



%o8("&\+c\$Y*Š

REGISTRADA BAJO EL N° 191 (S)

F°968/989

EXPTE. N° 148.094 Juzgado N° 8.

En la ciudad de Mar del Plata, a los 17 días del mes de octubre del dos mil once, reunida la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Tercera, en el acuerdo ordinario a los efectos de dictar sentencia en los autos: **"BBVA. BANCO FRANCÉS S.A. C/ NICOLETTO, MARCELO ANDRÉS S/ COBRO EJECUTIVO"** habiéndose practicado oportunamente el sorteo prescripto por los artículos 168 de la Constitución de la Provincia y 263 del Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial, resultó que la votación debía ser en el siguiente orden: Dres. Nélida I. Zampini, Pedro D. Valle y Rubén D. Gérez.

El Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes;

CUESTIONES:

- 1) ¿Es justa la sentencia de fs. 46?**
- 2) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?**

A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA LA SRA. JUEZ DRA. NELIDA I. ZAMPINI DIJO:

I) Dicta sentencia el Sr. Juez de Primera Instancia resolviendo mandar llevar adelante la ejecución hasta tanto el Sr. Marcelo Andrés Nicoletto haga al acreedor BBVA. Banco Francés S.A. íntegro pago del capital reclamado de pesos dieciocho mil ochenta y dos con seis centavos (\$18.082,06) con más intereses, costos y costas.



Aclara que la tasa de interés aplicable será la pactada tomando como límite moral la tasa que cobra el Banco de la Provincia de Buenos Aires para sus operaciones de descuento (tasa activa) reducida en un veinte por ciento (%20) por todo concepto.

II) A fs. 47 apela el Dr. José Manuel Del Cerro, en su carácter de apoderado de la parte actora, fundando su recurso a fs. 49/52 con argumentos que no merecieron réplica de la contraria.

III) Agravia al apelante que el Juez *a quo* haya impuesto un límite a los intereses convenidos por las partes.

Considera que no se argumenta en la sentencia recurrida cuál es la razón por la que debe considerarse que una tasa que supere la activa reducida un veinte por ciento resulta inmoral.

Afirma, luego de transcribir lo resuelto por la SCBA en la causa “Volpe”, que el sentenciante crea una pauta rígida con claro desapego a las constancias de la causa.

Expresa que la inmoralidad tachada en abstracto es claramente inadmisibles y que, por lo tanto, se requiere del Juez un análisis serio de la realidad, pues se es inmoral cuando se supera lo que es corriente en la plaza por comparación. Transcribe jurisprudencia de la SCBA.

Destaca que el *a quo* toma la tasa activa respecto de una operación de créditos, como lo es la de descuento de documentos, que de por sí tiene una garantía autoliquidable, y que por ello es la tasa más baja.



Ilustra su argumentación con la confección de diversos cuadros comparativos de tasas activas.

Alega que la tasa de interés dispuesta por el Sr. Juez de primera instancia resulta ser negativa, justificando tal afirmación mediante la comparación del índice de precios al consumidor suministrado por el INDEC con la tasa determinada en sentencia para igual período.

Finalmente, solicita que se revoque el pronunciamiento recurrido y se condene al ejecutado al pago de la tasa de interés convenida en el título sin reducción ni tope alguno, con costas.

IV) Pasaré a analizar los agravios planteados.

A).- ANTECEDENTES DE LA CAUSA.

En el caso de autos el BBVA. Banco Francés promueve demanda ejecutiva contra el Sr. Marcelo Andrés Nicoletto, acompañando pagaré a fs. 30.

La cartular posee vencimiento a la vista y su importe es de pesos veintidós mil.

Agrega carta documento remitida por la accionante al demandado donde se intima a este último a pagar “...la suma **de PESOS DIECIOCHO MIL OCHENTA y DOS con 06/100 (\$18.082,06)** provenientes del saldo impago al 10/05/2010 del Pagaré librado por Ud. a favor del Banco de fecha 23 de Junio de 2009.- Asimismo, en igual plazo se intima al pago de la suma de **PESOS CIENTO CINCO con 67/100 (\$105,67)** en concepto



de saldo impago de Tarjeta de Crédito VISA CLASIC al 15/06/2010.- A las sumas reclamadas deberá adicionársele intereses, gastos y honorarios...” (ver fs. 31).

En el escrito de demanda el ejecutante expresa que: “...*El ejecutado realizó pagos parciales, quedando un saldo pendiente de cumplimiento de \$.18.082,86, habiéndose requerido ante la falta de pago la cancelación de la deuda en su domicilio particular, con fecha 10/05/2010, sin obtener respuestas positivas a dicha intimación...”* y solicita se tenga interpuesta demanda ejecutiva contra el accionado por la suma de pesos dieciocho mil ochenta y dos con seis centavos con más intereses y gastos (ver fs. 32/34).

A fs. 35/36 se decreta la inhibición general de bienes del demandado y se ordena librar mandamiento de intimación de pago contra el ejecutado por la suma antes referida más la de pesos siete mil doscientos treinta y dos (\$7.232,82) que se presupuestan “prima facie” para responder a intereses, costos y costas del juicio, importando tal intimación la citación al ejecutado para oponer excepciones.

A fs. 43 se agrega al expediente el mandamiento de intimación de pago y embargo, el que se encuentra debidamente diligenciado.

El demandado no se presenta en autos y, en consecuencia, se tiene por constituido su domicilio legal en los estrados del Juzgado (ver fs.



46 vta.), dictándose sentencia de trance y remate en los términos expuestos en el punto I.

B).- ENCUADRE LEGAL.

Sentado lo anterior, diré que la cuestión traída en grado de apelación referida a la tasa de interés aplicable al pagaré en ejecución me ha llevado a efectuar algunas preguntas.

Así, desde cuándo deben computarse los intereses toda vez que el ejecutante denunció pagos parciales y, en razón de ello cabe preguntarse cuándo ha sido puesto el pagaré a la vista, cuál es el monto de capital cancelado y si se encuentra pagado total o parcialmente el monto adeudado en concepto de intereses.

En este sentido este Tribunal ha dicho que: *“...la existencia de pagos parciales hace presumir que el pagaré ha sido puesto a la vista, toda vez que conforme lo preceptúa el artículo 36 del decreto ley 5965/1963 la cartular es pagable a su presentación, de lo que se infiere que el portador debió presentarla para su pago aunque se trate de abonos parciales...”* (esta Cámara, Sala III, en la causa N°145.133 “Seguro de Depósitos S.A. c/ Martínez, Oscar Roberto y otra s/ Cobro ejecutivo”, RSD-10-10, sent. del 8/02/2010;CNCom., Sala F. en la causa “Equity Trust Company Argentina SA. c/ Fernández, Patricia Elena s/ Ejecutivo”, sent. del 12/11/2009; argto. doct. Ignacio Escutti “Títulos de crédito”, págs. 69 y sgts.; art. 35 último párrafo el Código de Comercio).



Las preguntas formuladas no tienen respuesta con los elementos arrimados a estas actuaciones.

Ello ocurre porque se ha instrumentado un pagaré encubriendo un contrato de préstamo para consumo por lo que no es de aplicación el decreto ley 5965/63.

Explicaré por qué se trata de una relación de consumo (presupuesto necesario para la aplicación de la ley 24.240 –mod. por ley 26.361-) y para ello hay que superar el obstáculo de la “abstracción cambiaria”.

