

El estatuto del comerciante no deviene aplicable al civil concursado o quebrado

A propósito del sobreendeudamiento del consumidor

Por Francisco Junyent Bas

SUMARIO: I. Breve reseña histórica. I. 1. Introducción. I. 2. La responsabilidad de la "clase" de los comerciantes. I. 3. Las vías concordatarias. II. La unificación entre civiles y comerciantes. II. 1. Una serie de diferencias insalvables. II. 2. La situación de los civiles, hoy consumidores. III. La globalización y su impacto en el derecho concursal. III. 1. La reformulación del esquema preventivo. III. 2. El principio de conservación de la empresa. IV. Los consumidores. IV. 1. Las consecuencias del sobreendeudamiento. IV. 2. La necesidad de advertir el enfoque particular del consumidor. VII. 3. Algunas notas particulares del régimen para pequeños deudores. VII. 4. Otros proyectos relativos al consumidor. VIII. Epítome

I. Breve reseña histórica

I. 1. Introducción

Hace casi 30 años cuando la ley 22.917 modificó el régimen concursal, regulado por entonces en la ley 19.551, y unificó el régimen de comerciantes con los civiles dicha alternativa jurídica fue vista con beneplácito por la doctrina en general.

Hoy, puede decirse que las deficiencias legislativas de dicha unificación fueron superadas en gran medida por los jueces en una interpretación de congruencia, pero que aún han quedado aspectos totalmente contradictorios como lo son las llamadas "quiebras de papel", cuando se trata del sobreendeudamiento de particulares.

Resulta un lugar común recordar que la quiebra¹ fue el primer procedimiento de naturaleza concursal que conoció la humanidad y su carácter de ejecución colectiva estaba limitado a los comerciantes, es decir, a quienes comprometían hasta su propia libertad personal mediante el ejercicio del comercio.

Así, el derecho concursal como integrante del derecho mercantil, tuvo su origen en las célebres comunas de la Edad Media, que dio nacimiento al derecho estatutario pues los comerciantes aglutinados en los burgos reclamaron de los señores feudales las libertades de comercio y de sus propias instituciones.

Tal como lo recuerda Satanovsky², los deudores insolventes comprometían su persona o su trabajo, a título vitalicio o temporario, como colonos o en condiciones análogas a la "nexum" del derecho romano primitivo.

¹ Borzi de Maffía, María Ofelia, Maffía, Osvaldo, Legislación concursal, Introducción histórica crítica, Zavalía, Buenos Aires, 1979.

² Satanovsky, Marcos, Fundamentos del derecho de quiebra, Estudios de Derecho comercial, TEA, Buenos Aires, Tomo 1, pág. 28/29.

Sin perjuicio de la compulsión personal sobre el deudor como forma de satisfacción de los créditos, en la Edad Media, el procedimiento de ejecución colectiva, que implicaba la quiebra era concebida ante todo como un instituto esencialmente punitivo, desde que el arresto, el bando de destierro, la infamia, la incomunicación eran algunas de las sanciones a las que podía ser sometido el fallido.

A esos fines, Heredia³ cita que la "banco-rotto" y sus consecuencias patrimoniales y personales pueden extraerse de la lectura del Estatuto de Vercelli de 1241, del Estatuto de Piacenza, de 1245, y posteriormente del Estatuto di Firenze, de los años 1322-1325.

En general, a juzgar por sus características, la quiebra, enmarcada en el "ius mercatorum" y como instituto de protección del comercio, fue el resultado de la combinación de tres instituciones del derecho romano: la "datio in solutum" que implicaba el desapoderamiento del deudor por la autoridad; "la missio in rem possessionem" que hacía que los acreedores concurrieran al cobro de su crédito en un pie de igualdad y el "sequester" que evitaba la dispersión de los bienes.

De este modo, nacieron los estatutos de las distintas ciudades, donde se establecían los derechos de los comerciantes, a su propia jurisdicción, y por ende, a darse sus propias instituciones, entre ellas, el derecho falencial que se caracteriza en aquella época por constituir la ejecución colectiva del comerciante que cesaba en sus pagos, y que dio lugar al estatus de "fallido", y de allí, el famoso proloquio "fallitus, ergo fraudator"⁴.

El famoso brocardo pone de relieve la afirmación de Satanowsky⁵ en el sentido de que el comerciante ponía en juego no solamente su responsabilidad patrimonial, sino también personal, y de allí, la existencia en aquellas épocas de la "prisión por deudas".

I. 2. La responsabilidad de la "clase" de los comerciantes

El estudio de los estatutos de las principales ciudades demuestra que la quiebra era considerada un "delito económico" e implicaba el arresto del fallido, lo que llevaba a la declaración jurídica de insolvencia, y por ende, se ordenaba el desapoderamiento, y se disponía la liquidación del patrimonio, con la finalidad de satisfacer a los acreedores con su producido.

De esta forma, la quiebra constituyó el proceso judicial donde entró a jugar en plenitud el principio, hoy indiscutido, de que "el patrimonio del deudor constituye la prenda de los acreedores".

Va de suyo que desde siempre la sentencia de quiebra traía aparejado no solamente efectos patrimoniales, como el desapoderamiento y consiguiente incautación a los fines de la liquidación patrimonial, sino también efectos personales como la inhabilitación del fallido.

En este sentido, los efectos personales, que en la Edad Media tuvieron carácter vejatorio, se fueron suavizando pero durante mucho tiempo se entendió necesario calificar la conducta del fallido y aplicar sanciones en sede concursal.

³ Heredia, Pablo, Tratado Exegético de Derecho Concursal, Tomo 1, Abaco, Buenos Aires, pág. 38/39.

