

## LA TUTELA DEL CONSUMIDOR SOBREENDEUDADO EN EL DERECHO ARGENTINO\*

ANDRÉS NICOLÁS BELTRAMO Y EMILIANO ESTEVARENA\*\*

**Resumen:** El sobreendeudamiento es un fenómeno social al cual el derecho debe adaptarse. Se discute el encuadre de los institutos del derecho común argentino (por ejemplo, la lesión) en el marco del sobreendeudamiento, así como se analiza cómo se ponderarían los derechos constitucionales ante esta problemática social.

**Palabras clave:** sobreendeudamiento – mercado de microfinanzas – derecho a la información – Ley de Defensa del Consumidor – usura – alza unilateral de los intereses – lesión – teoría de la imprevisión – concurso preventivo – derechos constitucionales.

**Summary:** Over-indebtedness is a social phenomenon to which law must provide a solution. The aim of this article is to analyze, on the one hand, whether and how Argentinean defences to contract enforceability (e.g. usury), bankruptcy law, and consumer law apply in case of over-indebtedness and, on the other hand, how Argentinean constitutional rights may be balanced in such case.

**Keywords:** over-indebtedness – microfinance market – right to information – argentinean consumer law – usury – unilateral rise of interest rates – undue influence – commercial impracticability – bankruptcy – constitutional rights.

### I. INTRODUCCIÓN

Si bien de manera fragmentaria, no hay duda alguna de que el fenómeno del sobreendeudamiento se encuentra tutelado por nuestro ordenamiento jurídico. Este trabajo busca encuadrar la cuestión del sobreendeudamiento en torno al Derecho argentino, recorriendo aquéllos institutos que, sin decirlo expresamente, de todas

\* Primer puesto del XI Concurso “Dr. Ignacio Winizky” sobre Derecho de los Consumidores – 20 años de vigencia de la Ley N° 24.240, año 2013. El jurado estuvo conformado por los Profs. Carlos A. Gherzi, Ramón D. Pizarro y Gabriel A. Stiglitz.

Recepción del original: 10/03/2014. Aceptación: 31/05/2014.

\*\* Ayudantes alumnos de la asignatura Contratos Cíviles y Comerciales en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en la Cátedra Ameal-Barocelli.

maneras son plenamente aplicables para prevenir y morigerar la situación del consumidor sobreendeudado.

Asimismo, se analizarán los conflictos entre los derechos a ejercer la industria lícita, a la propiedad, a la vivienda, a la información, y al desarrollo económico. También estará presente la función del consumo en la sociedad actual y la forma en la que se financia el consumo, temas que hacen en gran medida a la problemática.

## II. CONCEPTO

El sobreendeudamiento de los consumidores se puede definir, en un sentido restringido, como la incapacidad del consumidor de pagar todas sus deudas íntegramente y a tiempo, de manera crónica, es decir, en diversos períodos consecutivos y contra su voluntad.<sup>1</sup>

En otras palabras, hay consumidores cuyo ingreso disponible tras haber incurrido en los gastos diarios, como los de subsistencia, es insuficiente para afrontar las deudas que han contraído. Este hecho que escapa a la voluntad de los consumidores, toma un aspecto dinámico al acumularse una deuda que incrementa en el largo plazo y genera sobreendeudamiento.

El sobreendeudamiento es una problemática social y económica que expone a los consumidores a una situación de vulnerabilidad producto de la naturaleza de la sociedad de consumo y del funcionamiento mercado crediticio.

En este sentido, lo que diferencia el sobreendeudamiento de un mero endeudamiento o de un estado de cesación de pagos son dos caracteres:

- A. La existencia de un endeudamiento crónico o progresivo.
- B. La vulneración del consumidor en la sociedad de consumo y en el mercado crediticio o de finanzas.

Básicamente, estos dos caracteres se alimentan el uno al otro. En primer lugar, existe en la sociedad actual una política de fomentar el consumo. Ahora bien, no siempre un consumidor puede acceder al consumo. Por lo tanto, esta necesidad es satisfecha por el mercado crediticio o de finanzas, a través del cual se financia el consumo. Sin embargo, ese mercado está conformado por proveedores e inversores que buscarán obtener una ganancia a través del servicio que brindan o de la cotización de dicho servicio en el mercado de valores. Esto puede hacer que los actores

1. KAPPEL, V., KRAUSS, A., LONTZEK, L., *Over-Indebtedness and Microfinance – Constructing an Early Warning Index*, Center for Microfinance, University of Zurich, p. 7, consultado en [<http://www.accion.org/Document.Doc?id=899>] el 04/07/2013.

del mercado de finanzas utilicen políticas de expansión agresivas en el mercado de finanzas para acrecentar sus ganancias. Como consecuencia de ello, pueden ocurrir dos cosas. La primera es una burbuja económica en el mercado de finanzas, lo que puede provocar una crisis económica. La segunda es un incremento en los factores que contribuyen al sobreendeudamiento, como la posibilidad de que un consumidor tome préstamos múltiples. En este sentido, un mercado de finanzas expansivo le da al consumidor una mayor oferta de créditos para el consumo, la cual suele estar atada a disminuciones en la calidad del crédito ofrecido como lo son la reducción de los requisitos para contraer créditos y las tasas de interés usurarias. Este esquema de financiación si bien le permite al consumidor acceder a créditos con facilidad también conlleva el riesgo de que empiece a endeudarse de forma crónica, es decir, a contraer deudas de forma progresiva sin poder hacerles frente. Finalmente, es esa acumulación de deudas lo que coloca al consumidor en una situación de vulnerabilidad.