Tal es la doctrina legal de Nuestro Máximo Tribunal Provincial el que ha resuelto en la causa **“Cuevas, Eduardo A. c/ Cucci, Jorge s/ cobro ejecutivo”**, ratificada recientemente en el precedente **“Bco. Francés S.A c/ Ortiz, Miguel Ángel s/ cobro ejecutivo”**, que: *“...la finalidad de la ley 24.240 consiste en la debida tutela del consumidor o el usuario, que a modo de “purificador legal” integra sus normas con las de todo el orden jurídico, de manera que se impone una interpretación que no produzca un conflicto internormativo, ni malogre o controvierta los derechos y garantías que, en tal sentido, consagra el art. 42 de la Constitución Nacional...”* (SCBA. en la causa Rc. 109.305 “Cuevas, Eduardo A. c/ Cucci, Jorge s/ cobro ejecutivo” sent. del 1-IX-2010, voto del Dr. Hitters; SCBA. en la causa Rc. 113.770 “Bco. Francés S.A c/ Ortiz, Miguel Ángel s/ cobro ejecutivo” sent. del 16-III-2011).



El Dr. Eduardo Julio Pettigiani en la ya citada causa “**Cuevas**” expuso que: *“...la validación de lo actuado por el ejecutante al acudir al recurso de instrumentar originariamente la deuda derivada de dicha operación crediticia con un consumidor, en un título cambiario, para luego presentarlo a ejecución en un domicilio distinto del real de éste, so pretexto de hacerlo en el establecido al efecto por el ordenamiento jurídico y bajo la condición de no poder cuestionarse el origen o causa del crédito, atento los conocidos caracteres de necesidad, formalidad, literalidad, completitud, autonomía y abstracción del título, habría importado contravenir palmariamente la finalidad específica de la tutela establecida por el orden público del consumo...”*.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación también se ha expedido acerca de la viabilidad de ingresar al análisis de la causa en un proceso ejecutivo cuando exista vulneración de derechos reconocidos constitucionalmente.

Así lo ha resuelto en la causa “**Zuteco S.A c/ Sociedad Mixta Siderúrgica Argentina s/ proceso de ejecución**” donde afirmó que: *“...la defensa del derecho federal y constitucional no puede ser desechada con base en razones de mero orden formal ya que, de otro modo, los derechos o privilegios federales que pudieran asistir al recurrente se verían postergados en su reconocimiento, sin base suficiente en la apreciación de su consistencia y alcance (Fallos: 311:1397, considerando 6° y su cita), doctrina*



que prevalece sobre el argumento de que el examen de la causa excedería el limitado ámbito del juicio ejecutivo...”(CSJN en la causa “Zuteco S.A c/ Sociedad Mixta Siderúrgica Argentina s/ proceso de ejecución”, sent. del 4-5-1995).

La abstracción cambiaria no puede constituirse en un obstáculo para analizar la aplicación de la normativa de la Ley de Defensa del Consumidor.

Ello es así, toda vez que **en aquellos casos que presentan colisión normativa debe tenerse en cuenta que no es la ley, sino la Constitución Nacional (art. 42) la que resulta ser fuente principal del derecho consumerista**, y, por tanto, frente a cualquier colisión entre normas de derecho común –en el caso los artículos 18 del decreto ley 5965/63, 212 del Código de Comercio y 542 inc. 4 del C.P.C- y la Ley de Defensa del Consumidor se aplica esta última (ver. esta Cámara y Sala en la causa N° 147.854 “Caporaletti, María Cecilia c/ Liberty Seguros Argentina s/ cumplimiento de contratos”, sent. del 6-6-2011; Cám. Nac. de Apel. en lo Com. Expte. N° S. 2093/09 “Autoconvocatoria a plenario s/ competencia del fuero comercial en los supuestos de ejecución de títulos cambiarios en que se invoquen derechos de consumidores”, del 29/06/2011, voto de los Dres. Bargalló, Garibotto, Sala y Caviglione Fraga; Ricardo Luis Lorenzetti “Consumidores”, 2da edición, Ed. Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2009, pág. 45 y sgts.; Sebastián Picasso – Roberto A. Vázquez Ferreyra. Directores



“Ley de Defensa del Consumidor. Comentada y Anotada”, t. II, Ed. La Ley, Bs. As., 2009, pág. 545; Juan M. Farina “Defensa del consumidor y del usuario”, 4ta. Edición, Ed. Astrea, Bs. As., 2008, pág. 122; Jorge Mosset Iturraspe – Javier H. Wajntraub “Ley de Defensa del Consumidor”, Ed. Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2008, pág. 61; arts. 3, 65 y concdts. de la ley 24.240; Alegría, Héctor “Régimen legal de protección del consumidor y derecho comercial”, La Ley del 26/04/2010 citado en Carlos G. Gerscovich “Consumidores Bancarios”, Ed. Abeledo Perrot, 1era. edición, Bs. As., 2011, pág. 224; Jorge Mosset Iturraspe “Derecho Civil Constitucional”, Ed. Rubinzal Culzoni, Capítulo IX, pág. 299; art. 42 de la Constitución Nacional, art. 38 de la Constitución de la Pcia. de Bs. As.).

Sentado lo anterior en el caso de autos: ¿cabe presumir por la calidad de las partes la existencia de una relación consumo?.

Entiendo que si quien pretende ejecutar el pagaré resulta ser una entidad financiera se presume que la causa es un préstamo para consumo y ello es así pues de acuerdo a los usos y costumbres comerciales la deuda instrumentada en un pagaré obedece a tal contrato (Ap. 5 del Título Preliminar del Código de Comercio; argto. doct. Eduardo N. de Lazzari, *Medidas Cautelares*, Edit. Librería Editora Platense, La Plata 1995, Tomo I, pág. 425 y sgts.; argto. jurisp. esta Cámara, Sala III, causa N° 147.395 RSI-85-11 del 22/03/2011; Sala II, causa N° 118.428 RSI-1075-1 del 13-11-2001,



causa N° 118872 RSI-31-2 del 7-2-2002, entre otras.; en el mismo sentido, Cám. Seg. de Apel. Civ. y Com. de La Plata, Sala I, causa N° 102.010 RSI-161-4 del 19-5-2004; arts. 1, 2, 36 y ccdts. de la ley 24.240; art. 1 de la ley 21.526; art. 163 inc. 5 del C.P.C).

Desde el punto de vista probatorio queda a cargo de la entidad financiera destruir dicha presunción toda vez que conforme lo preceptúa el artículo 53 de la ley 24.240 es carga de los proveedores aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en juicio (art. 163 inc. 5 del C.P.C; argto. jurisprud. Cám. Nac. de Apel. en lo Com. Expte. N° S. 2093/09 “Autoconvocatoria a plenario s/ competencia del fuero comercial en los supuestos de ejecución de títulos cambiarios en que se invoquen derechos de consumidores”, del 29/06/2011, voto de los Dres. Bargalló, Garibotto, Sala y Caviglione Fraga).

Este es el criterio sustentado por la Cámara Nacional de Comercio, aunque referido a cuestiones de competencia, la que en pronunciamiento plenario resolvió que: *“...a no otra cosa que a tal presunción cabe llegar partiendo de la simple comprobación de que, en las ejecuciones que han dado lugar a las declaraciones de incompetencia de que se ocupa este acuerdo plenario, quien aparece como parte ejecutante siempre es una entidad bancaria o financiera, personas que por definición legal realizan intermediación habitual entre la oferta y la demanda de*



recursos financieros (art. 1, ley 21.526), lo cual comprende inexorablemente a las operaciones financieras para el consumo y de crédito para el consumo del art. 36 de la ley 24.240. Por lo demás, quien se vincula con un banco o una entidad financiera es, ordinariamente, un cliente que, en cuanto tal, debe ser considerado un consumidor amparado por el art. 42 de la Constitución Nacional y por la ley 24.240...” (Cám. Nac. de Apel. en lo Com. Expte. N° S. 2093/09 “Autoconvocatoria a plenario s/ competencia del fuero comercial en los supuestos de ejecución de títulos cambiarios en que se invoquen derechos de consumidores”, del 29/06/2011).

