

Título Nociones Interdisciplinarias para un adecuado régimen de insolvencia del consumidor

Tipo de Producto Ponencia Completa

Autores Suozzi, Leonel Alejandro

Código del Proyecto y Título del Proyecto

BSR152 - El sobreendeudamiento del consumidor: La necesidad actual de un tratamiento individualizado en el Derecho Concursal Argentino

Responsable del Proyecto

Suozzi, Leonel Alejandro

Línea

Derecho del Consumidor

Área Temática

Derecho

Fecha

Noviembre 2013

INSOD

Instituto de Ciencias Sociales y Disciplinas
Proyectuales

UADE 

NOCIONES INTERDISCIPLINARIAS PARA UN ADECUADO RÉGIMEN DE INSOLVENCIA DEL CONSUMIDOR

Autor: Leonel Alejandro Suozzi, Contador Público (CPCECABA 367/192), Estudiante de Derecho. E-Mail: leonel_suozzi@yahoo.com.ar

Sumario:

1. La actual economía de consumo que involucra cada vez una mayor necesidad de financiación por diversos medios¹ implica que resulta fundamental incorporar un régimen apto que contemple la insolvencia del consumidor, más allá del igualmente actual y relevante tópico relativo a los pequeños concursos².
2. Dicho régimen debe sustentarse en tres pilares fundamentales: La prevención, un adecuado procedimiento y un periodo de rehabilitación acorde.
3. Prevención: Se requiere fomentar la educación como cumplimiento de mandatos constitucionales y limitar el actuar disvalioso de las entidades financieras previendo acciones (como ser anuncios engañosos) que lleven al consumidor a la insolvencia.
4. Procedimiento: La prevención del estado de cesación de pagos y/o la liquidación patrimonial debe ser un principio que impacte en todo el proceso. Mi análisis me inclina por la adopción del régimen francés que divide al procedimiento en una etapa conciliatoria y extrajudicial de una etapa eminentemente jurisdiccional pero que se diferencia del régimen general de la actual Ley de Concursos y Quiebras imprimiendo en la causa principios de celeridad, economía y eficiencia.
5. Periodo de rehabilitación acorde según se trate de un consumidor de buena fe pero culpable, o bien del consumidor de mala fe. El fundamento es doble: Prevenir actitudes negligentes (en el primer caso) o ladinas (en el segundo) en el desarrollo del acceso al financiamiento y la sanción por el advenimiento de dichas actitudes.

¹ Ramallo Rubén, Jaimovich Mariano, *Los créditos personales siguen para arriba, aun con tasas de interés que llegan al 200 por ciento*, en IProfesional, 25/10/2013. Disponible en http://www.iprofesional.com/index.php?p=nota_new&idx=172401 (Noviembre de 2013)

² Uno de los primeros grandes trabajos que expone las deficiencias de nuestro actual ordenamiento respecto de los Pequeños Concursos es sin duda la obra de Dr. Alegría: La misma otorga una mirada integral de los diversos casos que deberían contemplarse. En esta obra mi objetivo se orienta exclusivamente al régimen de insolvencia del consumidor. Alegría, Héctor, *Los llamados “pequeños concursos”*. Concurso de personas físicas, consumidores, patrimonios reducidos, La Ley 2005-E 1353.

INTRODUCCIÓN

La necesaria respuesta a la insolvencia del consumidor es hoy ampliamente debatida desde diversos sectores que abogan por un tratamiento adecuado a los fines de, no solo brindar al sobreendeudado una salida que le permita realizarse libre y dignamente, sino también para proteger a un engranaje esencial en la actual economía de consumo. En definitiva, la insolvencia del consumidor choca con dos grandes contratiempos: Por un lado, este problema que a veces es individual, se suele extender a todo un grupo familiar generando exclusión social; por el otro, el endeudamiento generalizado del consumidor “enfría” la economía y con esto el PBI, el empleo y la recaudación fiscal, entre otros factores fundamentales de todo sistema capitalista.

Como es sabido, nuestro actual ordenamiento concursal (ley 24.522) no cuenta con un adecuado tratamiento del pequeño concurso y mucho menos de las vicisitudes de la insolvencia del consumidor. No parece exagerada la alusión de Maffía en cuanto a que los actuales arts. 288 y 289 de la LCQ encierran un “procedimiento especial solo que sin procedimiento”³

Sin perjuicio de que sigue siendo clara la necesidad de un tratamiento apto para el “pequeño comerciante” así como para el profesional liberal (y así ha sido contemplado en uno de los últimos proyectos relativos al pequeño concurso⁴), el presente trabajo tiene por objeto delimitar los elementos esenciales que debe poseer un adecuado régimen concursal dirigido al consumidor. El mismo debe sustentarse en tres pilares fundamentales: La prevención de la insolvencia, un procedimiento apropiado ante el advenimiento de la misma, y precisiones claras respecto del periodo de rehabilitación.