El sobreendeudamiento puede ser pasivo o activo. Es pasivo cuando la renta de los consumidores de por sí es insuficiente para hacer frente a las deudas que contraen debido a una situación completamente desligada del crédito. En cambio, el sobreendeudamiento activo se da cuando el consumidor obtiene créditos sin medir si puede hacer frente a ellos o no, lo que suele darse en casos como los de las tarjetas de crédito. En este tipo de sobreendeudamiento se suele recurrir a la contratación de préstamos múltiples a los fines de cancelar préstamos previamente contratados.<sup>2</sup>

La Universidad de Zurich ha hecho un estudio en el cual se detallan una serie de indicadores económicos que pueden servir para medir y prevenir el sobreendeudamiento en las distintas economías o países. A continuación, mencionaremos brevemente algunos de estos indicadores:

1. Crecimiento del PBI per cápita: La recesión en la economía de un país reduce el ingreso de los consumidores. En esta situación, aunque los ingresos disminuyan, el costo de vida y los montos de las deudas permanecerán estables lo que puede generar problemas a la hora de afrontar las deudas y aumentar el riesgo de sobreendeudamiento en el largo plazo. Si a esto se le suma el hecho de que los consumidores empiecen a pedir créditos a otros prestamistas, aún mayor será el riesgo de sobreendeudamiento.
2. Inflación: Respecto del sobreendeudamiento, la inflación actúa como un arma de doble filo. Por un lado, al haber más dinero disponible y al

2. ADICAE (Gabinete de Estudios ADICAE Servicios Centrales y ADICAE - Extremadura), pp. 17-18, consultado en [<http://proyectos.adicae.net/proyectos/autonomicos/extremadura/sobreendeudamiento/libro%20sobreendeudamiento.pdf>] el 27/07/2013.

mantenerse las deudas estables a un valor nominal, la inflación debería disminuir el riesgo de sobreendeudamiento a largo plazo. Sin embargo, la inflación eleva el costo de vida y reduce el ingreso en términos reales, lo que dificulta al consumidor afrontar sus deudas, dado que una porción aún mayor de su ingreso se destinará a los gastos diarios.

3. Corrupción: En aquellos países con altos grados de corrupción, los prestamistas no adhieren a las políticas crediticias de las instituciones de microfinanzas<sup>3</sup> (IMFs) ni ejercerían su actividad económica basándose en decisiones crediticias fundadas.
4. Penetración de mercado: Esto hace referencia a la cantidad de clientes que manejan las IMFs. Ante la saturación del mercado de las IMFs, el servicio que provean será de menor calidad y mayor precio que el que provea un mercado de competencia perfecta. Dicha saturación se produce por el aumento en la cantidad de deudores tomando créditos de diversos prestamistas. Aunque la mayoría de estos préstamos se hagan a gente dentro de la población económicamente activa, una gran parte de estos créditos son tomados por gente por debajo de la línea de pobreza, quienes están expuestos a un mayor riesgo de sobreendeudamiento.
5. Objetivos de crecimiento y mercado: Si los objetivos de crecimiento del mercado de microfinanzas son agresivos, los requisitos mínimos para otorgar créditos se reducen y las metodologías de préstamo varían, lo que aumenta el riesgo de sobreendeudamiento.
6. Préstamos múltiples y calidad y uso del sistema de información crediticia: Este es un factor clave del sobreendeudamiento. La razón por la cual los deudores tienen la posibilidad de tomar créditos de distintos prestamistas es la falta de información en el mercado de microfinanzas. Por un lado, no es posible estimar la extensión de este fenómeno. Por el otro, los distintos prestamistas sufren de esta falta de información, ya que rara vez tienen la posibilidad de cruzar referencias o intercambiar información con otros proveedores. Esto hace que los prestamistas provean créditos ignorando que sus clientes han tomado a su vez créditos de otros prestamistas. Asimismo, dada esta falta de información, rara vez los prestamistas discriminan a los deudores según hayan contraído deudas previamente o no. Un intercambio de información fluido y veraz entre los deudores y los prestamistas disminuye el riesgo de sobreendeudamiento, ya que los deudores no estarían dispuestos a tomar más créditos de los que pueden afrontar ni los prestamistas a prestar dinero

3. Son organismos creados para conceder créditos a gente de bajos ingresos, lo que incluye prestamistas informales, bancos, mercados de valores, ONGs, así como a sus entes reguladores.

a quienes no puedan afrontar los créditos. Esto resulta en un incremento en la calidad de los préstamos y, por tanto, de la riqueza del mercado de las microfinanzas.

De los indicadores enunciados podemos sacar algunas conclusiones acerca del mercado de microfinanzas. La primera es la falta de información en el mercado. Ni los consumidores poseen suficiente como para saber qué y cuántos créditos tomar, ni los proveedores, en su mayoría prestamistas informales, tienen idea de la situación crediticia de los consumidores. La falta de información eleva los riesgos para ambos el consumidor y el proveedor. El consumidor se perjudica al ver que de pronto no puede afrontar su deuda sino refinanciarla y, finalmente, perder su patrimonio ante la ejecución de dichas deudas.

En este sentido, el proveedor está obligado a proveer incluso la información que ignorase (art. 4 Ley 24.240 y mod.). Respecto del sobreendeudamiento, entonces lo que el proveedor deberá saber, y averiguar si no lo supiere, es la situación crediticia del consumidor, esto es, cuántas deudas posee el consumidor y si puede o no afrontarlas.

