atención a que existe una asunción voluntaria de un pasivo desproporcionado con los ingresos, incremento notable de dicho pasivo en los últimos meses antes de la petición de falencia, y, en muchos casos, adquisición de bienes suntuosos y sin relación con el nivel de vida del sujeto con el propósito exclusivo de lograr posteriormente «limpiar el pasivo y reinsertarse económicamente». (la cursiva es nuestra)

En cambio, agrega el citado autor²⁴³, Horacio Garaguso, en una ponencia presentada en las Jornadas Nacionales de Instituto de Derecho Comercial, San Nicolás 2008, sostiene que "...la picardía no es un ilícito y no compete a los jueces denegar un derecho que la ley y la constitución acuerdan. Así, mientras no se reforme la ley de concursos vigente, la denegación de la quiebra voluntaria o forzosa del consumidor

²⁴¹ Anchaval, op. cit. pp 251 y 252 destaca las disímiles interpretaciones a que llevan los arts. 107 y 236 de la ley 24.522 "...pues mientras el art. 107 de la LCQ habla de "rehabilitación", el art. 236 habla de "inhabilitación", es decir, uno predica sobre los efectos patrimoniales y otro sobre los efectos personales.", agregando que "...como ha dicho Truffat, por el juego armónico de los arts. 104 y 231, parr. 1º, de la LCQ, si los acreedores nuevos no pueden actuar sobre los bienes "viejos", tampoco los acreedores "viejos" pueden atacar los bienes nuevos".

²⁴² JUNYENT BAS, Francisco, "El sobreendeudamiento del consumidor y las vías de saneamiento", MicroJuris.com, 6 de diciembre de 2012, Cita: MJ-DOC-6101-AR | MJD6101.

²⁴³ Ídem

constituye un abuso de poder de los magistrados. De tal modo, el derecho del deudor a la liberación, sea de una quiebra personal o corporativa, es de la esencia del derecho de las Bancarrotas y el legislativo puede reglamentarlo en la medida que no importe su abrogación".

Por otra parte, y en palabras de Junvent Bas²⁴⁴, "...a poco que se lean los efectos que apareja la inhabilitación, y que se derivan del art. 238, se advierte que el régimen está pensado solamente para comerciantes y administradores de sociedades comerciales, y no resulta congruente para quienes se endeudan «para vivir»."

10.3. Aplicación del acuerdo preventivo extrajudicial (APE) al consumidor sobreendeudado

Si bien el presupuesto objetivo para solicitar un APE es más laxo que en el caso de los concursos, (cesación de pagos o "dificultades económicas o financieras de carácter general", según el art. 69 de la ley 24522) este procedimiento extrajudicial presupone una negociación entre el deudor y sus acreedores que requiere de dos condiciones de las cuales generalmente carece el consumidor - deudor:

* Existencia de suficientes activos que hagan factible un acuerdo

* "Igualdad negocial", que permita al deudor discutir en cierto plano de igualdad técnica con sus acreedores. Téngase en cuenta que el deudor solo contará con la asistencia de su abogado, dado que en el APE no está prevista la actuación de un órgano administrativo o judicial que pueda brindarle asesoramiento ni, mucho menos, imponer quitas o esperas a los acreedores.

10. 4. Conclusiones parciales (de puntos 8.1. a 10.3.)

10.4.1. Respecto de la prevención del endeudamiento injustificado y del sobreendeudamiento del consumidor, la función preventiva incorporada en el CCC puede contribuir a evitar daños producidos por proveedores - acreedores de mala fe, que con su actuar doloso o culposo crean o inducen falsas expectativas a los consumidores – deudores, con la única finalidad de lograr una demanda irreflexiva de sus bienes y servicios. También puede contribuir, indirectamente, a que los consumidores – deudores sean conscientes de sus limitaciones y reales posibilidades a la hora de adquirir dichos bienes y servicios.

10.4.2. Respecto de la resolución del endeudamiento injustificado y del estado de sobreendeudamiento, la subsunción se problematiza cuando el caso individual no puede incluirse en una regla general concreta por:

a) Vaguedad: tal como ocurre con el vicio de lesión, la excesiva onerosidad sobreviniente, la definición de cláusula abusiva, situación jurídica abusiva.

b) Conflicto entre normas de igual jerarquía: tal como ocurre en el caso de la irrenunciabilidad, con los arts. 988 CCC y 37 LDC, entre otros, por un lado y números normas por el otro, entre las que se mencionó el art. 765 CCC y el 52 ley 24.441

²⁴⁴ Ibidem

c) Laguna axiológica: tal como ocurre con la insatisfactoria disciplina del estado de sobreendeudamiento del consumidor, dado que la ley 24522 no tiene una regulación que contemple las diferencias entre dicho estado y el presupuesto objetivo de los concursos. La asimetría en la relación de consumo, la buena fe del profesional que debe tener el proveedor, la buena fe del profano que debe tener el consumidor y la protección de la dignidad del consumidor en cuanto sujeto vulnerable, son propiedades relevantes²⁴⁵ para una solución satisfactoria que faltan en dicha norma.

10.4.3. La inexistencia de un plexo normativo que regule específicamente los casos de inducción al endeudamiento y sobreendeudamiento del consumidor dificulta la solución del conflicto entre el derecho a la propiedad del acreedor, protegido por el art. 17 de la Constitución Nacional y los derechos del consumidor, consagrados en el art. 42 de la Carta Magna, especialmente, el derecho a un trato digno.

10.4.4. Se postula que el tratamiento de este problema debe ser preventivo (deberes de información, asesoramiento, concesión responsable de crédito de consumo) y resolutivo y, en este último caso, debe contemplarse una fase conciliatoria adaptada a la asimetría de la relación de consumo; y una fase ejecutiva orientada a liquidar bienes prescindibles y rehabilitar al consumidor.

El objetivo de la etapa preventiva es preservar el patrimonio del deudor de buena fe, mientras que el objetivo de la etapa resolutiva es sanear el patrimonio del deudor de buena fe.

Tanto en la etapa preventiva como en la resolutiva se debe evaluar la buena o mala fe del proveedor y del consumidor, conforme a un standard diferenciado en razón de la asimetría de la relación de consumo.

11. PRINCIPIOS IUSFUNDAMENTALES EN TENSION

11.1. Delimitación del tema: Supuesto, “Proveedor –acreedor de mala fe / Consumidor – deudor de buena fe”

Al comienzo del presente Capítulo se advirtió sobre dos cuestiones que requerían un análisis más detenido

1) En el supuesto Proveedor –acreedor de mala fe / Consumidor – deudor de buena fe, ¿Cómo incide la mala fe del acreedor, respecto de la validez de la obligación?

2) En el supuesto Proveedor –acreedor de buena fe / Consumidor – deudor de buena fe ¿ Cómo incide la buena fe del acreedor, en caso de sobreendeudamiento del consumidor?

²⁴⁵ ALCHOURRÓN, Carlos, BULYGIN, Eugenio, *Sistemas Normativos*. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas, Editorial Astrea, 2º edición revisada, primera reimpresión, año 2012. pp. 14, 157 y 158

En relación al supuesto Proveedor –acreedor de mala fe / Consumidor – deudor de buena fe, la mala fe del primero incide en múltiples formas:

a) Se la tiene en cuenta en la violación del deber de prevención, en la violación del deber de información, en el vicio de lesión, en la nulidad total o parcial por cláusulas o situaciones abusivas, en el abuso de posición dominante y en la resolución por prácticas abusivas.

b) Lo anterior no significa que siempre deba acreditarse dicha mala fe, sino que el sistema normativo consagra presunciones legales para solucionar esa laguna de conocimiento²⁴⁶. Por ejemplo, la "notable desproporción de las prestaciones" en el caso de la lesión, el "desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes", en el caso de las cláusulas y situaciones abusivas o el simple incumplimiento del deber, en el caso del deber de información.

c) En el caso de la resolución del estado de sobreendeudamiento, la mala fe del proveedor no es satisfactoriamente contemplada, dado que la ley 24522 no tiene una regulación que contemple las diferencias entre dicho estado y el presupuesto objetivo de los concursos.

La asimetría en la relación de consumo, la buena fe del profesional que debe tener el proveedor, la buena fe del profano que debe tener el consumidor y la protección de la dignidad del consumidor son propiedades relevantes para una solución satisfactoria que faltan en dicha norma.

En este sentido, como se señaló en el punto 4.2.1.6., el Proyecto Negre de Alonso - Rodríguez Saá es el único que se ocupa de una eventual mala fe de los acreedores, dado que en su art. 5° establece que "(e)n todos los casos, el síndico deberá pronunciarse acerca del grado de responsabilidad en que, directa o indirectamente, los acreedores incurrieron para que el deudor se halle en la situación económico financiero que origino la aplicación de la presente ley. *Cuando la responsabilidad del acreedor haya contribuido en forma significativa y determinante a la situación del deudor anteriormente mencionada, el juez podrá disminuir proporcionalmente el crédito según el grado de responsabilidad que determine el síndico.*" (la cursiva es nuestra)

De lege ferenda, se postula una solución similar a la del Proyecto Negre de Alonso - Rodríguez Saá.

11.2. Supuesto, "Proveedor –acreedor de buena fe / Consumidor – deudor de buena fe"

En relación al supuesto Proveedor –acreedor de buena fe / Consumidor – deudor de buena fe, en casos de sobreendeudamiento del consumidor, se postula un conflicto entre el derecho a la propiedad del acreedor, protegido por el art. 17 de la Constitución Nacional y los derechos del consumidor, consagrados en el art. 42 de la Carta Magna, especialmente, el derecho a un trato digno.

²⁴⁶ ALCHOURRÓN, Carlos, BULYGIN, Eugenio, *Sistemas Normativos*. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas, Editorial Astrea, 2ª edición revisada, primera reimpresión, año 2012, pp 47 y 48.

En efecto, en este caso nos encontramos ante un comportamiento diligente por parte de ambos sujetos de la relación de consumo, por lo que, en caso de conflicto, cabe analizar cuál de estos derechos debe primar, dado que el derecho de propiedad y el derecho a la dignidad gozan de jerarquía constitucional.

11.3. Dignidad personal y derecho de propiedad desde la perspectiva del deudor – consumidor. El derecho a ahorrar

En la Constitución Nacional, el derecho de propiedad está mencionado en los arts. 14, 17 y 75 inc. 17.

El 14 consagra el derecho de los habitantes de la Nación de usar y disponer de su propiedad. El 17 declara que la propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley.

El 75 inc. 17 reconoce a "los pueblos indígenas argentinos" la "posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan".

