

Datos del Expediente

Carátula: FINANPRO S.R.L C/ BASUALDO CECILIA LORENA S/ COBRO EJECUTIVO

Fecha inicio: 04/02/2019

N° de

Receptoría: MP - 3196 - 2018

N° de

Expediente: 167229

Estado: Fuera del Organismo - En Juz.

Origen

REFERENCIAS

Sentencia - Folio: 376

Sentencia - Nro. de Registro: 72

28/03/2019 - SENTENCIA DEFINITIVA

Texto del Proveído

----- Para copiar y pegar el texto seleccione desde aquí (sin incluir esta línea) -----

REGISTRO N° 72-S FOLIO N° 376/88

EXPEDIENTE N° 167.229. JUZGADO N° 15.

En la ciudad de Mar del Plata, a los 28 días del mes de marzo de 2019, reunida la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Segunda, en acuerdo ordinario a los efectos de dictar sentencia en los autos caratulados **"FINANPRO S.R.L C/ BASUALDO CECILIA LORENA 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. Ricardo D. Monterisi, Roberto J. Loustaunau y Alfredo E. Méndez.

El Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes

CUESTIONES

1ra.) ¿Es justa la sentencia de fs. 41/48?

2da.) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión planteada el Sr. Juez Dr. Ricardo D. Monterisi dijo:

I.- En el pronunciamiento atacado se mandó a llevar adelante la ejecución hasta tanto la ejecutada - Cecilia Lorena Basualdo- hiciera al acreedor -Finanpro S.R.L.- íntegro pago del capital reclamado de \$7.500 con más los intereses y las costas de la ejecución.

Para así decidir comenzó por resaltar que la normativa aplicable al caso giraba en torno a la legislación de consumo, tal como lo denunciara oportunamente el propio accionante a fs. 20/22 y que motivara el auto de fs. 23/24.

Destacó que ello resultaba en consonancia con la doctrina de la Sala I de esta Cámara, según la cual ante casos de esta naturaleza debía procederse sin más trámite al despacho de la respectiva ejecución, sin perjuicio de las consideraciones que pudieran efectuarse al momento de la sentencia de trance y remate correspondiente.

Refirió, en ese sentido, que el pagaré adosado a fs. 15 (librado el 22-3-2016) cumplía con la totalidad de los requisitos estipulados en la normativa de consumo, lo que permitía considerar que en la relación subyacente se habían resguardado debidamente los derechos del consumidor. Observó, en cambio, que no acontecía lo mismo con el título de fs. 17 (librado el 6-10-2015), por no encontrarse cumplidos los recaudos enumerados en el art. 36 de la ley 24.240, de modo que la ejecución a su respecto debía ser desestimada.

Expuso, en consecuencia, que correspondía rechazar la ejecución respecto del pagaré de fs. 17 y mandar a llevar adelante la pretensión ejecutiva sólo respecto al título de fs. 15, sin perjuicio de lo cual ello no obstaba a su facultad de examinar oficiosamente los requisitos intrínsecos de dicho instrumento, por tratarse de un deber ineludible de los magistrados, advirtiendo que en éste se incluían importes en concepto de intereses y gastos administrativos, por lo que la ejecución debía llevarse adelante por la suma de \$7.500, por ser el importe total en concepto de capital, a fin de no configurar un supuesto indebido de capitalización de los accesorios.

Señaló, siempre respecto del pagaré de fs. 15, que sin perjuicio de no desconocer la marcada tendencia jurisprudencial contraria a la morigeración judicial de los intereses pactados por las partes, ella cedía cuando se presentaban al cobro instrumentos con tasas exorbitantes, ampliamente superadoras del costo medio del dinero, que carezcan de razonabilidad y resulten desproporcionadas en base a las circunstancias del caso.

Indicó, respecto de los intereses compensatorios, que en función a los recientes fallos dictados por esta Sala en la materia, tratándose el ejecutante de una entidad financiera no bancaria, ante la ausencia de todo dato que permitiera hacer el análisis comparativo que exigía el art 771 del CCyC, el límite de dichos intereses aplicados al titular no podían 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. Por lo que, tomando como referencia las tasas efectivas anuales cobradas tanto por la banca oficial (Nación y Provincia de Buenos Aires) como por la privada (Galicia y BBVA Francés), y poniendo de resalto que la entidad ejecutante cobraba una tasa efectiva anual del 99,29%, esta última resultaba a todas luces excesiva, correspondiendo su morigeración a una tasa de interés del orden del 61,25% anual (49% aumentada en un 25%).