³ Maffía, Osvaldo J., *Procedimiento especial (solo que sin procedimiento especial) para los pequeños concursos*, ED, 165-1226.

⁴ Proyecto de ley de la senadora María J. Bongiorno sobre los “pequeños deudores” (S-1761/11).

PREVENCIÓN

Educación a la población sobre los efectos del sobreendeudamiento

Indudablemente este requisito solo puede cumplirse con un Estado activo que involucre, desde la formación primaria, planes de estudio orientados a instruir tempranamente acerca de la importancia del ahorro, la planificación financiera y la discriminación entre la compra a los fines de la satisfacción de verdaderas necesidades y la compra destinada al gozo de deseos suntuarios o “creados” por publicidad u otras maniobras de comercialización⁵, entre otros tópicos. Todo esto, en miras de cumplir con el mandato constitucional de la “educación para el consumo” (art. 42 CN).

Por otro lado, el Estado podría delegar este tratamiento a aquellos que más se benefician del financiamiento al consumidor: Las entidades financieras, con su cuerpo de expertos en la materia podrían contribuir, sin implicar grandes exigencias económicas o estructurales, a la educación de la población en materia de finanzas personales: artículos, cursos, talleres, publicaciones audiovisuales, etc. De hecho, muchas entidades, como ser bancos o agentes de bolsa⁶, brindan actualmente mucha información de índole financiera accesible incluso de forma gratuita, vía internet. Evidentemente, haría falta una normativa que organice, sistematice y haga vinculante estas herramientas.

Finalmente, no está de más mencionar a modo de ejemplo la obligación que la nueva ley de bancarrotas estadounidense (2005) impuso al colegio de síndicos concursales de dictar cursos de entrenamiento financiero para deudores⁷.

Limitaciones a publicidades engañosas

Este punto resulta fundamental dado el carácter técnico-económico que involucra todo tipo de financiación. En este sentido considero elocuentes las previsiones de la Ley de Lealtad Comercial, que en su artículo 9 establece: “Queda prohibida la realización de cualquier clase de presentación, de publicidad o propaganda que mediante inexactitudes u **ocultamientos pueda inducir a error, engaño o confusión** respecto de las **características** o propiedades, naturaleza, origen, calidad, pureza, mezcla, cantidad, uso,

⁵ Mi intención no es criticar la respetable disciplina del *Marketing* sino resaltar los problemas que inescrupulosas técnicas de mercadeo generan al influir en la psiquis del consumidor orientando sus elecciones en contra de su propio bienestar social y familiar.

⁶ Prácticamente todo banco comercial o de inversión y todo agente de bolsa así inscripto en los registros respectivos brinda rápido acceso a información financiera con solo navegar en sus principales páginas web.

⁷ “The Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act of 2005”. Elementos salientes de la modificación, disponibles en <http://www.justice.gov/ust/eo/bapcpa/> (Noviembre de 2013)

precio, condiciones de comercialización o técnicas de producción de bienes muebles, inmuebles o servicios”⁸ (el resaltado es adicional).

No dudo en afirmar que la propia naturaleza financiera de un préstamo o pago financiado resulta *per se* confusa o engañosa para consumidores no instruidos (lamentablemente, la mayoría de los consumidores); esto hace esencial la coordinación de este apartado con el anterior relativo a la educación del consumidor. En cualquier caso, resulta indispensable definir de la forma más clara posible cuales son los efectos concretos de una determinada financiación o préstamo: Para esto el “Costo Financiero Total” resulta una herramienta adecuada; este indicador representa, no solo la tasa de interés que cobrará quien otorga el préstamo sino también los gastos de evaluación del cliente, los relativos a la contratación de seguros (vida, incendio, etc.), aquellos relacionados con la apertura y mantenimiento de cuentas de depósitos, con tarjetas de crédito o compras asociadas, incluso las erogaciones por envío de avisos de débito y otras notificaciones⁹. Es decir, la entidad que financia puede exponer una tasa de interés ínfima distribuyendo la “verdadera tasa de interés” entre los otros conceptos mencionados: esto hace necesario un índice que demuestre la carga financiera total de la transacción o “Costo Financiero Total” (CFT); la publicación de dicho índice resulta obligatoria según la Comunicación "A" 2689 del BCRA¹⁰ de 1998, sin embargo la mayoría de los consumidores no comprenden (o quizás no existe interés en comprender) qué significa el “CFT” y siguen en cambio basándose simplemente en la “tasa de interés”. Quizás sería conveniente la utilización de términos absolutos (números concretos) y así el despojo de los términos relativos (porcentajes): Se podría indicar como ejemplo, “a una financiación de \$1.000 de capital, los cinco años de pago ininterrumpido que involucra nuestra propuesta implicará haber abonado \$6.000 al finalizar el periodo”; considero que esto es mucho más claro que el expresar simplemente (como ocurre actualmente), “TNA 2% - CFT 100%”. En el ejemplo, se estaría cobrando un 100% de interés (disfrazado mediante comisiones, seguros y otros, ya que la Tasa de interés Nominal Anual ascendería solo a 2%) pero difícilmente el consumidor pueda apreciar el enorme costo de financiación que soportará a través de esos cinco años (\$1.000 por año de interés, más los \$1.000 de capital original).