En esta investigación nos ocuparemos de los arts. 14 y 17, referidos a todos los habitantes de la Nación, en tanto que el art. 75 inc. 17 se aplica a un grupo específico y, además, utiliza la palabra propiedad en un sentido similar a "dominio", por lo menos, en cuanto se refiere exclusivamente a cosas inmuebles ("tierras")

Del texto de los arts. 14 y 17 surge que cierto objeto llamado "propiedad" goza de protección constitucional, pero en dichos artículos no se nos define dicho objeto. Es decir, la Constitución Nacional no brinda una definición de "propiedad" sino que establece que esta es "inviolable" y que los habitantes podemos usarla y disponer de ella.

Para determinar si existe lesión al derecho de propiedad primero necesitamos precisar el contenido de ese derecho.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación se refirió al mismo en época temprana. Por ejemplo, en "Mango c/ Traba"²⁴⁷ expresó que la propiedad "comprende todos los intereses apreciables que un hombre puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad". En dicho precedente se declaró la inconstitucionalidad de la ley 11.318 que prorrogaba el término de las locaciones.

Ese concepto fue reiterado y ampliado en "Bourdié c/Municipalidad de la Capital"²⁴⁸, al expresarse que "...El término propiedad (...) comprende, como lo ha dicho esta Corte, todos los intereses apreciables que el hombre pueda poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad. Todo derecho que tenga un valor reconocido como tal por la ley, sea que se origine en las relaciones de derecho privado, sea que nazca de actos administrativo (derechos subjetivos privados o públicos), a condición de que su titular disponga de una acción contra cualquiera que intente interrumpirlo en su goce así sea el Estado mismo, integra el concepto constitucional de propiedad".

²⁴⁷ CSJN, Fallos, 144:220.

²⁴⁸ CSJN, Fallos, 145:307.

Sin embargo, ya por la misma época, el Máximo Tribunal estableció limitaciones a este derecho, en el caso Ercolano²⁴⁹, decidido en 1922, donde se declaró la constitucionalidad del artículo 1 de la ley 11.157 que prohibía cobrar, durante dos años contados desde su promulgación, por la locación de casas, piezas y departamentos, destinados a habitación, comercio o industria, un precio mayor que el que se pagaba por los mismos a fecha 1 de enero de 1920.

La Corte expresó que “(e)n principio la determinación del precio es una facultad privativa del propietario, un atributo del derecho de usar y disponer de sus bienes y un aspecto de su libertad civil”, pero, que “...existen sin embargo circunstancias muy especiales en que por la dedicación de la propiedad privada a objetos de intenso interés público y por las condiciones en que ella es explotada, justifican y hacen necesaria la intervención del estado en los precios”.

Nos detenemos en estos casos para destacar lo siguiente: En todos se discutían limitaciones al derecho del locador pero, mientras que en dos de ellos se protegió al locador /acreedor en otro el protegido fue el locatario/deudor. En este último caso, uno de los argumentos fue “*la dedicación de la propiedad privada a objetos de intenso interés público (utilización de inmuebles con destino a vivienda) y por las condiciones en que ella es explotada*”. (la cursiva es nuestra)

En el ejemplo de la locación de inmuebles con destino a vivienda nos encontramos con “dos derechos de propiedad enfrentados”: el del locador y el del locatario. Utilizando la definición de la Corte antes transcrita, existen dos conjuntos de “intereses apreciables” en conflicto.

Por otra parte, nos parece claro que con la expresión “intereses apreciables”, la Corte se refiere a los derechos de contenido patrimonial. Los derechos extrapatrimoniales quedan fuera del concepto “propiedad” y son protegidos por otras normas constitucionales. Es en este sentido que lo utilizaremos, sin desconocer otras interpretaciones.²⁵⁰

Desde otro punto de vista, el derecho de propiedad se concibe tradicionalmente como una garantía de abstención estatal. Dicho de otra manera, la preocupación tradicional era que el Estado no “quite propiedad” a los privados, vía confiscación. De hecho, si concebimos un Estado neutral o prescindente, solo podemos pretender una garantía de abstención. Del esfuerzo y la habilidad de cada uno dependerá mantener, aumentar o reducir su propiedad frente a los demás.

Sin perjuicio de lo anterior, también puede concebirse al derecho de propiedad como una *garantía de acción estatal*, es decir, como un deber estatal de preservar la

²⁴⁹ CSJN, Fallos, 136:161

²⁵⁰ Por ejemplo, señala QUIROGA LAVIÉ que “(e)l concepto de derecho de propiedad es tan amplio que comprende los derechos adquiridos por sentencia firme...” y, más adelante añade que “...aun careciendo de valor económico, un derecho adquirido por sentencia firme es derecho de propiedad: ello ocurre cuando hay una sentencia firme en materia penal que sobresee definitivamente a un procesado, aunque la materia del juicio no tenga valor económico para él, tal el caso de quien es absuelto en una denuncia por lesiones culposas”. QUIROGA LAVIÉ, Humberto, Constitución de la Nación Argentina Comentada, Tercera Edición, Editorial Zavalia, año 2000, pp. 72 y 73. Por nuestra parte, consideramos que en el ejemplo utilizado por el autor citado, la sentencia repercute en la esfera de los derechos personalísimos. Si se pretendiera juzgar nuevamente por el mismo hecho al sujeto del ejemplo no se estaría afectando su derecho a la propiedad, sino el derecho personalísimo a la debida defensa en juicio, garantizado en el art. 18 de la Constitución Nacional.

propiedad. Esto nos lleva a la necesidad de avanzar aún más respecto del contenido de la “propiedad”.

11.4. El “contenido de la propiedad” en la Constitución Nacional y los tratados de jerarquía constitucional

Si se compara el decimonónico art. 17 de la Constitución Nacional con el art. 17 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, del 10 de diciembre de 1948 y los dos primeros incisos del art. 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, firmado el 22 de noviembre de 1969) encontraremos similitudes evidentes:

Constitución Nacional:

“Artículo 17.- La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública, debe ser calificada por ley y previamente indemnizada. Sólo el Congreso impone las contribuciones que se expresan en el Artículo 4°. Ningún servicio personal es exigible, sino en virtud de ley o de sentencia fundada en ley. Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley. La confiscación de bienes queda borrada para siempre del Código Penal argentino. Ningún cuerpo armado puede hacer requisiciones, ni exigir auxilios de ninguna especie.”

Declaración Universal de Derechos Humanos:

"Artículo 17. –

1. Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente.
2. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad.”

Convención Americana sobre Derechos Humanos:

“Artículo 21. Derecho a la Propiedad Privada

1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.
2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.”

En los tres textos aparece, aunque con matices diferenciadores, el derecho a la propiedad, del cual no se puede privar a la persona. “Propiedad”, a secas, lo llama la Constitución Nacional, “derecho a la propiedad, individual y colectivamente “ , expresa la Declaración Universal de Derechos Humanos, “Propiedad Privada”, titula la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Tanto la Constitución Nacional como la Convención Americana sobre Derechos Humanos precisan que, excepcionalmente, la privación de la propiedad puede darse mediante el pago de indemnización y por razones justificadas. La Declaración Universal de Derechos Humanos se limita a proclamar que la privación no puede ser en forma “arbitraria”.

La característica común de estos tres textos es que protegen la propiedad pero no la definen. El derecho a la propiedad aparece como un derecho a “algo” no definido.

Otra característica es que esta protección parece ser contra un posible obrar estatal.

Frente a esa preocupación de que el Estado no “quite propiedad” a los privados, modernamente se añade la preocupación de que el sistema económico no lo haga.

Por ello, la Declaración Universal de Derechos Humanos proclama en el art. 25:

Artículo 25. –

"1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad."

Para efectivizar ese "derecho a un nivel de vida adecuado", es imprescindible que el Estado arbitre los medios que permitan el acceso a los bienes (privados y/o públicos) con los que se conseguirá alimentación, vestido, vivienda, asistencia médica y asistencia social.

Con anterioridad, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de mayo de 1948, avanza también en el "contenido" del derecho de propiedad:

Artículo XXIII. – Toda persona tiene derecho a la propiedad privada correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar."

Este artículo parece apuntar a un contenido mínimo de la propiedad: *el acceso a los bienes necesarios para una “vida decorosa”, en el sentido de “vida digna”*.

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos agrega en un tercer inciso del art. 21 lo siguiente:

"3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley."

Este tercer inciso en el artículo dedicado al Derecho a la Propiedad Privada apunta a prohibir la explotación del hombre por el hombre, en el sentido de explotación económica, de privación del contenido mínimo de la propiedad.

A su turno, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), en su artículo 11 declara que:

"1. Los Estados Partes en el presente pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento."

Nos detenemos en lo siguiente: de la lectura del texto arriba transcrito surge que los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la efectividad de *"el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia."*

Dicho de otra manera, *al deber estatal de no "quitar" propiedad arbitrariamente, se suma el deber estatal de asegurar el contenido mínimo de la propiedad*, a fin de posibilitar que la persona tenga "un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados" y, además, el deber estatal de asegurar un continuo aumento del contenido mínimo de la propiedad, para posibilitar "una mejora continua de las condiciones de existencia".

Por lo anterior, coincidimos con Orlando²⁵¹ quien, indagando en el contenido del derecho de propiedad, expresa que "el artículo 17 de la Constitución incorpora una protección sustantiva y diferenciada de ciertos bienes materiales e inmateriales; y *la diferencia se encuentra en nuestros compromisos constitucionales con la autonomía del individuo*. Creo que el derecho de todo individuo a proyectar y materializar su plan de vida conlleva como consecuencia normativa, la máxima protección constitucional de ciertos bienes que resultan esenciales para ello. Y resulta relativamente claro el puente entre la posibilidad del desarrollo personal y la capacidad de controlar individualmente ciertos bienes primarios que sean necesarios para ello; dado que sin ello parece imposible tanto la elección como la materialización de los planes de vida."

Los bienes que conforman el contenido mínimo de la propiedad son los que merecen, "la máxima protección constitucional", en palabras de Orlando²⁵².