Adujo, en relación a los intereses punitivos, que también eran pasibles de morigeración cuando el monto resultara desproporcionado con relación a la gravedad de la falta que sancionaban, habiéndose fijado en el caso a una tasa equivalente a dos veces la del Banco de la Nación Argentina para operaciones en descubierto, resultando así también desproporcionada. De modo que decidió morigerarla siguiendo los lineamientos de este tribunal

, es decir, aplicando a la tasa de interés punitiva pactada la mitad de la tasa fijada para los intereses compensatorios establecida en el apartado precedente, esto es un 30,62% (argto. art. 16 de la ley 25.065).

Dispuso, finalmente, que ambos tipos de accesorios se devengarían desde la intimación de pago el día 27 de junio de 2018.

II.- Síntesis de los agravios.

El ejecutante apeló a través de la presentación electrónica de fecha 29-11-2018 y presentó el memorial por la misma vía el 4-12-2018. No mereció réplica de la contraria.

Respecto al pagaré de fs. 17 se quejó de que no se hubiera tenido por cumplido con los recaudos del art. 36 de la ley 24.240, pese a la integración del título efectuada a fs. 30.

En lo atinente al pagaré de fs. 15, sus agravios giraron en torno a que se hubiera:

II.1.- Presumido la existencia de una relación de consumo, pese a no mediar planteo alguno en tal sentido por la ejecutada y no existir indicios suficientes para configurar tal convicción.

II.2.- Receptado sólo el monto de capital efectivamente prestado a la ejecutada, sin respetar la suma consignada en el instrumento en ejecución, apartándose de los principios de literalidad y completividad que emanaban de la normativa cambiaria.

II.3.- Determinado como fecha de la mora para el cómputo de los intereses punitivos la correspondiente a la intimación de pago y no la del vencimiento del título, pese a tratarse de un pagaré con las cláusulas "sin protesto" y con "vencimiento a la vista".

II.4.- Morigerado la tasa de los intereses compensatorios, por no resultar ésta excesiva ni injustificada en función al costo medio del dinero y al mayor riesgo financiero asumido por el accionante, así como también respecto al modo del devengamiento, al no permitir liquidarlos desde la fecha de creación del título de conformidad con el art. 5 del decreto-ley 5965/63.

II.5.- Morigerado la tasa de los intereses punitivos en una suma establecida arbitrariamente, por mediar un déficit de fundamentación y analizar de manera conjunta los intereses compensatorios y los punitivos, aplicando un tope común a ambos pese a responder a realidades diferentes.

III.- Consideración de los agravios.

En atención a los términos y alcances de la sentencia impugnada y al modo en que el apelante estructura su embate, abordaré el análisis de los agravios distinguiendo los títulos objeto de la ejecución.

III.1.- Pagaré librado el 6-10-2015 (v. fs. 17):

Recuerdo que en la causa caratulada: "*Carlos Giúdice S.a. c/ Marezi, Mónica Beatriz s/ Cobro ejecutivo*" (n° 146.930 RSD 333 del 4-12-2012) tuve oportunidad de exponer que el artículo 36 de la

ley 24.240 reconoce en cabeza del consumidor el derecho a demandar la nulidad del contrato o de una o más de sus cláusulas en el caso de que el documento no contenga alguno de los datos que enumera.

Esos requisitos refieren al bien o servicio adquirido, el precio, tasa de interés, costo financiero total, cantidad y monto de las cuotas -en su caso-, etcétera y la finalidad de ese conocimiento -lógicamente- tiende a facilitar el control por parte del consumidor y evitar el abuso por parte del proveedor.

En tal orden de ideas, la doctrina especializada ha señalado que la obligación legal consagrada en el artículo 36 de la norma se limita a garantizar la transparencia en la composición de la deuda y constituye un deber calificado de información complementario del que garantiza el artículo 4 del mismo dispositivo legal (conf. Müller, Enrique C. y Saux, Edgardo I., "Ley de Defensa del Consumidor. Comentada y anotada", Picasso y Vázquez Ferreira (directores), La Ley, Buenos Aires, 2009, T. I, p. 414).

Resulta claro del texto de la ley que ante el incumplimiento de esa obligación el consumidor puede plantear la nulidad del contrato de crédito o de alguna de sus cláusulas.

En el cuerpo del reformado artículo 36 de la ley 24.240, anticipando lo establecido en el canon siguiente, se otorga al consumidor la facultad de demandar la nulidad total o las cláusulas del contrato que omitiera alguno de los requisitos enunciados. De conformidad con la interpretación pro consumidor que corresponde efectuar de esta norma, los autores citados entienden que será el consumidor quien resolverá si demanda la nulidad parcial o total (conf. ob. cit., ps. 425 y ss.).

De ello concluyo que es meramente facultativo -y no obligatorio- para el consumidor peticionar la nulidad del contrato.

