

Expediente Nro. 148914 Juzgado nº8

/// la ciudad de Mar del Plata, a los 30 días del mes de septiembre de dos mil once, reunida la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Sala Segunda, en acuerdo ordinario a los efectos de dictar sentencia en los autos: "**FAVACARD S.A c. TELLOO, Manuel Pascual y otra s. EJECUCION**", habiéndose practicado oportunamente el sorteo prescripto por los arts. 168 de la Constitución de la Provincia y 263 del Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial, resultó del mismo que la votación debía ser en el siguiente orden: Doctores Roberto Loustaunau y Ricardo Monterisi.

El Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

C U E S T I O N E S:

1era. ¿Es justa la sentencia apelada?

2da. ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A LA PRIMERA CUESTIÓN EL SR. JUEZ DR. ROBERTO LOUSTAUNAU DIJO:

I. A fs. 28 el Señor Juez de Primera Instancia dictó sentencia mandando llevar adelante la ejecución hasta tanto los ejecutados Manuel Pascual Tello y Ana Mercedes Salazar hagan al acreedor Favacard S.A. íntegro pago de la suma reclamada de \$1250.- con más gastos y costas de la ejecución.

En cuanto a los intereses, morigeró la tasa pactada, aplicando el criterio sustentado por los distinguidos colegas de este tribunal -Dres. Zampini y Gérez- en el plenario dictado en la causa "Metz, Fernando c. Citibank NA s. materia a categorizar" (causa nº 140.929 del 27/02/2010) consistente en calcularlos conforme a lo acordado por las partes, siempre que no supere la tasa activa del Banco Provincia, reducida en el 20% por todo concepto.

II. Apeló el apoderado de la entidad ejecutante a fs. 29 y su recurso, concedido en relación a fs.30, quedó fundado con el escrito agregado a fs.31/33 en el cual, concretamente, se agravia de la tasa de interés fijada en la sentencia.

Con tal fin, sostiene que a través del plenario citado – que dejó sin efecto los topes previstos en los recordados plenarios “Banco de Olavaria c. Penna” y “Banco de Quilmes c.Ojea”- se ha revitalizado toda la normativa imperante que permite a los contratantes pactar el interés que crean conveniente y que la facultad acordada a los jueces para morigerarlo no supone que cuenten con absoluta discrecionalidad y que decidan el caso, apartándose de cualquier análisis.

Afirma que deben aplicarse los intereses pactados, salvo en aquellos supuestos excepcionales que así lo justifiquen, como puede suceder en el caso del acto lesivo, o cuando el resultado arribado sea irrazonable o en el caso de violación a los derechos del consumidor -citados en mi voto de aquel plenario- los que, según su entender, no se configuran en el caso de autos.

III. A mi entender, corresponde modificar la condena de intereses.

1. El a quo ha omitido aplicar la ley 25.065 y, para tal proceder, no ha declarado su inconstitucionalidad ni ha expuesto las razones que lo han convencido de apartarse de una ley de orden público, salvo que se tome como tal su adhesión inmotivada a la opinión de la minoría en el plenario “Metz”.

La aplicación de dicha ley es insoslayable pues, por más que la acción deducida no sea ninguna de las previstas en los arts 39 a 41, no puede negarse que la causa del reconocimiento de deuda efectuado en el instrumento que se ejecuta es, precisamente, el contrato de tarjeta de crédito habido entre las partes.

La cláusula primera del título agregado a fs.7 expresa: "...La deuda aquí reconocida está originada en gastos efectuados con la tarjeta de crédito FAVACARD.-"

Tal claridad, a la luz de lo dispuesto por los arts 1, 2, 6, 38 y concordantes de la norma citada, me exime de aportar mayores argumentos respecto a su aplicación al caso.

No debe olvidarse que la ley 25.065 es de orden público (art. 57) y su aplicación, por ende, resulta imperativa para las partes y el juez (arg. arts 3 y 21 del C.C.) y no se advierte siquiera un problema con relación al tiempo en tanto, el instrumento que da origen a esta ejecución, fue suscripto cuando ésta ya estaba vigente (la ley fue sancionada el 7/12/1998 - Promulgada Parcialmente el 9/1/1999 – Publicada en B.O. el 14/1/1999 y luego confirmada íntegramente por Mensaje del Senado de fecha 1/9/99 B.O. 24/9/99.)

2. En que lo que hace a los intereses que las entidades emisoras pueden cobrar, el Sr. Juez debió considerar que la ley mencionada tiene dos normas específicas: los arts. 16 y 18 que prevén topes específicos para cada tipo de intereses.