11.5. Propiedad y patrimonio

²⁵¹ ORLANDO, Federico, "Reflexiones en torno a la propiedad privada en la Constitución Nacional", en La Constitución en 2020; 48 propuestas para una sociedad igualitaria / GARGARELLA, Roberto, coordinador ; PIQUÉ, María Luisa , ORLANDO, Federico, colaboradores, Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2011

²⁵² El citado autor agrega que "...el hecho de que la relación entre un bien y un sujeto se encuentre protegida en los términos constitucionales –quiero decir, agravados- no sólo se define por el carácter objetivo de "esencial" de dicho bien, sino por la relación que éste tiene con el plan de vida del individuo y con la noción de "vida decente". Es posible que, en ciertos casos, un ahorro bancario cumpla con el carácter de esencial para una "vida decente" y la materialización de un plan de vida, siendo pasible la aplicación del escrutinio agravado; y es posible que en otros no lo haga, donde se aplicará el test de razonabilidad tradicional del análisis judicial." Orlando, Federico, ídem.

El artículo 2312 del Código Civil derogado definía al patrimonio como al conjunto de los bienes de una persona; y los bienes eran tanto los objetos materiales como inmateriales susceptibles de tener un valor (conf. arts. 2311 y 2312 Código Civil). De la nota del art. 2312 surge que se reguló al patrimonio como un atributo de la persona.

El actual Código Civil y Comercial no define al patrimonio, sino que se limita a señalar que existen bienes que integran el patrimonio de las personas (art. 15) y que "(t)odos los bienes del deudor están afectados al cumplimiento de sus obligaciones y constituyen la garantía común de sus acreedores, con excepción de aquellos que este Código o leyes especiales declaran inembargables o inejecutables." (art. 242).

En cuanto al concepto de propiedad, este tampoco es definido, ni en el Código derogado ni en el actual, sin perjuicio de que ambos utilizan en ocasiones este vocablo como sinónimo de derecho real de dominio (vgr. art. 1323 CC y 1123 CCC) y que el art. 965 CCC prescribe que "(l)os derechos resultantes de los contratos integran el derecho de propiedad del contratante"²⁵³.

Si bien los conceptos de propiedad y de "patrimonio" no son equivalentes, pueden señalarse relaciones entre ellos: Frente a los acreedores, los deudores tienen un patrimonio que los garantiza y frente a los deudores, los acreedores tienen una propiedad que debe ser preservada.

Ahora bien, de una norma que agrava una deuda seguramente diremos que afecta la propiedad del deudor. Por ello, aunque no es lo usual, también puede predicarse que frente a los deudores, los acreedores tienen un patrimonio que debe ser protegido y frente a los acreedores, los deudores tienen una propiedad que debe ser preservada.

11.6. La protección constitucional del derecho de propiedad del deudor

Aplicando los conceptos anteriormente esbozados, podríamos pensar que en aquella relación de consumo donde encontramos un proveedor/acreedor y un consumidor/deudor, el derecho de propiedad del proveedor acreedor merece una "protección común", mientras que el derecho de propiedad del consumidor deudor amerita una "protección agravada".

²⁵³ Resulta ilustrativo transcribir las razones esgrimidas por los redactores del Anteproyecto de Código Civil y Comercial para justificar el mantenimiento del término "propiedad", en lugar del más preciso "dominio", en la definición de compraventa: "...no se han dado razones suficientes para justificar el abandono de la palabra propiedad y su reemplazo por "dominio", teniendo en cuenta que, tanto la Constitución Nacional como los tratados firmados por la República Argentina, no hablan de dominio, sino de propiedad. En el lenguaje común está consolidada la idea de que quien compra una cosa lo hace para adquirir la propiedad de ella; ese conocimiento y general aceptación no justifica el reemplazo del vocablo conocido y aceptado, máxime si el cambio parece obedecer a un tecnicismo jurídico prescindible. En derecho comparado, incluyen en la definición de compraventa el derecho de propiedad, entre otros, los códigos alemán (parágrafo 433, inc. 1) e italiano (artículo 1470)." Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial, pp. 137 y 138. Disponible en Internet en: <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf>.

Denominamos “protección común”²⁵⁴ a aquella que cede frente a necesidades de bien común, utilidad pública, protección de débiles jurídicos, etc. Por ejemplo, en el caso Ercolano, la Corte entendió que el derecho de propiedad del locador, debía ceder ante la "crisis de la habitación", de la cual " ha sobrevenido el encarecimiento y la especulación en el precio de los alquileres. No habiendo oferta apreciable de habitaciones, ese precio era el que imponía el propietario, como era su derecho, pero sin la atenuación normal resultante de la competencia."

En cambio, denominamos “protección agravada” a aquella referida a bienes que conforman el contenido mínimo de la propiedad.

La diferencia en el nivel de protección se justifica por la mayor previsibilidad que da la profesionalidad y organización empresarial, lo que permite una mejor asunción de riesgos. La profesionalidad y organización empresarial justifica imponer una mayor asunción de riesgos.

Por otra parte, los tratados con jerarquía constitucional imponen el deber de dispensar una protección más intensa del contenido mínimo de la propiedad, es decir, de aquellos bienes necesarios para la ejecución de un plan de vida digno. Dicho de otra manera, las personas tienen el derecho constitucional de conservar los bienes necesarios para la ejecución de un plan de vida digno y, agregamos, pueden hacer valer ese derecho aun cuando hayan actuado irreflexivamente, si la otra parte estimuló o se aprovechó de ello.

Este derecho constitucional a mantener e incrementar el patrimonio puede ser concebido como un derecho al ahorro. El derecho de ahorrar es un aspecto del derecho de propiedad, porque implica no descapitalizarse, no perder capital (patrimonio) y, además, incrementarlo. Ahorrar, en primer lugar, es conservar patrimonio.

El derecho (constitucional) al ahorro²⁵⁵, entendido como un derecho a mantener y acrecentar el contenido mínimo de la propiedad *es otro mecanismo de protección*

²⁵⁴ Es una protección que, básicamente, está dirigida a evitar conductas arbitrarias de parte del Estado o de otros particulares.

²⁵⁵ Algunas constituciones, como la de Italia y la de Perú, mencionan expresamente el derecho al ahorro. Así, la Constitución Italiana establece en su art. 47 que "La Repubblica incoraggia e tutela il risparmio in tutte le sue forme; disciplina, coordina e controlla l'esercizio del credito.

Favorisce l'accesso del risparmio popolare alla proprietà dell'abitazione, alla proprietà diretta coltivatrice e al diretto e indiretto investimento azionario nei grandi complessi produttivi del paese." Disponible en Internet:

<http://www.quirinale.it/qrnw/statico/costituzione/pdf/Costituzione.pdf>

("La Repubblica estimula y protege el ahorro en todas sus formas; disciplina y coordina el ejercicio del crédito.

Favorece el acceso del ahorro popular a la propiedad de la vivienda, a la propiedad agraria directa y a la inversión accionaria directa e indirecta en los grandes complejos productivos del país". Traducción del autor)

La Constitución Política del Perú dispone:

"Artículo 87°.- El Estado fomenta y garantiza el ahorro. La ley establece las obligaciones y los límites de las empresas que reciben ahorros del público, así como el modo y los alcances de dicha garantía.

La Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones ejerce el control de las empresas bancarias, de seguros, de administración de fondos de pensiones, de las demás que reciben depósitos del público y de aquellas otras que, por realizar operaciones conexas o similares, determine la ley.

La ley establece la organización y la autonomía funcional de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones.

patrimonial, como lo es el régimen de protección de la vivienda (art. 14 bis CN y 244 y sges CCC) o la inembargabilidad y/o inejecutabilidad de ciertos bienes (arts. 539 y 744 CCC, art. 108 ley 24.522).

Del bloque normativo visto precedentemente se desprende que este derecho al ahorro no consiste en un mero permiso o no prohibición de conservar cierta parte del patrimonio, sino que el Estado está obligado a adoptar medidas para que las personas puedan conservar el contenido mínimo de la propiedad, a fin de posibilitar que la persona tenga “un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados” y, además, el deber estatal de asegurar un continuo aumento del contenido mínimo de la propiedad, para posibilitar “una mejora continua de las condiciones de existencia”.

El derecho a ahorrar, entendido como derecho a que el Estado adopte medidas para preservar el contenido mínimo de propiedad y posibilite su aumento, implica el deber estatal de implementar medidas antiinflacionarias, de desestímulo a la comercialización de bienes de rápida obsolescencia y bajo valor de reventa y de estímulo a la adquisición de bienes de reserva de valor. Por la misma razón, las políticas inflacionarias y de estímulo al consumismo son lesivas al derecho al ahorro.

También implica el deber estatal de sancionar las prácticas de terceros que puedan lesionar el derecho al ahorro.

En este último sentido, las Directrices de las Naciones Unidas para la protección del consumidor²⁵⁶ disponen que

“66... Los Estados Miembros deben, según proceda, establecer o fomentar:...f) La actuación responsable de los proveedores de servicios financieros y sus agentes autorizados, en particular en lo que respecta a la concesión responsable de préstamos y la venta de productos que se ajusten a las necesidades y los medios del consumidor;...”

Desde un punto de vista general, el desequilibrio sistémico propio de la sociedad de consumo debe compensarse con un "contradesequilibrio" sistémico normativo.

Dicho de otra manera, mientras persista el desequilibrio sistémico propio de la sociedad de consumo, el sistema normativo de la sociedad de consumo no puede ser "neutral" sino que tiene que ser "desequilibrado" en favor del consumidor. No hablamos de normas aisladas, que ya existen y en gran cantidad, sino de un sistema de normas, de fondo y de forma, que guarden coherencia y sean de aplicación efectiva.

11.7. Sobreendeudamiento de consumidor y lesión a la dignidad personal

El Poder Ejecutivo designa al Superintendente de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones por el plazo correspondiente a su período constitucional. El Congreso lo ratifica." Disponible en Internet: <http://www4.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Constitu/Cons1993.pdf>

²⁵⁶ Directrices de las Naciones Unidas para la protección del consumidor, , revisión aprobada en la 81ª sesión plenaria de la Asamblea General de la ONU, del 22 de diciembre de 2015. Disponible en Internet: http://unctad.org/meetings/es/SessionalDocuments/ares70d186_es.pdf . La aplicación de las Directrices no es obligatoria, sino que solo es "recomendada" a los Estados Miembros.

Anteriormente²⁵⁷ se postuló la siguiente definición:

Estado de sobreendeudamiento es la situación de imposibilidad cierta, actual o futura, de cumplir con las obligaciones generadas en relaciones de consumo en la que se encuentra un consumidor de buena fe, sin afectación de su dignidad por menoscabo del contenido mínimo de la propiedad.

El derecho personalísimo o fundamental a la dignidad aparece, como se vio, en el art. 42 CN, como “derecho a trato digno” y en varias normas convencionales de jerarquía constitucional, (Convención Americana sobre Derechos Humanos - Pacto San José de Costa Rica, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y Declaración Universal de los Derechos Humanos).