Por supuesto, es fundamental acompañar esta disposición con dos incentivos adicionales: Por un lado (y nuevamente), la educación del consumidor; por el otro, severas sanciones a las entidades que incumplen con esta obligación.

⁸ Ley 22.802, disponible en <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/19946/texact.htm>

⁹ Para mayor información respecto de los elementos que constituyen el CFT: Aristimuño Garay, Danilo Evers, *El costo financiero total y su tratamiento contable*, Depto. de Matemáticas Universidad Nacional del Sur en Biblioteca Virtual, Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Provincia de Buenos Aires. Disponible en

http://www.cpba.com.ar/Biblioteca_Virtual/Publicaciones/Trabajos_Publicados/El_costo_financiero_total_y_su_tratamiento_contable.pdf (Noviembre de 2013)

¹⁰ Comunicación A 2689 del 22/04/1998, disponible en <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/50000-54999/50768/norma.htm> (Noviembre de 2013)

Régimen de sanciones para entidades que incentivan el endeudamiento

El título de este tercer elemento de prevención pareciera ser un tanto exagerado pero mi intención no es interpretar la responsabilidad del prestador de bienes y servicios con carácter amplio. Opino que sí deben ser regulados y sancionados en los casos en que sea evidente un actuar malicioso y/o negligente que verosímilmente ponga en graves problemas económicos a sus clientes-consumidores. Como es sabido, existen dos vías fundamentales para el endeudamiento, una pasiva y otra activa. En el primer caso, los problemas financieros provienen de cambios en el contexto, como ser crisis económicas, políticas o institucionales que derivan a su vez en despidos, entre otros supuestos ajenos al control del consumidor. El segundo caso (aquel en el que el consumidor busca activamente obligarse) se basa en el incentivo a la financiación derivado de las facilidades de acceder al crédito o las tarjetas de crédito, pero fundamentalmente de la publicidad¹¹. Así, reitero lo expresado al finalizar el anterior título: Las entidades deben estar reguladas en cuanto a la forma en la que publicitan sus servicios de préstamos o financiaciones y el seguimiento debe ser muy estricto.

Por otro lado, y esta vez relacionado con el endeudamiento pasivo, existe otro elemento que implica la existencia de dificultades financieras del consumidor y que se refieren al propio estado de cesación de pagos de las empresas con las que éste contrata. En este sentido me refiero en primer lugar al mantenimiento de la actividad y el empleo aun en la crisis, y en segunda instancia a la genérica calidad de dichas empresas como co-contratantes del consumidor en una relación jurídica, civil o comercial.

En el primer caso, y más allá de los claros privilegios con los que cuentan los créditos laborales, es indispensable proteger a la empresa en marcha para no perjudicar a un sinnúmero de familias de las que depende el trabajo en relación de dependencia realizado en aquella empresa insolvente.

En el segundo, el consumidor enrolado así como un acreedor quirografario contará, de ordinario, con un perjuicio comparativamente mayor respecto de sus ingresos que cualquier otro acreedor quirografario de índole comercial: La quiebra de una empresa constructora (sin haber cumplido con la escrituración), de una agencia de vehículos (sin haber perfeccionado transferencia) o de una agencia de viajes (antes de que se dé el mismo pero luego de abonada ciertas o todas las cuotas), la liquidación de una entidad bancaria donde se conservaban ahorros o la de un agente de bolsa al que se recurre como pequeño inversor¹² son todos ejemplos de situaciones falenciales que, por supuesto afectan a todos los acreedores, pero que generan un perjuicio vital en la vida digna de ciertas personas

¹¹ Lovece, Graciela, *El sobreendeudamiento del consumidor. Un proyecto que intenta cubrir la necesidad de una regulación específica*, Sup. Act. 11/10/2011, pág. 3.

¹² En la mayoría de los casos se puede ingresar e invertir en un Fondo Común de Inversión con un monto de apenas \$2000 o \$3000 por lo que la relación con consumidores de clase media no es excepcional.