Lo discutido en el párrafo anterior abre pie al segundo problema: que los consumidores toman préstamos múltiples, en otras palabras, de varios prestamistas. Ahora bien, si los proveedores quisieran cumplir con el deber de información, deberían intercambiar entre sí los datos privados de los distintos clientes que tengan. Este intercambio, sin embargo, debe hacerse bajo dos requisitos: cumplir la ley de hábeas data y no resultar en una práctica abusiva (como escraches públicos). El intercambio será necesario dado que no hay mejor forma de prevenir el sobreendeudamiento que alertar a los proveedores que los consumidores ya poseen deudas, y disuadirlos así de otorgar préstamos que probablemente no sean pagados.

El tercer problema surge del sobrecalentamiento del mercado de microfinanzas. Esto es un asunto serio, dado que los que salen perjudicados por el sobrecalentamiento son en primera y última instancia los consumidores, que poco y nada tienen que ver con esta situación. En un esquema simple, el consumidor contrae una deuda con el proveedor. Dicha deuda tendrá un plazo y, por lo tanto, durante ese tiempo, ese dinero permanecerá inmovilizado. Esta situación es perjudicial para los proveedores de créditos, quienes necesitan liquidez. Por ello, los proveedores cederán o constituirán un fideicomiso financiero sobre las deudas para que se comercialicen en el mercado financiero y así obtener liquidez. Esta liquidez obtenida por el proveedor a través del mercado financiero es lo que le permite proveer préstamos múltiples, dado que hay un tercero financiando el mercado crediticio. Si este crecimiento se da de forma desmedida, el consumidor se verá alentado a tomar más créditos de los que puede afrontar, y ante la primera caída del mercado de microfinanzas, dichas deudas se ejecutarán y harán perder al consumidor su patrimonio.

Como opinión personal de este punto, los proveedores deberían negarle préstamos múltiples a aquellos que están en condiciones de pobreza, especialmente si no pueden afrontar las deudas desde el momento que las contraen. La pobreza no es algo que puede combatir el sector privado, sino que la solución a este problema debe venir de la mano de una política pública del Estado. El proveer créditos no siempre garantiza la posibilidad de crecimiento económico del consumidor y, otras veces, genera el efecto contrario.

El cuarto problema está en la regulación de la actividad, especialmente sobre los prestamistas informales. Este problema gira en torno a la ética, y hacia qué clase de interés cobran dichos prestamistas. La usura en el sobreendeudamiento es uno de las temáticas que se deben discutir en la sociedad.

Otro aspecto de la regulación de la actividad es el control estatal sobre estas entidades. Los prestamistas informales, así como las entidades financieras, deberían estar regulados de forma única a los fines de unificar criterios.

Asimismo, deberían existir medidas para prevenir el sobreendeudamiento. En este respecto, hay dos medidas que podrían resultar útiles. La primera es la educación en el consumo, especialmente en las escuelas secundarias y en talleres populares, para concientizar al consumidor sobre las consecuencias del sobreendeudamiento. La otra medida podría ser un registro único de deudas de consumidores. Sería útil tener esta información a mano, para así tomar decisiones crediticias menos riesgosas para ambas partes.

### III. RECEPCIÓN JURÍDICA

#### III. A. Créditos al consumidor, artículo 36 de la Ley de Defensa al Consumidor

La norma mencionada hace referencia a los contratos bancarios y al crédito al consumo. Respecto de los contratos bancarios y el sobreendeudamiento, el énfasis está en las operaciones activas, esto es, los créditos para el consumo que otorgan dichas entidades.

El Sistema de Defensa del Consumidor considera a los bancos como proveedores de servicios financieros, en el sentido de la Ley de Defensa al Consumidor y no en el de la locación de servicios.

La protección de dichos créditos abarca:

- A. Los préstamos con destino final, como la adquisición de automóviles o para la vivienda.
- B. Las tarjetas de crédito.

C. Las tasas de interés bancario.

Asimismo, la norma pone en cabeza de los bancos o entidades financieras el deber de información sobre las condiciones particulares de la financiación. Como ejemplo, la jurisprudencia determinó que en los contratos de tarjeta de crédito el resumen de cuenta no es la vía idónea para comunicar a los consumidores que se han incluido y devengado cargos no convenidos por las partes.<sup>4</sup>

El artículo 36, a su vez, habla de las mal llamadas ventas de créditos, que en realidad se “otorgan” para la adquisición de bienes y servicios. La norma regula tres clases créditos:

- A. El que otorga el vendedor de un bien o servicio.
- B. El que otorga un tercero para la adquisición de un bien o servicio.
- C. El que concede las entidades financieras.

En materia de operaciones de crédito para la adquisición de cosas o servicios, se exige bajo pena de nulidad la siguiente información:

- A. La descripción del bien o servicio objeto de la contratación.
- B. Su precio de contado.
- C. El monto inicial a desembolsar y el monto financiado.
- D. La tasa de interés anual.
- E. El costo financiero total.
- F. El sistema de amortización de intereses.
- G. La cantidad, periodicidad y monto de los pagos a realizar.
- H. Los gastos extra o adicionales si existieren.

Así, la norma busca un consentimiento informado, lo que funciona como prevención del sobreendeudamiento toda vez que el consumidor esté informado de su capacidad para afrontar las deudas que contraiga. La sanción por la omisión del deber de información es la nulidad parcial o total del contrato a favor del consumidor, prefiriéndose la conservación del contrato, dado que la financiación hace a la sustentabilidad económica del consumidor. En el caso de que se omita informar la tasa de interés efectiva anual, se aplicará la tasa pasiva anual promedio difundida por el Banco Central de la República Argentina.

