

***EL NEFASTO BÚMERAN DE LA PROTECCION AL CONSUMIDOR:
¿QUIÉN ABUSA DE QUIÉN?***

*Lo que en su tiempo constituyó un notable adelanto jurídico
ahora pasa a ser algo así como una aberración legal.*

Algunas palabras de advertencia: vamos a ser vehementes y enfáticos. Y a algunos lectores puede no gustarles. Y a los jueces a los que vamos a criticar (y que leen este boletín) seguramente tampoco.

Otras más: vamos a explicar la cuestión desde su mismo principio, porque *nadie nació sabiendo*.

Cuando una persona necesita dinero para adquirir un bien o servicio de cierto valor es probable que no tenga, de buenas a primeras, los fondos necesarios.

Eso llevó a la aparición de los intermediarios financieros. Los hay regulados (como los bancos) y no regulados. Quien necesita fondos puede recurrir así al crédito y obtener de uno de esos intermediarios el dinero requerido. Pero los fondos que un banco presta no son de su propiedad, sino de sus depositantes.

Como el banco remunera a éstos pagándoles intereses por sus depósitos, debe, necesariamente, encontrar manera de pagar esos intereses y, además, obtener una ganancia. Si la ganancia no existe, el banquero se podrá de-

dicar a otra cosa más rentable, como la cría de gallinas ponedoras o atender un kiosco.

La tasa de interés que el banco ha de cobrar a quien le pide fondos dependerá, básicamente, del nivel de riesgo que ese deudor ofrezca. A mayor riesgo (de no cobrar), mayor tasa de interés.

Como prestar a una empresa próspera implica bajo riesgo, la tasa de interés que ésta habrá de pagar será más baja que la que tenga que abonar, por ejemplo, una persona física cuyos ingresos dependan, básicamente, de su trabajo personal.

Para disminuir el riesgo, los bancos (o cualquier prestamista en su sano juicio) intentan obtener garantías. Si el deudor es sobrino de un tío millonario, podrá recurrir a que éste avale sus deudas. Al reducirse el riesgo, bajará la tasa de interés.

Pero no todos los que necesitan fondos son sobrinos de Rico McPato (también llamado Tío Patilludo, Scrooge McDuck o Tío Rico)¹. Por consiguiente, quienes prestaban

¹ Se trata de un personaje de ficción creado en 1947 por el historietista y guionista Carl Barks (1901-2000)

fondos comenzaron a tomar garantías sobre los bienes que el deudor adquiría con los fondos recibidos. Así, si el deudor compraba una casa, quien la financiaba se garantizaba el dinero prestado reteniendo la propiedad hasta que el deudor la pagara.

Así, luego de siglos de evolución y mediante mecanismos legales cada vez más refinados, los antiguos romanos crearon la hipoteca, que permite al deudor usar el inmueble mientras continúa pagándolo y que quien financiaba una compra semejante tuviera un *privilegio* sobre el bien que garantizaba la deuda. Ello, obviamente, producía una baja en la tasa de interés. Esa baja era más notoria cuando esos “mecanismos legales cada vez más refinados” permitían que el acreedor, en caso de falta de pago por el deudor, lograra rápidamente recuperar lo prestado mediante la venta (“ejecución”) del inmueble que servía de garantía.

(La velocidad de ejecución y recupero del dinero prestado está vinculada estrechamente con el grado de desarrollo de un país).

La cuestión resultaba más difícil cuando un deudor decidía adquirir una máquina o un vehículo para aplicarlo a un negocio determinado. Si el deudor compraba un buey con dinero del acreedor, pero sólo podía usarlo una vez pagada la deuda, obviamente la utilización económica de ese animal resultaba imposible.

A la garantía sobre bienes muebles se la llamó “prenda” (o “pignus” en latín). El acreedor guardaba el bien prendado (o “pignorado”) hasta que lo prestado le fuera devuelto.

Con el correr de los siglos (muchos) nació otro tipo de prenda, que permitía al deudor

usar el bien adquirido mientras debiera aun todo o parte del precio de compra. Ello exigió crear mecanismos legales para asegurar el crédito del acreedor, evitar que el deudor vendiera el bien prendado (o que el acreedor dispusiera de él antes del plazo acordado), registrar las prendas a medida que se las constituía, etc. A este tipo de prendas se las llamó “prendas con registro”: la registración de la existencia de un privilegio del acreedor, banco o financista sustituyó la entrega de la cosa al acreedor.