(esto sin considerar el ya bastante controvertido caso de los acreedores involuntarios¹³). Es por esto que sería conveniente analizar (con todos los recaudos y garantías de defensa pertinentes) la solución que la reforma concursal alemana otorgó para estos casos ante la crisis europea del 2009 y que aún sigue azotando al referido continente: responsabilidad del administrador por la presentación oportuna al concurso preventivo ante el desarrollo del presupuesto objetivo concursal, “incapacidad de pago actual o inminente”, bajo apercibimiento de responsabilidad patrimonial personal, y aun penal¹⁴.

El propio proceso debe tener tintes de prevención de la insolvencia

Considero primordial que el procedimiento en cuestión tenga como objetivo la prevención de la insolvencia absoluta o de la eventual liquidación de los bienes o más aún, del embargo cuasi-permanente de bienes y frutos para aplicarlos a la satisfacción de un crédito que no pudo abonarse. Es así como resalto el concepto de “sobreendeudamiento” en lo que respecta al presupuesto objetivo que habilitaría cualquier procedimiento de insolvencia relativo al consumidor; concepto que además se ha visto utilizado en los recientes proyectos de reforma: “Régimen de Sobreendeudamiento para Consumidores” propuesto por la Senadora Negre de Alonso (Septiembre de 2011)¹⁵ o “Ley de Insolvencia Familiar” a partir del Senador Eugenio J. Artaza (Marzo de 2012)¹⁶. Esta especial situación patrimonial y financiera es una instancia anterior al clásico Estado de Cesación de Pagos, presupuesto objetivo primario en nuestro actual régimen concursal. Cierta parte de la doctrina intentó comparar al “sobreendeudamiento” con la “cesación de pagos”¹⁷; sin embargo, esa discusión resulta irrelevante. No importa que cesación de pagos pueda ser sinónimo de sobreendeudamiento (lo cual es discutible) sino diferenciar que objetivamente el sobreendeudamiento no alcanza por sí a constituir un Estado de Cesación de Pagos; es decir, una situación compleja y de permanencia relativa a la impotencia financiera del sujeto. En definitiva, es loable el criterio de considerar al Sobreendeudamiento y no al Estado de Cesación de Pagos como presupuesto objetivo para acceder al proceso concursal del consumidor; de esta forma, se previene el estado sustancial de desequilibrio económico que, de no configurarse dicha prevención, hundiría cada vez más al sujeto en la insolvencia y más acreedores se verían perjudicados: no importa por ejemplo si la cesación del pago deviene de una causa transitoria como puede ser la enfermedad del propio consumidor o su

¹³ Granados Ernesto, Gerbaudo Germán, Gracavilla Claudia y Chasco Martín, *Los acreedores involuntarios: La necesidad de su regulación*, XIX Jornadas Nacionales de Institutos de Derecho Comercial de la República Argentina, Rosario, 28 y 29 de Junio de 2012.

¹⁴ Dasso, Ariel A. *La primera respuesta del derecho concursal a la crisis global: la reforma de la Insolvenzordnung*, Sup. CyQ 01/01/2009, 1 – LA LEY 2009-B, 773.

¹⁵ S-1651/11.

¹⁶ S-586/12. Dicho proyecto se identifica con el Proyecto de Ley de Insolvencia Familiar que sostiene la Unión de Consumidores de Argentina (UCA). Disponible en http://www.ucargentina.org.ar/Proyecto-Insolvencia-fliar.pdf?note_id=339257852774507 (Noviembre de 2013)

¹⁷ Raspall Miguel Ángel, *Comentarios al Proyecto de Ley de “Régimen de Sobreendeudamiento para pequeños deudores”*, en XIX Jornadas Nacionales de Derecho Comercial de la República Argentina, Rosario, 28 y 29 de Junio de 2012, págs. 5 y 6.

familia, lo primordial es impedir el eventual estadio falencial lo antes posible. En definitiva, la prevención de la insolvencia debe ser una meta que recorra transversalmente todo el proceso concursal del consumidor sobreendeudado.

En cualquier caso, podemos definir al sobreendeudamiento de acuerdo a las nociones del art. 330.1 de la legislación francesa: “Imposibilidad manifiesta para el deudor de buena fe de hacer frente al conjunto de sus deudas exigibles y a vencer”. Lo que quizás llame más la atención es la referencia a la buena fe, es decir el desplazamiento total del régimen para aquellos que se han endeudado de mala fe. No coincido con esta disposición ya que, en todo caso, la mala fe del consumidor será de alguna manera sancionada y prevenida con un acertado periodo de rehabilitación (ver último apartado de esta obra).