⁴ El término fallito nace del verbo latino "falere" que significa engañar, y de allí, que la insolvencia era considerada como una manifestación de fraude.

⁵ Satanowsky, M., ob. cit.

De este modo, se dejó de lado la "prisión por deudas" pero se siguió juzgando la conducta del comerciante y disponiendo que sólo podía requerir el concurso preventivo aquel que no fuera culpable de su insolvencia.

Este régimen fue superado en Europa por la legislación francesa de 1848, y posteriormente por la introducción en Bélgica del concurso preventivo, que se incorporó en la legislación patria mediante la sanción de la ley 4156, que dejó de lado el sistema falimentario del Código de Comercio de Vélez.

A partir de dicha ley el concurso preventivo siguió requiriendo como condición de homologación el análisis de la conducta del deudor y lentamente, la doctrina fue humanizando el procedimiento, y separando la conducta del empresario de la suerte de la empresa propiamente dicha.

Tal como dijimos, los últimos años del Siglo 19 marcan la franca aparición de una nueva solución concursal, es decir, el incipiente convenio preventivo judicial, que se suma al convenio solutorio conocido desde la época estatutaria y se conocen en España desde 1985, y luego en Bélgica desde 1987, bajo el nombre de "suspensión de pagos".

Por su parte, Francia siguió igual camino en 1889 articulándolo como una eventualidad posible dentro del procedimiento liquidatorio judicial, que posibilitaba una solución entre acreedores y deudor, previniendo la declaración de la quiebra.

Ahora bien, tal como dijimos, la solución preventiva era concebida por las distintas legislaciones únicamente para el "comerciante bueno, pero desafortunado", y así surgía del Código de Comercio Español de 1889, la francesa, de la belga, de la italiana y de la alemana, todas las cuales reseñaban al instituto fundado en el principio del favor debitoris en la medida que existiese posibilidad de satisfacción de los acreedores, sin una imprescindible liquidación.

De tal modo, en la legislación patria, la calificación de la conducta del deudor era la alternativa de investigación del quehacer comercial, que se mantuvo en la ley 11.719, y en el régimen de la ley 19. 551, todo lo cual motivó fuertes debates en torno a la eficacia del instituto.

Ahora bien, siempre quedó absolutamente en claro que lo que se calificaba era la conducta del comerciante y/o empresario, y no de las personas civiles, que no desarrollaban actividad mercantil, y consecuentemente, si llegaban al estado de insolvencia, lo era por aspectos ajenos al ejercicio del comercio.

I. 3. Las vías concordatarias

En este sentido, con la evolución del tiempo, y con la superación de la visión del comerciante individual por la articulación de la empresa, como centro de la actividad mercantil, nace la necesidad de buscar alternativas reorganizadoras, que impidan la liquidación de aquellas como unidades productivas útiles para la comunidad.

En esta línea, Ripert⁶, citado por Heredia⁷, observó que el neoliberalismo admite que la formación de una empresa ha dejado de ser un asunto de carácter privado y es evidente que una sociedad comercial que explota una empresa importante, emplea un gran número de obreros y empleados y debe a muchos acreedores es un aspecto en donde se encuentra interesada la política del Estado.

⁶ Ripert, G., Aspectos jurídicos del capitalismo moderno, Ejea, Buenos Aires, 1950, pág. 324.

⁷ Heredia, P., ob. cit., pág. 49.

En consecuencia, a comienzos del siglo 20, nace el proceso preventivo, llamado por entonces: "convocatoria de acreedores", que en nuestra legislación fue introducido por la ley 4.156 de 1902, y tomó carta de ciudadanía definitiva en la ley 11.719.

Va de suyo que la finalidad de este "llamamiento" que el deudor hace a sus acreedores, tiene por objetivo superar la insolvencia y evitar la liquidación, mediante un acuerdo de reestructuración de las relaciones creditorias que se hiciera extensivo a todos los acreedores, tal como lo estructuraron tanto la ley 19.551 como el actual régimen de la ley 24.522.

En esta inteligencia, en el derecho patrio, pero también en el derecho comparado, se consagran los dos procedimientos clásicos como son el concurso preventivo y la quiebra, sin perjuicio de otros procedimientos anexos, según la modalidad de cada país que no es propósito de este trabajo abordar.

En una palabra, en las primeras épocas los procesos articulados en las leyes de bancarrota se enderezaban a reglar la superación de la insolvencia del comerciante individual o social y recién con posterioridad a la ley 19.551 se produce la unificación entre civiles y comerciantes, en una serie de reformas "aluvionales" que dejaron subsistente una serie de inconsistencias e incoherencias que aún hoy subsisten en el cuerpo del estatuto concursal.

II. La unificación entre civiles y comerciantes.

II. 1. Una serie de diferencias insalvables.

Desde esta perspectiva, cuando se produce muchos años después la unificación entre civiles y comerciantes, no se alcanza a advertir las enormes diferencias entre el quehacer mercantil y la actividad de los civiles, y ello trae aparejado asincronías indudables.

Así, basta pensar en los requisitos de apertura del concurso preventivo para advertir que estuvieron enderezados a reglar la situación de los comerciantes o sociedades regulares, que tenían que cumplir con las exigencias propias del estatuto mercantil.

En esta línea, conviene recordar que el estatuto del comerciante, aplicable también a las sociedades, requería fundamentalmente una contabilidad uniforme y regular siguiendo la manda de los artículos 43 y siguientes del Código de Comercio, y arts. 61 y siguientes de la ley 19.550.