El CCC se refiere, sin definirla, a la “dignidad personal” y su posible menoscabo, en el art. 52.

En su faz económica, la dignidad está estrechamente ligada al concepto de “contenido mínimo de la propiedad”. Como expresaba Orlando²⁵⁸, “...el derecho de todo individuo a proyectar y materializar su plan de vida conlleva como consecuencia normativa, la máxima protección constitucional de ciertos bienes que resultan esenciales para ello.”

Dicho de otra manera, la dignidad personal implica el derecho a proyectar y disfrutar un plan de vida.

Por lo anterior, se postula que cuando la persona se ve privada del mínimo de bienes necesarios para llevar a cabo ese plan de vida (delineado en las normas convencionales de jerarquía constitucional), existe lesión al derecho personalísimo o fundamental a la dignidad.

Por lo tanto, el estado de sobreendeudamiento no tiene carácter cuantitativo, sino cualitativo.

Hay cuestiones que se resuelven por medio de un resultado numérico (vgr el monto de una indemnización monetaria). En ese sentido, la valoración de la cuantía del daño implica un resultado numérico.

En cambio, determinar la existencia de daño resarcible no lo requiere. Los requisitos del deber de resarcir (antijuridicidad, factor de atribución, relación de causalidad y existencia de daño) no son numéricos.

Lo mismo ocurre con el estado de sobreendeudamiento, dado que no hay un número que fije la calidad de vida.

²⁵⁷ Punto 5.7.2.

²⁵⁸ ORLANDO, Federico, “Reflexiones en torno a la propiedad privada en la Constitución Nacional”, en La Constitución en 2020; 48 propuestas para una sociedad igualitaria / GARGARELLA, Roberto, coordinador ; PIQUÉ, María Luisa , ORLANDO, Federico, colaboradores, Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2011

Ahora bien, una vez que el juez determina el contenido mínimo de la propiedad del consumidor deudor, los números lo cuantifican.

Es decir, los números ayudan al juez para fundamentar su decisión relativa a que el pago de la deuda deja al deudor sin patrimonio suficiente para los bienes que constituyen el contenido mínimo de la propiedad.

En síntesis, la determinación del sobreendeudamiento es una cuestión cualitativa, es decir, que implica la atribución de una cualidad. La cualificación jurídica es una tarea de interpretación jurídica, sea por subsunción, sea por ponderación de principios.

Desde un punto de vista lógico, el primer paso es la determinación del estado de sobreendeudamiento y el segundo la cuantificación.

La calidad de sobreendeudamiento no puede surgir de una fórmula matemática, pero las fórmulas matemáticas auxilian al juez para llegar a mensurar la cuantía del endeudamiento y/o de las quitas (la reorganización patrimonial del consumidor sobreendeudado) y/o de los bienes que constituyen el contenido mínimo de la propiedad.

En ese sentido, se coincide con el Proyecto Baglini²⁵⁹, en cuanto este propone en su art. 3° que "A los efectos de esta ley, el estado de sobreendeudamiento *no es objeto de ninguna definición matemática*. Es una cuestión de hecho que contempla la variación a la baja de los ingresos del deudor por causas que no le son atribuibles." (la cursiva es nuestra)

También se coincide con la definición de sobreendeudamiento del proyecto de ley aprobado por el Senado de Brasil²⁶⁰ y enviado a la Cámara de Diputados, que modifica el Código de Defensa del Consumidor, ley 8078, así como la ley 10.741, con el objeto de establecer un régimen de prevención y resolución del sobreendeudamiento.

Según el mismo, "(s)e entiende por sobreendeudamiento la imposibilidad manifiesta del consumidor, persona física, de buena fe, de pagar la totalidad de sus deudas de consumo, exigibles y por vencer, *sin comprometer su mínimo existencial*, en los términos de la reglamentación."²⁶¹ (la cursiva es nuestra)

11.8. Conclusiones parciales (de puntos 11.1. a 11.7)

a) En aquella relación de consumo donde encontramos un proveedor/acreador y un consumidor/deudor, el derecho de propiedad del proveedor acreedor merece una "protección común", mientras que el derecho de propiedad del consumidor deudor amerita una "protección agravada".

b) Denominamos "protección común" a aquella que cede frente a necesidades de bien común, utilidad pública, protección de débiles jurídicos, etc. Por ejemplo, en el caso

²⁵⁹ Punto 4.2.1.1.

²⁶⁰ Punto 5.7.1.

²⁶¹ Traducción del autor. Texto original en contexto: "Art. 54-A. Este Capítulo tem a finalidade de prevemr o superendividamento da pessoa natural e de dispor sobre o crédito responsável e sobre a educação financeira do consumidor.

§ 1° Entende-se por superendividamento a impossibilidade manifesta de o consumidor, pessoa natural, de boa-fé, pagar a totalidade de suas dívidas de consumo, exigíveis e vincendas, sem comprometer seu mínimo existencial, nos termos da regulamentação."

Ercolano, la Corte entendió que el derecho de propiedad del locador, debía ceder ante la "crisis de la habitación", de la cual " ha sobrevenido el encarecimiento y la especulación en el precio de los alquileres. No habiendo oferta apreciable de habitaciones, ese precio era el que imponía el propietario, como era su derecho, pero sin la atenuación normal resultante de la competencia."

En cambio, denominamos "protección agravada" a aquella referida a bienes que conforman el contenido mínimo de la propiedad.

c) La diferencia en el nivel de protección se justifica por la mayor previsibilidad que da la profesionalidad y organización empresarial, lo que permite una mejor asunción de riesgos. La profesionalidad y organización empresarial justifica imponer una mayor asunción de riesgos.

d) Los tratados con jerarquía constitucional imponen el deber de dispensar una protección más intensa del contenido mínimo de la propiedad, es decir, de aquellos bienes necesarios para la ejecución de un plan de vida digno. Dicho de otra manera, las personas tienen el derecho constitucional de conservar los bienes necesarios para la ejecución de un plan de vida digno y, agregamos, pueden hacer valer ese derecho aun cuando hayan actuado irreflexivamente, si la otra parte estimuló o se aprovechó de ello.

e) El derecho a ahorrar, entendido como derecho a que el Estado adopte medidas para preservar el contenido mínimo de propiedad y posibilite su aumento, implica el deber estatal de implementar medidas antiinflacionarias, de desestímulo a la comercialización de bienes de rápida obsolescencia y bajo valor de reventa y de estímulo a la adquisición de bienes de reserva de valor. Por la misma razón, las políticas inflacionarias y de estímulo al consumismo son lesivas al derecho al ahorro.

f) Desde un punto de vista general, el desequilibrio sistémico propio de la sociedad de consumo debe compensarse con un "contradesequilibrio" sistémico normativo, entendido este último como un sistema coherente de normas protectivas de los consumidores, de fondo y de forma, que sean de aplicación efectiva.

g) Se postula que hay lesión al derecho a la dignidad si la persona se ve privada del contenido mínimo de la propiedad. Este contenido mínimo de la propiedad se integra con los bienes necesarios para ejercer el derecho a proyectar y disfrutar un plan de vida conforme a los estándares delineados en las normas convencionales de jerarquía constitucional.

h) Se postula que dicho contenido mínimo no puede ser determinado en un quantum aplicable a todos los casos, sino que depende de las circunstancias personales²⁶².

i) Los porcentajes que el deudor destina al pago de sus deudas, con relación a sus ingresos, *son meramente indicativos de un posible sobreendeudamiento*. Como expresa Anchaval, en palabras que ya citamos²⁶³ y ahora reiteramos, "(l)os expertos consideran que

²⁶² Vgr. Los ingresos mínimos con que debe contar un deudor que es propietario del inmueble en el que vive, son distintos que los de un deudor que es inquilino.

²⁶³ Punto 5.7.2.2

no debe destinarse al pago de deudas más del 20% de los ingresos. *Este porcentaje puede ser menor (entre un 12% y un 15%, como máximo), en función del nivel de vida de la zona en la que se resida, el precio de los alquileres, los gastos de alimentación y otros gastos fijos.* Además, en caso de contraer deudas de larga duración, como la compra de un inmueble, hay que considerar no sólo la situación financiera en el momento de contraer la deuda sino la previsible durante el tiempo que va a durar. Se considera que alguien está sobreendeudado cuando el volumen de su deuda es tres veces superior a su renta, cuando el total de la deuda supera el 75% del patrimonio neto del hogar, o cuando el peso de la carga de su deuda supera el 40% de su renta anual." (la cursiva es nuestra)

11.9. Intentos de solucionar la colisión de derechos fundamentales

Como expresa Baquerizo Minuche²⁶⁴, tradicionalmente los conflictos normativos se han resuelto mediante la aplicación de los clásicos criterios de solución de antinomias: jerarquía, cronología y especialidad. El problema surge cuando la antinomia se da entre normas de igual jerarquía, (en nuestro caso, derecho de propiedad y derecho a la dignidad, ambas de jerarquía constitucional).

Siguiendo a este autor²⁶⁵, estas antinomias "...resultan propias de las normas jurídicas que pertenecen a la categoría de *principios*, en razón de la ausencia de condición de aplicación (presupuesto de hecho) o de la configuración abierta o fragmentaria del mismo; y muy particularmente de los derechos fundamentales plasmados en la Constitución."

Estos principios, al decir de Alexy²⁶⁶, funcionan como mandatos de optimización, debiendo ser realizados o concretados en la mayor medida posible teniendo en cuenta las posibilidades fácticas y jurídicas existentes.

En nuestro caso, en el estado de sobreendeudamiento del consumidor, el derecho de propiedad del proveedor- acreedor de buena fe colisiona con el derecho a la dignidad del consumidor – deudor de buena fe. En otros términos, hay conflicto *en tanto y en cuanto* para concretar plenamente el derecho del proveedor- acreedor de buena se lesione el derecho a la dignidad²⁶⁷ del consumidor – deudor de buena fe.

Para resolver este conflicto, habrá que determinar cuál principio prevalece.

²⁶⁴ BAQUERIZO MINUCHE, Jorge. "Colisión de derechos fundamentales y juicio de ponderación". Revista de Derecho Público, 2009, p. 19 a 52. Disponible en Internet: <http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas-juridicas/derecho-publico/1-colision-derechos.pdf> Consultado: 15/08/16.

²⁶⁵ Ídem p. 25.

²⁶⁶ ALEXY, ROBERT, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p 86.

²⁶⁷ Lesión que se configuraría si, como se postuló en el punto 11.7., la persona se ve privada del contenido mínimo de la propiedad.

