

El sobreendeudamiento del consumidor: EE. UU. y la tutela preventiva en correlato con el proyecto de reforma de la Ley de Defensa del Consumidor

Tamara Kovasznay de Kovasznay¹

Resumen

Partiendo de un análisis que hace una autora española de la situación del discharge en EE. UU., realizamos una analogía entre el problema del sobreendeudamiento del deudor en el país anglosajón y nuestro país, considerando los aspectos comunes y dispares a fin de lograr, mediante una visual hermenéutica del país extranjero, las bases para la posible aplicabilidad del proyecto de reforma de la Ley de Defensa del Consumidor. En este sentido, la investigación analiza la efectividad del modelo estadounidense para el logro de una mejora en la situación del deudor, las críticas al modelo, y la regulación normativa del proyecto argentino y sus lagunas, aplicando un método comparativo-deductivo. Con todo ello, se pretende demostrar un avance en correlato con los países de primer mundo, no obstante las falencias a nivel global al respecto y los intentos de lograr la implementación de una solución preventiva, y no un mero paliativo.

Palabras clave

Consumidor – sobreendeudamiento – hipervulnerabilidad – dignidad – discharge – anteproyecto Ley de Defensa del Consumidor

Sumario

1. Introducción – 2. Los créditos al consumo y la protección al sector vulnerable (el consumidor) – 2.1. El consumidor y los principios – 2.2. La vulnerabilidad estructural del consumidor – 2.3. Operaciones de crédito al consumo – 3. Estados Unidos y el fresh start o discharge – 3.1. Situaciones que llevan al sobreendeudamiento en EE. UU. – 3.2. El discharge o fresh start – 3.3. Evolución histórica del fresh start – 3.4. Capítulo 7: Liquidación – 3.5. Capítulo 13: Plan de pagos – 3.6. Problemas del sistema. El

¹ Abogada de la Universidad de la Cuenca del Plata. Profesora adscripta de Derecho Civil II y Daños en la Universidad de la Cuenca del Plata. Contacto: tamarakovasznay@gmail.com

sobreendeudamiento y el aumento de los concursos — 3.7. La reforma del año 2005. Problemas — 3.8. El nivel de concursos en EE. UU. Abusos de las entidades financieras — 3.9. El nuevo sistema para las tarjetas de crédito: Credit Card Reform Act — 4. El anteproyecto de reforma de la Ley de Defensa del Consumidor — 4.1. Prevalencia de la tutela preventiva — 4.2. Regulación del crédito al consumo — 4.3. Alternativas represivas. Pago anticipado y derecho al arrepentimiento — 4.3.1 Pago anticipado - 4.3.2. Derecho de arrepentimiento — 4.4. La tutela preferencial de los hipervulnerables. El caso de la hipervulnerabilidad socioeconómica — 5. Conclusión — 6. Referencias

1. Introducción

El sobreendeudamiento del consumidor es una problemática que ha sido abordada a nivel global, fomentado a partir de la sociedad de consumo y la incitación al crédito por medio de las campañas de marketing, entre otras. En las últimas décadas el consumo ha aumentado significativamente, lo que ha llevado al análisis económico-político y a la regulación jurídica en carácter preventivo y/o devolutivo en algunos países. Este documento aborda los mecanismos aplicados por uno de los países de primer mundo, pioneros en regular el concurso del consumidor, para lograr dar respuesta a dicha situación: el fresh start o discharge. El objetivo es contribuir hermenéuticamente a abordar este fenómeno, por medio de un análisis comparativo entre la regulación estadounidense y el Anteproyecto de Reforma de la Ley de Defensa del Consumidor N.º 24.240, destacando los aspectos positivos y negativos que podrían facilitar una eficiente tutela preventiva del sector más desprotegido y en muchas situaciones hipervulnerable: el consumidor. Cabe destacar la importancia de abordar esta temática considerando (como realiza EE. UU.) un análisis macroeconómico de beneficios o partiendo de los derechos humanos y uno de los derechos fundamentales: el derecho a las condiciones de vida digna. Es útil para comparar la utilidad y factibilidad del modelo anglosajón para tener una probabilidad de la practicidad o no del modelo del anteproyecto, considerando la experiencia norteamericana, ya que Argentina no tiene regulación al respecto actualmente.