Éstos recaudos se reflejaban en los requerimientos que aún hoy mantiene el artículo 11 de la ley 24.522 con la finalidad de obtener la apertura del concurso preventivo y dotar al juez concursal y a la sindicatura del a información necesaria para la convocación de los acreedores, como así también, para conocer las causas de la insolvencia, y analizar el quehacer empresario que justificase la propuesta de acuerdo tendiente a lograr la conformidad de los acreedores, y la superación de la insolvencia.

A poco de andar se advirtió que los civiles no podían cumplir con los recaudos contables, propios de la actividad mercantil, y la jurisprudencia se vio obligada a morigerar las exigencias relativas a la apertura del concurso preventivo, de una persona que no ejercía el comercio, y que por ende, no estaba obligado a llevar contabilidad, ni formular balances.

A su vez, en la quiebra, atento el carácter liquidatorio de la ejecución colectiva, las diferencias tomaron más tiempo en descubrirse, en la medida que el fallido tuviese bienes para liquidar y repartir entre sus acreedores.

Ahora bien, la actividad mercantil requiere de un fondo de comercio, es decir, de una empresa enderezada a la producción de bienes y servicios, por lo que, salvo los casos de pequeños comercios, la ausencia de activo debiera ser una excepción.

II. 2. La situación de los civiles, hoy consumidores

Por el contrario, los civiles, léase: empleados, operarios, jubilados, etc., penden de un salario o haber que en caso de sobreendeudamiento impide hablar de un patrimonio desapoderado en sentido estricto pues, aún cuando tuvieran una vivienda, ésta es muy probable que se trata del bien de familia, y va de suyo que los salarios tienen carácter alimentario⁸.

Ahora bien, la sociedad de consumo implica la proliferación del crédito y la bancarización del sistema de pago, con campañas publicitarias agresivas, que imponen su impronta y la venta a plazo aparejando la compra casi compulsiva de objetos del hogar, todos tendientes a un mejor estándar de vida.

Esta modalidad propia de la globalización trajo aparejado los negocios en masa, y el nacimiento del consumidor que a la postre, muchas veces resultaba endeudado, más allá de sus posibilidades reales de pago, y que no encuentra en el proceso concursal ninguna respuesta viable.

En consecuencia, aparece con meridiana claridad la absoluta inconsistencia de la vía concursal, tal como está reglada en la actualidad, para dar respuesta a este tipo de problemática, y en el caso de falencia, la imposibilidad de contar con bienes que permitan enfrentar las deudas que gravan al deudor sobreendeudado.

Es así que aparece en la sociedad de consumo, la realidad del "consumidor", es decir, la persona que adquiere bienes no en ejercicio del comercio, sino como destinatario final, para su núcleo familiar y, consecuentemente, sin ninguna finalidad de lucro.

En rigor, esta problemática tal como se ha dicho, aparece como un fruto del proceso de globalización, y del nacimiento del estatuto del consumidor, aspectos sobre los que volveremos.

Mientras tanto, también la globalización impactó en el derecho concursal poniendo a la empresa como centro de la tutela de las alternativas preventivas, y reformulando el esquema legal en orden a asegurar diversas vías de recuperación y reorganización empresaria.

Así, en nuestro país el viejo acuerdo preconcursal tomó carta de ciudadanía en los arts. 69 a 76, bajo el actual "acuerdo preventivo extrajudicial", cuya característica concursal como tipo autónomo fue defendida por Truffat⁹, superándose la visión contractualista que rigiera en el anterior régimen.

Por nuestra parte, señalamos que el instituto aparece con un nuevo perfil jurídico, que le otorga efectos similares a los del concurso preventivo, y que constituye una eficaz herramienta para el saneamiento empresario.

⁸ Anchaval, Hugo A., El sobreendeudamiento de los consumidores y la cuestión social, Doctrina Societaria y Concursal, Errepar, Agosto de 1999, pág. 808.

⁹ Truffat, Daniel, El nuevo acuerdo preventivo extrajudicial, Ad Hoc, Buenos Aires, 2002, pág. 39.

Por otro lado, además del concurso preventivo clásico, el "salvataje" o "intervención de terceros", reglado en el art. 48 de la LC, introduce una nueva alternativa de reorganización empresarial, mediante la transferencia del paquete accionario a aquellos interesados que obtengan el beneplácito de los acreedores y paguen el valor de las participaciones societarias, tal como lo establece la aludida norma.

Desde otro costado, las alternativas "rehabilitadoras" de la quiebra, tienen un punto de inflexión relevante en el régimen de salvataje de las entidades deportivas, reglada en la ley 25.284.

En una palabra, el legislador concursal se ha preocupado por la tutela de la gran empresa y también de algunas personas jurídicas en especial, como son las entidades deportivas, por el impacto social que éstas tienen en la comunidad.

Ahora bien, las economías familiares no han merecido el abordaje legislativo necesario para tutelar la situación de los pequeños emprendimientos, y mucho menos se ha tenido en cuenta la situación del consumidor, pese a que la globalización establece relaciones asimétricas en el mercado, que no pueden ser ignoradas a esta altura de las circunstancias.

III. La globalización y su impacto en el derecho concursal

III. 1. La reformulación del esquema preventivo

Desde esta perspectiva, la evolución de los negocios en masa, propios de la globalización, y la relevancia de la empresa, fue cada vez más notable, y todo ello impactó derechamente en el derecho concursal, que fue abandonando la quiebra como proceso relevante, para profundizar las alternativas preventivas.