No me parece razonable, entonces, declarar oficiosamente que el instrumento en virtud del cual se ejecuta no cumple con los requisitos que exige la ley.

Tal modo de proceder importaría algo así como obligar al consumidor a someterse al régimen de protección que le brinda la ley, cuando -quizá- él advierta que no le ha sido afectado ni menoscabado ningún derecho de esa naturaleza y prefiera cumplir -voluntariamente o de modo compulsivo- con la obligación asumida; lógicamente, para esto último debe citárselo a las actuaciones y que opte por la postura a adoptar.

En otros términos, estimo que debe ser el ejecutado el que denuncie que se le ha afectado algún derecho y el que por tal motivo pretenda la nulidad total o parcial del contrato.

Entiéndase bien, estoy de acuerdo con que la normativa que protege al consumidor goza de supremacía con relación a otras leyes -en este caso la que regula el derecho cambiario-, pero creo que esa graduación normativa corresponderá efectuarla sólo en los casos en que el demandado invoque -al menos- que es víctima de un abuso amparado por la ley 24.240.

La cuestión es muy espinosa y dista de tener soluciones genéricas y categóricas, lo que obliga inevitablemente a analizar cada caso en particular.

En autos no se da tal supuesto, por lo que corresponde hacer lugar al recurso en lo que a esta parcela concierne, revocar la sentencia en crisis en lo que fue materia de agravio y ordenar que un nuevo juez hábil dicte un nuevo pronunciamiento (arts. 17, 34, 242, 245 y cctres. del C.P.C.C.).

Lo hasta aquí expuesto no obsta al análisis por separado del restante pagaré glosado a fs. 15, pues tal como lo ha resuelto esta Sala, siguiendo a la doctrina legal de la Corte bonaerense, si el vicio de que adolece el pronunciamiento impugnado lo afecta sólo parcialmente, bien puede anularse también en forma parcial siempre que se verifiquen las condiciones de autonomía e independencia que resalta el art 174 del C.P.C.C., en línea con lo dispuesto por el art. 389 del CCyC (causas nro. 151.293, RSD 248 del 20-9-2012, entre otras; Ac. 38.534 del 3-5-1988, entre otros), lo que se presenta en el caso por tratarse de dos documentos con habilidad ejecutiva propia (arts. 518, 521 inc. 5to. y conc. del C.P.C.C.).

III.2.- Pagaré librado el 22-3-2016 (v. fs. 15):

La controversia resulta análoga a la que recientemente fueron objeto de mérito por esta Sala en los autos "*Finanpro S.R.L. c/ Casares, Elida S. s/ Cobro ejecutivo*" (expte. nro. 166.412, RSD 299 del 18-12-2018), por lo que seguiré en lo pertinente la doctrina allí asentada por guardar similitudes con la controversia bajo análisis.

III.2.1.- Relación de consumo:

El juez considera que siendo aplicable el art. 36 de la ley 24.240 se encuentran cumplidos los requisitos de validez allí exigidos, pues el ejecutante sustenta su reclamo judicial en un pagaré en el que expresamente se detalla el cumplimiento de aquéllos (v. fs. 15).

En dicho documento puede advertirse que se consigna expresamente la leyenda "*A los efectos de cumplir con el art. 36 de la ley 24.240 se deja manifestado que...*", incluyendo a continuación en ocho cláusulas (de la "a" a la "h") los distintos requisitos normativos.

De esta manera, el reconocimiento de la entidad financiera ejecutante de la relación de consumo subyacente (inserta en el pagaré) determina el desplazamiento de la normativa cambiaria en lo que resulte contrario a la consumeril en virtud de quedar aquélla enmarcada en una regulación tuitiva específica.

Si bien sostengo que el planteo atinente a la nulidad del contrato que se deriva de este canon es meramente facultativa -y no obligatoria- para el consumidor, no pudiendo el tribunal pronunciarse de oficio, lo cierto es que en este caso la cuestión carece de relevancia en tanto el juez declara la validez del negocio jurídico (mutuo) y no se controvierte la habilidad ejecutiva del título.

En atención a ello, y habiéndose dado por satisfecho el recaudo de eficacia fijado por la norma, esta solución está lejos de ocasionarle un perjuicio al ejecutante por lo que su recurso en esta parcela es improcedente.

A ello se agrega que los demás puntos motivos de queja (monto por el cual se lleva adelante la ejecución, morigeración de los intereses compensatorios y punitivos, fecha de cómputo de éstos y de la constitución en mora) no tienen fundamento en la norma cuya aplicación cuestiona.

III.2.2.- Intereses. Cómputo. Capitalización:

Coincido con el modo en que el juez procede a la morigeración de los intereses compensatorios y punitivos, mas no comparto la fecha fijada para el cómputo de los primeros, ni la prohibición de su capitalización.