Este proceso llevó siglos. Nuestro primer Código de Comercio (sancionado en 1859 para regir en el Estado de Buenos Aires) reguló la prenda tal como la conocían los romanos: “el deudor o un tercero a su nombre entrega al acreedor una cosa mueble en seguridad y garantía de una operación comercial”. *No reguló la prenda con registro porque en ese momento no existía.*

No obstante la inexistencia de la prenda con registro, tanto el Código Civil como el Código de Comercio contenían una disposición clave: *el acreedor no podía apoderarse por sí mismo de la cosa hipotecada o prendada en su favor: eso siempre exigía la intervención de un juez.* La ejecución, en otras palabras, era siempre *judicial*. El apoderamiento de la cosa prendada por parte del acreedor constituía un delito con un nombre curioso: *estelionato*.

Recién en junio de 1946 se incorporó a la legislación argentina la “prenda con registro”. Constituyó un avance jurídico notable.

La incorporación de la “prenda con registro” se hizo mediante un decreto-ley del presidente Edelmiro Farrell, posteriormente ratificado por el Congreso. No era un texto demasiado elástico y estaba lleno de restricciones. En 1995, mediante otro decreto, esta vez del presidente Carlos Menem, se “ordenó” el texto anterior. Ello sirvió como excu-

para Walt Disney. Está basado en un personaje de Charles Dickens.

sa para introducirle numerosas reformas y hacerlo más dinámico, pero al mismo tiempo sirvió para eludir el trámite de reforma ante el Congreso.

En la misma línea protectora de los derechos del deudor que había seguido el Código de Comercio, el decreto-ley incluía una norma que exigía que el juez escuchara al deudor antes de proceder a la ejecución de los bienes prendados: “en ningún caso los jueces ordenarán la subasta [...] sin previo requerimiento del deudor...”.

Pero esa regla tenía una excepción: “cuando el acreedor sea una institución *oficial o bancaria*, se prescindirá del trámite judicial procediendo el acreedor a la venta de los objetos prendados [...] sin perjuicio de que el deudor pueda ejercitar en un juicio ordinario los derechos que tenga que reclamar al acreedor...”. Y algo más: “Para facilitar la venta [...] el juez ordenará el secuestro de los bienes y su entrega al acreedor, sin que el deudor pueda promover recurso alguno...”

Cuando en 2015 entró en vigor el nuevo Código Civil y Comercial, *las normas del viejo decreto-ley sobre prenda con registro de Farrell y de Menem siguieron vigentes*.

Todo bien, hasta que entró a tallar la Ley de Defensa del Consumidor y, *sobre todo, la forma en que los jueces la interpretan*.

Claro que no hay que perder de vista que en 1994, al modificarse la Constitución, los derechos de los consumidores fueron explícitamente incluidos entre aquellos que merecen protección de nuestra ley fundamental.

A partir de allí, *la forma en que los jueces interpretan la defensa del consumidor parece haberse constituido en una carrera desenfrenada para ver cuál de ellos arrasa mejor y primero con toda la estructura ju-*

ridica existente en nombre de una supuesta ‘justicia del consumidor’.

La protección al consumidor, como la interpretan muchos jueces, es la protección al consumidor *que inició una demanda judicial determinada. Todos los demás se ven perjudicados porque la excesiva protección que se otorga a aquellos que recurren a la justicia* (a veces por cuestiones ridículas o insignificantes) *tiene como único resultado un generalizado aumento de costos y una creciente restricción al acceso al crédito para los demás.*

Un ejemplo es una sentencia reciente dictada por una Cámara de Apelaciones² en la que se sostuvo que el mecanismo que permitía *a instituciones oficiales o bancarias* –esto es, rodeadas de ciertas garantías en cuanto a su existencia y desempeño– secuestrar bienes prendados en caso de mora del deudor sin que éste sea escuchado viola disposiciones constitucionales. Ya lo había hecho antes en otro caso y ahora repite lo que seguramente considera una gesta emancipadora a favor de los desprotegidos consumidores. Más aun: uno de los magistrados opinantes se envolvió en la bandera de los derechos humanos y decretó que la vieja norma de 1946 *era inconstitucional* porque los violaba.