En esta inteligencia, a la par del concurso preventivo nacieron los acuerdos preconcursales, de carácter extrajudicial, que sólo se exteriorizaban en el ámbito jurisdiccional cuando se pretendía su homologación por parte del juez concursal en el caso concreto.

En una palabra, este tipo de acuerdos tuvo como fundamento la necesidad de adelantar la alternativa concordataria antes de que el estado de cesación de pagos se instalara en el patrimonio de una persona, y que consecuentemente, las fórmulas de reorganización empresarial y reestructuración del pasivo pudieran articularse al instalarse la crisis de la empresa.

En este sentido, en el derecho comparado, se han buscado diversas alternativas de flexibilización del presupuesto objetivo, es decir, de la insolvencia, mediante formulas como la "amenaza de insolvencia", "sobreendeudamiento", "crisis de la empresa", que denotan justamente la necesidad de que la reorganización empresarial se haga en tiempo oportuno.

III. 2. El principio de conservación de la empresa.

Desde esta perspectiva, aparece el principio de conservación de la empresa, atento la relevancia de las unidades productivas, como creadoras de riqueza, y también como dadoras de empleo, otorgando a los trabajadores un rol que hasta entonces no había tenido la importancia que hoy se le reconoce.

De tal modo, así como desde la perspectiva de la empresa los acuerdos preconcursales y las alternativas de salvataje se fueron reelaborando, también desde la atalaya de los trabajadores su rol en los procesos concursales fue ganando protagonismo.

Ahora bien, no nos interesa en esta oportunidad introducirnos en estos aspectos tan relevantes, sino señalar que la globalización dio también nacimiento a un nuevo sujeto que en realidad siempre había estado presente, pero que adquirió un nuevo perfil, como es el consumidor.

Así, en la sociedad liberal del siglo XX, las relaciones contractuales eran de carácter paritario y consecuentemente, el incumplimiento de las obligaciones aparejaba la responsabilidad consiguiente, y la posibilidad de cobro por parte del acreedor.

En esta inteligencia, en el caso de insolvencia, los civiles también quedaron sometidos al régimen concursal y se sometían al régimen de la legislación mercantil, sin advertir las asimetrías que ello significaba.

En efecto, cuando los negocios en masa pusieron en crisis el régimen obligacional y contractual dando nacimiento al derecho del consumidor, se advirtió que la aplicación de la legislación concursal a los civiles devenía absolutamente inconsistente, y lo que en su momento había aparecido como un avance, hoy demuestra sus graves contradicciones.

IV. Los consumidores

IV. 1. Las consecuencias del sobreendeudamiento.

Tal como venimos explicando, y hemos expuesto en otras oportunidades¹⁰ en las últimas décadas, como parte integrante del proceso de globalización, hemos presenciado uno de los fenómenos que ha afectado las distintas clases sociales, sin distinción, es: el consumo.

Este proceso es fomentado por todos los medios y se incentiva y enaltece cualquiera fuere la capacidad de pago del sujeto consumidor.

El hábito de recurrir al crédito se ha instalado en la sociedad de consumo de una manera patente y éste se ha convertido en un producto más de adquisición.

Dicho gráficamente por Truffat¹¹ las personas exhiben sus lujosos bienes para que pongan “la ñata contra el vidrio” del consumo.

De tal modo, el consumo, y su consecuente endeudamiento, no distingue entre consumidores de buena o mala fe, es decir, entre aquellos que han recurrido al crédito por razones de necesidad, o simplemente por el “afán” de obtener un nivel social cualquiera sea la capacidad de pago.

Esta realidad, su manifestación tiene un campo de acción concreto en los jubilados, agentes de seguridad, empleados públicos, todas personas que comprometen sus sueldos a futuro ante una sociedad que reclama el consumo.

En una palabra, se apunta a un mercado concreto de consumidores, que ve afectado su sueldo en función del crédito proveniente de entidades financieras, bancos y mutuales y, en la actualidad, el conflicto llega a su máxima expresión cuando, como

¹⁰ Junyent Bas Francisco, Izquierdo Silvina, El consumidor sobreendeudado y el derecho a quebrar. A propósito de la búsqueda de la rehabilitación y la limpieza del pasivo preexistente, publicado Semanario Jurídico N° 1734 del 26 de Noviembre de 2009, pág. 757.

¹¹ Truffat Daniel, “¿Decoctor, ergo fraudator?”, Lexis Nexis, Córdoba Nro 7, julio 2007, pág. 565.

consecuencia del concurso de acreedores primero y la quiebra posterior o directamente la petición de quiebra propia, pelagra la continuidad laboral de un sin número de empleados públicos

IV. 2. La necesidad de advertir el enfoque particular del consumidor

De tal modo, el debate sobre el consumidor sobreendeudado puede ser analizado desde dos enfoques diferentes.

Por un lado, en cuanto a su ausencia de previsión legal en la normativa concursal, ya que la ley 24.522 tiene virtualmente un único modelo de concurso preventivo o liquidativo para toda clase de deudores.

De tal modo, el proceso concursal, ni en su faz preventiva ni mucho menos en la liquidativa, aparece como un vehículo idóneo para que el consumidor intente renegociar con sus acreedores, pues resulta patente que con el sueldo no puede enfrentar la totalidad del pasivo.

De allí, la necesidad de la existencia de una mediación que articule una alternativa de saneamiento que sea viable para rehabilitar a la persona física, e impedir que los embargos le imposibiliten las condiciones de una vida digna.

Por el otro, tratándose concretamente de empleados públicos, el “concursumiento o declaración falencial” suele engastar en causal de cesantía del trabajador y, consecuentemente, deviene la pérdida de la fuente laboral.