Concluyo en esta cuestión que siendo la accionante una entidad bancaria –enmarcada dentro del concepto de proveedor sentado por el art. 2 de la ley 24.240- y no existiendo ninguna constancia en este expediente que habilite a sostener que el accionado, al que se le ha decretado la inhibición general de bienes, ha utilizado el dinero prestado para un destino final distinto del consumo, prueba que se encuentra en cabeza de la entidad financiera, cabe presumir la existencia de una relación de consumo y, ante ello, devienen aplicables las previsiones de la ley 24.240 con las modificaciones incorporadas por ley 26.361 pues ésta última se encontraba en vigencia –fue publicada el 7/04/2008- al momento de creación de la cartular en ejecución -23/06/2009-(arts. 1, 2, 3, 36 y ccdts. de la ley 24.240; art. 163 inc. 5to. del C.P.C; art. 3 y ccdts. del Código Civil; argto. doct. Stiglitz, Gabriel “Últimas resistencias contra la Ley de Defensa del



consumidor”, publicado en JA 1999-2-843; Aída Kemelmajer de Carlucci “Responsabilidad de los bancos por errónea información. ¿Puede el inversor ser un consumidor?, publicado en R.D.P.C. 2005-3; Mosset Iturraspe, Jorge “El cliente de una entidad financiera –de un banco- es un consumidor tutelado por la ley 24.240”, publicado en JA 1999-II-84; Barbier, Eduardo A. “Contratación Bancaria”, Ed. Astrea, Bs. As., 2000; Muguillo, Roberto “El cliente de la entidad financiera como usuario consumidor en la Ley 21.526 de Entidades Financieras”, Ed. Fasti, 1999, pág. 303 y sgts.).

C).- APLICACIÓN DE LA LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR AL CASO DE AUTOS. ORDEN PÚBLICO.

Una vez presumida la existencia del presupuesto básico para la aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor -relación de consumo-, cabe aclarar que no es indispensable para efectivizar la protección que tal estatuto concede al consumidor la petición expresa realizada en el proceso por el destinatario del régimen protectorio, puesto que al ser de **orden público** dicha normativa **el juzgador no sólo se encuentra facultado sino que debe actuar de oficio en procura de la defensa de los derechos consagrados en la ley 24.240 –ref. por ley 26.361-** (art. 65 de la ley 24.240; art. 38 de la Constitución provincial; art. 42 de la Constitución Nacional; argto. doct. Pascual Alferillo “La función del juez en la aplicación de la ley de defensa del consumidor”, publicado en La Ley 2009-D, 967;



Eduardo A. Barreira Delfino y Marcelo A. Camerini “Protección jurídica del consumidor bancario”, Ed. Ad-Hoc, págs. 427 y sgts.).

Las leyes de orden público son irrenunciables y deben ser aplicadas de oficio por el Juez, es decir sin necesidad de petición de parte. Lo digo pues al no haberse presentado el demandado en la causa a ejercer su derecho de defensa la aplicación oficiosa de la Ley de Defensa del Consumidor **no resulta ser una alternativa para el magistrado sino un deber** (argto. jurisp. SCBA. en la causa “Barsotelli, Domingo Francisco y otro c/ Provincia de Buenos Aires s/ Inconstitucionalidad ley 11.761”, sent. del 19-IX-2007; SCBA. en la causa “Gaspes, Juan Manuel y otros c/ Provincia de Buenos Aires s/ Inconstitucionalidad ley 11761”, sent. del 26-V-2005; argto. doct. Picasso – Vázquez Ferreira “Ley de Defensa del Consumidor comentada y anotada”, 1era.edición, Ed. La Ley, Bs. As., 2009, págs. 767/768).

Sentado lo anterior, ante un contrato de préstamo de dinero otorgado por una entidad bancaria a un consumidor, cabe preguntarse si se encuentran cumplidos los requisitos que, para estas contrataciones, preceptúa la ley 24.240 –ref. por ley 26.361-.

Precisamente el artículo 36 de la Ley de Defensa del Consumidor enumera los requisitos que deben cumplirse, **bajo pena de nulidad**, en las operaciones financieras para consumo –aquellas en la que la entidad financiera se vincula con el consumidor en forma independiente y le



provee crédito para aplicar genéricamente a la contratación de bienes y servicios- y en las de crédito para consumo –el crédito se otorga con la finalidad concreta de acceder a la contratación de determinados bienes- (argto. doct. Diego Hernán Zentner “La protección del consumidor en las operaciones de crédito”, DJ., 23-6-2010, 1674).

Tales requerimientos son los siguientes: **a)** La descripción del bien o servicio objeto de la compra o contratación, para los casos de adquisición de bienes o servicios; **b)** El precio al contado, sólo para los casos de adquisición de bienes o servicios; **c)** El importe a desembolsar inicialmente –de existir- y el monto financiado; **d)** La tasa de intereses efectiva anual; **e)** El total de intereses a pagar o el costo financiero total; **f)** El sistema de amortización del capital y cancelación de los intereses; **g)** La cantidad, periodicidad y monto de los pagos a realizar; **h)** Los gastos extras, seguros o adicionales, si los hubiere.

Es evidente que para el análisis propuesto se presenta un obstáculo que imposibilita corroborar el cumplimiento de los requisitos exigidos por el artículo 36 de la ley 24.240 –ref. por ley 26.361-.

El pagaré acompañado, como lógica consecuencia de su carácter autónomo, carece de la información necesaria para poder corroborar si en la relación subyacente se han resguardado debidamente los derechos del consumidor actuando acorde las prescripciones de su régimen protectorio.



Es aquí que advierto una contradicción en el sistema normativo: el pagaré cumple los requisitos del Decreto Ley 5965/63 y, por lo tanto, podría entenderse que es “ejecutable” mientras que si se lo observa desde el punto de vista de la relación de consumo subyacente no podría aceptarse su ejecución por cuanto violenta el derecho protectorio del consumidor ante la imposibilidad de analizar si los derechos que ley 24.240 –ref. por ley 26.361- y la Constitución Nacional reconocen al consumidor se encuentran debidamente resguardados (argto. doct. Marcelo Quiroga “Los títulos de crédito frente a los derechos del consumidor y el juicio ejecutivo” publicado en “La reforma del régimen de defensa del consumidor por la ley 26.361”, Daniel Ariza Coordinador, Ed. Abeledo Perrot, págs. 81 y sgts.; Gabriel Stiglitz “Protección jurídica del consumidor”, Ed. Depalma, Bs. As., pág. 35).

Esta situación me lleva a concluir que el pagaré en ejecución ha sido librado en fraude a la ley del consumidor y transgrede la buena fe que debe primar en las relaciones negociales (arts. 21, 953, 1071, 1198 y cccts. del Código Civil).

Generalmente cuando se trata de un contrato de préstamo o mutuo también se le hace firmar al deudor un pagaré existiendo entonces una duplicidad formal de la deuda asumida por el deudor lo que es indicativo de una débil transparencia contractual (argto. doct. Eduardo Barreira Delfino



“Créditos para consumo, pagarés y abstracción cambiaria” publicado en Revista de Derecho Bancario y Financiero” IJ-L-208).

Desde el punto de vista procesal el Dr. Pablo D. Heredia en su voto dictado en el reciente plenario de la Cámara Nacional de Comercio destaca que operaciones del tipo reseñado tienen el objeto de eliminar el control del deudor a la hora de liquidarse la deuda, ahorrar explicaciones al deudor al no tener que notificarle el importe de la cantidad exigible, invertir la carga de la prueba en perjuicio del consumidor y dar al pagaré un uso que no es el previsto por la ley cambiaria (ver. Cám. Nac. de Apel. en lo Com. Expte. N° S. 2093/09 “Autoconvocatoria a plenario s/ competencia del fuero comercial en los supuestos de ejecución de títulos cambiarios en que se invoquen derechos de consumidores”, del 29/06/2011, voto del Dr. Heredia; arts. 21, 953, 1071 del Código Civil).