11.10. Intento de solucionar la colisión de derechos fundamentales aplicando el modelo “especificacionista” de Juan José Moreso²⁶⁸.

Según el diccionario de la Real Academia Española²⁶⁹, “ponderar” es, en su primera acepción “determinar el peso de algo”. En una segunda acepción, lo define como “examinar con cuidado algún asunto”.

La palabra ponderación es utilizada para referirse a una propuesta de resolución de conflictos entre derechos fundamentales, formulada por Robert Alexy²⁷⁰.

En efecto, en su propuesta, Alexy intenta determinar el “peso” de determinados principios según formulaciones matemáticas y, de esta manera, postular que, en determinadas circunstancias, un principio *precede* al otro en virtud de tener un mayor “peso”.

Como respuesta a los cuestionamientos que genera este modelo de resolver conflictos entre derechos fundamentales, el iusfilosofo español Juan José Moreso propuso el llamado enfoque o modelo “especificacionista”.

Como se dijo, este modelo no surge en forma independiente, sino como una propuesta superadora del de Robert Alexy, al que Moreso denomina “proporcionalista”²⁷¹

En palabras del propio Moreso, su método utiliza “el enfoque especificacionista, consistente en reducir el alcance de los principios pero conservar su fuerza.”²⁷²

Esto se logra a través de la ponderación pero, a diferencia de Alexy, para quien, en determinadas circunstancias, un principio *precede* al otro en virtud de tener un mayor “peso”, para Moreso, “la ponderación es la operación que permite pasar de las normas que establecen derechos fundamentales, que tienen la estructura de principios –pautas con las condiciones de aplicación abiertas–, a reglas –pautas con las condiciones de aplicación clausuradas–, con las cuales es posible llevar a cabo la subsunción, en el ámbito de un problema normativo determinado.”²⁷³

Para seguir utilizando el término “ponderación”, como lo hace Moreso, se debe tener en cuenta que este no lo usa en la acepción de “determinar el peso de algo”, sino, en todo caso, en la de “examinar con cuidado algún asunto”.

Lo anterior se deduce porque, cuando Moreso habla de ponderación de principios, se refiere a crear una regla aplicable a un problema normativo determinado (lo que también llamamos “el caso concreto”)

²⁶⁸ MORESO, Juan José, “Conflictos entre Derechos Constitucionales y maneras de resolverlos”. *ARBOR Ciencia, Pensamiento y Cultura*. CLXXXVI 745 septiembre-octubre (2010).

²⁶⁹ Real Academia Española, Edición del Tricentenario. Disponible en Internet: <http://www.rae.es/> Consultado: 15/08/16.

²⁷⁰ ALEXY, Robert, *Teoría de la Argumentación Jurídica: Teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989 y *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993

²⁷¹ MORESO, Juan José, ob cit p. 824.

²⁷² MORESO, Juan José, ob cit p. 826.

²⁷³ MORESO, Juan José, ob cit p. 826.

En ese sentido, Moreso señala que “en la concepción especificacionista no hace falta la ponderación en abstracto, si por ella entendemos el peso de cada principio al margen de cualquier circunstancia.”²⁷⁴

No hay, a priori, principios más fuertes que otros, lo que hay son casos donde se aplican unos principios y casos donde se aplican otros. No es un tema de “fuerza” sino de “competencia”, entendida esta en el sentido de “ámbito de aplicación”.

En un caso concreto, el ámbito de aplicación de un principio se fija a través de la formulación de una regla.

Para formular esa regla se debe hacer esta “ponderación”²⁷⁵ de principios. Esto se logra, básicamente, a través de cinco etapas lógicas²⁷⁶:

1) Delimitar el problema normativo (cuales son las acciones humanas de las que nos vamos a ocupar). En nuestro ejemplo, las acciones de los proveedores – acreedores de buena fe y las acciones de los consumidores deudores de buena fe que no pueden cumplir con las obligaciones contraídas.

2) Identificar las pautas prima facies aplicables a este ámbito de acciones (principios en pugna).

En nuestro caso, los principios en pugna son los de inviolabilidad de la propiedad del proveedor acreedor de buena fe, versus derecho a la dignidad del consumidor – deudor de buena fe.

3) Considerar casos paradigmáticos, reales o hipotéticos referidos a nuestro problema normativo. Por ejemplo, el caso “Rinaldi”²⁷⁷, en el cual, en el voto “Zaffaroni – Lorenzetti”, se destaca que los consumidores de buena fe, como grupo vulnerable, merecen una especial protección de sus derechos fundamentales, entre los que se menciona, específicamente, el derecho al acceso a la vivienda.

4) Establecer las propiedades relevantes de nuestro problema normativo.

En nuestro caso, las propiedades relevantes²⁷⁸ son:

- a) La asimetría en la relación de consumo,
- b) La “buena fe del profesional” que debe tener el proveedor,
- c) La “buena fe del profano” que debe tener el consumidor
- c) La protección de la dignidad del consumidor en cuanto sujeto vulnerable

²⁷⁴ MORESO, Juan José, ob cit p. 827.

²⁷⁵ Insistimos, en el sentido de “examen cuidadoso” y no de “determinación de peso”.

²⁷⁶ MORESO, Juan José, ob cit p. 826 y sgtes.

²⁷⁷ Ver punto 4.3.1.y siguientes. Como se recordará, en el caso se trata de la ejecución de un inmueble destinado a vivienda única y familiar por el incumplimiento de un mutuo. El posible sobreendeudamiento se originó en una excesiva onerosidad por circunstancias sobrevinientes y ajenas a las partes y se consideró que correspondía reajustar la deuda a la paridad U\$S 1 = \$1 más el 30% de la diferencia entre el peso y el dólar en el mercado libre de cambios, más un interés anual del 2,5%, "en función de la tutela de los consumidores prevista en la Carta Magna" (del voto Zaffaroni - Lorenzetti).

²⁷⁸ Ver punto 10.4.2. c)

5) Formulación de las reglas que resuelven de modo unívoco todos los casos del problema normativo.

En nuestro ejemplo, la regla sería: En los casos de sobreendeudamiento de consumidores de buena fe, por aplicación del derecho a la dignidad personal, se prohíbe a los proveedores – acreedores de buena fe, la ejecución de bienes de aquellos que afecten al contenido mínimo de su propiedad.

Esta regla indica que en este caso concreto es competente el principio de dignidad personal, en lugar del principio de inviolabilidad de la propiedad.

El conflicto, así, no se resuelve analizando cual derecho fundamental (propiedad o dignidad) es “más fuerte”, sino cual es el aplicable al caso.

En nuestra opinión, lo que hace Moreso no es sino formular un procedimiento lógico para extraer la regla general de un caso concreto donde existe una aparente tensión de derechos fundamentales.

En definitiva, Moreso trata este tema como un "conflicto de competencia" entre principios fundamentales.

Es decir, dadas las propiedades relevantes del problema normativo (lo que Alchourrón y Bulygin han llamado el universo del discurso), la regla resuelve (específica) cual derecho fundamental es competente en ese caso.

11. 11. Conclusiones parciales (de puntos 11.9. – 11.10)

a) Se postula una tensión entre el derecho constitucional a la propiedad del acreedor, consagrado en el art. 17 de la Constitución Nacional y el derecho a la dignidad (“trato digno”) del consumidor -deudor endeudado o sobreendeudado, que surge del art. 42 de la Constitución Nacional.

b) Los derechos del consumidor endeudado o sobreendeudado, consagrados en el art. 42 de la Constitución Nacional, especialmente, el derecho a un trato digno, deben primar por sobre el derecho constitucional a la propiedad del acreedor.

c) Se postula la siguiente regla: En los casos de sobreendeudamiento de consumidores de buena fe, por aplicación del derecho a la dignidad personal, se prohíbe a los proveedores – acreedores de buena fe, la ejecución de bienes que afecten al contenido mínimo de la propiedad del consumidor deudor.

12. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO II

12.1. En el caso del Derecho del Consumidor, la función preventiva puede contribuir a evitar daños producidos por proveedores - acreedores de mala fe, que con su actuar doloso o culposo crean o inducen falsas expectativas a los consumidores – deudores,

con la única finalidad de lograr una demanda irreflexiva de sus bienes y servicios. También puede contribuir, indirectamente, a que los consumidores – deudores sean conscientes de sus limitaciones y reales posibilidades a la hora de adquirir dichos bienes y servicios.

12.2. La regulación del vicio de lesión, para resolver un endeudamiento excesivo por causas originarias, tropieza con los siguientes problemas interpretativos:

1) Vaguedad²⁷⁹ en los conceptos “necesidad”, “ligereza” o “inexperiencia”. Esta indeterminación semántica en cierta medida es resuelta por una presunción iuris tantum: “Se presume, excepto prueba en contrario, que existe tal explotación en caso de notable desproporción de las prestaciones.”

2) Sin embargo, la solución es solo aparente, pues aquí nos encontramos con la vaguedad del concepto “notable desproporción de las prestaciones”.

Alchourron y Bulygin²⁸⁰ denominan lagunas de reconocimiento a estos problemas referidos “a los casos individuales en los cuales, por falta de determinación semántica de los conceptos que caracterizan a un caso genérico, no se sabe si el caso individual pertenece o no al caso genérico en cuestión.”

12.3. En la resolución o modificación por excesiva onerosidad sobreviniente existe un problema de aplicación, dada la vaguedad de los conceptos “prestación excesivamente onerosa” y “alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de la celebración del contrato”.

12.4.1. Respecto de la prevención del endeudamiento injustificado y del sobreendeudamiento del consumidor, la función preventiva incorporada en el CCC puede contribuir a evitar daños producidos por proveedores - acreedores de mala fe, que con su actuar doloso o culposo crean o inducen falsas expectativas a los consumidores – deudores, con la única finalidad de lograr una demanda irreflexiva de sus bienes y servicios. También puede contribuir, indirectamente, a que los consumidores – deudores sean conscientes de sus limitaciones y reales posibilidades a la hora de adquirir dichos bienes y servicios.

12.4.2. Respecto de la resolución del endeudamiento injustificado y del estado de sobreendeudamiento, la subsunción se problematiza cuando el caso individual no puede incluirse en una regla general concreta por:

a) Vaguedad: tal como ocurre con el vicio de lesión, la excesiva onerosidad sobreviniente, la definición de cláusula abusiva, situación jurídica abusiva.

²⁷⁹ ALCHOURRÓN, Carlos, BULYGIN, Eugenio, *Sistemas Normativos*. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas, Editorial Astrea, 2º edición revisada, primera reimpresión, año 2012. p. 48.