IV. 3. El vacío legal: la ausencia de un esquema propio del consumidor.

Hemos señalado que el primer valladar con el que se enfrenta el consumidor está dado por la ausencia de previsión legal para este tipo de deudores.

En efecto, más allá de la distinción que efectúan los arts. 288 y 289 de la L.C. con relación a los denominados “pequeños concursos”, la realidad es que se trata de un intento frustrado de simplificación del proceso único y, desde ninguna perspectiva, se contempla la situación de la persona física consumidora.

De tal modo, el sistema de pequeños concursos es absolutamente insatisfactorio y no marca ninguna diferencia cualitativa, al grado tal que Osvaldo Maffía¹² afirmó con toda claridad que “es un procedimiento especial sólo que sin procedimiento especial”.

En una palabra, el régimen de pequeño concurso nada aporta a la problemática planteada sobre la insolvencia de las personas físicas y, por el contrario, se sigue recurriendo al actual esquema falimentario que, al no realizar distinción alguna ante el sujeto consumidor, se traduce en una solución “inconsistente”.

Tal como explica Truffat¹³, la concursalidad, privada de su antigua autonomía jactanciosa, ha entrado en crisis en lo atinente al tratamiento de los pequeños deudores al concurrir con la temática de la tutela del consumidor.

Así, el autor citado enseña que la inmensa mayoría de los concursos mínimos lo son de pequeños consumidores individuales, y el problema no queda únicamente en la saturación de trabajo para los tribunales, sino en la insuficiencia del sistema que se muestra absurdo por exceso y por defecto.

¹² Maffía Osvaldo, Procedimiento especial, sólo que sin procedimiento especial para los pequeños concursos, ED T. 165, pág. 1226.

¹³ Truffat, Daniel, Algunas ideas sobre los concursos de los consumidores y otros pequeños deudores, Doctrina Societaria y Concursal, N° 260, Julio de 2009, Errepar, pág. 693.

IV. 4. Las incoherencias del sistema.

A esta altura de las circunstancias, cabe puntualizar que la persona física consumidora sobreendeudada que es declarada en quiebra deviene inhabilitada por imperio del art. 234 de la LC.

Ahora bien, a poco que se lean los efectos que apareja la inhabilitación, y que se derivan del art. 238, se advierte que el régimen está pensado solamente para comerciantes y administradores de sociedades comerciales, y no resulta congruente para quienes se endeudan "para vivir".

La situación de sobreendeudamiento no es una cuestión que afecte solamente a los particulares, sino que trasciende la esfera privada para entrar en la cuestión del orden público económico, que hace a las políticas de sanidad y el bienestar general, tal como lo explica Anchaval¹⁴.

En esta línea, el autor citado parafraseando la conocida opinión de Joaquín Sabina recuerda que: "Menos piadosas que las del corazón son las mentiras de la diosa razón, yo sólo te conté media verdad al revés". De tal modo, aplicado dicho pensamiento a la problemática del consumidor sobreendeudado, cabe sostener que se ha demostrado que el "abuso de la quiebra" o el aumento de las tasas de presentación de las mismas no responden al "abuso del sistema" sino que se encuentran ligadas a cuestiones estructurales o macroeconómicas, no imputables al deudor, como consumidor y, a menudo, buscar explicaciones puramente relativas "a la cuestión moral" puede resultar cómodo pero no explica ni mucho menos soluciona la raíz del problema.

De tal modo, la verdad es que vivos, vivillos, explotadores y usureros, abundan de un lado y del otro, y muchísimas veces, ni siquiera se usan los préstamos para adquirir bienes sino como un sobresueldo de una sociedad que insiste en "consumir".

Desde otra perspectiva, atento a que la persona física no comerciante, es decir, el civil o consumidor, no tiene obligación alguna de llevar contabilidad, le resulta muy difícil acceder al concurso preventivo, por no contar con medios económicos para enfrentar un plan de pago de los créditos, y consecuentemente, la quiebra es la alternativa que a la postre, luego de un año de descuento de un porcentaje del salario, como única vía de obtener fondos, culmina mediante el cese de la inhabilitación, de conformidad con el art. 236 de la ley concursal le permite liberarse de un pasivo muchas veces "acrecido" como consecuencia de la misma debilidad económica que lo lleva a endeudarse.

V. Las inconsistencias de la inhabilitación de las personas físicas

V. 1. La habilitación del trabajo en relación de dependencia

De todas formas, como la ley concursal habilita el trabajo en relación de dependencia, y el ejercicio de la profesión, pues, nunca podría volverse al sistema de la "muerte civil", violando garantías constitucionales, contenidas en los arts. 14 y 14 bis de la C.N., resulta patente que el estatuto del comerciante no le es aplicable, y que las sanciones del art. 238 de la ley concursal no estuvieron nunca pensadas para quien no ejerce el comercio.

¹⁴ Anchaval, Hugo, El sobreendeudamiento de los consumidores y la cuestión social, Doctrina Societaria y Concursal, N° 261, Agosto de 2009, Errepar, pág. 817.

Dicho de otro modo, la consecuencia de la inhabilitación, o mejor dicho, sus efectos, son justamente que el inhabilitado no puede ejercer el comercio por sí o por interpósita persona, ser administrador, gerente, síndico, liquidador o fundador de sociedades, asociaciones, mutuales y fundaciones. Tampoco podrá integrar sociedades, o ser factor o apoderado con facultades generales de aquellas.

En una palabra, los efectos del art. 238, estuvieron siempre enderezados al quehacer comercial y, en su caso, denotan una visión "represiva" propia de la quiebra que hoy parece inadmisibles, máxime cuando se trata de un consumidor.