En los préstamos destinados a vivienda se agregan exigencias especiales para el otorgamiento del crédito. El prestamista deberá ser un banco del Estado o bien una entidad de ahorro y préstamos para vivienda (art. 25 inc. c) Ley 21.526). Asimismo,

4. CNFed.CAdm., sala III, “Banco Sudameris SA c/DNCI-DI”, LL. Online.

se configura un estado de necesidad; por lo tanto, ante una desproporción es aplicable el instituto de la lesión (art. 332 Cód. Civil y Comercial de la Nación).

El artículo 36 también da pautas para identificar cláusulas abusivas respecto de los contratos bancarios y de créditos al consumo:

- A. La que establece la rescisión unilateral sin causa sin un derecho igual para el consumidor.
- B. La que reserva, sin motivos válidos y especificados en el contrato, el derecho de fijar unilateralmente la fecha de ejecución del crédito.
- C. La que faculta establecer incrementos de precios por servicios, accesorios, financiamiento o recargo, salvo que dichos incrementos correspondan a prestaciones adicionales sobre las cuales el consumidor pueda contratar libremente y se computen e informen por separado.
- D. Las que obligan firmar como garantía un pagaré en blanco.

El artículo 36 también tutela los intereses del crédito, los cuales pueden impugnarse como abusivos por no tener causa, por ser usurarios o por ser sorpresivos.

También se protegen los créditos al consumo que poseen las siguientes características:

- A. El prestamista financia la adquisición de un bien o servicio proveído por una persona distinta a la suya.
- B. Hay un acuerdo, por más ínfimo que sea, entre proveedor y prestamista.
- C. El crédito se otorga en razón de la adquisición del bien o servicio.

En este caso, si la adquisición del bien o servicio dependiere del otorgamiento de un préstamo, si éste no se otorgare, el consumidor puede pedir la rescisión del contrato principal sin costo alguno.

En resumen, la norma es útil a la hora de prevenir el sobreendeudamiento, ya que pone especial énfasis en el derecho a la información, especialmente sobre el costo financiero total y los gastos adicionales (que suelen ser riesgos de la empresa imputados al consumidor). Respecto de cómo proteger a aquél que se halla en situación de sobreendeudamiento, la norma deja mucho que desear, pero al menos vemos como un punto de partida los supuestos por los cuales se puede considerar una cláusula abusiva.

### III. B. Usura

El bien jurídico protegido por el delito de la usura es el derecho a la propiedad, ante las contraprestaciones exageradas que disminuyan el patrimonio de la víctima

del delito. Para analizar la usura como tipo penal es necesario tener en cuenta sus dos modalidades, la usura propiamente dicha y el negocio de crédito usurario.

La usura propiamente dicha es aquella que se hiciera “aprovechando la necesidad, la ligereza o la inexperiencia de una persona [para que] le hiciera dar o prometer [al autor del delito], en cualquier forma, para sí o para otro, intereses u otras ventajas pecuniarias evidentemente desproporcionadas con su prestación, u otorgar recaudos o garantías de carácter extorsivo” (art. 175bis Cód. Penal).

El primer requisito del tipo penal es la existencia de una prestación de contenido económico debido por el sujeto pasivo (víctima) o un tercero al agente (autor). Esta contraprestación activa, a su vez, debe hacerse “aprovechando la necesidad, la ligereza o la inexperiencia” del sujeto pasivo.

En este delito, necesidad se entiende por cualquier apuro económico del sujeto pasivo, siempre y cuando no esté fundado en un mero afán especulativo; ligereza es la irreflexión del sujeto pasivo; e, inexperiencia es la falta de conocimientos con relación al negocio en que el sujeto pasivo se halla envuelto.

La acción típica de la usura es hacerse dar o hacerse prometer por el sujeto pasivo intereses o ventajas patrimoniales evidentemente desproporcionadas con la prestación, o recaudos o garantías de carácter extorsivo. Las ventajas patrimoniales deben ser susceptibles de apreciación pecuniaria.

La acción típica se consuma cuando el acreedor recibe los intereses o las ventajas desproporcionadas, o cuando recibe los bienes que constituyen la garantía o seguridad extorsiva.

La culpabilidad se configura con el conocimiento del agente sobre la necesidad, ligereza o inexperiencia del sujeto pasivo, el conocimiento de las ventajas patrimoniales o de lo extorsivo de las garantías, y la voluntad de sacar provecho de esa situación.

El 2º párrafo del artículo 175 bis penaliza el negocio de crédito usurario, lo que incluye la adquisición, transmisión o ejecución a sabiendas de un crédito usurario. Crédito usurario hace referencia a la prestación descrita en el primer párrafo del artículo 175 bis del Código Penal, esto es, la usura propiamente dicha. El perfeccionamiento de alguna de las acciones descritas en el tipo penal supone la consumación del delito de crédito usurario. La culpabilidad de la acción típica se mide con su consumación a sabiendas de que el crédito era usurario.

Por último, hay un agravante de este delito, si fuere cometido por un “prestamista o comisionista usurario profesional o habitual”. No se discutirá acerca de lo positivo o negativo de este agravante. Pero sí se remarcará la importancia de que los prestamistas y comisionistas profesionales den el ejemplo de cómo llevar a cabo un negocio crediticio respetando la buena fe.