²⁸⁰ Ídem, p 50.

b) Conflicto entre normas de igual jerarquía: tal como ocurre en el caso de la irrenunciabilidad, con los arts. 988 CCC y 37 LDC, entre otros, por un lado y números normas por el otro, entre las que se mencionó el art. 765 CCC y el 52 ley 24.441

c) Laguna axiológica: tal como ocurre con la insatisfactoria disciplina del estado de sobreendeudamiento del consumidor, dado que la ley 24522 no tiene una regulación que contemple las diferencias entre dicho estado y el presupuesto objetivo de los concursos. La asimetría en la relación de consumo, la buena fe del profesional que debe tener el proveedor, la buena fe del profano que debe tener el consumidor y la protección de la dignidad del consumidor en cuanto sujeto vulnerable, son propiedades relevantes²⁸¹ para una solución satisfactoria que faltan en dicha norma.

12.4.3. La inexistencia de un plexo normativo que regule específicamente los casos de inducción al endeudamiento y sobreendeudamiento del consumidor dificulta la solución del conflicto entre el derecho a la propiedad del acreedor, protegido por el art. 17 de la Constitución Nacional y los derechos del consumidor, consagrados en el art. 42 de la Carta Magna, especialmente, el derecho a un trato digno.

12.4.4. Se postula que el tratamiento de este problema debe ser preventivo (deberes de información, asesoramiento, concesión responsable de crédito de consumo) y resolutivo y, en este último caso, debe contemplarse una fase conciliatoria adaptada a la asimetría de la relación de consumo; y una fase ejecutiva orientada a liquidar bienes prescindibles y rehabilitar al consumidor.

El objetivo de la etapa preventiva es preservar el patrimonio del deudor de buena fe, mientras que el objetivo de la etapa resolutiva es sanear el patrimonio del deudor de buena fe.

Tanto en la etapa preventiva como en la resolutiva se debe evaluar la buena o mala fe del proveedor y del consumidor, conforme a un standard diferenciado en razón de la asimetría de la relación de consumo.

12.5. Se postula que hay lesión al derecho a la dignidad si la persona se ve privada del contenido mínimo de la propiedad. Este contenido mínimo de la propiedad se integra con los bienes necesarios para ejercer el derecho a proyectar y disfrutar un plan de vida conforme a los estándares delineados en las normas convencionales de jerarquía constitucional.

12.6. Se postula que dicho contenido mínimo no puede ser determinado en un quantum aplicable a todos los casos, sino que depende de las circunstancias personales²⁸².

12.7. Los porcentajes que el deudor destina al pago de sus deudas, con relación a sus ingresos, *son meramente indicativos de un posible sobreendeudamiento*. Como expresa Anchaval, en palabras que ya citamos²⁸³ y ahora reiteramos, "(l)os expertos consideran que

²⁸¹ ALCHOURRÓN, Carlos, BULYGIN, Eugenio, *Sistemas Normativos*. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas, Editorial Astrea, 2° edición revisada, primera reimpresión, año 2012. pp. 14, 157 y 158

²⁸² Vgr. Los ingresos mínimos con que debe contar un deudor que es propietario del inmueble en el que vive, son distintos que los de un deudor que es inquilino.

²⁸³ Punto 5.7.2.2

no debe destinarse al pago de deudas más del 20% de los ingresos. *Este porcentaje puede ser menor (entre un 12% y un 15%, como máximo), en función del nivel de vida de la zona en la que se resida, el precio de los alquileres, los gastos de alimentación y otros gastos fijos.* Además, en caso de contraer deudas de larga duración, como la compra de un inmueble, hay que considerar no sólo la situación financiera en el momento de contraer la deuda sino la previsible durante el tiempo que va a durar. Se considera que alguien está sobreendeudado cuando el volumen de su deuda es tres veces superior a su renta, cuando el total de la deuda supera el 75% del patrimonio neto del hogar, o cuando el peso de la carga de su deuda supera el 40% de su renta anual." (la cursiva es nuestra)

12.8. Se postula una tensión entre el derecho constitucional a la propiedad del acreedor, consagrado en el art. 17 de la Constitución Nacional y el derecho a la dignidad ("trato digno") del consumidor -deudor endeudado o sobreendeudado, que surge del art. 42 de la Constitución Nacional.

12.9. Los derechos del consumidor endeudado o sobreendeudado, consagrados en el art. 42 de la Constitución Nacional, especialmente, el derecho a un trato digno, deben primar por sobre el derecho constitucional a la propiedad del acreedor.

12.10. Se postula la siguiente regla: En los casos de sobreendeudamiento de consumidores de buena fe, por aplicación del derecho a la dignidad personal, se prohíbe a los proveedores – acreedores de buena fe, la ejecución de bienes que afecten al contenido mínimo de la propiedad del consumidor deudor.

13. CONCLUSIONES FINALES

13.1. En la presente, se formularon e investigaron las siguientes hipótesis:

a) Los casos de inducción al endeudamiento y sobreendeudamiento del consumidor se producen como consecuencia del "desequilibrio sistémico" propio del sistema de producción y distribución *masificado* de bienes y servicios, por lo que se trata de casos comunes y esperables dentro de dicho sistema.

b) La inexistencia de un plexo normativo que regule específicamente los casos de inducción al endeudamiento y sobreendeudamiento del consumidor dificulta la solución del conflicto entre el derecho a la propiedad del acreedor, protegido por el art. 17 de la Constitución Nacional y los derechos del consumidor, consagrados en el art. 42 de la Carta Magna, especialmente, el derecho a un trato digno.

c) Los derechos del consumidor endeudado o sobreendeudado, consagrados en el art. 42 de la Constitución Nacional, especialmente, el derecho a un trato digno, deben primar por sobre el derecho constitucional a la propiedad del acreedor.

13.2. Respecto de la hipótesis a) "Los casos de inducción al endeudamiento y sobreendeudamiento del consumidor se producen como consecuencia del "desequilibrio sistémico" propio del sistema de producción y distribución *masificado* de bienes y servicios, por lo que se trata de casos comunes y esperables dentro de dicho sistema", la misma se entiende confirmada en virtud de las siguientes conclusiones:

13.2.1. En la relación de consumo, el proveedor cumple un rol activo y su conducta está dirigida a comercializar el bien o servicio. El consumidor cumple un rol pasivo, "desea" o "necesita" el bien o servicio, pero no lo conoce en profundidad, sino, principalmente, a través de la publicidad que recibe. A diferencia del proveedor, la conducta del consumidor o usuario generalmente se caracteriza por la ambivalencia: "quiere y no quiere adquirir el bien o servicio".

13.2.2. La relación de consumo presenta dos características notables y distintivas:

a) Impersonalidad entre las partes de dicha relación.

b) Desnivel volitivo entre las partes de dicha relación.

13.2.3. La ideología del consumo apunta al presente, al goce inmediato y produce en el individuo una autentica compulsión a consumir.

13.2.4. Ciertos sectores de la sociedad se endeudan para acceder a un lugar simbólico de referencia mientras permanecen y resignan toda posibilidad de abandonar su lugar de pertenencia.

13.2.5. Las conclusiones mencionadas en 13.2.1. a 13.2.4. conducen a afirmar la existencia de un "desequilibrio sistémico" propio del sistema de producción y distribución

masificado de bienes y servicios, que facilita la inducción al endeudamiento y sobreendeudamiento del consumidor.

13.2.6. Adicionalmente, el análisis de los diferentes sistemas normativos (nueve países latinoamericanos, incluido el nuestro, por un lado, el sistema de la Unión Europea y el de cinco países europeos por el otro), muestra que el concepto de consumidor no es unívoco y, en particular:

* Que la propiedad “persona física” es relevante en algunos sistemas normativos, pues solo la persona jurídica puede ser considerado consumidor, mientras que en otros sistemas no lo es, pues las personas jurídicas pueden ser consumidores, contándose el sistema argentino en este último grupo.

* Que la propiedad “destinatario final” se predica en algunos sistemas con absoluta exclusión de cualquier otro destino, mientras que en otros se admiten excepciones o la vaguedad del término permite tanto interpretaciones amplias como restrictivas, contándose el sistema argentino en este último grupo.

13.3. Respecto de la hipótesis b) “La inexistencia de un plexo normativo que regule específicamente los casos de inducción al endeudamiento y sobreendeudamiento del consumidor dificulta la solución del conflicto entre el derecho a la propiedad del acreedor, protegido por el art. 17 de la Constitución Nacional y los derechos del consumidor, consagrados en el art. 42 de la Carta Magna, especialmente, el derecho a un trato digno”, la misma se entiende parcialmente confirmada en virtud de las siguientes conclusiones:

13.3.1. La diferente terminología utilizada por la doctrina nacional (vgr. endeudamiento del consumidor, inducción al endeudamiento, sobreendeudamiento, sobreendeudamiento activo y pasivo, sobreendeudamiento de mala y buena fe, consumidor, etc), obedece a la necesidad de describir distintos fenómenos.

13.3.2. El “endeudamiento del consumidor” recibe en nuestro país un tratamiento doctrinario, jurisprudencial y normativo diferente al endeudamiento de otras personas.

13.3.3. Respecto de la prevención del endeudamiento injustificado y del sobreendeudamiento del consumidor, la función preventiva incorporada en el CCC puede contribuir a evitar daños producidos por proveedores - acreedores de mala fe, que con su actuar doloso o culposo crean o inducen falsas expectativas a los consumidores – deudores, con la única finalidad de lograr una demanda irreflexiva de sus bienes y servicios. También puede contribuir, indirectamente, a que los consumidores – deudores sean conscientes de sus limitaciones y reales posibilidades a la hora de adquirir dichos bienes y servicios.

13.3.4. La regulación del vicio de lesión, para resolver un endeudamiento injustificado por causas originarias, tropieza con los siguientes problemas interpretativos:

a) Vaguedad en los conceptos “necesidad”, “ligereza” o “inexperiencia”. Esta indeterminación semántica en cierta medida es resuelta por una presunción *iuris tantum*: “Se presume, excepto prueba en contrario, que existe tal explotación en caso de notable desproporción de las prestaciones.”

b) La solución es solo aparente, pues aquí nos encontramos con la vaguedad del concepto “notable desproporción de las prestaciones”.

13.3.5. En la resolución o modificación por excesiva onerosidad sobreviniente existe un problema de aplicación, dada la vaguedad de los conceptos “prestación excesivamente onerosa” y “alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de la celebración del contrato”.