Dicho derechamente, en la actualidad cabe cuestionar la inhabilitación del art. 238 por su carácter punitivo dentro del ámbito de la actividad comercial, y con mayor razón, cuando se trata de civiles sobreendeudados, verbigracia: el consumidor.

De todas formas, en el actual sistema legal, el fallido queda desapoderado de sus bienes hasta su rehabilitación, pero ésta se produce automáticamente al año y permite la "liberación" de las deudas anteriores con el nuevo patrimonio que adquiera, lo que puede resultar una solución que no siempre sea justa cuando existan deudas alimentarias o gastos producidos por el propio proceso jurisdiccional.

V. 2. El cese de la inhabilitación

En esta inteligencia, hemos puntualizado supra que la inhabilitación cesa automáticamente al año de la quiebra, y consecuentemente, nace una nueva masa frente a los nuevos acreedores, y los eventuales bienes desapoderados son los que quedan afectados al pago por título anterior al pago o a la falencia.

Éste aspecto también se encuentra impropiaemente reglado en la ley que no establece los límites de la "liberación", pues parece totalmente injusto que cualquier comerciante o empresario, e incluso un consumidor, pueda quedar exento de pagar deudas alimentarias o los propios gastos del proceso que su quiebra ha aparejado.

En una palabra, el esquema relativo al concurso o falencia del consumidor no tiene ningún tipo de respuesta en el actual estatuto concursal.

De tal modo, este "nuevo comienzo" puede ser una solución positiva o negativa según la situación de la persona fallida y, concretamente, con relación al consumidor, no existe respuesta legislativa concreta.

Así, cuando el deudor "sobreendeudado" se presenta a pedir su propia quiebra se plantean diversas soluciones jurisprudenciales¹⁵ y doctrinarias¹⁶ que ponen en "tela de juicio" los criterios de interpretación del actual sistema concursal.

¹⁵ La Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Rosario, Sentencia N° 368/07 del 27/8/2007 en "Mac Guire, Daniel S/ pedido de quiebra"; Sentencia N° 156 del 12/6/2008 en "Calvo Sabina Noemí s/ quiebra"; Sentencia N° 383 del 7/9/2007 en "Gerlo Rolando Antonio S/ propia quiebra" entiende que cabe rechazar los pedidos de quiebra "voluntarias" de "consumidores", atento a que implica un abuso del proceso y se hace gala de "la picardía criolla" bordeando figuras receptadas por nuestra legislación penal (art. 172 del CP.). En esta línea, afirma que el deudor no está haciendo un uso regular de su derecho de pedir la quiebra, en atención a que existe una asunción voluntaria de un pasivo desproporcionado con los ingresos, incremento notable de dicho pasivo en los últimos meses antes de la petición de falencia, y, en muchos casos, adquisición de bienes suntuosos y sin relación con el nivel de vida del sujeto con el propósito exclusivo de lograr posteriormente "limpiar el pasivo y reinsertarse económicamente".

¹⁶ Garaguso Horacio, Ponencia presentada en las Jornadas Nacionales de Instituto de Derecho Comercial, San Nicolás 2008. En este sentido, sostiene que la picardía no es un ilícito y no compete a los jueces denegar un derecho que la ley y la constitución acuerdan. Así, mientras no se reforme la ley de concursos vigente, la denegación de la quiebra voluntaria o forzosa del consumidor constituye un abuso de poder de

Desde esta perspectiva, se cuestiona el derecho a peticionar la propia quiebra cuando el consumidor carece de patrimonio y se advierte que el objetivo final del proceso es obtener el levantamiento de los embargos del sueldo y, por último, limpiar el pasivo mediante la rehabilitación que procede al año de su declaración, de conformidad al art. 236 de la L.C.

Ahora bien, el debate planteado va muchas más allá que la ansiada “rehabilitación del fallido”, pues frente al régimen del empleado público, de nada vale “limpiar el pasivo” si, en definitiva, la relación de dependencia laboral se encuentra “pendiendo de un hilo” y la cesantía es la consecuencia de tal declaración.

VI. El sueldo como garantía de los acreedores

VI. 1. La falta de tutela del endeudamiento del consumidor

Desde esta perspectiva, cabe destacar que el abuso de la quiebra o el aumento de las tasas de presentación no responden mayoritariamente a conductas reprochables, sino que se encuentran fuertemente ligadas a cuestiones estructurales macroeconómicas.

Así, el ingreso regular y la estabilidad laboral constituyen la garantía que los acreedores tienen en miras al momento de otorgarle un crédito al consumidor.

En efecto, hemos dicho que es lógico que hoy las personas deseen tener acceso a bienes de uso cotidiano e, incluso, imprescindibles para mejorar la calidad de vida.

En consecuencia, para evitar el sobreendeudamiento del consumidor, tanto en el derecho comparado como en nuestro país, se advierten dos niveles de respuesta absolutamente imprescindibles que cabe ponderar brevemente.

Un primer aspecto que debe contemplar el legislador es el que articula un sistema de prevención del sobreendeudamiento y correspondiente protección extrajudicial, evitando la concesión irrestricta del crédito.

Otro es el relativo a la articulación de un sistema particular que permita la renegociación de las deudas y la superación de la insolvencia, aspecto ausente del actual esquema concursal, y que lleva consigo la necesidad de resolver previamente si esta alternativa debe mantenerse en la jurisdicción concursal o, por el contrario, es propia del estatuto del consumidor.