La razón por la cual se desplegó el tipo penal con tanto detalle porque el principio de legalidad en el ámbito del derecho penal contenido en el art. 18 de la Constitución Nacional exige que el tipo penal contenga de manera expresa y precisa

el hecho punible. Esta es la única forma de hacer un encuadre responsable del sobreendeudamiento en la usura.

Ahora bien, respecto del sobreendeudamiento, la usura sólo sería encuadrable respecto de aquellos créditos que supongan una ventaja desproporcionada desde su generación. El problema de este encuadre recae en que el sobreendeudamiento suele darse por acumulación de deudas con ventajas proporcionales al negocio celebrado. Sin embargo, estirar el tipo penal para encuadrarlo en esta situación no es algo viable dentro del derecho penal por lo mencionado en el párrafo anterior.

El tipo penal de usura resulta beneficioso para la prevención del sobreendeudamiento en tanto prohíbe que terceros lucren con un acto ilícito. Asimismo, este tipo penal ayuda a prevenir al sobrecalentamiento del mercado de microfinanzas producido por los proveedores que negocian con créditos usurarios.

### III. C. El alza unilateral de los intereses

Un supuesto especial de usura es el que está relacionado al alza unilateral de los intereses. Como esta cuestión viene de los principios generales del derecho y de la doctrina, no la consideraremos dentro del derecho penal, debido a la interpretación restrictiva de dicha rama del derecho, sino como un ilícito civil, encuadrable bajo el instituto de la lesión.

En Defensa del Consumidor es aplicable la sanción de nulidad sobre el alza unilateral de intereses en un crédito al consumidor por tratarse de una modificación unilateral del contrato que genera un desequilibrio en la base de los negocios jurídicos, al incrementar los derechos del proveedor y las cargas del consumidor (art. 37 Ley 24.240 y mod.).

### III. D. Lesión

El artículo 332 del Código Civil y Comercial de la Nación regula el instituto de la lesión cuyo su ámbito de aplicación recae sobre los contratos bilaterales. La lesión es un vicio del consentimiento del contrato que tiene un elemento objetivo y dos subjetivos.

Como elemento objetivo está la desproporción originaria, esto es, en la génesis del contrato. En otras palabras, debe haber un desequilibrio entre las prestaciones en cabeza de las distintas partes desde el momento en que se origina el contrato. Para que la lesión sea aplicable, dicho desequilibrio deberá seguir subsistiendo.

Los elementos subjetivos de la lesión son el estado de necesidad, ligereza o inexperiencia del afectado, por una parte, y el aprovechamiento de tal situación, por la otra parte. En este sentido, los elementos subjetivos de la lesión y la usura son similares.

Ante esta situación, el afectado puede pedir la nulidad del contrato o el reajuste de las prestaciones, prefiriéndose la subsistencia del contrato antes que la nulidad. Por ello, si el demandado ofreciere reajustar las prestaciones, no se declarará la nulidad parcial del contrato.

El instituto de la lesión resulta insuficiente para tutelar el sobreendeudamiento por dos motivos. En primer lugar, para que se configure la lesión la desproporción del negocio jurídico debe ser originaria, mientras que en el sobreendeudamiento la desproporción suele darse por la acumulación de deudas en el largo plazo. Por otro lado, el problema del sobreendeudamiento no recae en la desproporción de cada prestación en sí, sino en la totalidad los créditos contraídos por el consumidor. Un crédito otorgado al consumidor sobreendeudado puede no ser desproporcionado en sí y, sin embargo, generar una carga gravosa si se considera la totalidad del pasivo del consumidor.

### III. E. Teoría de la imprevisión y excesiva onerosidad sobreviniente

Ahora, analizaremos si la teoría de la imprevisión (art. 1091 Cód. Civil y Comercial de la Nación) sirve como instituto protectorio ante el sobreendeudamiento. Para ello, primero desmenuzaremos las diferencias entre la teoría de la imprevisión, la excesiva onerosidad sobreviniente y la imposibilidad de cumplimiento.

Una de las características de la teoría de la imprevisión es el carácter excepcional de las circunstancias, es decir, que la situación sea imprevisible, esté exteriorizada y sea inevitable. Ahora bien, el sobreendeudamiento no cumple los requisitos de imprevisibilidad e inevitabilidad. La situación es previsible, sea por usura, lesión o por acumulación de deudas. El sobreendeudamiento también es evitable tanto por el proveedor como por el consumidor, aunque dada la naturaleza de la relación de consumo es el proveedor quien tiene más herramientas para evitar esta situación. Por otro lado, una vez que el consumidor está en una situación de sobreendeudamiento, le es imposible salir de esa situación sin ver su patrimonio ejecutado para afrontar las deudas, ya que en esta situación la subsistencia del consumidor empieza a depender de si consigue o no más créditos para financiar su situación.

Otro requisito de la teoría de la imprevisión es que haya una alteración en la equivalencia de las prestaciones. Lo que se busca a través de la teoría de la imprevisión es evitar el enriquecimiento desmesurado de una parte y la ruina de la otra. En este punto hay que hacer especial hincapié. Si bien el sobreendeudamiento no encuadre por ser previsible y evitable en el corto plazo, el resultado final del sobreendeudamiento es justamente lo que la ley busca evitar.

Relacionado al requisito anterior está la excesiva onerosidad sobreviniente. Esto quiere decir que en algún momento de la etapa contractual, luego de la celebración del contrato (si fuera en su generación sería lesión), tiene que ocurrir un hecho que haga que el cumplimiento del contrato por una de las partes se torne gravoso

y pueda producirle ruina. En esta etapa, el cumplimiento aún debe ser posible; de lo contrario, habría imposibilidad de cumplimiento y el contrato se extinguiría por caso fortuito o fuerza mayor.