PROCEDIMIENTO ADECUADO PARA EL CONSUMIDOR

Debo advertir que el objetivo de este título es indicar nociones generales que, de *lege ferenda*, debería incorporar un eventual régimen de insolvencia del consumidor. Como se señaló líneas atrás, existen varios proyectos que involucran la reforma del actual procedimiento para el pequeño concurso (o de la virtual inexistencia del mismo) y por lo tanto me limitaré a señalar solo elementos esenciales, con ciertas referencias (en lo pertinente) a los proyectos mencionados. Adicionalmente, del análisis efectuado he llegado a la conclusión que las previsiones del código de consumo francés (“Code de la Consommation”) permiten un procedimiento ajustable a las necesidades de la dinámica local, por lo que me basaré en dicho ordenamiento (con las variantes a indicar) para desarrollar este apartado.

Caracteres y ámbito de aplicación

La última reforma en el Derecho del Consumidor (ley 26.361) permitió ampliar el abanico de posibilidades respecto de lo que consideramos, precisamente, “consumidor”¹⁸. De aquí que resulte suficiente remitirse a esta ley para garantizar una apropiada protección y cumplimiento a los objetivos mencionados al inicio de esta obra. Verbigracia, se estarían incluyendo (hoy, sin lugar a discusión) la compraventa de inmuebles o la adquisición de elementos con el objetivo de integrarlos en un proceso de producción o prestación a terceros (la computadora del Abogado por ejemplo), entre otros elementos que con anterioridad a la modificación resultaban controvertidos.

Asimismo, el ámbito de aplicación debe encaminarse al Sobreendeudamiento del sujeto así definido en la última sección del título anterior, al que me remito.

Finalmente, uno de los caracteres que debería ser constante en este tipo de legislación es que en caso de duda sobre la interpretación de una norma, debe prevalecer la más favorable al consumidor.¹⁹

¹⁸ Según art. 1 de la ley 26.361 es consumidor “toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Queda comprendida la adquisición de derechos en tiempos compartidos, clubes de campo, cementerios privados y figuras afines. Se considera asimismo consumidor o usuario a quien, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, y a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo.

Disponible en <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/135000-139999/139252/norma.htm> (Noviembre de 2013)

¹⁹ Molina Sandoval, Carlos, *La tutela del consumidor desde la óptica concursal*, ED 208-796, Citado en Kemelmajer de Carlucci, op. cit. pág. 4.

Diferenciación de procesos

Siguiendo a la regulación francesa del sobreendeudamiento de los particulares (aquella sobre la que se formuló el mencionado proyecto de la Senadora Negre de Alonso²⁰), y teniendo como base el ejemplar trabajo de la Dra. Kemelmajer de Carlucci²¹ sobre el tema, considero indispensable la diferenciación de procesos según la situación particular del consumidor insolvente: El primero, y como vía general, implica una etapa extra y pre-judicial orientada a la conciliación y al acuerdo, con características de celeridad y economía; el segundo, un camino de excepción que involucre al órgano jurisdiccional.

Este proceso (con sus dos variables) se encontraría, según las fuentes indicadas en el anterior párrafo, reservado exclusivamente para el consumidor de buena fe. Sin embargo, considero que quien haya actuado de mala fe y cumpla con la definición de consumidor debería subordinarse a este proceso pero teniendo vedada la primera vía relativa al trámite extrajudicial. En conclusión, el consumidor de mala fe tendrá un proceso concursal diferenciado del régimen general (sigue sin ser eficiente aplicarle la LCQ y una normativa pensada para una organización multinacional a un mero consumidor) pero sin la posibilidad de una conciliación en instancia administrativa sino bajo un directo control judicial.

Proceso extrajudicial

El proceso extrajudicial debe involucrar a una Comisión Especial de carácter administrativo al que pueda acudir todo consumidor. Esta comisión debería contar con especialistas en diversas áreas (Psicólogos, Sociólogos, Asistentes Sociales pero fundamentalmente Contadores Públicos y Abogados) para determinar las políticas y criterios que se tendrán en cuenta para la solución de los problemas relativos a la especie. Sin perjuicio de lo expuesto, el consumidor debería relacionarse con un único Conciliador Extrajudicial cuyas funciones serán analizar el problema desde el punto de vista económico-financiero y acercar a las partes, deudor y sus respectivos acreedores (quienes podrán ser asistidas por letrados u otros profesionales pertinentes²²).

El consumidor expone sus problemas adjuntando toda la documentación pertinente que permita identificar su situación económica, financiera y patrimonial. Con esto, denuncia a los acreedores con los que desee llevar adelante la conciliación y, considerando estos datos, la Comisión notifica a cada uno de dichos acreedores para que opongán los hechos que crean relevantes. Teniendo en cuenta esta información, el Conciliador

²⁰ Proyecto de Ley op. cit.

²¹ Kemelmajer de Carlucci op. cit, págs. 7 y ss.

²² En el caso de la asistencia profesional (letrada y de cualquier otro tipo) sería totalmente factible ponderar la idea de litigar sin gastos (o más bien, “conciliar sin gastos”) en lo que respecta al Consumidor que acredite dicha necesidad.