En el derecho comparado se elaboraron diversas soluciones para prevenir la utilización de cartulares en perjuicio de los consumidores.

Así, tanto en Alemania como en Francia se ha prohibido lisa y llanamente la utilización de títulos cambiarios para instrumentar obligaciones nacidas de una relación de consumo.

Por su parte, en los Estados Unidos de América si bien se admite la utilización de cartulares éstas deben tener indicación expresa de



su origen lo que posibilitará al firmante oponer al tenedor las excepciones o defensas que hubiere tenido respecto del proveedor por la relación subyacente que dio causa a la emisión de la cambial.

En modo similar la legislación española permite que el firmante interponga al tenedor excepciones que se basen en la relación con el proveedor (argto. doct. José W. Tobías “Los contratos conexos y el crédito al consumo”, publicado en La Ley 1999-D, 992).

Mientras que en Italia el código civil declara que se reputa ilícita la causa cuando el acto de cobertura constituye el medio para eludir la aplicación de la ley imperativa (argto. doct. Eduardo Barreira Delfino “Créditos para consumo, pagarés y abstracción cambiaria” publicado en Revista de Derecho Bancario y Financiero” IJ-L-208).

Cabe recordar aquí, que ya desde el año 1986 el Consejo de la Comunidad Económica Europea advirtió la necesidad de proteger al consumidor del uso abusivo de títulos cambiarios.

En efecto, el art. 10 de la Directiva 87/102 del citado organismo, dispone que “...*Aquellos Estados miembros que, con respecto a los contratos de crédito, permitan al consumidor: a) pagar mediante letras de cambio o pagarés; b) conceder una garantía mediante letras de cambio, pagarés o cheques, asegurarán la adecuada protección del consumidor cuando haga uso de dichos instrumentos...*” (conf. Ariel Ariza “La reforma del



régimen de Defensa del Consumidor por Ley 26.361”, 1era. edición, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 2009, pág. 107).

Es indudable que la situación descripta amerita una reforma de la ley 24.240 que expresamente regule la utilización de los títulos cambiarios en el marco de la relación de consumo y también una modificación del Código Procesal Civil y Comercial de la Pcia. de Buenos Aires tendiente a habilitar la discusión causal en los procesos ejecutivos donde se encuentren involucrados derechos de los consumidores (argto. doct. Martín E. Paolantonio “Abstracción cambiaria, juicio ejecutivo y derecho del consumidor”, publicado en La Ley 03/08/2011; Ricardo Luis Lorenzetti “Defensa del Consumidor”, Ed. Ábaco, pág. 260).

De todos modos, la ausencia de una reforma legislativa no puede impedir que el juez, al analizar la bondad del título (arts. 529 y 549 del C.P.C) verifique si, en rigor, no se trata de una cartular extendida “*contra legem*” es decir en violación de normas superiores de orden público.

Cabe apuntar aquí que no es novedosa la utilización de títulos ejecutivos o, es más, del mismo proceso compulsorio, violentando los derechos de los consumidores y usuarios.

Basta con recordar las diversas vicisitudes nacidas en torno al cobro de deudas generadas por el uso del sistema de tarjeta de crédito, desde la creación de cuentas corrientes no operativas, con el objeto de ejecutar el monto adeudado a través del certificado de saldo deudor de



cuenta corriente, hasta la ejecución de certificados de cuentas operativas que incluían debitos provenientes de la utilización de la tarjeta de crédito.

En ambos casos la jurisprudencia, incluyendo a este Tribunal, se expidió poniendo límite a tal accionar contrario a derecho declarando improcedente la ejecución directa de saldos provenientes de la tarjeta de crédito, postura ésta que fue receptada por el legislador para el caso de las cuentas no operativas en el artículo 42 de la ley 25.065 (conf. esta Cámara, Sala II, causa 130.431 RSD-545-8 del 23/10/2008; Sala I, causa 135.684 RSD-655-6 del 26/12/2006; Sala II en la causa 136.779 RSD-341-6 del 30/11/2006; Sala II en la causa 106.754 RSD-322-98 del 10/11/1998; Sala II en la causa 104.203 RSI-162-98 del 12/03/1998; Cám. de Apel. en lo Civ. y Com. de Junín, causa 42.302 RSD-27-8 del 26/02/2008; Cám. de Apel. en lo Civ. y Com. de La Matanza, causa 688 RSI-193-4 del 19/10/2004; causa 286 RSI-109-2 del 31/10/2002; Cám. de Apel. en lo Civ. y Com. de Morón, causa 44830 RSI-184-1 del 10/05/2001).

Lo antes expuesto me lleva a decir que es necesario **un control judicial efectivo** que impida que se utilicen instrumentos legales como cobertura de un accionar fraudulento que tiene en miras eludir la aplicación de normas de orden público (argto. doct. Jorge Mosset Iturraspe “El fraude a la ley” publicado en Revista de Derecho Privado y Comunitario N°4, Ed. Rubinzal Culzoni, pág. 7; arts. 21, 953, 1071 y ccdts. del Código Civil; art. 65 de la ley 24.240).



Las limitadas excepciones admisibles en un juicio ejecutivo y, en particular, la restricción para introducirse en el análisis de la causa de la obligación implican un fuerte cercenamiento de la defensa en juicio del consumidor quien no podrá ejercer los derechos que la ley 24.240 –mod. por ley 26.361- le reconoce (art. 18 de la Constitución Nacional; art. 15 de la Constitución Provincial; art. 8 del Pacto de San José de Costa Rica).

Agrego que mal podría argumentarse que el juicio ordinario posterior ponga a salvo los derechos del consumidor cuando como requisito de viabilidad de este se requiere que se cumpla con la sentencia recaída en el juicio ejecutivo, es decir que primero deberá pagar y luego esperar el desarrollo del juicio ordinario posterior, toda vez que el pagaré ha sido creado en fraude a la Ley de defensa del consumidor (argto. jurispr. Esta Cámara, Sala II, en la causa N° 111.308, RSI-1056-99, del 11/11/1999; Sala II, en la causa 106.583, RSI-1157-98, del 29/12/1998; Sala II, en la causa 102.539, RSI-666-97, del 10/07/1997).

Es menester tener presente que el juez debe analizar de oficio la bondad del título, al momento de ordenar la intimación de pago o al dictado de la sentencia (arts. 529 y 549 del CPC). Sin embargo, el juez – como regla- no podría dictar medidas tendientes a “indagar” sobre la causa de la obligación.

Si lo planteamos de un modo gráfico y a título ejemplificativo: el juez no podría ordenar medidas investigativas para determinar si el pagaré



ejecutado fue suscripto con motivo de la celebración de un contrato en contravención a lo dispuesto en el art. 953 del Código Civil (objeto nulo), pues ello desborda ostensiblemente el ámbito de discusión propio de la vía ejecutiva (argto. art. 542 inc. 4 del CPC).

Sin embargo, nadie discute que sí podría rechazar la ejecución si advirtiera que el “título” no trae aparejada ejecución, sea por no hallarse entre los mencionados en el art. 521 del CPC o por otra ley que le otorgue ese carácter, y al margen de cualquier petición de las partes (argto. jurisprud. Cám. de Apel. Civ. y Com. de Lomas de Zamora, en la causa 66.306, RSI-633-8, del 16/10/2008; Cám. de Apel. Civ. y Com. de Morón, en la causa N° 33.281, RSI-547-95, del 28/12/1995).

En este último sendero debe ubicarse también la posibilidad de analizar oficiosamente si el título presentado (pagaré) ha sido utilizado para enmascarar otra vía específica de cobro establecida por una ley de orden público, debiendo el Juez en su caso rechazar la ejecución.

Aunque el pagaré cumpla los requisitos que establece el decreto ley 5965/63, y la ley procesal lo haya incluido expresamente entre el elenco de los títulos ejecutivos (art. 521 inc. 5 del CPC), entiendo que no es posible utilizarlo para promover una ejecución si el contrato que le sirvió de causa requiere de ciertos requisitos que no aparecen cumplidos en el texto del título cambiario.