Así, para los compensatorios que perciban las emisoras no bancarias (como en el caso), "el límite de los intereses compensatorios o financieros aplicados al titular no podrá superar en más del veinticinco por ciento (25%) al promedio de tasas del sistema para operaciones de préstamos personales publicados del día uno al cinco (1 al 5) de cada mes por el Banco Central de la República Argentina."

Para los punitivos, "El límite de los intereses punitivos que el emisor aplique al titular no podrá superar en más del cincuenta por ciento (50%) a la efectivamente aplicada por la institución financiera o bancaria emisora en concepto de interés compensatorio o financiero"

La tasa fijada por el juez es de tipo general y no especial como la legalmente prevista y, por este motivo, aquella no puede prevalecer, por lo que debe modificarse la sentencia.

El fundamento particular para el caso, reside en la preeminencia del tope que el propio legislador (tope legal) puso a la tasa de interés pactada - por orden jerárquico del art.622 del Código Civil- a la que el Sr. Juez pretendió fijar.

Ya la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, se ha pronunciado descalificando el sistema que hacía prevalecer la tasa de interés fijada judicialmente por sobre la tasa legal, contrariando sin motivación suficiente el orden dispuesto por el art.622 del Código Civil.

Es que, aún cuando hace ya tiempo que el concepto del Juez como mero aplicante de la ley en el modelo dogmático ha sido superado (Vigo, Rodolfo "Interpretación Jurídica" editorial Rubinzal Culzoni, páginas 15 y siguientes), pues en la interpretación existe siempre un compromiso axiológico (Vigo ob.cit. con cita de Aarnio p.22 en nota 16), no son admisibles aquellas interpretaciones que conducen lisa y llanamente a prescindir del texto de la ley, sin declarar la inconstitucionalidad de la norma (CSJN Fallos: 323:3139; Sagües, Néstor P. "Interpretación constitucional y alquimia constitucional" en JA ejemplar del 26.11.03 páginas 62 y siguientes).

Con fecha 8 de Marzo de 2007 en las causas 92.695 in re "Fisco de la Provincia de Buenos Aires c. Waitz de Luque, Ana Silvina s. Apremio", y nº93.514 "A.F.I.P.- D.G. .Incidente de revisión en autos "Hugo Santiago e hijos S.A. s.concurso preventivo" , en los que revoca las decisiones de la Sala II de esta Cámara de Apelaciones, el Superior Tribunal de la Provincia ha establecido que, cuando la ley fija una tasa de interés, el órgano jurisdiccional no se encuentra autorizado para adoptar un tope o una tasa menor, y solo declarando su invalidez por afectación de derechos de grada constitucional, puede ordenarse una limitación en su cuantía (voto del Dr. Soria en la causa nº 93.514).

En este mismo sentido, se expidió en las causa N°95.758, "Volpe José c. Banco de la Provincia de Buenos Aires s. Nulidad, repetición y compensación", sent. del 9-12-2010, respecto al desplazamiento de las tasas convenidas, y N°104.865, "Zangheri Luisa c. Citibank s. Cumplimiento de contrato", sent. del 30 de marzo de 2010, en la que anuló el pronunciamiento de esta Cámara, por carecer de fundamentos dado que "aplicó mecánicamente la conclusión de un fallo plenario".

Esta es la solución que, fundada en la doctrina antes mencionada del Superior Tribunal, hemos aplicado en innumerables casos de tarjeta de crédito en este Tribunal con votos de los diferentes colegas que lo integran (ver causas números 127.489; 138525; 137571 entre otras y recientemente - 129.641).

3. Además, a esta altura debería quedar claro que no es posible modificar lo pactado por las partes con la sola y escueta mención de un "límite moral" decidido subjetivamente y desprovisto de fundamento.

No parece que quepa presumir que el tope indicado por el legislador en los arts.16 y 18 de la ley 25.065 no resulta suficientemente "moral", como para que los jueces nos veamos obligados a imponer nuestro propio límite, con el peligro consecuente de concebir una "moral" que parece juzgarse más alta cuando menor es el interés que se tolere, y todo ello sin aplicar la ley, sin declarar su inconstitucionalidad, sin explicar por qué no se aplica, y sin fundar por qué ese límite es moral y el del legislador —como es más alto— sería "inmoral".