2. Los créditos al consumo y la protección al sector vulnerable (el consumidor)

2.1. El consumidor y los principios

La construcción del derecho del consumidor se introduce como sistema teniendo carácter interdisciplinario y teniendo prevalencia sus principios. Asimismo, sus disposiciones tienen carácter de orden público económico de protección. Todo ello tiene como finalidad el resguardo de una de las partes en miras a mantener el equilibrio interno del contrato, fijando un “mínimo y máximo de protección” (Alterini, 2019:452). En este sentido, una de las partes —el consumidor— es particularmente frágil siendo en ocasiones hipervulnerable y por ende especialmente tutelado.

Cabe señalar la definición de Stiglitz (1993) de derecho del consumidor, quien lo entiende como “sistema global de normas, principios, instituciones e instrumentos de implementación, consagrados por el ordenamiento jurídico en favor del consumidor, para garantizarle en el mercado una posición de equilibrio en sus relaciones con los empresarios”. Es dable señalar que el estudio del consumidor no se orienta al mercado, sino a la situación de “falta de identidad y representatividad; el hombre tentado por la publicidad y al mismo tiempo insatisfecho por la publicidad...”. El derecho del consumidor llama a intervenir en la puja de intereses en la sociedad de consumo moderna con una propuesta integradora de herramientas jurídicas —diálogo de fuentes—. “Su misión es concretar el ideal de justicia en los vínculos de consumo, reestableciendo el desequilibrio que padecen quienes buscan acceder a la satisfacción de sus necesidades básicas” (Rusconi, 2015:3).

El objetivo principal de la tutela se origina en la necesidad de corregir los desequilibrios del mercado. Por este motivo, se resalta la importancia de propender a disminuir el sobreendeudamiento del consumidor y no solo paliarlo en los casos individuales (Alterini, 2019). Para lograrlo, se constituyen una serie de normas y principios, cuyo contenido en el derecho argentino se comenta en el cierre del trabajo. Cabe destacar aquí la importancia de los principios conforme lo cita Alterini (2019):

La mutación del sistema de principios² y valores del ordenamiento en su cúspide y la consiguiente primacía de la persona y sus intereses más cercanos al núcleo de la personalidad, constituyen —junto con otros principios constitucionales (el sistema republicano de gobierno, la forma de vida democrática, la igualdad sustancial Francisco Junyent Bas 439 ante la ley)— los pilares centrales del plan político del Estado, constituyéndose en principios informadores de todo el ordenamiento jurídico y, desde luego, del derecho privado. (p. 185)

Dentro de los derechos inherentes a la persona, la dignidad humana es el último fundamento de los derechos fundamentales, su “humanidad”³. Esto es lo que constituye el

² “Los principios son directrices o ‘mandatos de optimización’; ideas generales que marcan el curso de la acción de quien decide: proteger el ambiente y al consumidor; atender al interés superior del niño, niña o adolescente, etc. Por el mismo motivo, no se realizan en los hechos jamás en un ciento por ciento, sino que solo se tiende a ello. Los principios cumplen una serie de funciones en la dinámica cotidiana de un sistema: cumplen una función informadora y una función jurigenética; sirven para la integración supletoria; satisfacen una función correctora; posibilitan la integración, pero, fundamentalmente, son una poderosa herramienta argumental. En conjunto, los principios permiten entrever el paradigma jurídico que subyace a una regulación. Dicho de otra manera, los principios determinan cuál es la racionalidad, es decir, la manera de pensar los problemas, casos y conflictos. Entre un factor relevante para su tratamiento está la creciente imbricación entre la perspectiva de los derechos humanos y el derecho del consumidor”. (Alterini, 2019, p. 4)

³ El 27 de octubre de 2011, el Papa Benedicto xvi celebra el 25º Aniversario de la Primera Reunión Religiosa en la Basílica de Santa María de los Ángeles. Invitada para hablar, Julia Kristeva ofrece diez principios para el humanismo que posibilitan la comunicación entre las personas. La filósofa se enfoca en la promoción de la solidaridad y moralidad evitando así las luchas ideológicas, y en el fomento de la creatividad frente a la automatización. Algunas ideas centrales son: 1) El humanismo del s. xxi no consagra hombres y fines superiores, sino que requiere una reglamentación internacional para lograr una gobernación ética, universal y solidaria. 2) Existe una reformulación permanente de conceptos, para lo cual se precisa conocer las memorias culturales. 3) El humanismo es un encuentro de diferentes culturas, por lo que se necesita reevaluar las necesidades y crecer universalmente. 4) El psicoanálisis es de utilidad para el humanismo. 5) El humanismo es feminismo en el sentido de que la liberación de deseos debe conducir a la emancipación de las mujeres. 6) La automatización de la especie se combate con la singularidad y experiencia interior. 7) Se requiere retomar los códigos morales ya que los lenguajes generan desorden. 8 y 9) Es importante inscribir la mortalidad del

título, fundamento y justificación de esos derechos, resaltándose su tutela, aunque la legislación positiva no lo establezca, y aún en su contra (p. 452). Un ejemplo es Estados Unidos, el que, al absorber la mala suerte del deudor, particularmente sus acreedores, toda la sociedad se beneficia de la libración del deudor, ya que recupera la sociedad un miembro que puede ser productivo. Esto se denomina Teoría de la Utilidad Social o Teoría Humanitaria (Howard, 1987:1048).