Extrajudicial deberá fijar un mínimo monto que el consumidor y su grupo familiar requieren para llevar adelante una vida digna (comida, vivienda, salud y educación fundamentalmente). Considerando la proyección de ingresos del sujeto, dicho Conciliador sugerirá, o bien seguir con el trámite extrajudicial o bien reenviar el trámite al juez competente dada la existencia de una “situación irremediablemente comprometida”. Es en esta instancia también donde se detectará si el consumidor es o no de mala fe, en cuyo caso se remitirán las actuaciones al proceso judicial sin otra alternativa.

En el primer supuesto entonces (vía extrajudicial), se trataría de una situación que puede ser subsanada y, en tal caso, se tendrán a la vista dos vías²³: En primer lugar, un plan de pagos refinanciado en virtud de un acuerdo expreso que, luego del control de legalidad pertinente, deberá ser homologado y, en segundo lugar, y solo ante el caso de frustrarse dicho acuerdo, un procedimiento de “recomendaciones” en cuanto a las condiciones de cancelación del crédito: periodo de pago, quitas, reducción de tasas, constitución de garantías para asegurar el cumplimiento de este acuerdo, etc. Estas simples “recomendaciones” que parten del Conciliador Extrajudicial serán vinculantes si no se recurren en un plazo determinado o si, recurridas, son confirmadas (y homologadas) por el juez competente.

Lo innovador de este último sub-procedimiento es que el efecto homologatorio se extiende a todos los acreedores denunciados por el consumidor y que a la vez hayan sido citados por la Comisión, sin importar su falta de aceptación o la obtención de mayoría alguna. De esta situación se desprende la necesidad de una especial atención del juez competente para evitar recomendaciones abusivas que destruyan sustancialmente derechos de acreedores de buena fe, y además, la exigencia de un Conciliador Extrajudicial idóneo en dos aspectos elementales: El análisis económico-financiero y la conciliación. El mencionado proyecto de ley de la Senadora Negre de Alonso entiende que la Comisión Especial debe reunir representantes del poder ejecutivo (diferenciándose a un representante de AFIP, otro idóneo de las ciencias económicas y otro idóneo en las jurídicas), del Tribunal Arbitral de Defensa del consumidor y del Poder Judicial. Concuero con esta integración en cuanto a la calidad institucional y de órgano colegiado que fije las políticas y dirija a la Comisión Especial pero considero que, a los fines de abaratar costos y fomentar la celeridad (por ej. El régimen francés impone una demora máxima de seis meses para este procedimiento), sería conveniente que exista solo un Conciliador Extrajudicial por asunto y que, en cualquier caso, cumplan con ser “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 (...)”²⁴. En línea con las sugerencias de esta calificada doctrina, con el método de nuestra actual ley de Concursos y Quiebras, y también con el esbozado en el proyecto de ley de la Senadora Bongiorno²⁵ (en estos dos últimos casos, el síndico concursal), la figura

²³ Taormina, Gilles, *Théorie et pratique du droit de la consommation*, Marseille, ed. Université d’Aix en Provence, 2004, pág. 289; Côte, Nathalie, *Le nouveau dispositif de traitement du surendettement des particuliers*. Titre III de la Loi 2003-210 du 1/8/2003, en *La Semaine juridique*, n°46, 2003, pág. 1974. Citado en Kemelmajer de Carlucci op. cit. pág. 12.

²⁴ Kemelmajer de Carlucci op. cit. pág. 15.

²⁵ En el proyecto de ley relativo a los pequeños concursos, la Senadora Bongiorno mantiene, como auxiliar de justicia, al Síndico Concursal con la tradicional y exclusiva calidad de Contador Público.

del Contador Público parece la más apropiada para llevar adelante esta tarea puntual y adecuada a cada caso. Sin embargo, debo agregar la necesidad de herramientas en el ámbito de la conciliación que estos profesionales de las Ciencias Económicas deberían adicionar a sus currículas para poder acceder a este cargo; no se trata de una tarea eminentemente técnica y objetiva sino también de una función conciliadora esencial entre las partes que se ven vinculadas por relaciones financieras.

El proceso judicial

Es dable acceder a esta instancia en dos circunstancias: Cuando el deudor se encuentra en una situación irremediablemente comprometida o cuando se trata de un deudor de mala fe.

La normativa francesa reserva este procedimiento solo para el primer caso y se trata de aquella insolvencia tan grave que no permite el cumplimiento de un acuerdo conciliatorio ni de las llamadas “recomendaciones” antes referidas. En todo caso, se tratará generalmente de la manifestación por el propio deudor de su imposibilidad para cumplir con los términos fijados. Por ejemplo, cuando el seguir los lineamientos impuestos implica un plan que subordina al consumidor a una restricción patrimonial por más de diez años pero aun así sin poder cumplir con una parte sustancial del capital adeudado o si se trata de una persona con enfermedad terminal cuya expectativa de vida no supera a la espera otorgada, etc.