La SCBA ha descalificado reiteradamente estos pronunciamientos que remiten a la tasa fijada en un plenario – en este caso ni siquiera puede hablarse de tasa fijada por plenario pues los distinguidos magistrados que lo propusieron quedaron en minoría – como todo argumento para alterar lo convenido por las partes, en tanto importa pronunciarse de un modo dogmático,... con ausencia de motivación propia o de fundamentación legal, requisitos que -salvo supuestos excepcionales- no pueden ser suplidos por remisión a lo expuesto en otra causa, en el fallo de primera instancia o mediante la

remisión mecánica a la conclusión de un fallo plenario, sin desarrollar los fundamentos que llevaron a adoptar tal determinación y sin hacer una descripción comparativa de la situación fáctica del precedente con la de la causa (doct. causas Ac. 53.829, sent. del 30-IV-1996; Ac. 62.840, sent. del 31-III-1998; Ac. 72.946, sent. del 20-IX-2000; Ac. 79.199, sent. del 4-IV-2002; C. 101.357, sent. del 25-II-2009; C. 104.865, sent. del 30-III-2010, entre otras), o que” Las partes pueden pactar tales accesorios (arts. 621, 622, 1197 del Cód. Civil y 565 del Cód. de Comercio) sin que en principio corresponda a los tribunales sustituirlos para crear tasas en abstracto, desvinculadas de las circunstancias de cada operación financiera (conf. Rivera, Julio César, "Ejercicio del control de la tasa de interés", en Suplemento Especial de "La Ley", Intereses, julio de 2004, p. 105 y Ss.; Rouillon, Adolfo A.N. (dir)-Alonso, Daniel F. (coord.), Código de Comercio comentado y anotado, Edit. "La Ley", Bs. As., 2005, t. I. p. 1019; Pizarro, Ramón D., "Tasa de interés y facultad morigeradora del tribunal", "La Ley", C. 2006, 147)(votos de los Dres. Hitters y Soria en la causa C. 104.857, "Cementub S.A. contra Banco de la Provincia de Buenos Aires. Cumplimiento de contrato").

Parece también contradictorio invocar los votos minoritarios de un plenario, en el cual la mayoría votó por dejar asentado que no corresponde fijar la tasa de interés por esa vía, para igualmente fijar un tope objetivo o “límite moral” dejando así de aplicar la conclusión mayoritaria de ese mismo plenario (art. 37 inc.f de la ley 5827).

4. Mi opinión es que la sola mención del “límite moral” tolerado por el Sr. Juez de la instancia inferior, sin explicar en qué consiste y por qué lo aplica, constituye un fundamento aparente que torna arbitraria la sentencia.

Esta opinión no obedece a que juzgue imposible calificar a un acto jurídico en particular como contrario a la moral o a las buenas costumbres (facultad que se desprende de los arts. 21, 953 Cód.Civ.; art. 19 CN), sino que entiendo improcedente y ajeno a la labor jurisdiccional el tachar de “inmoral” a toda una categoría genérica, abstracta e indefinida de negocios jurídicos utilizando como línea de corte entre “lo moral” y “lo inmoral” a una tasa dentro del departamento judicial, resultando absolutamente necesario que la calificación de

inmoral posea la objetividad que solo puede otorgarle una argumentación racional (ver Rivera, Julio César "Instituciones de derecho Civil Parte General". Lexis Nexis, t.II, p. 520).

Si se pregona —por ejemplo— que la tasa activa que se pacta habitualmente en la plaza bancaria, es contraria a la moral (y a las buenas costumbres), se estaría predicando su ilicitud, su contrariedad con los requisitos exigidos para cualquier acto por los arts. 21 y 953 del Código Civil, recurriendo a estas normas generales y prescindiendo de las soluciones especiales establecidas por el legislador en los arts. 621, 622, 656, y 954 del mismo Código Civil.

Ello exigiría una explicación fundada y razonada que al menos informe por qué estos últimos artículos del Código Civil se dejan de lado, debiendo justificarse cuidadosamente la selección de una norma general por sobre otra especial, o incluso de ser necesario para no aplicarlas, pueden —en último extremo— ser declaradas incompatibles con derechos constitucionalmente reconocidos (como exige la SCBA en las causas 92.695 y 93.514 en materia de tasa de interés legal, voto del Dr. Soria), pero lo que no es posible es ignorarlas, porque se trata de normas vigentes que conforman un sistema.

El Sr. Juez de la instancia anterior no ha tratado estas normas, aunque más no sea para descartarlas. No ha explicado al justiciable cuál es la razón que lo lleva a prescindir de la ley vigente.