2.2. La vulnerabilidad estructural del consumidor

En cuanto a la vulnerabilidad estructural del consumidor, la misma es entendida como un “estado de la persona, un estado inherente de riesgo; una situación permanente o provisoria, individual o colectiva, que fragiliza y debilita a uno de los sujetos de derecho, desequilibrando a la relación” (Marques, 2011:323). Es estructural ya que se produce por circunstancias sociológicas y no individuales, lo que busca traspasar la “igualdad formal” a una “igualdad de trato en igualdad de circunstancias”, en miras a los grupos sometidos, excluidos o sojuzgados (Saba, 2016:26). La vulnerabilidad se manifiesta debido al rol en la sociedad de consumo⁴, no es inherente a la persona, por ello se justifica que sus disposiciones sean de orden público en nuestro país y tenga protección global. A

multiverso en lo vivo. La tarea es a cargo del humanismo, por medio de la solidaridad, con miras a la Revolución Antropológica, y la emancipación de las mujeres y del modelo piramidal. 10) Si bien el humano es capaz de destruir la Tierra en nombre de su ideología, se necesita una refundación del humanismo apostando por la renovación de sus capacidades para crear y saber juntos, a fin de que la humanidad pueda seguir un destino creativo.

⁴El mercado de consumo es el contexto condicionante que influye sobre la persona del consumidor y lo limita. Representa el contexto material definido por elementos de índole económica. A contracara, la sociedad de consumo presenta un escenario inasible, ideal, definido por los hábitos y las influencias culturales y sociales, derivados del tipo de mercado (Rusconi, 2019, p. 5). Frente a esta situación, Gabriel Stiglitz (1997), señala:

El correcto desenvolvimiento de las economías nacionales sobre la base de mercados libres, competitivos y abiertos exige como recaudo complementario, pero condicionante, la vigencia de un efectivo sistema político-jurídico de protección de los consumidores, que garantice a éstos la concreta y real oportunidad de situarse en un punto de equilibrio con los proveedores de bienes y servicios, en las relaciones de consumo. (p. 111)

consecuencia de dicho carácter, es una presunción iure et de iure no aceptando declinación o prueba en contrario (Tartuce, 2014:33).

Desde una perspectiva clásica, se considera que las relaciones jurídicas se dan en un pie de igualdad entre los sujetos involucrados. A ello se opone la sociedad de consumo y las fallas del mercado, donde hay una carencia de “igualdad de armas” entre consumidor y proveedor (Reich Norbert, 1985: 47). Dicha desigualdad obedece a la vulnerabilidad estructural en que se encuentran los consumidores en estos contextos, lo que provoca que las relaciones de consumo sean asimétricas, ya sea por subordinación (Rusconi, 2009, p.12), “debilidad o vulnerabilidad estructural” (Junyent Bas, 2016, p. 18), “debilidad negocial” (Ossola, 2016:37), o “inferioridad manifiesta” (Correa Henao, 2013:112).

Entre los tipos de vulnerabilidad, Alterini (2019) vislumbra diferentes facetas: técnica, jurídica o científica; socioeconómica, material o fáctica; psicológica; informativa; de acceso a la justicia; biológica, política y ambiental (p.50). No obstante, existe una hipervulnerabilidad que se manifiesta en diferentes subtipos, siendo la más destacable la socioeconómica, la cual es aprovechada mediante el marketing y demás prácticas abusivas. Por último, cabe diferenciar al consumidor vulnerable del consumidor hipervulnerable (el que más se manifiesta en situaciones de sobreendeudamiento) a partir de la información, experiencia y aptitud para interpretar la información que se le facilita sobre los productos y servicios, las condiciones en las que estos se comercializan, razonablemente observador y prudente, y que percibe y conoce las marcas (González Vaqué, 2004: 25).