Es que no hay mejor manera para sortear los recaudos que establece una ley tendiente a la protección de intereses superiores, que utilizar otras prerrogativas legales que –por atender a fines distintos- permite dejarlos de lado. Es allí donde debe estar atenta la mirada del juez, porque aun cuando no haya existido un pedido expreso de la parte contraria, debe contemplar si en el caso que se le somete a decisión no está comprometida una ley de orden público que, por poseer recaudos específicos, excluye la posibilidad de contemplar los más laxos que dispone la ley invocada por el demandante.

En esa labor, si en un caso concreto observa que el título ejecutivo, aunque sea formalmente válido, es utilizado para el cobro de una deuda contractual que posee ciertos recaudos cuya comprobación no permite la vía ejecutiva debe rechazarse la ejecución.

Una vez expuesto lo anterior cabe señalar que no obstante que la acción ejecutiva impetrada por el accionante resulta improcedente pues es promovida con un pagaré librado en fraude a la ley en razón de la prohibición de la *reformatio in pejus*, principio de jerarquía constitucional, no resulta posible rechazar en esta instancia la presente ejecución (art. 18 de la Constitución Nacional).

Respecto de dicho principio ha resuelto la Suprema Corte Provincial que: “...La “*reformatio in pejus*” es un principio de jerarquía constitucional –derivado del apotegma *tantum devolutum quantum*



apellatum- que indica que el juez de la apelación no tiene mas poderes que los que caben dentro de los límites de los recursos deducidos y que veda la posibilidad de agravar, perjudicar o empeorar objetivamente la situación del recurrente, e impide que se prive a la impugnación de su finalidad específica de obtener una ventaja o un resultado más favorable...” (SCBA. en la causa C. 97.490 “C.,R. c/ A., E s/ Incidente de revisión”, sent. del 15-VI-2011; SCBA. en la causa C. 102.644 “Giletto, Patricia y otro c/ Rabellino, y Cía. S.A. s/ Quiebra”, sent. 27-IV-2011; SCBA. en la causa C. 99.315 “Greco, Carmen c/ Dirección Provincial de Registro de la Propiedad s/ Daños y perjuicios”, sent. 25-III-2009; SCBA. en la causa C. 98.059 “Passadore de Mónaco, Sara c/ Santamaría, Silvia Ester s/ Nulidad de boleto de compraventa”, sent. del 7-V-2008, entre otras).

Por los fundamentos dados corresponde rechazar el recurso de la parte actora confirmando en consecuencia la sentencia recurrida.

ASI LO VOTO.

**A LA PRIMERA CUESIÓN PLANTEADA EL SR. JUEZ DR.
PEDRO D. VALLE DIJO:**

Respetuosamente, disiento con el voto de la distinguida colega preopinante.



I. En algún precedente, he tenido oportunidad de decir que la ley de defensa del consumidor es de aplicación innegable a los contratos bancarios, y por ello *“no podría anteponerse la restricción de debate causal de este tipo de juicios para permitir que subrepticamente se soslayen las reglas propias de aquella normativa de orden público, o que se desnaturalice el título que tuvo en miras el legislador al contemplar una vía rápida de cobro como lo es el juicio ejecutivo.”* (Sala 3, causa n° 148.131 “Banco Santander Río SA c/ Robbio Cecilia s/ Cobro ejecutivo” RSD 139-11 del 11-8-2011).

En el caso antecedente, se pretendía la ejecución de un certificado de cuenta corriente bancaria, pero a resultas de lo alegado por el ejecutado se presentaba la necesidad de indagar si el accionante había omitido la preparación de la vía ejecutiva dispuesta como procedimiento obligatorio en la ley de tarjetas de crédito. En esa oportunidad, se resolvió hacer lugar a la apelación interpuesta por el ejecutado contra el auto que rechazó el pedido de apertura a prueba que fundaba la excepción de inhabilidad de título opuesta con fundamento en la omisión de la preparación de la vía ejecutiva, dejando sin efecto –por prematura- la sentencia de trance y remate dictada conjuntamente con el referido rechazo.

En otro precedente, en el que también se pretendía la ejecución de un certificado de cuenta corriente bancaria, ocurrió que las actuaciones permitían avizorar la existencia de una relación financiera de



consumo, que se traslucía a partir de los propios dichos del banco demandante, he considerado permeable la barrera cognoscitiva propia de los procesos de ejecución, y a través de la palpable relación subyacente del título, entendí que el caso se encontraba comprendido por la ley de defensa del consumidor (Sala 3, causa n° 149.121 carátula “BBVA Banco Francés SA c/ Monroy Daniel Américo s/ Cobro ejecutivo”, RSD 189-11, del 11-10-11).

En el referido caso, se hizo aplicación del art. 36 de la ley 24.240 (conforme su modificación por ley 26.361), y ante la ausencia de pacto de la tasa de interés, como así también de “tasa legal”, que debe regir la vinculación contractual, he considerado ajustada la decisión del magistrado de origen en cuanto impuso que los intereses fueran liquidados a la tasa pasiva anual promedio difundida por el Banco Central de la República Argentina vigente a la fecha de celebración del contrato. Es de remarcar que en el antecedente de mención ha sido el actor quien traslució la relación de consumo, y el magistrado de primera instancia quien hiciera la primera aplicación del régimen del consumidor, viniendo a este Tribunal para realizar la propia tarea de revisión de lo resuelto en primera instancia, con tratamiento del recurso de apelación interpuesto por la entidad bancaria.

II. Los elementos presentes en los casos bajo comentario no se reúnen en el *sub lite* y por tal motivo la solución varía.



II. a. En efecto, con relación al caso n°148.131 “Banco Santander Río SA c/ Robbio s/ Cobro ejecutivo” cabe puntualizar que en las presentes actuaciones no hay petición de parte interesada, pues la interesada en este caso se encuentra rebelde, tras haber sido debidamente citada (v. fs. 43/44). Por ende tampoco hay defensas opuestas, ni denuncia sobre la violación de derechos garantizados por la constitución ni la ley de Defensa del Consumidor que resulten en alegatos acerca del certero interés de revisar la causa de la obligación.

Considero que la rebeldía del ejecutado denota la ausencia del interés de parte, y esto impide la actuación oficiosa en el interés privado del rebelde, a quien por otra parte, se le ha garantizado el debido proceso mediante el mandamiento de intimación de pago obrante a fs. 43/44, que es el acto trascendental de bilateralización del proceso, en el que se le brindó la oportunidad que asegura el derecho a ser oído (arts. 18, 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, art. 8 inc. 1° del Pacto de San José de Costa Rica, art. 14 inc. 1° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 15 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, arts. 41 y 540 del Código Procesal Civil y Comercial).

En adición a lo expuesto, debo mencionar que la garantía del debido proceso es válida no sólo desde el punto de vista del demandado, sino también del actor, de manera que si el accionante ha promovido un



juicio ejecutivo, las actuaciones deberán seguir por los andariveles que el Código de Procedimientos demarca para este tipo de proceso (doct. art. 18 de la Const. Nac.). Así, el título obrante en copia certificada a fs. 30 es un pagaré que en los términos del art. 521 inc. 5° del CPC trae aparejada ejecución. Llegada la oportunidad del art. 529 del CPC, el *a quo* examinó el instrumento y hallándolo comprendido en el art. 521, ordenó el libramiento del mandamiento de intimación de pago, tal como surge de lo actuado a fs. 35 (art. 529 del CPC). Si bien, como fuera dicho más arriba, el accionado no se presentó a hacer valer sus defensas, vale decir que una de las opciones previstas por la ley procesal para contrarrestar la pretensión ejecutiva se encuentra reglada en el art. 542 inc. 4° del CPC, que otorga la posibilidad de oponer la excepción de inhabilidad de título, pero se la limita a las formas extrínsecas del título y, en lo medular a lo que quiero llegar es que no puede discutirse la legitimidad de la causa.