Considero que esta es la misma suerte que debe correr quien ha actuado insolventándose de mala fe pues debería ser un procedimiento encaminado a la liquidación del patrimonio a los fines de que el sujeto vuelva a ser un engranaje productivo más de la economía de consumo lo antes posible. De todas formas, y tal como se verá en el último apartado relativo a la rehabilitación, la mala fe acarreará sus consecuencias negativas para el deudor.

Este procedimiento debería tener similitudes con el actual ordenamiento concursal solo que imprimiendo mayor celeridad respecto de la liquidación o publicación de edictos, limitando los recursos²⁶ y adoptando al Conciliador Extrajudicial oportunamente asignado como Síndico Concursal. Adicionalmente el juez tendrá amplias facultades (teniendo en cuenta el dictamen de dicho profesional) para elaborar un programa de pagos a medida de la situación y ponderando especialmente la actitud (buena o mala fe) del deudor para hacerlo. Finalmente, si se decide la liquidación, y la misma no alcanza a abonar todos los créditos, el juez declarará sus respectivos saldos extintos así como la clausura total del procedimiento. Ahora bien, esta solución (que sostiene el régimen francés bajo análisis) es dirigida solo y exclusivamente para el consumidor que ha actuado de buena fe, sea o no culpable de su propia insolvencia. Me permito disentir con tal método respecto de dos

²⁶ Escuti (h.) Ignacio A., *Las cosas en su lugar: en la antípoda de la conservación de la empresa y algunas bases para una reforma del derecho concursal argentino. El pequeño concurso*, JA 1991-III-912.

supuestos especiales: el *deudor-consumidor de buena fe negligente* y el *deudor-consumidor de mala fe*. En el primer caso creo que se requiere una limitación y es la necesidad de imponer un breve periodo de inhabilitación (lejos de permitir la extinción directa de todas las obligaciones, la culpa en su sobreendeudamiento hace merecer un plazo para la definitiva rehabilitación); paralelamente, en el segundo caso (mala fe) reitero que sería conveniente incorporar a este deudor al proceso (solo a la faz judicial) y aplicarle un adecuado periodo de inhabilitación de acuerdo a la valoración del juez que no podrá ser inferior a un año. Estas eventuales disposiciones se explican en el siguiente apartado.

DERECHO A LA REHABILITACIÓN: NECESIDAD DE UN PERIODO APROPIADO SEGÚN LA CONDUCTA QUE SIGIÓ EL CONSUMIDOR

Tal como enseña la Dra. Farhi de Montalbán “en el concurso de la empresa, aunque sea la pequeña empresa, es posible sostener que la que resulta inviable debe ser liquidada. En la del consumidor, no es posible aplicar la concepción liberal de tinte sanitarista que propugna eliminar al insolvente”²⁷. Creo procedente el establecimiento de un periodo de rehabilitación en lo que respecta al régimen de insolvencia del consumidor, pero reservada a los dos supuestos antes mencionados: La culpa del consumidor y la mala fe del mismo. Considero de toda lógica imponerle al “deudor culpable” o “malicioso” un régimen de inhabilitación con las restricciones que impone la normativa general: Es con este sentido que, dada la discusión relativa a si sancionar un cuerpo único y separado de la ley concursal o bien incorporar normas específicas en nuestra actual LCQ²⁸, me inclino por este último supuesto y su eventual referencia explícita a las disposiciones de la ley concursal en todo lo referente al periodo de rehabilitación del consumidor.

El sobreendeudamiento culpable

El primer caso, reitero, se refiere a la actitud negligente del deudor que, contando con información y medios para prevenir la insolvencia, actúa sin la diligencia mínima exigible y concluye en una situación de sobreendeudamiento. Evidentemente, estos casos solo pueden darse en el llamado endeudamiento activo ya que lo fortuito queda fuera del ámbito de la culpa. El argumento para encuadrar a este deudor en el procedimiento especial del consumidor es que continúa siendo un deudor de buena fe y por ello merece las mismas herramientas; asimismo, puede ocurrir que ciertos acreedores se entiendan agraviados por la actitud negligente del consumidor y por ello reclamen su tratamiento en el régimen general de la LCQ. A este eventual planteo, sigo justificando su inserción en el régimen especial, simplificado y económico para el consumidor por la siguiente razón técnico-financiera; a toda situación de endeudamiento activo, le es plenamente aplicable el “modelo de la caja del sudor”²⁹ (“Sweat box model”): Aquél emisor del crédito consideró antes de la insolvencia el gran riesgo crediticio derivado de la obligación y de esta forma previó medios para cobrar cantidades sustanciales del mismo (ya sea a través del interés o de comisiones, seguros, etc.) descontando los flujos futuros de efectivo que no esperaban cobrarse o que resultaban difíciles de poder cobrar en su totalidad. En definitiva, los supuestos perjuicios y riesgos para el acreedor de encuadrarse en el régimen general o en