5. Para tachar así las normas, y calificar un acto como contrario a la moral, en el ámbito ético los jueces, cualquiera sea su grado, debemos tomar dos decisiones apriorísticas de suma importancia.

En primer lugar, deberemos optar por un camino metodológico de justificación racional de los juicios de valor (cuestión metaética o de ética analítica en terminología que usa Nino), analizando de qué manera elaboraremos un discurso de sustento racional en torno al contenido de los términos "moral" o "inmoral" que deseamos aplicarle a una entidad dada; y en

segundo lugar, deberemos situarnos en el plano de la ética normativa, brindando argumentos que permitan persuadir que esa entidad sometida a crítica es calificable como justa o injusta, moral o inmoral, buena o mala (Conf. Nino, Carlos Santiago, "Introducción al análisis del derecho". Astrea, p. 353 y ss, 382 y ss; en igual sentido y del mismo autor "Ética y Derechos Humanos. Ensayo de fundamentación". Ed. Astrea, p. 91"; asimismo Alexy, Robert – "Teoría de los Derechos Fundamentales". Centro de estudios constitucionales. Madrid. 1993, p.520)

La explicación, la fundamentación racional, tampoco podría basarse en argumentos aparentes, en sofismas, en nociones a las que los funcionarios se han acostumbrado tras tantos años de paternalismo al 24% anual, y que se perciban como "el sano sentido del derecho", reemplazando las normas vigentes por "lo querido" por la comunidad, o por lo que un Juez en la soledad de su despacho interpreta como tal (Barbero "Intereses Monetarios" Astrea 1999, p. 106 cita un conocido y lamentable antecedente al respecto), porque como enseña Guibourg ("La ilicitud" Colección de análisis jurisprudencial" Teoría general del derecho" edit.La Ley páginas 24 y 25) es necesario estar atentos al uso de las palabras moral o ética cuando se trata de concebir la ilicitud, porque además de expresar sentimientos o actitudes individuales, se hace también propaganda.

Ciertas frases impactantes resultan indiscutibles por su generalidad, y poseen una carga persuasiva que induce al lector desprevenido a la aceptación de una conclusión que es lógicamente inatingente. Ese modo de razonar se conoce en lógica con el nombre de falacia de atingencia. Por ejemplo:

a. Deben preservarse la moral y las buenas costumbres.

b. La protección de la moral y las buenas costumbres constituye un principio general del derecho.

c. Por ello, deben reducirse las tasas de interés que superen la tasa activa (o la pasiva, o la directa, o la adelantada).

Adviértase que si bien la argumentación es altamente persuasiva, y por su carga emotiva —notoria en las palabras “moral y buenas costumbres” y “principio general del derecho”— predispone a la aceptación de la conclusión, esta última es inatingente porque en ninguna parte se ha demostrado o probado que esa tasa (activa, o pasiva, o directa, etc) atente contra la moral, las buenas costumbres o los principios generales del derecho.

6. Para saber si hay desproporción en la tasa de interés, parece imprescindible que comparemos la operación a que accede con la proporción que tiene una similar, porque algo solo puede ser desproporcionado luego de haberlo comparado concretamente con otro que razonablemente pueda ser parámetro, y que —previamente— hemos juzgado como proporcionado. En el caso, la ley 25.065 establece topes comparativos, no abstractos.

Si lo que pretendemos en cambio, es definir la desproporción “a priori”, en abstracto, sin comparación en concreto, esto es prescindiendo de las circunstancias del caso, como por ejemplo mediante un enunciado que dijera “desde hoy se interpreta como excesiva y será reducida (por todos los jueces del departamento judicial de Mar del Plata) toda tasa pactada que supere la tasa de interés activa (o la pasiva, o la adelantada o la directa)” estaríamos emitiendo una decisión general y no una sentencia particular.

En tal hipótesis nuestra actividad no encuadra en la interpretación de la ley para un caso o para un conjunto de “casos judiciales”, sino que estaríamos dictando una norma para todos aquellos contratos en que la tasa se haya pactado, que además importaría casi tanto como endilgar ilicitud a todas las operaciones financieras activas que se celebran diariamente en el ámbito geográfico de este departamento judicial.

Adviértase que de este modo cometeríamos un doble error: primero, definir por vía plenaria ex ante que toda una categoría de negocios jurídicos atenta contra “la moral” sin conocer cuál es el contenido de esos valores

ni brindar razones para entender que los vulnera (ausencia de una definición metaética y criterios de una ética normativa) y, luego, brindarle a [parte de] la sociedad una solución consistente en establecer otra tasa que sí ha de considerarse “moral”, pero nuevamente sin darle razones para conocer qué valores han sido tenidos en cuenta y por qué la solución propuesta no los vulnera.