Tampoco el órgano jurisdiccional puede indagar oficiosamente en la causa de la obligación. El juicio ejecutivo se caracteriza en nuestra ley procesal por su regulación como proceso sumario por razones cualitativas, ya que impone **"una disminución objetiva del conocimiento del juez"**, nítidamente manifestada en la taxativa enunciación de las excepciones admisibles. Deben apartarse del juicio ejecutivo aquellos temas cuya correcta discusión y subsiguiente juzgamiento no pueden realizarse por no estar contemplados en las correspondientes normas procesales, so pena,



en caso contrario, de desnaturalizarlo, con grave deterioro de la seguridad jurídica (CC0202 LP, B 75072 RSI-171-93 I 27-4-1993).

Los fundamentos surgen de la finalidad que ha tenido en vista el legislador al establecer este tipo de proceso. Nuestro legislador, al limitar las excepciones oponibles en el juicio ejecutivo, tuvo en cuenta que todo el derecho documental se caracteriza por la preeminencia que se otorga al poseedor del título, por ello lo que más le importa es robustecer la confianza en dicho título a fin de favorecer su rápida circulación. Su tarea estriba en seleccionar discretamente las excepciones, admitiendo únicamente aquellas que hacen posible la difícil conciliación de los postulados de la justicia con los de los intereses de la circulación de buena fe. Caería todo el sistema establecido tras larga elaboración a través de los tiempos, en un tráfico mercantil cada vez más activo si se admitiera en la ejecución cambiaria la discusión de la causa de la obligación que en el pagaré se ha documentado (conf. Bustos Berrondo, Horacio "Juicio Ejecutivo", Lib. Ed. Platense, La Plata, 1998, pág. 394).

El autor citado ha explicado claramente que *"en la difícil tarea de establecer un equilibrio entre la celeridad del juicio ejecutivo y al suficiente amplitud de la defensa, se han limitado las excepciones admisibles pero se ha establecido la posibilidad de llevar defensas al juicio ordinario posterior con una efectiva fianza para asegurar la eventual restitución"* (...) *"Más que nunca, en este caso, la primera obligación del*



juzgador es la aplicación estricta de la ley” (Bustos Berrondo, op. cit., pág. 395).

En este orden de ideas, no comparto, en principio, la elaboración oficiosa de la presunción de la relación de consumo en el marco de un proceso ejecutivo, pues considero que aún cuando se trate de una normativa de orden público y de raigambre constitucional, la introducción del caso particular al régimen de defensa del consumidor en el proceso ejecutivo para indagar en la causa de la obligación y sostener que se trata de un préstamo de consumo, para luego juzgar si en tal calidad se encuentran cumplidos los requisitos que para estas contrataciones preceptúa la ley 24.240, depende de que la cuestión sea al menos ventilada por alguna de las partes (art. 163 inc. 6° del CPC).

Sin perjuicio de ello, tampoco comparto la aplicación en este caso de la doctrina legal emanada del caso “Cuevas, c/ Cucci s/ Cobro ejecutivo”, Rc 109305 I del 1-9-2010 de la Suprema Corte de Justicia de esta Provincia, seguido luego en autos “B.B.V.A. Banco Francés S.A. c/ Ortíz s/ Cobro ejecutivo. Incidente de competencia”, Rc 113770 I del 16-3-2011, en los que se avaló la intervención oficiosa del juez avanzando por sobre la limitación emergente del art. 542 inc. 4° del CPC.



Centralmente, la situación jurídica a juzgar no es la misma, pues en los precedentes del Superior Tribunal se ha debatido una cuestión de competencia, mientras que aquí las circunstancias de juzgamiento difieren por cuanto se trata de decidir sobre la tasa de interés del pagaré.

De todos modos, cabe mencionar que así como los decisorios de la Corte Nacional carecen de obligatoriedad para los jueces inferiores en la resolución de casos análogos, pues no existe normativa expresa de ningún rango que así lo imponga, tampoco son directamente obligatorias las sentencias de la Suprema Corte provincial (arts. 15 CPBA y 34 inc. 5 CPC; S.C.J.B.A., Ac. 77.132; Hitters Juan Carlos “Técnica de los recursos extraordinarios y de la casación”, pág. 228, Editorial Librería Editora Platense S.R.L., 1994; Camps, Carlos E. “Jurisprudencia obligatoria y doctrina legal de la Corte bonaerense”, JA 2004-II-1164).

II. b. A diferencia del precedente citado más arriba, causa n° 149121, carátula “BBVA Banco Francés SA c/ Monroy Daniel Américo s/ Cobro ejecutivo”, RSD 189-11, del 11-10-11, en que fue por los propios dichos de la parte actora que se ha traslucido la relación de consumo subyacente del título ejecutado, aquí no hay información alguna que denote con claridad la ocurrencia de una relación con similares características, por



lo que las conclusiones arribadas en el mencionado precedente no son aplicables en estos autos.

II. c. Es por ello que considero que no corresponde juzgar el pagaré ejecutado en estos autos bajo las prerrogativas de la ley 24.240, en el art. 36.

II. d. Otras consideraciones.

Más allá de las sabidas razones que amerita el resguardo de los derechos de defensa del consumidor (art. 42 Const. Nac., 65 ley 24.240), ello no debe conducir decisiones por otros caminos que no sean los de la ley, entendida en sentido amplio del ordenamiento jurídico, resguardando por igual a los derechos de ambos contendientes en el pleito (arts. 16 y 18 Const. Nac.), por lo que sin perjuicio de lo dicho hasta aquí, considero que el ordenamiento procesal debería ser objeto de un profundo estudio en aras de una necesaria modificación que recepte las tendencias modernas del derecho privado.

Finalmente, entiendo oportuno agregar que de acuerdo con lo dispuesto en los primeros artículos de la ley 24.441, que es la Carta Orgánica del Banco Central, éste, como entidad autárquica del Estado Nacional tiene entre sus funciones la regulación de las tasas de interés



(tarea que en la que el Banco no estará sujeto a órdenes, indicaciones o instrucciones del Poder Ejecutivo nacional, conforme lo dispuesto en el art. 3 de la mencionada ley), por lo que resulta ajeno a la tarea de los jueces fijar en términos genéricos las tasas de interés, prescindiendo de una valoración en la que se haga expresa mención de las circunstancias del caso que arriba a su conocimiento, y dentro de las reglas procesales que correspondan de acuerdo con la pretensión ejercida en el escrito inicial.

III. Por otra parte, no comparto el voto precedente por cuanto presume que el pagaré en ejecución ha sido librado en fraude a la ley para eludir la normativa de orden público contenida en la ley 24.240.

La razón es que *“si bien el fraude a la ley puede tener un efecto moralizador para los negocios jurídicos, ello no puede llevar a la generalización de la figura, a su aplicación automática, pues este tipo de fraude no se presume. La sospecha del fraude a la ley no significa la comisión del mismo, y ello es así en base al principio general de derecho que establece que la ilicitud no se presume.”* (Crovi, Daniel, comentario al art. 961 del Código Civil en “Código Civil Comentado” dir. Julio César Rivera y Graciela Medina, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2005, Pág. 443).

IV. Tratamiento de los agravios.

Del nuevo escenario jurisprudencial originado tanto en los precedentes de la Suprema Corte de Justicia en causas “H.J. Navas y Cía.