Los últimos dos requisitos de la teoría de la imprevisión son que el contrato continúe en su ejecución, y que el deudor no sea moroso. Que la falta de mora haga viable la teoría de la imprevisión es otro factor que no permite encuadrar el sobreendeudamiento dentro de este instituto. Esto es porque el sobreendeudamiento a la corta o a la larga implica necesariamente la morosidad, dado que el consumidor en esta situación es incapaz de hacer frente a la totalidad de sus deudas.

Distinto aunque similar a la teoría de la imprevisión es el instituto de la excesiva onerosidad sobreviniente. Tiene la misma finalidad que la teoría de la imprevisión: evitar que una parte se enriquezca a costa de la ruina de la otra. El artículo 6.2.2 de los principios generales de los contratos de UNIDROIT indica que la excesiva onerosidad sobreviniente se dará cuando “ocurren sucesos que alteran fundamentalmente el equilibrio del contrato, ya sea por el incremento en el costo de la prestación a cargo de una de las partes, o bien cuando existe una disminución a cargo de la otra”. La diferencia entre estos dos institutos radica en que la excesiva onerosidad sobreviniente, a diferencia de la teoría de la imprevisión, tiene en miras la extinción del contrato antes que su supervivencia.

El artículo 6.2.2 de los principios generales de los contratos de UNIDROIT enumera los siguientes requisitos para que la excesiva onerosidad sobreviniente sea viable: “a) dichos sucesos ocurren o son conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato; b) dichos sucesos no pudieron ser razonablemente previstos por la parte en desventaja al momento de celebrarse el contrato; c) dichos sucesos escapan al control de la parte en desventaja; d) la parte en desventaja no asumió el riesgo de dichos sucesos”. El problema de encuadrar el sobreendeudamiento bajo este instituto radica en los incisos b) y d) de la norma citada. En primer lugar, salvo que el consumidor alegue no tener la educación suficiente como para haber previsto este escenario, el sobreendeudamiento es previsible. En segundo lugar, pedir un crédito conlleva necesariamente el riesgo de que la propiedad de uno sea ejecutada ante el incumplimiento de devolver el dinero prestado, sea el consumidor consciente de este riesgo o no; por lo tanto, no podría encuadrarse el sobreendeudamiento bajo la excesiva onerosidad sobreviniente.

### III. F. En la Ley de Concursos y Quiebras

La Ley de Concursos y Quiebras, en especial el instituto del concurso preventivo, presenta una relación especial con el tema del sobreendeudamiento, en la medida que el concurso preventivo se presenta como una solución legal ante el estado de cesación de pagos (art. 1, Ley 24.522) de los consumidores (art. 2, Ley 24.522).

Se considera que el concurso preventivo es el principal remedio legal que la ley ofrece ante el estado de cesación de pagos, tratando de evitar el camino de la quiebra.

La razón por la cual el sobreendeudamiento es encuadrable dentro de la Ley de Concursos y Quiebras es que el sobreendeudamiento lleva inevitablemente al consumidor a un estado de cesación de pagos, el presupuesto objetivo del concurso preventivo. Asimismo, el consumidor cumple el presupuesto subjetivo para la existencia de un concurso preventivo dado que la Ley de Concursos y Quiebras en su artículo segundo considera como sujetos comprendidos a las personas de existencia visible y a las personas jurídicas de carácter privado.

Se considera que el procedimiento concursal más viable para el caso del consumidor es aquél regulado en el artículo 288 de la Ley de Concursos y Quiebras, el pequeño concurso. Este procedimiento se da cuando el concursante posee un pasivo menor a los cien mil pesos o menos de veinte acreedores quirografarios. Este artículo agrega otro presupuesto el cual es aplicable en especial para las pequeñas y medianas empresas.

Ahora bien, lo que ha de discutirse es si el concurso preventivo es una solución legal suficiente y por qué. El primer problema que se presenta es cuándo debería proceder el concurso preventivo del consumidor. En este sentido, esperar a que el consumidor entre en un estado de cesación de pagos le sería gravoso por el hecho de que se ve vulnerado en sus derechos de acceso al consumo y de protección de su interés económico y, sumado a ello, inmerso en una situación de vulnerabilidad producida por su insolvencia económica. Ante esto, se ha indicado que el concurso preventivo de los consumidores proceda incluso ante dificultades económicas o financieras de carácter general,<sup>5</sup> como en los concursos extrajudiciales (art. 69 Ley 24.522).

El segundo problema que se presenta es que en el concurso preventivo no hay espacio para detenerse a debatir en qué medida el sobreendeudamiento del consumidor es provocado por sus acreedores. Es decir, no existe un remedio legal que opere ante el incumplimiento de la responsabilidad social que tienen los proveedores sobre los consumidores de evitar el sobreendeudamiento del consumidor. Consecuentemente, se descarta la idea de que las quitas en las deudas que se conceden en el marco de un concurso preventivo sean remedio legal suficiente ante el incumplimiento de un proveedor de la protección de los intereses económicos del consumidor. Esto se debe a que si el proveedor obtiene ganancias a costa del empobrecimiento del consumidor, esta conducta debería ser castigada por otras vías como en los casos de enriquecimiento ilícito.

5. BIETTO, P. A., COLOMBO, M. C., y GÓMEZ SEGURA, J. C., *El sobreendeudamiento del consumidor en el derecho argentino, ¿es adecuada la respuesta del legislador?*, consultado en [<http://www.jndc.com.ar/00%2008/08%2004.htm>] el 19/02/2014.