VI. 2. El abuso del crédito

Desde esta atalaya, cabe prevenir lo que se ha denominado “la industria del crédito” atento a que puede distinguirse entre el crédito “prime”, común, corriente; el crédito “subprime” de alta tasa, lícito, dirigido a un mercado diferente; y el “crédito predatorio” que produce un grave daño y que persigue simplemente el consumo a determinados bienes sin preocuparse por la capacidad de pago de las personas¹⁷.

Así, un ámbito de tutela relevante debe enderezarse a asegurar que los préstamos se concedan, previo estudio de solvencia, y no se permita el descuento por planilla de porcentajes que afectan el carácter alimentario del salario.

los magistrados. De tal modo, el derecho del deudor a la liberación, sea de una quiebra personal o corporativa¹⁶, es de la esencia del derecho de las Bancarrotas y el legislativo puede reglamentarlo en la medida que no importe su abrogación.

¹⁷ Anchaval Hugo, El sobreendeudamiento...ob cit, pág. 811.

Desde esta perspectiva, más allá de la ausencia normativa sobre el tópico planteado y los aspectos a tener en cuenta para su posible legislación, aquí y ahora una nueva consecuencia nos conmueve frente a la certeza de la pérdida del casi seguro único ingreso con que cuenta el consumidor: su trabajo.

La quiebra fruto del sobreendeudamiento trasciende en cuanto a su repercusión económica afectando a la persona en sus aspectos más íntimos, y el aludido endeudamiento aumenta el costo social en asistencia, y perjudica a la economía retrayendo el consumo.

En esta línea, conviene recordar que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuada, todo lo cual hoy ostenta jerarquía constitucional a la luz del art. 75 inc. 22 de la Carta Magna.

De tal modo, deviene fundamental concluir en la necesidad de una legislación que regule expresamente la situación de los consumidores porque no se trata de comerciantes, sino de civiles, y concretamente, en la mayoría de los casos asalariados que no tienen alternativas saneatorias de su situación socioeconómica.

VI. 3. El estatuto del empleado público.

De esta forma, un conflicto singular se refleja en el área del sector público, concretamente los empleados dependientes de la Administración, ya sea Nacional, Provincial o Municipal.

En efecto, hoy, con motivo de la reglamentación que prevé el Estatuto del Personal de la Administración Pública, una gran cantidad de trabajadores dependientes, ve amenazada su fuente de trabajo frente a la situación de endeudamiento.

Así, los regímenes provinciales suelen establecer como causal de cesantía "...ser declarado en concurso o quiebra fraudulenta", por lo que, pareciera que a este tipo de empleados les están vedados los remedios concursales.

De allí los cuestionamientos de la doctrina y su afán de proteger a los trabajadores haciendo pie en principios constitucionales y en la defensa de los derechos humanos, máxime cuando el art. 104 de L.C. permite al fallido trabajar en relación de dependencia.

Va de suyo que la pérdida del trabajo implica una sanción inconstitucional viola los arts. 14 y 14 bis de la Carta Magna, y deja sin cobertura social a la familia del deudor, convirtiendo a la persona en un "muerto civil" y, consecuentemente, violando también la tutela contemplada en los Tratados Constitucionalizados, art. 75 inc. 22 de la C.N.

VII. El derecho a trabajar: la imposibilidad de mantener regímenes que impliquen la "muerte civil"

VI. 1. La prevención de los créditos "predatorios".

Un primer aspecto que debe contemplar el legislador es el que articula un sistema de prevención del sobreendeudamiento y correspondiente protección extrajudicial, evitando la concesión irrestricta del crédito.

En esta línea, cabe desarticular lo que se ha denominado “la industria del crédito” atento a que puede distinguirse entre el crédito “prime”, común, corriente; el crédito “subprime” de alta tasa, lícito, dirigido a un mercado diferente; y el “crédito predatorio” que produce un grave daño y que persigue simplemente el consumo a determinados bienes sin preocuparse por la capacidad de pago de las personas¹⁸.

Desde esta perspectiva, no deja de llamar la atención la permanente queja en contra de la conducta del consumidor, y nada se dice de los dadores de crédito que, indudablemente, es el eje central de la problemática.

En este sentido, adviértase que en la Unión Europea rige la directiva 2008/48 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los contratos de crédito para el consumo y que obliga a los Estados Miembros a velar porque en todo contrato de crédito el prestamista evalúe la solvencia del consumidor, sobre la base de una información suficiente y, en su caso, se actualice la información financiera antes de otorgar el importe del crédito.

En una palabra, el primer ámbito de tutela debe enderezarse a asegurar que los préstamos se concedan, previo estudio de solvencia, y no se permita el descuento por planilla de porcentajes que afectan el carácter alimentario del salario.

VII. 2. En busca de una legislación especial

En esta línea, resultan clarificadores los trabajos de Truffat¹⁹ y Anchával²⁰ que ponen de relieve que éste tipo de créditos “asfixian” a los consumidores que recurren al pedido de su propia quiebra y que ningún país serio, que contenga una legislación relativa a la insolvencia de los consumidores, ha dejado de legislar sobre dicho aspecto para evitar la vulnerabilidad de los sectores sociales sujetos a sueldos, sean agentes de seguridad, empleados públicos, policías, etc.

Así, pensamos que en nuestro país resulta más conveniente seguir el ejemplo de la legislación alemana, que articula la herramienta dentro de la legislación concursal, y no en el estatuto del consumidor, para dotarlo del control jurisdiccional.

Este remedio legal, que contemple a la persona del consumidor, debe permitir la propuesta de reestructuración de los pasivos mediante la participación activa de un conciliador o mediador que facilite el acuerdo entre las partes.