13.3.6. Respecto de la resolución del endeudamiento injustificado y del estado de sobreendeudamiento, la subsunción se problematiza cuando el caso individual no puede incluirse en una regla general concreta por:

a) Vaguedad: tal como ocurre con el vicio de lesión, la excesiva onerosidad sobreviniente, la definición de cláusula abusiva, situación jurídica abusiva.

b) Conflicto entre normas de igual jerarquía: tal como ocurre en el caso de la irrenunciabilidad, con los arts 988 CCC y 37 LDC, entre otros, por un lado y numerosas normas por el otro, entre las que se mencionó el art. 765 CCC y el 52 ley 24.441

c) Laguna axiológica: tal como ocurre con la insatisfactoria disciplina del estado de sobreendeudamiento del consumidor, dado que la ley 24522 no tiene una regulación que contemple las diferencias entre dicho estado y el presupuesto objetivo de los concursos.

La asimetría en la relación de consumo, la buena fe del profesional que debe tener el proveedor, la buena fe del profano que debe tener el consumidor y la protección de la dignidad del consumidor en cuanto sujeto vulnerable, son propiedades relevantes para una solución satisfactoria que faltan en dicha norma.

13.3.7. El tratamiento de los casos de inducción al endeudamiento y sobreendeudamiento del consumidor debe ser preventivo (deberes de información, asesoramiento, concesión responsable de crédito de consumo) y resolutivo y, en este último caso, debe contemplarse una fase conciliatoria adaptada a la asimetría de la relación de consumo; y una fase ejecutiva orientada a liquidar bienes prescindibles y rehabilitar al consumidor.

13.3.8. El objetivo de la etapa preventiva es preservar el patrimonio del deudor de buena fe, mientras que el objetivo de la etapa resolutiva es sanear el patrimonio del deudor de buena fe.

13.3.9. Tanto en la etapa preventiva como en la resolutiva se debe evaluar la buena o mala fe del proveedor y del consumidor, conforme a un standard diferenciado en razón de la asimetría de la relación de consumo.

13.3.10. Las conclusiones mencionadas en 13.3.1. a 13.3.9. conducen a afirmar:

a) La existencia de un plexo normativo que regula los casos de inducción al endeudamiento del consumidor a través de normas específicas y genéricas, que presentan problemas interpretativos tales como vaguedad y conflictos entre normas de igual jerarquía.

b) La inexistencia de un plexo normativo que regule específicamente los casos de sobreendeudamiento del consumidor.

c) La situación descrita en a) y b) dificulta la solución del conflicto entre el derecho a la propiedad del acreedor, protegido por el art. 17 de la Constitución Nacional y los derechos del consumidor, consagrados en el art. 42 de la Carta Magna, especialmente, el derecho a un trato digno.

13.4. Respecto de la hipótesis c) “Los derechos del consumidor endeudado o sobreendeudado, consagrados en el art. 42 de la Constitución Nacional, especialmente, el derecho a un trato digno, deben primar por sobre el derecho constitucional a la propiedad del acreedor”, la misma se entiende confirmada en virtud de las siguientes conclusiones:

13.4.1. En aquella relación de consumo donde encontramos un proveedor/acreedor y un consumidor/deudor, el derecho de propiedad del proveedor acreedor merece una “protección común”, mientras que el derecho de propiedad del consumidor deudor amerita una “protección agravada”.

13.4. 2. La diferencia en el nivel de protección se justifica por la mayor previsibilidad que da la profesionalidad y organización empresarial, lo que permite una mejor asunción de riesgos. La profesionalidad y organización empresarial justifica imponer una mayor asunción de riesgos.

13.4.3. Los tratados con jerarquía constitucional imponen el deber de dispensar una protección más intensa del contenido mínimo de la propiedad, es decir, de aquellos bienes necesarios para la ejecución de un plan de vida digno.

13.4.4. El derecho a ahorrar, entendido como derecho a que el Estado adopte medidas para preservar el contenido mínimo de propiedad y posibilite su aumento, implica el deber estatal de implementar medidas antiinflacionarias, de desestímulo a la comercialización de bienes de rápida obsolescencia y bajo valor de reventa y de estímulo a la adquisición de bienes de reserva de valor. Por la misma razón, las políticas inflacionarias y de estímulo al consumismo son lesivas al derecho al ahorro.

13.4.5. Desde un punto de vista general, el desequilibrio sistémico propio de la sociedad de consumo debe compensarse con un "contradesequilibrio" sistémico normativo, entendido este último como un sistema coherente de normas protectivas de los consumidores, de fondo y de forma, que sean de aplicación efectiva.

13.4.6. Se postula que hay lesión al derecho a la dignidad si la persona se ve privada del contenido mínimo de la propiedad. Este contenido mínimo de la propiedad se integra con los bienes necesarios para ejercer el derecho a proyectar y disfrutar un plan de vida conforme a los estándares delineados en las normas convencionales de jerarquía constitucional.

13.4.7. Dicho contenido mínimo no puede ser determinado en un quantum aplicable a todos los casos, sino que depende de las circunstancias personales.

13.4.8. Los porcentajes que el deudor destina al pago de sus deudas, con relación a sus ingresos, son meramente indicativos de un posible sobreendeudamiento.

13.4.9. Existe una tensión entre el derecho constitucional a la propiedad del proveedor- acreedor de buena fe, consagrado en el art. 17 de la Constitución Nacional y el derecho a la dignidad (“trato digno”) del consumidor -deudor de buena fe sobreendeudado, que surge del art. 42 de la Constitución Nacional.

13.4.10. Se considera una solución axiológicamente aceptable, es decir, racionalmente justificada, la formulada en la siguiente regla: En los casos de sobreendeudamiento de consumidores de buena fe, por aplicación del derecho a la dignidad personal, se prohíbe a los proveedores – acreedores de buena fe, la ejecución de bienes que afecten al contenido mínimo de la propiedad del consumidor deudor.

14. BIBLIOGRAFÍA

ALCHOURRÓN, Carlos, BULYGIN, Eugenio, *Sistemas Normativos*. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas, Editorial Astrea, 2º edición revisada, primera reimpresión, año 2012.

ALEXY, ROBERT, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

ALEXY, Robert, *Teoría de la Argumentación Jurídica: Teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989 y *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993

ALEGRIA, Héctor, "Los llamados "pequeños concursos". Concurso de personas físicas, consumidores, patrimonios reducidos", LA LEY2005-E, 1353, Cita Online: AR/DOC/2749/2005.

ÁLVAREZ LARRONDO, Federico M., "La protección constitucional de los "intereses económicos" de los consumidores", Sup. Const. 2013 (febrero), 22/02/2013, 35 - LA LEY2013-A, 395. Cita Online: AR/DOC/382/2013

ALTERINI Atilio, AMEAL Oscar, J. y LÓPEZ CABANA Roberto, M. Derecho de obligaciones. Civiles y Comerciales, Editorial Abeledo Perrot, 1º reimpresión, 1996.

ANCHAVAL, Hugo Alberto, "El nuevo sujeto concursal", Suplemento de Concursos y Quiebras 2010 (Diciembre), 1, también en La Ley 2010-F, pág.1079.

ANCHAVAL, Hugo A., *Insolvencia del consumidor*. Editorial Astrea, año 2011

ATENCIO, Juan Martín, "El sobreendeudamiento del Consumidor: Una pequeña introducción al problema". Disponible en <http://danterusconi.blogspot.com.ar/2010/01/doctrinael-sobreendeudamiento-del.html>. Consultado el 05/09/15

BANCO CENTRAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA, "Informe de Estabilidad Financiera, Segundo Semestre de 2016". Disponible en Internet: <http://www.bcra.gov.ar/Pdfs/PublicacionesEstadisticas/bef0216e.pdf> . Consultado 10/12/16.

BAQUERIZO MINUCHE, Jorge. "Colisión de derechos fundamentales y juicio de ponderación". Revista de Derecho Público, 2009, p. 19 a 52. Disponible en Internet: <http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas-juridicas/derecho-publico/1-colision-derechos.pdf> Consultado: 15/08/16.

BAUMAN, Zygmunt, *Trabajo, Consumismo y Nuevos Pobres*, Gedisa, 2000. ISBN: 9788474327502

BAUMAN, Zygmunt, *Vida de consumo*, 1ª edición, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2008

BAUMAN, Zygmunt, *Mundo Consumo*, Trad. Mosquera, Albino Santos, Paidós, Bs. As. 2011.

BERSTEN, Horacio L. "La regulación del sobreendeudamiento de los consumidores", publicado en LL, Suplemento Actualidad, 30/8/11, pág. 1; Cita Online: AR/DOC/2844/2011.

CAVALLI, Luis, "De la metáfora a la prosopopeya - El artículo 1 del Código Civil y Comercial de la Nación (O de los peligros de la desjerarquización del ordenamiento jurídico)", en Rubinzal Culzoni Online. Cita: RC D 1307/2015.

CONCLUSIONES DE LAS XXV JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL DE BAHÍA BLANCA, Comisión N° 2, "Obligaciones de dar dinero", <http://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/10/CONCLUSIONES-02.pdf> . Consultado el 28/07/16

FARINA, Juan M., *Defensa del consumidor y del usuario*, 3ra ed., Ed. Astrea, Bs. As. 2004.

FLAH, Lily, "La Vivienda y su protección en el Código Civil y Comercial de la Nación". Disponible en <http://www.nuevocodigocivil.com/la-vivienda-y-su-proteccion-en-el-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion-por-lily-flah/>. Consultado: 07/08/16

FRUSTIGALI, Sandra A. y HERNÁNDEZ, Carlos A. "Sobreendeudamiento del consumidor", publicado en La Ley 2013-E, pág. 1160.

FUNDAMENTOS DEL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN, Comisión integrada por los doctores Ricardo Luis Lorenzetti, como Presidente, y Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci. Disponible en <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf>

GARCÍA CANCLINI, Néstor, *Consumidores y ciudadanos. Conflictos multiculturales de la globalización*. México, Grijalbo, 1995

GUASTINI, Riccardo, "Un enfoque realista acerca del derecho y el conocimiento jurídico", en *Revista Revus*. Disponible en Internet: <https://revus.revues.org/3463#ftn9> consultado el 26/12/16.

HERNÁNDEZ, Carlos A., "Protección de usuarios de servicios financieros. Aportes para considerar del Tribunal de Justicia Europeo", LL 2013-D, 94

JUNYENT BAS, Francisco A., IZQUIERDO, Silvina, "¿Decoctor ergo fraudator? La quiebra de los consumidores", Suplemento Concursos y Quiebras 2009 (octubre), 01/10/2009, 1 - LA LEY2009-F, 991. Cita Online: AR/DOC/3539/2009

JUNYENT BAS, Francisco, "El sobreendeudamiento del consumidor y las vías de saneamiento", MicroJuris.com, 6 de diciembre de 2012, Cita: MJ-DOC-6101-AR | MJD6101.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “El sobreendeudamiento del consumidor y la respuesta del legislador francés”, publicado en Academia Nacional de Derecho 2008, (Junio), Cita Online: AR/DOC/1618/2009.