Las consecuencias no serán inmediatas pero sí inevitables: el costo financiero del crédito prendario *otorgado por bancos y entes oficiales* subirá. No para el afortunado deudor que logró la sentencia mencionada, *sino para todos los consumidores que vendrán detrás*. Lo curioso es que, esta vez, los jueces se han hecho cargo de esa posibilidad, pero sostuvieron *que no ha sido demostrada*.

² In re “Rombo Compañía Financiera c. Demitrio”, CNCom (F), exp. 17240/2021, 22 abril 2022; *ElDial.com* XXV:5942, 11 mayo 2022; AACCI A

Más aun: *los competidores naturales de los bancos y organismos oficiales de financiamiento verán una mejora en sus condiciones operativas*. Los usureros encantados.

La fraseología usada por los jueces demuestra confusión entre la correcta asistencia a un consumidor que mantiene una deuda con un acreedor, legítimamente incurrida al amparo de la ley vigente, y un rescate forzoso que la sociedad debe brindar a alguien *a quien erróneamente se ha privado de su derecho de defensa*.

Entre otras, los jueces han ignorado dos cosas: que quienes depositan fondos en los bancos –y que gracias a disparates como éstos serán de difícil recuperación– *también son consumidores* y que su posición no es nueva: el historiador canadiense H.S. Ferns (1913-1992) decía que ya en el siglo XIX “la Argentina era el paraíso del deudor”³

La Cámara hace pie en un fallo de la Corte Suprema según el cual “privar al deudor –en relación de consumo– de todo ejercicio de derecho de defensa, en forma previa al secuestro del bien prendado, *podría colocarlo* en una situación que no se condice con la especial protección que le confiere la Constitución”. (¡Nótese el condicional!).

“Desde esta perspectiva” dice la Cámara, la legislación sobre prenda con registro “resultaba incompatible con la vigencia de varias disposiciones que rigen la Ley de Defensa del Consumidor”.

Y como las normas de protección al consumidor están incorporadas a la Constitución, debe “adoptarse la decisión que mejor proteja los derechos de los consumidores”.

“Cuando se promueve el secuestro de un vehículo destinado a uso particular o pri-

vado” dijo la Cámara “además de presumirse la existencia de una operación financiera para el consumo cabe interpretar que tanto el contrato como todas sus consecuencias deben considerarse regidos –primer [*rectius*: “primero”] y principalmente– por la Ley de Defensa del Consumidor y supletoriamente por esas normas específicas, cuya aplicación procederá en tanto y en cuanto no hayan resultado modificadas por aquella. Así, cabe integrar las normas prendarias con las reglas que protegen a los consumidores y conferir preeminencia a la más favorable para el consumidor [...] y considerar la aplicación bajo la perspectiva de protección especial del consumidor que tanto la Constitución como el sistema normativo del consumidor otorgan”.

Parecería que para la Cámara, el consumidor al que proteger es el que está demandando en el caso que tienen delante. Los demás (la enorme mayoría) quedarán librados a su suerte.

Pero el tribunal hace además una extraña construcción lógica: “cuando se trata de contratos en los que las tratativas preliminares aparecen menguadas o directamente no existen, porque al consumidor no le queda más alternativa que optar entre celebrar el contrato o no, la función estatal de control se hace indispensable”.

¿Qué tiene de malo que el consumidor tenga una opción de hierro entre celebrar un contrato o no hacerlo? ¿O acaso el proveedor de fondos está obligado a prestarlos? ¿O el Estado debe allanar las cosas al consumidor de modo tal que celebrar un contrato sea para éste la única opción y, además, libre de riesgos? ¿El banquero, prestamista o proveedor de fondos no puede tomar ninguna medida de reducción del riesgo sin violar los supuestos derechos del consumidor que luego habrá de demandarlo? (Porque si no de-

³ Henry Stanley Ferns, *La Argentina y Gran Bretaña en el S. XIX*, Buenos Aires, Hachette, 1984.

manda, ninguna de estas creaciones jurisprudenciales le resultará aplicable).

La función “indispensable” de control estatal es, para el tribunal, “acentuadamente necesaria en un contrato que [...] se caracteriza por hallarse celebrado entre partes formalmente desiguales, de suerte tal que el control debe contribuir a restablecer o nivelar lo que desde su génesis aparece formalizado entre quien ostenta poder de negociación y quien carece de él”.