En este sentido, existen en el Congreso de la Nación diversos proyectos para articular procedimientos especiales relativos al consumidor, aunque muchos de ellos ya han perdido estado parlamentario.

Entre éstas iniciativas, vale la pena referenciar el proyecto de la Senadora Liliana Negre de Alonso, bajo el número CD- 256/11, titulado: "Régimen de sobreendeudamiento para pequeños deudores".

VII. 3. Algunas notas particulares del régimen para pequeños deudores

En primer lugar, se advierte que el art. 2 del proyecto citado supra, contiene la tutela de dos personas diferenciadas: a) en primer lugar, la persona física, de ingresos mensuales que no superen los tres salarios mínimos vitales, y b) en segundo lugar, el

¹⁸ Anchával Hugo, El sobreendeudamiento...ob cit, pág. 811.

¹⁹ Truffat Daniel, “¿Decoctor, ergo fraudator?”, Lexis Nexis, Córdoba Nro 7, julio 2007, pág. 565.

²⁰ Anchával Hugo, El sobreendeudamiento...ob cit, pág. 808 y sig.

comerciante enunciado no alcanza la suma equivalente a 20 salarios mínimos vitales y móviles.

De tal modo, puede advertirse la confusión entre el consumidor y el comerciante, y en rigor, de lo que se trata en este caso, es de plasmar un procedimiento de "pequeño concurso", sin advertir la necesidad imprescindible de distinguir entre el comerciante y el consumidor.

En esta línea, el art. 3 establece que el presupuesto objetivo de apertura de este proceso es el denominado "Estado de sobreendeudamiento" que refiere a aquellas situaciones en las que el deudor no puede enfrentar las deudas exigibles y a vencer, originadas por el consumo individual o familiar, como también, por otro tipo de obligaciones asumidas como garante o deudor solidario.

En esta inteligencia, el régimen articula dos procedimientos diferentes, el primero denominado de conciliación extrajudicial, y reglado en los arts. 9 a 13 del proyecto, que es aquel en el cual el deudor tiene una situación económica y financiera remediable, y puede intentar un acuerdo con los acreedores, y admitir el plan de medidas propuestas por el síndico para su homologación.

Por el contrario, si esta alternativa no fuese viable, en atención a la situación irremediamente comprometida, que impide el saneamiento, la ley articula el denominado "reestablecimiento personal", mediante los arts. 14 a 17, que es aquel mediante el cual luego de reglar un procedimiento abreviado de verificación de los créditos, el juez designa un enajenador, para la realización de los bienes, la que debe llevarse a cabo en un breve plazo, y proceder a la distribución entre los acreedores, previo pago de los gastos del concurso.

A todo evento, el proyecto establece que tanto el procedimiento de conciliación extrajudicial, y la consiguiente homologación, como el trámite de reestablecimiento produce la extinción de todas las deudas que tuviese el deudor, el conocido "fresh start", salvo las originarias por créditos alimentarios, reparaciones pecuniarias, y multas fijadas judicialmente, no pudiendo ningún acreedor reclamar en el futuro, todo o parte de su crédito impago, por fecha anterior a la promoción del proceso.

Aún cuando el proyecto deviene sumamente interesante, sigue confundiendo la situación del comerciante con el consumidor, en una parificación que no parece razonable y en rigor lo que articula es un "pequeño concurso".

VII. 4. Otros proyectos relativos al consumidor

Además, del proyecto comentado precedentemente, existen en el Congreso otra serie de iniciativas que articulan ya sea, un pequeño concurso o un esquema de regulación de la situación del consumidor propiamente dicho.

En esta inteligencia, cabe destacar como nota común la articulación de un acuerdo colectivo de saneamiento de deudas, que además del proceso de reconocimiento de éstas, legitima al síndico para cumplir la función de mediador a los fines de elaborar un proyecto que procure reorganizar el pasivo del deudor.

En una palabra, la mayoría de los proyectos regla un acuerdo colectivo conciliatorio, que se eleva al juez para su homologación.

En caso de quiebra, también se dispone que sólo se afectará al pago de los acreedores los porcentajes de las remuneraciones que no excedan el límite de la

embargabilidad, y se dota al juez de amplias facultades para adoptar las medidas que tiendan a simplificar los procedimientos y reducir los costos procesales.

En este sentido, cabe destacar que ningún proyecto ha logrado convertirse en ley, por lo que, ni el pequeño concurso, ni las economías familiares que dependen del consumidor han merecido tutela en el marco del ordenamiento argentino.

VIII. Epítome

En síntesis, cabe concordar con la doctrina generalizada en el sentido de que una solución sólo puede venir de la mano de un trabajo interdisciplinario, que reúna a concursalistas y especialistas en derecho del consumidor, con la finalidad de buscar las urgentes modificaciones legislativas que resulta menester aplicar en el caso recordando que el estatuto del comerciante no es aplicable al caso del consumidor.

De tal modo, resulta fundamental revisar el sistema de rehabilitación por su absoluta insuficiencia, y en especial el efecto liberatorio sobre saldos insolutos emergentes de la quiebra, pues sin dejar de lado la idea central del "fresh start" y la posibilidad de no quedar atado al pasado, también se contraponen la necesidad de no propugnar el sistema abusivo de superación de la insolvencia, que liberen de deudas de carácter alimentario o similares.

En una palabra, el desafío excede el rol específico del derecho concursal, y consecuentemente, se debe comprender que la disciplina abarcada es sumamente amplia, y que se necesitan reglas claras, tanto para acreedores como para deudores dejando de lado los actuales "sectarismos" que dividen las diversas soluciones.