²⁷ Farhi de Montalbán, Diana, *La insolvencia del consumidor: el problema social globalizado que debe preocupar a la comunidad*, en VI Congreso Argentino de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano sobre la insolvencia, Rosario, ed. UNR y UCA, 2006, t. II, pág. 103.

²⁸ Raspall Miguel Ángel, op. cit. págs. 3 y 4.

²⁹ Para mayores referencias, ver Anchaval, Hugo Alberto, *Los límites de la quita concursal, ¿Son recomendables para un consumidor sobreendeudado?*, Sup. CyQ, 27, La Ley 2008-E, 1339, pág. 4.

este especial (cuyas diferencias sustanciales se basan en la celeridad, restricciones al derecho de recurrir resoluciones y gratuidad), ya habrían sido absorbidos en las altas tasas de interés que la entidad financiera hubiere impuesto.

En conclusión, este consumidor tendrá derecho a alcanzar una conciliación y/o plan de pagos homologado en línea con lo dispuesto en la sección relativa al procedimiento. Ahora bien, si no se lograsen dichas previsiones, lo más equitativo considerando la culpa del deudor, sería imponer un periodo de inhabilitación posterior a la liquidación, no solo como medida sancionatoria del actuar imprudente sino también como prevención y estímulo a la atención e instrucción que debería proveerse el propio consumidor en todo lo referente a su situación financiera. Considero que este periodo de rehabilitación debería regirse por el actual plazo de un año³⁰, el cual es relativamente breve y por ello permitirá evitar grandes perjuicios para el deudor a la vez que dicha temprana rehabilitación redundará en beneficios para la sociedad de consumo.

La mala fe en el sobreendeudamiento

Como se ha mencionado *ut supra*, la mala fe del consumidor debiera implicar su subordinación al régimen especial pero solo restringida a la faz judicial. Considero necesario que, aun siendo de mala fe, el consumidor pueda obtener una respuesta rápida a su desequilibrio patrimonial por los siguientes fundamentos: la noción del consumidor (más allá de sus intenciones y maniobras) como motor del desarrollo, la mano de obra, la producción intelectual, el consumo, el producto bruto, la recaudación fiscal, en fin, la retroalimentación del sistema capitalista. Una vez fundado este régimen será necesario un estudio detallado de la actitud del deudor para interpretar el “grado de mala fe” que ha exteriorizado: este concepto, abstracto y tan diverso dependiendo de las circunstancias, me lleva a deducir que el juez deberá analizar en cada caso concreto el grado de responsabilidad del consumidor sobreendudado para imponer un específico plazo de rehabilitación. Es importante ponderar no solo la mala fe desde el momento de la insolvencia (principalmente, maniobras para licuar patrimonio, endeudamientos desmedidos en relación con un nivel de vida razonable o con la proyección de ingresos del sujeto, etc.) sino también en lo que respecta al procedimiento mismo (ocultar información, retardar diligencias, etc.). Así, la diversa naturaleza que puede adoptar un actuar malicioso será ponderada para imponer un plazo de rehabilitación que debería ubicarse entre uno y seis años (dicho máximo deriva del antiguo criterio para la rehabilitación que legislación derogada sancionaba respecto de la quiebra fraudulenta). Es así como, mediante el extenso plazo de rehabilitación se restringirán las inequidades señaladas por vastas corrientes doctrinarias³¹ en cuanto a una rápida liberación, rehabilitación y sencilla reinserción en el mercado.

³⁰ Art. 236 de la Ley de Concursos y Quiebras 24.522. Disponible en <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/25379/texact.htm> (Noviembre de 2013)

³¹ Ver Baracat, Edgar José, *Pequeñas quiebras y deudores de mala fe*, La Ley 2009-B, 1229.

CONCLUSIÓN

Esta obra tuvo como objetivo esbozar las principales nociones que deben ser tenidas en cuenta a los fines de sancionar un adecuado régimen de insolvencia para el consumidor. Dada la relevancia social, económica y hasta política de este particular agente resulta indispensable tener a la vista las nociones enunciadas y siempre considerando aspectos interdisciplinarios: desde el Marketing, pasando por la Economía y las Finanzas (personales y corporativas), pero también teniendo en cuenta el contexto sociológico para finalmente encuadrar las disposiciones en nuestro ordenamiento jurídico correctamente.