2.3. Operaciones de crédito al consumo

Es así como, antes de puntualizar en la temática, es necesario resaltar lo que se constituye como operaciones de crédito para el consumo, entendida como “aquel donde o un proveedor, en ejercicio de su actividad, concede al consumidor un préstamo dinerario para la adquisición de bienes o la prestación de servicios como destinatario final” (artículo 77, Anteproyecto de Reforma de la Ley de Defensa del Consumidor). A partir de su identificación, se resalta la importancia de proteger al consumidor sobreendeudado ya que “la respuesta del sistema frente al sobreendeudamiento no puede limitarse al reproche de la conducta del consumidor que incumple sus obligaciones y a la aplicación de la responsabilidad por deudas, propia del derecho de las obligaciones”. La Comisión

reformatora en nuestro país justifica la necesidad de tutela debido a “la preocupación global por las graves consecuencias del endeudamiento excesivo de las economías domésticas justifica la previsión de políticas de protección del consumidor en el mercado de crédito y de programas especiales para consumidores en situación de vulnerabilidad agravada, con eje en la educación financiera” (Alterini, 2019:453)⁵.

3. Estados Unidos y el fresh start o discharge

3.1. Situaciones que llevan al sobreendeudamiento en EE. UU.

A pesar de que los solicitantes están sobreendeudados con deudas de distinto tipo, ello no se asocia con el simple exceso en el gasto; las familias estadounidenses emplean el crédito hipotecario y el crédito de consumo como “red de seguridad privada” cuando se enfrentan a situaciones problemáticas. Como afirma Jacoby (2003):

La expansión del crédito permitió que las familias asuman deudas más arriesgadas, lo que aumentó la insolvencia. Entre las situaciones que estimulan el sobreendeudamiento del consumidor, relacionadas con su condición de vulnerabilidad o hipervulnerabilidad, se encuentra: la inestabilidad laboral y problemas de salud por falta de sistema de salud pública. En un estudio de 2001 de Estados Unidos mencionado por el autor, casi el noventa por ciento de quienes fueron consultados atribuyeron su concurso a una combinación de problemas laborales, médicos y rupturas familiares. (p.383)

3.2. El discharge o fresh start

La regulación del discharge o fresh start es federal, contenida en el U. S. CODE, en el Título 11 destinada a los procedimientos concursales y denominado Código de

⁵ Para más información atinente al crecimiento de la inflación en Argentina y el aumento de la pobreza ir a <https://www.indec.gob.ar/indec/web/Nivel4-Tema-3-5-31>.

Insolvencia (US Bankruptcy Code). A pesar de la existencia de cinco procedimientos de concurso regulados dentro del U. S. Bankruptcy Code (capítulo 11 relativo a la reorganización de los créditos; capítulo 12 atinente a las explotaciones agrarias o pesqueras familiares con ingresos regulares; capítulo 13 sobre personas físicas con ingresos regulares, y capítulo 7 referente a la liquidación), las más utilizadas son las opciones que ofrecen los capítulos 7 y 13 para afrontar los problemas asociados a las crisis de consumo.

Estos se caracterizan por la paralización de las ejecuciones individuales para proteger al deudor y a la masa activa de acreedores (Pottow, 2005:357). El modelo “se basa en los principios de liquidación inmediata del patrimonio no exento del deudo y la condonación directa de las deudas no pagadas, a excepción de las deudas jurídicamente no condonables” (Cuevas Casas, 2011:5). Una vez ejecutado el patrimonio embargable del deudor de buena fe⁶, el pasivo restante se exonera por decisión judicial y sin consentimiento del acreedor.

Se fundamenta en la responsabilidad limitada del deudor, la división del riesgo con los acreedores y, principalmente, la necesidad de un recupero rápido al deudor para fomentar la actividad económica y no estigmatizar a la persona sobreendeudada. De esta manera, priman las razones humanitarias. En lo atinente a la situación humanitaria del sujeto concursal y a los objetivos económicos, Tabb (1997) dispone:

⁶ Fundamento de Bankruptcy Act de 1898, “honestidad del hombre” (21 “The granting of a discharge is justified by a wise public policy. The granting or withholding of it is dependent upon the honesty of the man, not upon the value of his state” H.R. Rep. Núm. 1228, 54th Cong, 1st Sess.). Objetivo fundamental: protección y control frente al abuso; el deudor honesto pero desafortunado. Aparece, pues, por primera vez la noción de “deudor honesto pero desafortunado” (honest but unfortunate debtor) sobre el que gira toda figura de la exoneración de deudas. Su evaluación constituye el punto débil del sistema ya que supone el control frente al abuso, objetivo fundamental de la reciente reforma operada por la Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act (BAPCPA) que entró en vigor el 17 de octubre de 2005.