LIMA MARQUES, Claudia, “Algumas perguntas e respostas sobre prevenção e tratamento do superendividamento dos consumidores pessoas físicas”, *Revista de Direito do Consumidor*, RDC 75/9, jul.-set./2010, publicado en "Doutrinas Essenciais Direitos do Consumidor", *Revista dos Tribunais*, Vol. II, San Pablo, 2011

LOVECE, Graciela Isabel, “El sobreendeudamiento del consumidor. Un proyecto que intenta cubrir la necesidad de una regulación específica”, *Suplemento Actualidad*, del 11/10/11, Cita Online: AR/DOC/2829/2011.

MAFFÍA, Osvaldo J. “Procedimiento especial (sólo que sin procedimiento especial) para los pequeños concursos”, *ED*, 165, 1226 (1996)

MERTON, Robert K., *Teoría y Estructura Sociales*, S.L. Fondo de Cultura Económica de España, 2003

MONTAMAT, Daniel, “Adiós al consumo posmoderno”
<http://www.lanacion.com.ar/1056541-adios-al-consumo-posmoderno-por-daniel-montamat>
consultado el 26/05/15.

MORAES OLIVEIRA, Júlio, “A visão do STJ sobre a vulnerabilidade da pessoa jurídica consumidora”. Disponible, en portugués, en Internet:
<http://www.atualizaocdc.com/2016/04/a-visao-do-stj-sobre-vulnerabilidade-da.html>
Consultado el 25/05/16.

MORESO, Juan José, “Conflictos entre Derechos Constitucionales y maneras de resolverlos”. *ARBOR Ciencia, Pensamiento y Cultura*. CLXXXVI 745 septiembre-octubre (2010).

MOSSET ITURRASPE , Jorge, *Contratos*, Editorial Ediar, año 1984.

NINO, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, 2º edición ampliada y revisada, 17º reimpresión, Editorial Astrea, 2014.

ORLANDO, Federico, “Reflexiones en torno a la propiedad privada en la Constitución Nacional”, en *La Constitución en 2020; 48 propuestas para una sociedad igualitaria* / GARGARELLA, Roberto, coordinador; PIQUÉ, María Luisa , ORLANDO, Federico, colaboradores, Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2011

PERAL, Santiago J., “La controvertida aplicación de la noción de consumidor a las sociedades comerciales”, *Revista Argentina de Derecho Societario*, Número 10 - Febrero 2015, Fecha: 23-02-2015, Cita online: IJ-LXXVI-631

QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *Constitución de la Nación Argentina Comentada*, Tercera Edición, Editorial Zavalia, año 2000

RIFKIN, Jeremy, *El fin del trabajo: Nuevas tecnologías contra puestos de trabajo. El nacimiento de una nueva era*, Paidós Ibérica, 2010

RINESSI, Antonio J., “La desprotección de los usuarios viales”, *Revista de derecho de daños* n° 3, Accidentes de tránsito "III. Rubinzal-Culzoni, Bs. As.- Santa Fe, 1998, p.111/137.

RIVERA, Julio César, *Insolvencia de las personas físicas -en particular de los consumidores-*, *Revista de Derecho Comercial del Consumidor y la Empresa*, N° 2, p. 3.

ROSSI, Jorge Oscar, *Responsabilidad Civil & Daños*, 3ª Edición actualizada y aumentada según el Nuevo Código, de Ediciones D&D, año 2016.

ROSSI, Jorge Oscar, *Contratos, paso a paso*, Ediciones D&D, año 2008, p.117 y sgtes.

ROSSI, Jorge Oscar, *Derecho de los Consumidores y Usuarios* (El Derecho del Consumidor y sus circunstancias: La “Sociedad de Consumo Individual”, la “Sociedad de Consumo Masificado” y la “Sociedad de Prosumo”), de Editorial CIJUSO, año 2014. Formato E-book (ISBN 978-987-20376-1-1)

ROSSI, Jorge Oscar, “Responsabilidad del acreedor en el endeudamiento de consumidores, principio de buena fe y deber de prevención en el Código Civil y Comercial”, en *Revista Cuadernos de Cijuso*, N° 7, Mayo 2016. En <http://www.libroscijuso.org.ar/rcc7.pdf>

ROSSI, Jorge Oscar, "A propósito de un fallo: La facultad de modificar unilateralmente un precio, en la Ley de Defensa del Consumidor y en el Código Civil y Comercial", publicado en *Microjuris.com*, el 30 de septiembre de 2016. Cita: MJ-DOC-10295-AR | MJD10295.

ROSSI, Jorge Oscar, "Las obligaciones en moneda extranjera y el consumidor-deudor", publicado en *Microjuris.com*, el 30/08/16, Cita: MJ-DOC-10025-AR | MJD10025.

ROSSI, Jorge Oscar, La “sociedad de consumo individual”, la “sociedad de consumo masificado” y la “sociedad de prosumo”, en *Revista Cuadernos de Cijuso*, N° 8, Agosto 2016. En <http://www.libroscijuso.org.ar/rcc8.pdf>

ROSSI, Jorge Oscar, “El consumidor/empresario frente al prestador de servicios públicos”, en “Temas de Derecho Comercial, Empresarial y del Consumidor”, Editorial Erreius, Agosto 2016.

ROSSI, Jorge Oscar, “La aplicación temporal del Código Civil y Comercial y la tutela preventiva”, en “Temas de Derecho Civil, Persona y Patrimonio”, Editorial Erreius, Mayo 2016.

ROSSI, Jorge Oscar, "El Tribunal de Justicia de la Unión Europea como tribunal de derechos humanos y el derecho a la tutela judicial efectiva", en *Revista Cuadernos de*

Cijuso, N° 6, Diciembre 2015. En <http://www.libroscijuso.org.ar/rcc6.pdf>

ROSSI, Jorge Oscar, "El nuevo Código y la protección de los débiles jurídicos (Contratos de consumo, contratos por adhesión, abuso del derecho, situación jurídica abusiva, abuso de posición dominante, cláusulas abusivas y prácticas abusivas)", en Revista Cuadernos de Cijuso, N° 2, Diciembre 2014. En <http://www.libroscijuso.org.ar/rcc2.pdf>

ROSSI, Jorge Oscar, "La ley de prehorizontalidad y su necesaria integración con el Estatuto del Consumidor", "El Derecho" (ED tomo 216).

RUSCONI, Dante, "Consumidores y proveedores alcanzados por la legislación de defensa del consumidor". Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2012-1, Eficacia de los derechos de los consumidores y usuarios, ALEGRÍA Héctor - MOSSET ITURRASPE, Jorge (directores), Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 2012, pp. 331 y ss.

SANZANA Palacios, Alexis, "CONSUMO, ENDEUDAMIENTO Y VULNERABILIDAD A LA POBREZA Elementos subjetivos y socioculturales para su comprensión". Universidad de Valparaíso, Chile. En http://www.desigualdades.cl/wp-content/uploads/2011/05/SANZANA_ALEXIS.pdf consultado el 04/12/14.

TOFFLER, Alvin, *La Tercera Ola*, T. I, p. 55, Biblioteca de divulgación científica "Muy Interesante", Hyspamerica, 1986.

ZUPAN ARISPE, Melissa, "La definición actual de "consumidor" según el INDECOPI". En Internet: <http://elcristalroto.pe/regulatorio/proteccion-al-consumidor/la-definicion-actual-de-consumidor-segun-el-indecopi/> Consultado el 25/05/16.

15. NORMATIVA EXTRANJERA CONSULTADA

Latinoamérica:

Bolivia: Ley 453 (LEY GENERAL DE LOS DERECHOS DE LAS USUARIAS Y LOS USUARIOS Y DE LAS CONSUMIDORAS Y LOS CONSUMIDORES, 04/12/13). En Internet: http://www.economiayfinanzas.gob.bo/index.php?opcion=com_contenido&ver=contenido&id=3110&id_item=234&seccion=230&categoria=327 Consultado: 12/08/16

Brasil: Ley 8078. En Internet: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm Consultado: 12/08/16

Chile: Ley 19496. En Internet: <http://www.leychile.cl/Navegar?idLey=19496> Consultado: 12/08/16

Colombia: Ley 1480. En Internet: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1480_2011.html Consultado: 12/08/16

Costa Rica: Ley N° 7472 PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA Y DEFENSA EFECTIVA DEL CONSUMIDOR. En Internet: http://www.imprentanacional.go.cr/editorialdigital/libros/textos%20juridicos/ley_de_promocion_de_la_competencia_y_defensa_efectiva_del_consumidor_y_su_reglamento.pdf Consultado: 12/08/16

México: LEY FEDERAL DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR. En Internet: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lfpc.htm> Consultado: 12/08/16

Perú: Ley N° 29571. En Internet: <http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates&fn=default-1043.htm&vid=Ciclope:CLPdemo> Consultado: 12/08/16

Europa:

Uruguay: Ley N° 17250. En Internet: <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/17250-2000> Consultado: 12/08/16

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En Internet: http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf Consultado: 12/08/16

Directiva 93/13, del Consejo, de 5 de abril de 1993. En Internet: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31993L0013:es:HTML> Consultado: 12/08/16

Directiva 2014/17/UE. En Internet: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=DOUE-L-2014-80363 Consultado: 12/08/16

Directiva 2008/48/CE. En Internet: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:133:0066:0092:ES:PDF>
Consultado: 12/08/16

Alemania: Código Civil Alemán, Bürgerliches Gesetzbuch (BGB). En Internet: <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/> Consultado: 12/08/16

España: Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre. En Internet: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-20555> Consultado: 12/08/16

Francia: Código de Consumo, Code de la consommation, versión consolidada al 1 de julio de 2016. En Internet: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006069565>
Consultado: 12/08/16

Italia: DECRETO LEGISLATIVO 6 settembre 2005, n. 206 (Codice del consumo).
En Internet: <http://www.normattiva.it/ricerca/avanzata/vigente>. Consultado: 12/08/16

Suecia: Ley (1994: 1512) sobre los contratos de consumo. En Internet: http://www.riksdagen.se/sv/dokument-lagar/dokument/svensk-forfattningssamling/lag-19941512-om-avtalsvillkor-i_sfs-1994-1512 . Consultado: 12/08/16