Entonces, “por esa razón y en tanto el sistema previsto en la ley de prendas es incompatible con la vigencia de varias de las disposiciones que rigen la defensa del derecho de consumidor, en la medida de esa incompatibilidad, esa ley debe entenderse modificada por la Ley de Defensa del Consumidor, desplazando en su caso, a toda disposición que disponga lo contrario, por ser ella [de] fuente constitucional, extremo que denota que la solución de conflictos normativos no puede guiarse por la aplicación de las reglas tradicionales que autorizan a fundar la prevalencia de una norma en la circunstancia de que sea anterior o especial [...] sino que debe buscarse en las pautas que rigen la jerarquía constitucional de las disposiciones enfrentadas, en tanto el estatuto consumérista surge de lo dispuesto por la Constitución”.

Sobre esa base, el tribunal entendió que “el secuestro directo sin audiencia del deudor cuando éste es consumidor, y la subsiguiente facultad del banco de rematar el bien para cobrarse lo adeudado sin ningún control del deudor ni del juez, ciertamente contradice los postulados básicos que inspiran el derecho de consumo, en tanto cercena el derecho de información que la ley asegura al consumidor en ocasión de contratar”.

Según el tribunal, la cláusula que permite el secuestro de los bienes prendados *por orga-*

nismos oficiales o entidades financieras “importa una renuncia o restricción de derechos del consumidor o una ampliación de los derechos de otra parte en abuso de una posición dominante, lo cual se encuentra expresamente prohibido [...] y resulta contrario al orden constitucional. Ergo, debe [...] tenerse por no convenida”

Entonces, para que el consumidor pueda “constatar cuáles son esos derechos que en su contra invoca el proveedor [...] debe otorgársele debida audiencia o intervención”. Pero como eso no está reglado, según la Cámara los jueces deberán adoptar “las medidas oficiosas que resulten necesarias para asegurar la adecuada defensa en juicio del consumidor”.

Ahora, además de sufrir el incremento de las tasas de interés, entraremos en el desorden procesal, pues cada uno de los treinta y un juzgados comerciales que hay en la ciudad de Buenos Aires adoptará las reglas que considere adecuadas para que el deudor “constate qué derechos invoca su proveedor en su contra”. Habrá treinta y una maneras distintas de hacerlo, prueba y error mediante. Habrá treinta y un nuevos obstáculos distintos para que el acreedor estatal o financiero que prestó su dinero a un consumidor pueda recuperarlo.

Para los jueces resulta obvio que nada de esto “implica privar al acreedor de una pronta ejecución de la garantía que lo respalda”. Se ve que un dios aparte los exime de litigar. ¡Si ni siquiera cuando se admitía el derecho al secuestro de los bienes la ejecución era pronta!

¿De qué se nos está hablando?

Ahora, “la posibilidad del acreedor prendario de obtener el secuestro del bien debe condicionarse a constatar en forma previa el incumplimiento del deudor y los alcances de

la obligación asumida. Y para ello, el magistrado deberá adoptar el procedimiento que estime conducente para asegurar la intervención del consumidor, como audiencia, vista o traslado o el que decida adoptar para constatar el incumplimiento del deudor y los alcances de la obligación”.

El desorden jurídico que genera una exorbitante protección al consumidor que excede lo razonable es más que notorio cuando, a los mismos bancos a los que este fallo atribuye una supuesta violación al derecho de información del consumidor, la ley –gracias a otro decreto de 1946– autoriza a emitir

certificados de saldo deudor en cuenta corriente bancaria que gozan del carácter de títulos ejecutivos (y, por ende, permiten una rápida ejecución judicial).

Bajo las mismas pautas del fallo que criticamos hoy, pronto habrá jueces que sostendrán que antes de ejecutar el saldo deudor de una cuenta corriente bancaria habrá que suministrar al deudor la posibilidad de aclarar porqué debe dinero al banco.

Y el Filosofito, que nos lee en borrador, acota: “¡Qué pase el primero. Bienvenido a Narnia!”.

* * *

Esta nota ha sido preparada por Juan Javier Negri. Para más información sobre este tema pueden comunicarse con el teléfono (54-11) 5556-8000 o por correo electrónico a np@negri.com.ar.

**Este artículo es un servicio de Negri & Pueyrredon Abogados a sus clientes y amigos.
No tiene por objeto prestar asesoramiento legal sobre tema alguno.**