En síntesis, el concurso preventivo podría ser un remedio viable ante el sobreendeudamiento en la medida que el concurso opere antes del estado de cesación de pagos, y haya un juicio paralelo sobre los créditos en los que se determine en qué medida el actuar de cada proveedor en particular incidió en el sobreendeudamiento del consumidor.

### III. G Protección constitucional del sobreendeudamiento

Delinear la tutela al sobreendeudamiento desde nuestra norma de normas es de particular importancia dado nuestro paradigma de Estado Constitucional de Derecho, que irradia sus contenidos sustanciales al resto de nuestro ordenamiento, como así también a todas las relaciones verticales (entre las personas y el Estado) y horizontales (entre las personas entre sí).<sup>6</sup> En este orden de ideas, a continuación se mencionarán algunos temas constitucionales en torno al sobreendeudamiento.

A nivel interno, los artículos troncales que hacen a la protección constitucional del sobreendeudado son el 16, 14 bis y 17 y 42 de la Constitución Nacional, así como el 75 incisos 18, 19 y 22.

Con respecto al artículo 16 es importante tener en cuenta que la interpretación del derecho a la igualdad hoy en día se hace en base a términos reales. No solo se trata de imparcialidad o igualdad ante la ley, sino de una acción positiva que intenta aliviar las desigualdades reales, en este caso, las desigualdades a la hora de negociar un contrato. Este accionar positivo es una armonización entre la protección del consumidor, parte débil de la relación de consumo, y la efectiva realización del derecho a la igualdad.

La protección integral de la familia y el acceso a una vivienda digna (art. 14 bis CN), así como el derecho de propiedad (art. 17 CN) guardan una muy estrecha

6. Ver GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, *Estado constitucional de derecho, psicoanálisis y sexualidad*, Buenos Aires, Ediar, 2011, pp. 88-89. El autor señala a los siguientes elementos como estructurales del Estado constitucional de derecho: 1) La supremacía constitucional; 2) Una dimensión de la validez dual, formal y sustancial; 3) Los derechos estructurados en forma abierta e indeterminada; 4) La ponderación como mecanismo racional para resolver colisiones entre derechos; 5) La argumentación como elemento primordial de las decisiones judiciales; 6) La aplicación directa de las normas constitucionales; 7) La titularidad y ejercicio por parte del Poder Judicial de la última palabra constitucional; 8) La reversión de ciertas presunciones a favor de la persona y en contra de determinados actos u omisiones; 9) La revisión de la teoría de los actos propios en relación con el ejercicio de derechos fundamentales y derechos humanos; 10) La rigidez constitucional como garantía de los derechos y de los límites del poder; 11) El pluralismo y la tolerancia como base ideológica; 12) La democracia constitucional como límite a las mayorías coyunturales; 13) La no discriminación negativa como cláusula de cierre; 14) La obligación prioritaria de recomponer en los supuestos de violación de derechos fundamentales y derechos humano; 15) El discurso de los derechos como un instrumento deconstructor de la performatividad del discurso jurídico estructurado por el derecho secundario o inferior.

relación con la problemática del sobreendeudamiento. La discusión implica la colisión del derecho de propiedad, la protección integral de la familia y el acceso a una vivienda digna del consumidor con los derechos de propiedad y de ejercer toda industria lícita (art. 14 CN) del proveedor. Colisión a ponderar en cada caso concreto, pero siempre a través de los principios *pro homine* y *favor debilis* que exige nuestra regla de reconocimiento constitucional.<sup>7</sup>

Son también de capital importancia al tema varias cláusulas del artículo 75 de la Constitución Nacional. El primer inciso que hay que mencionar es el 22, que incorpora a nuestro sistema de derechos los derechos humanos de fuente externa (a través de la jerarquización constitucional de diferentes tratados internacionales). En relación a esto, la Corte Suprema de Justicia ha señalado en la causa “*Rinaldi, Francisco Augusto y otro c/Guzman Toledo, Ronal Constante y otra s/Ejecución hipotecaria*”, como relacionados a la temática del sobreendeudamiento (refiriéndose a ésta expresamente), a la protección de la familia y el acceso a una vivienda digna, derechos protegidos por diversos instrumentos de derechos humanos<sup>8</sup> (y también por el ya mencionado 14 bis). Los incisos 18 y 19 del artículo 75 reconocen el derecho al progreso y al desarrollo humano. Teniendo en cuenta estos derechos, hay que remarcar cuál es la función social, la causa fin social, de la actividad financiera: promover el desarrollo humano y el progreso económico. La financiación básicamente mueve activos de donde estos abundan hacia donde hacen falta, para promover el crecimiento económico, y es por ello que esta actividad es uno de los motores de nuestra sociedad actual. El sobreendeudamiento, en cambio, implica y acarrea todo lo contrario a la finalidad perseguida a través la actividad financiera.

En 1994 se reconocieron en la Constitución Nacional los derechos de los consumidores como clase socio-jurídica. El artículo 42 garantiza el derecho a la protección de la salud del consumidor, de su seguridad y de sus intereses económicos en la relación de consumo. El sobreendeudamiento es una situación fáctica encuadrable en la relación de consumo. Por lo tanto, la Constitución Nacional provee la defensa del consumidor ante el sobreendeudamiento.