S.A.” C.106.661 sent. del 11/08/2010 y “Volpe” c. 95758 S del 9-12-2010, como luego en el plenario de esta Alzada dictado en autos “Metz c/ Citibank NA” c. 140.929 del 27-12-2010; ha sido expresado por la Sra. Jueza Dra. Zampini, en términos que he adoptado en mis votos, que *“la facultad morigeradora de los intereses pactados, sea, a pedido de parte, o de oficio por aplicación del art. 656 segundo párrafo del Código Civil, ya no puede ser reflejo de la aplicación de topes jurisprudenciales. Ahora se requiere la comprobación fehaciente del carácter abusivo o excesivo de los mismos”* (argto. arts. 21, 656, 953, 954 y 1071 del Cód. Civ.; jurisprud. esta Cámara Sala III, “Cattanio Alberto c/ Banco Provincia de Bs. As. s/ Cumplimiento de Contrato”, causa N° 146862, RSD-16-2011 sent. del 03/03/2011; mi voto en Sala II, causa n° 144190 RSD 48 del 5-5-2011 in re “Tenaglia c/ Banco Provincia s/ Cumplimiento de Contrato”).

Si la tasa de interés está convenida en el pagaré, corresponde aplicarla conforme a lo dispuesto por los arts. 622 y 1197 del Cód.Civil y los arts. 5 y 103 del decreto ley 5965/63. Si no estuviese indicada, la cláusula se considera no escrita (arts. 5 y 103 del decreto ley 5965/63).

Con relación a lo dispuesto por los arts. 5 y 103 del dec. 5965/63 (aplicable en el caso de pacto de intereses en un pagarés a la vista), el fundamento de la norma radica en que insertada la cláusula de intereses y establecida su tasa, se puede determinar sin inconvenientes



cuanto se debe por la cartular y los intereses a la fecha de pago. Es decir, el art. 5 del decreto ley 5965/63 restringe la estipulación de intereses al pagaré librado a "la vista" o "a cierto tiempo vista", pues la indeterminación de los intereses en su vencimiento dificulta calcular "ab initio" el quantum de los réditos a producir, posibilitando tal discriminación con respecto al capital a fin de favorecer la obtención del crédito y la circulación negocial (CC0201 LP, B 80588 RSD-229-95 S 5-10-1995, "Carta Austral S.A. c/ Ibarra de Gil Sosa Sandra Rosa s/ Cobro ejecutivo de pesos")

En el presente caso, el título ejecutivo es un pagaré a la vista, y hace expresa mención de la tasa de interés compensatorio que devengaría: **28% anual**, respecto de la cual no hay invocado abuso o exceso.

No creo, además, que su aplicación conduzca a un resultado irrazonable y prescindente o apartado de una ponderación objetiva de la realidad económica (CSJN Fallos: 317:53; 318:913; 319:2052; 316:3131), considerando los precisos datos que informa el apelante en su memorial a cerca de las tasas activas de los bancos oficiales a fs. 5, donde concretamente detalla que la tasa activa del banco provincia durante el año 2010 fue casi del 35% anual (datos del portal oficial de la Suprema Corte de Justicia, en el servicio de cálculo de intereses online: <http://www.scba.gov.ar/servicios/ContieneMontos.asp>).



No es del caso la revisión del negocio subyacente del título ejecutado, por lo que no corresponde la tarea de comparar la tasa convenida en el pagaré con la que sea utilizada en contratos similares, en cuyo caso correspondería evaluarla teniendo en cuenta las circunstancias del caso, entre las cuales, adquieren singular relevancia la situación de las partes, la naturaleza del negocio, y los componentes de la tasa, como lo son el riesgo, el plazo, el rendimiento del capital, las cargas tributarias y los costos (con cita de Pizarro-Vallespinos "Obligaciones" tº I, página 397 Editorial Hammurabi Bs.As. 1999; Ahumada, Luis A. "La morigeración judicial de los intereses bancarios" en La Ley Litoral 2005 (Octubre) 907; Pizarro, Ramón Daniel "Tasa de interés y facultad morigeradora judicial" en La Ley Córdoba 2006,147; Tombeur, Carlos M. "El rol de la tasa de interés en la organización económica y su correlato en las instituciones jurídicas" en La Ley Suplemento especial: "Intereses" Julio de 2004 página 117; del voto del Dr. Loustaunau en el plenario "Metz", cit.sup.).

Tratándose de un pagaré a la vista en el cual validamente se pueden pactar intereses compensatorios, estos deben liquidarse a partir de la fecha de creación del título, sin perjuicio de los intereses punitivos (arts. 5, 103, 52 inc. 1º del Decreto Ley 5965/63, conf. Sala 1ra. En causa 109396 RSI-281-99 I 6-4-1999, "Favacard S.A. c/ Cepeda, Sandra s/ Ejecución").



Respecto de los intereses punitivos, resulta prematuro morigerarlos, puesto que han sido estipulados mediante una tasa referencial que en esta etapa del proceso no se conoce. Considero, pues, que la oportunidad para evaluar la razonabilidad o moralidad del interés punitivo dispuesto en el pagaré que aquí se ejecuta depende de la liquidación de la deuda. Por tal motivo, debe estarse a la ejecución de la tasa referencial convenida, sin perjuicio de que a resultas de la liquidación, el devengamiento de los intereses punitivos tornen excesivamente onerosa la deuda, a punto tal que su irrazonabilidad evidencie notoriamente la desproporción de las obligaciones y, por tal motivo, sea imperioso morigerarlos (argto. arts. 622 del Código Civil, 589 y cctes. del CPC).

En cuanto a la mora, teniendo en cuenta que el título ejecutivo en estos autos es un **pagaré a la vista** con cláusula “**sin protesto**”, regulado por los arts. 36, 50 y 103 del dec. Ley 5965/65, rige presunción a favor del portador en cuanto al día en que ha sido presentado el documento a la vista.

En este caso, la ejecutante ha denunciado en su demanda que presentó el documento al cobro en el domicilio del deudor el día 10-5-2010, sin obtener respuestas positivas a dicha intimación. Por su parte, el accionado no ha comparecido a desvirtuar la presunción legal, tal como surge de lo actuado a fs. 43/44 y de la aplicación de los efectos del art. 41 del CPC en la sentencia de fs. 456 y vta.



Respecto de estos títulos, esta Cámara ha sostenido que la fecha de la vista es la que el accionante ha manifestado en su demanda si los demandados no comparecieron tras el emplazamiento respectivo, pues tal silencio opera como aquiescencia respecto de tal hecho. Se trata de un hecho lícito -el tiempo de presentación del documento- y aquella falta de cuestionamiento en concurrencia con la normativa vigente conduce a tal resultado (arts. 540 C.P.C. y su remisión al art. 354 C.P.C; conf. Jurisp. Sala 1ra. en causa n° 119465 RSI-364-2 I 4-4-2002).

Dado pues, que la carga de probar la omisión de la presentación pesa sobre el ejecutado (art. 50 dec.ley 5965/63), y siendo que éste no ha comparecido al juicio a hacer valer sus derechos, corresponde, tener por fecha de presentación a la vista y constitución en mora la que fuera denunciada por la actora en el escrito de inicio: 10-5-2010 (Sala 1ra., causa n° 119465 RSI-364-2 I 4-4-2002, autos "Columbia Cía.Financiera S.A. c/ Spinola Stella Maris s/ Ejecución").

Y si bien podría presuponerse la presentación al cobro del cartular con el pago parcial efectuado que alega la ejecutante, no surge de autos constancia alguna de ello ni fecha en que fuera realizado, por ende, ante dicha inexistencia, tal acto no puede tenerse como "dies aquo" de la mora (conf. Cám. Ap. Dolores en causa n° 86157 RSD-243-7 S 23-10-2007, "Hendel Hogar S.A. c/ Martínez Alcides Gabriel s/ Cobro Ejecutivo").



Los pagos parciales que deberán ser computados y descontados al momento de la liquidación definitiva, y no purgan la mora existente en tanto no se canceló la totalidad de la deuda (arg. art.744 del Cód. Civil; conf. Sala 2da. En causa n° 136.882, RSD 104-08 del 15-4-2008, “Troglio c/ De Elorriaga s/ Cobro ejecutivo”).