Los dos párrafos anteriores resultan pertinentes para perquirir por qué no se puede exhibir el método de medición de la “moral y buenas costumbres”, en relación al nivel de las tasas de interés.

Como las decisiones judiciales deben estar fundadas sin que el destinatario tenga que inferir su sostén argumentativo, sería menester que sean revelados los cálculos financieros y las operaciones técnicas que necesariamente deben preceder una propuesta de límite de tasa como compatible con el límite “moral”, para que no quede en la incertidumbre el saber como se ha medido la aplicación del principio “moral y buenas costumbres” respecto al nivel de la tasa de interés.

Dicho de otro modo, para que la decisión constituya una sentencia válida, sería necesario que el Sr.Juez explique por qué razón la tasa activa es inmoral, pero no lo es cuando se le resta el 20%, y además sería bueno saberlo, porque tanto en la sentencia apelada como en sus referidos votos del plenario, no he podido encontrar explicación alguna.

Tales incertidumbres sobre lo oculto en una decisión judicial, muestran también las dificultades de pretender manejar variables macroeconómicas desde el poder judicial, pues con esa generalización podemos estar haciendo pagar al consumidor débil más de lo que el crédito cuesta en plaza, y al “deudor fuerte” menos de lo que corresponde, o como advierte Carlos Gherzi al ignorarse la referencia de mercado, el Juez puede estar “creando una nueva situación macroeconómica para la cual no posee facultades” (LLBA 2003 -270).

Si no se ponen en conocimiento de sus destinatarios los fundamentos, si no se hacen explícitas las razones por las cuales se califica así un acto, se corren serios riesgos de incurrir en cualquiera de las formas de autoritarismo (el “paternalismo” es una de ellas), porque la utilización infundada de categorías teórico-normativas tan relevantes como son las que permiten a un juez delimitar aquellos actos que son o no son morales o acordes al estándar de las “buenas costumbres”, arrastraría a la función jurisdiccional a etapas pre-revolucionarias, en las cuales ninguna necesidad existía de justificar los actos de poder que -por entonces- residía en la exclusiva mano del Soberano.

Si además de ello, el mecanismo que he criticado implica la introducción del instituto de la lesión objetiva a nuestro derecho (o al derecho que aplican los jueces en el departamento judicial), salteando el debate político y jurídico y la vía indicada por la Constitución para una reforma del Código Civil, tenemos un panorama bastante completo de las razones que obligan al rechazo del pretendido límite judicial, colocado por arriba del legal y a la estimación de los agravios de la demandada.

7. Por estos motivos, considero que corresponde modificar en este aspecto la sentencia, disponiendo la aplicación de la tasa de interés pactada con límite en lo previsto por los arts. 16 y 18 de la ley 25.065 para compensatorios y punitivos respectivamente.

ASÍ LO VOTO.

EI SR. JUEZ DR. RICARDO MONTERISI VOTO EN IGUAL SENTIDO Y POR LOS MISMOS FUNDAMENTOS.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN EL SR. JUEZ DR. ROBERTO LOUSTAUNAU DIJO:

Corresponde modificar la sentencia apelada respecto a los topes de intereses, imponiéndose las costas en el orden causado, dada la ausencia de controversia (arts. 68 y 69 del CPC)

ASÍ LO VOTO.

EI SR. JUEZ DR. RICARDO MONTERISI VOTO EN IGUAL SENTIDO Y POR LOS MISMOS FUNDAMENTOS.

S E N T E N C I A

Por los fundamentos consignados en el precedente acuerdo, **SE RESUELVE: I)** hacer lugar al recurso interpuesto por la actora. En consecuencia se modifica la sentencia dictada en cuanto a los topes de intereses, disponiendo la aplicación de los previstos en los arts. 16 y 18 de la Ley 25.065; **II)** Imponer las costas en el orden causado (arts. 68 y 69 del CPC) y **III)** Diferir la regulación de honorarios a la oportunidad prevista por el art.31 de la ley 8904. **NOTIFIQUESE** personalmente o por cedula (art. 135 inc. 12 CPC y CPBA). **DEVUELVA SE.-**

ROBERTO LOUSTAUNAU

RICARDO MONTERISI

Alexis A. Ferrairone

Secretario