Como antes las clases eran capitalistas y proletarios, a partir de la antesala del siglo XXI las clases que el derecho ha empezado a reconocer son proveedores y consumidores. El derecho, a su debido tiempo, reacciona a los cambios sociales, y adopta nuevas formas de contratación e incluso nuevas estructuras sociales. El sobreendeudamiento, en consecuencia, no está exento del derecho ni de las miras del

7. Específicamente contemplados en los artículos 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

8. Arts. VI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 16, inc. 3 y 25, inc. I, de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 10 y 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

ordenamiento jurídico. Esta discusión en última instancia es la sociedad discutiendo su desenvolvimiento y su evolución.

Por todo lo dicho, se alienta a las asociaciones de consumidores, así como a los órganos de gobierno y demás personas, a sumarse al debate acerca de cómo encarar la situación del sobreendudamiento, e incluso a la judicialización donde correspondiere, con miras a promover el desarrollo humano y el progreso económico de la Nación Argentina y de sus ciudadanos.

#### IV. Conclusión

En primer lugar, de lo expuesto podemos concluir que los institutos analizados son aplicables al sobreendudamiento. Sin embargo, la mayoría de ellos parecen haber sido diseñados para considerar los créditos del consumidor en forma individual.

Hay dos ideas centrales en torno al derecho a la información que se pueden concluir de lo expuesto. La primera es que el deber de información incluye la obligación de informar al consumidor si contraer dicha deuda no lo haría pasible de entrar en una situación de sobreendudamiento. La segunda es que dada la naturaleza actual del mercado de finanzas se hace necesario que la información crediticia sea más transparente y más accesible.

Entonces, ¿está el derecho argentino listo como sistema normativo para acoger y hacer frente al sobreendudamiento?

Si bien la Constitución Nacional tutela los derechos del consumidor ante el sobreendudamiento en general, los institutos particulares como la usura, la lesión, la imprevisión y el concurso preventivo (o la misma Ley de Defensa del Consumidor) no resultan suficientes para afrontar la problemática del sobreendudamiento.

Por ello, concluimos y proponemos la creación de una normativa específica que tenga en cuenta al menos los siguientes aspectos:

- A. Que todos los créditos deben otorgarse en miras al crecimiento económico de ambas partes, deudor y acreedor.
- B. Que el derecho a la información es esencial para la prevención y erradicación del sobreendudamiento.
- C. Que el estándar para otorgar créditos sea que los ingresos del consumidor sean suficientes para afrontar el crédito.
- D. Que la desproporción de las prestaciones no se tome en cuenta sólo a partir de un crédito singular, sino del conjunto de créditos que el consumidor debe afrontar.
- E. Que el sobreendudamiento supone una desproporción que puede darse tanto en la génesis como en la ejecución del contrato.

**BIBLIOGRAFÍA**

- ADICAE (Gabinete de Estudios ADICAE Servicios Centrales y ADICAE – Extremadura), *El sobreendeudamiento de los consumidores*, consultado en [<http://proyectos.adicae.net/proyectos/autonomicos/extremadura/sobreendeudamiento/libro%20sobreendeudamiento.pdf>] el 27/07/2013.
- BIETTO, Paula A., COLOMBO, María C., y GÓMEZ SEGURA, Juan C., *El sobreendeudamiento del consumidor en el derecho argentino, ¿es adecuada la respuesta del legislador?*, consultado en [<http://www.jndc.com.ar/00%2008/08%2004.htm>] el 19/02/2014.
- CREUS, Carlos, *Derecho Penal; parte especial*, 6ª edición, 1ª reimpresión, Buenos Aires, Astrea, 1998, t. I.
- ESPECHE GIL, Miguel A., *Ilicitud del alza unilateral de los intereses de la deuda externa*, consultado en [[http://www.derecho.uba.ar/institucional/proyectos/dext\\_espeche.pdf](http://www.derecho.uba.ar/institucional/proyectos/dext_espeche.pdf)] el 05/07/2013.
- GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R., “Bases constitucionales del derecho de los contratos. Alcances del principio de la autonomía de la voluntad”, en *La Ley* 12/09/2011, 1.
- GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, *Estado constitucional de derecho, psicoanálisis y sexualidad*, Buenos Aires, Ediar, 2011.
- KAPPEL, Vivien, KRAUSS, Annette, LONTZEK, Laura, *Over-Indebtedness and Microfinance – Constructing an Early Warning Index*, Center for Microfinance, University of Zurich, consultado en [<http://www.accion.org/Document.Doc?id=899>] el 04/07/2013. Resumen en español, en [[http://www.responsability.com/domains/responsability\\_ch/data/free\\_docs/Microfinance\\_and\\_OID\\_Executive\\_Summary\\_ES.pdf](http://www.responsability.com/domains/responsability_ch/data/free_docs/Microfinance_and_OID_Executive_Summary_ES.pdf)].
- KRIEGER, Walter, “Parecido no es lo mismo: diferencias entre la teoría de la imprevisión, la excesiva onerosidad sobreviniente, la imposibilidad del cumplimiento y la frustración del fin del contrato”, en *DJ* 27/01/2010, 129.
- LORENZETTI, Ricardo L., *Consumidores*, 2ª edición, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2009.
- , *Tratado de los Contratos; parte general*, 1ª edición, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2004.
- MARX, Karl, ENGELS, Friedrich, *Manifiesto Comunista*, consultado en [<http://www.marxists.org/espanol/m-e/1840s/48-manif.htm>] el 07/07/2013.
- NICOLAU, Noemí L., *Fundamentos de Derecho Contractual*, 1ª edición, Buenos Aires, La Ley, 2009, t. I.