ASI LO VOTO.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL SR. JUEZ DR.

RUBEN D. GÉREZ DIJO:

Anticipo mi adhesión al voto de la Dra. Zampini, en tanto propone la confirmación de la sentencia de primera instancia ante la imposibilidad de colocar al recurrente en peor situación que la que se hallaba antes de apelar (prohibición de “reformatio in pejus”).

En cuanto a los fundamentos también participo de la postura sostenida por la primera votante, considerando que no es posible dar cabida a la ejecución de un pagaré si el acreedor bancario (o entidad financiera) no alega y prueba que la causa de su suscripción obedece a una operación distinta a la de “préstamo para consumo” puesto que, de no hacerlo, debe “presumirse” ese origen y, consecuentemente, desplazarse la aplicación del D.L. 5965/63 frente a la normativa propia de las relaciones de consumo: ley 24.240 (modif. por ley 26.361).



Para el sostenimiento de tal aserción me remito a los argumentos vertidos por la distinguida colega.

Ahora bien, no puedo soslayar que se trata de una solución novedosa e “incómoda” a la vez, puesto que las razones dadas por el Dr. Valle participan de la preocupación que en muchas ocasiones la doctrina y jurisprudencia han vertido en torno a posibles desbordes del juicio ejecutivo, como así también respecto al entorpecimiento indirecto del tráfico comercial, al permitirse la ordinarización de los procesos de ejecución.

Para aventar esos temores considero que debe sopesarse que la interpretación propiciada por la Dra. Zampini no excluye la vigencia del pagaré como título cambiario, sino que, a partir de su razonamiento, debe buscarse el modo hacerlo compatible con la disposiciones de normas protectorias de rango constitucional (art. 42 de la CN) cuando aquel es utilizado para la instrumentación de “prestamos para consumo” y en tanto el juicio se plantee entre el acreedor original y el deudor que lo firmó, es decir, para los casos en los que el título no haya circulado mediante endosos que provocan la mentada “abstracción” de las cartulares.

Fuera de casos como el subexamen, queda un universo de supuestos en los que el pagaré preserva su plena autonomía, como lo son los aquellos en los que el acreedor no es una entidad financiera o bancaria (toda vez que allí no podría “presumirse” la relación de consumo), o cuando



el proceso se plantea por el endosatario respecto al cual no le es oponible la “causa” de su suscripción original.

Paralelamente, entiendo que en el caso de que se sigan promoviendo procesos ejecutivos como el aquí tratado, la consecuencia no debería ser necesariamente el directo rechazo de la demanda, sino que podría otorgarse al ejecutante la posibilidad de aclarar que no se trata de una relación de consumo, indicándosele cómo debe acreditarlo con fundamento en lo dispuesto por el art. 34 inc. 5º part. “b” del CPC, o, incluso, proponiéndolo como “medida para mejor proveer” (art. 36 inc. 2do. del CPC).

Finalmente, haré algunas reflexiones sobre algunos aspectos procesales que el Dr. Valle plantea como obstativos a la solución propuesta, y que –a mi juicio- podrían superarse.

En primer término, entiendo que la incomparecencia de la parte demandada a la citación para oponer excepciones (situación asimilable a la “rebeldía” de los procesos de conocimiento), no releva al juez de analizar la procedencia de la demanda, pues la viabilidad de la pretensión no solo depende de que la demandada no oponga defensas, sino también de la compatibilidad de lo pedido con lo disponen las normas imperativas que resulten aplicables al caso.

Por consiguiente, aun cuando el ejecutado no haya opuesto la excepción de inhabilidad de título, el juez puede y debe verificar si en el caso que se sometió a su decisión la obligación cartular puede ser



ejecutada (argto. jurisp. Cám. de Apel. en lo Civ. y Com. de Quilmes, causa 2043 RSD-134-98 del 21/08/1998; Cám. 1era. de Apel. en lo Civ. y Com. de La Plata, Sala II, causa 224.941 RSI-450-96 del 27/06/1996; Cám. 2da. de Apel. en lo Civ. y Com. de La Plata, Sala II, causa 81.463 RSD-354-95 del 26/12/1995).

Tampoco comparto la reflexión relacionada con la imposibilidad de indagar oficiosamente la causa en el proceso ejecutivo con el argumento de que en éste se produce una disminución objetiva del conocimiento del juez.

Tal afirmación es válida como “regla”, pero no puede soslayarse que existen excepciones que, paulatinamente, se han ido incorporando por vía jurisprudencial (vgr. investigación de saldo cta. Cte. si allí se aplicaron intereses abusivos; investigación de si el saldo responde a operatoria de tarjeta de crédito, etc.). En todos esos supuestos, como el que aquí se trata, se ha partido de algún elemento objetivo aportado “ab initio” para permitir la indagación causal. En el presente, el marco “habilitante” está dado por el hecho de tratarse de un pagaré suscripto a favor de una entidad bancaria, sin ninguna razón específica, lo que permite “presumir” la instrumentación de un contrato de préstamo para consumo (SCBA. en la causa Rc. 109.305 “Cuevas, Eduardo A. c/ Cucci, Jorge s/ cobro ejecutivo” sent. del 1-IX-2010, voto del Dr. Hitters; SCBA. en la causa Rc. 113.770



“Bco. Francés S.A c/ Ortiz, Miguel Ángel s/ cobro ejecutivo” sent. del 16-III-2011).

Por último, considero que la intención del legislador de preservar el derecho a la “plena” defensa con la consagración de la viabilidad del juicio de conocimiento posterior (art. 551 del CPC), no puede oponerse en los casos de “relaciones de consumo”, no solo porque se le estaría exigiendo como “condición” para su promoción el previo pago de la condena ejecutiva, sino porque además, la postergación del debate implicaría una clara afrenta a lo dispuesto por el art. 42 de la Const. Nacional que otorga rango normativo superior a las disposiciones protectorias del consumidor, desplazando toda valla legal local o procesal que se le contraponga.

Por último, considero que tampoco hay lesión al “debido proceso” o derecho de defensa de la propia parte accionante si se analiza oficiosamente la procedencia de la ejecución en casos como el traído, puesto que aquél se preserva dándole la posibilidad de acceso a la justicia, la que no se denegaría en casos como el traído, sino que solo debería adecuarse al carril procesal que permita el debate o incluso, mantener el proceso ejecutivo, si alega y prueba que no se trata de un préstamo para consumo.

ASI LO VOTO.



**A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA LA SRA. JUEZ
DRA. NELIDA I. ZAMPINI DIJO:**

Corresponde, por mayoría: I) Rechazar el recurso de la parte actora confirmando en consecuencia la sentencia recurrida; II) Imponer las costas en el orden causado atento el modo en que se resuelve (arts. 68 2da. parte del C.P.C); III) Diferir la regulación de honorarios para su oportunidad (arts. 31 y 51 de la ley 8904).

ASI LO VOTO.

Los Sres. Jueces Dres. Pedro D. Valle y Rubén D. Gérez votaron en igual sentido.

En consecuencia se dicta la siguiente;

S E N T E N C I A

Por los fundamentos dados en el precedente acuerdo, y por mayoría: I) Se rechaza el recurso de la parte actora confirmando en consecuencia la sentencia recurrida; II) Se imponen las costas en el orden causado atento el modo en que se resuelve (arts. 68 2da. parte del C.P.C); III) Se difiere la regulación de honorarios para su oportunidad (arts. 31 y 51 de la ley 8904). Notifíquese personalmente o por cédula (art. 135 del C.P.C). Devuélvase.

NELIDA I. ZAMPINI

PEDRO D. VALLE

%o8("&\+c\$Y*Š



RUBEN D. GÉREZ

PABLO D. ANTONINI
SECRETARIO.