III.2.2.1.- En primer lugar recuerdo que, tal como lo ha citado el magistrado de la instancia previa, me he expedido en numerosos precedentes respecto a la posibilidad de morigerar, aún de oficio, los intereses pactados cuando concurren las circunstancias necesarias para habilitar tal proceder de conformidad a lo normado por los arts. 768, 771 y conchs. del CCyC (esta Sala en causas nro. 162.787 RSD 72 del 4/04/2017; 165.139 RSD 116 del 15/05/2018, entre otras).

En efecto, para dar cumplimiento a los parámetros que establecen el art 771 del CCyC y la doctrina legal de la Corte provincial (Ac. 95.758, autos "Volpe" del 9/12/10; Ac. 102. 152, autos "Puig" del 18/05/11, entre otros), es imprescindible comparar el costo medio del dinero para deudores en operaciones similares en el lugar donde se contrajo la obligación.

Y en tal tarea las facultades judiciales morigeradoras proceden de hallarse comprobada una práctica abusiva, usuraria o confiscatoria (arg. arts. 21, 953, 954 y 1071 Código Civil; 10, 771 del CCyC y, en su caso, art. 37 de la ley 24.240).

Tal como lo explicó el Dr. Soria en su voto en la causa "Volpe" ya citada: *"Es posible que un convenio contenga una elevada tasa de interés, pero que en función de determinadas características singulares de la operación, ella no sea automáticamente descalificable por usuraria (v. Llambías, Jorge, ob. cit., nro. 927, pág. 231). Los intereses compensatorios, por caso, se encuentran ligados al destino del préstamo; y hay brechas importantes entre las tasas aplicadas a préstamos a largo plazo y las utilizadas en descubiertos o adelantos en cuentas corrientes bancarias; aun las hay dentro de los primeros, de mediar tasa fija o variable. A su vez, por lo que respecta a los intereses punitivos su finalidad como incentivo para el cumplimiento puntual cobra especial relevancia. Allí también la cuantía podrá variar legítimamente según los tipos de negocios jurídicos; por ejemplo, en las contrataciones masivas, en donde el pago puntual es clave del funcionamiento del sistema -v.gr. en materia de expensas comunes, planes de ahorro previo, tarjetas de crédito- podría justificarse una tasa mayor que en otro tipo de convenciones (v. Rivera, ob. cit., págs. 110/111). Otros factores determinantes de los accesorios, tales como el plazo del crédito, la moneda del préstamo, su monto o cuantía, el sistema de amortización empleado, la garantía y riesgo de incobrabilidad, si se ha pactado o alguna modalidad válida de capitalización, como así también la situación general del mercado, son igualmente de indispensable ponderación"*.

El art. 771 del CCyC ha introducido una suerte de lesión objetiva que no estaba presente en nuestra legislación civil, que para alguna doctrina puede ser aplicada de oficio ("Código Civil y Comercial

de La Nación Comentado”, tºV, Dir. Lorenzetti, p.154, redactada por Federico Ossola, Rubinzal-Culzoni). Las condiciones para el funcionamiento de esta norma son la desproporción y la falta de justificación emergentes de la comparación del caso en estudio con el promedio de tasas utilizadas para operaciones similares.

En este sentido, siendo la ejecutante una entidad financiera no bancaria, y ante la ausencia de todo dato que permita hacer el análisis comparativo específico que exige el art. 771 del CCyC, considero que la solución legal aplicable a un servicio financiero no bancario es la que más se asemeja al caso y, por analogía, la morigeración en esta asunto encuentra apoyo en el art. 16 de la ley 25.065 segundo párrafo (argto. art. 2 del CCyC).

La norma expresamente dice: *"En caso de emisores no bancarios 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".*

A su turno, el Banco Central de la República Argentina en su Comunicación sobre Tasas de Interés en las Operaciones de Crédito (última Comunicación incorporada A 6541 TO al 19-7-2018), en el punto "2.1" establece cómo se fijan y computan los intereses compensatorios vinculados a las tarjetas de crédito, estableciendo que -cuando se trata de empresas emisoras no entidades financieras- la tasa no puede superar el promedio señalado por el art 16 de la ley 25.065 correspondiente al mes inmediato anterior.

Y fue éste, precisamente, el análisis realizado por el juzgador al comparar la tasa antes mencionada con las pactadas (fs. 15: 99.29%) y advertir su evidente desproporción, por lo que no encuentro obstáculo para confirmar lo así resuelto en este punto.

Repárese que el recurrente nada dijo respecto de los promedios adoptados por el juez para el mes en que fue librada la cartular de fs. 15 que, incrementada en un 25% (61,25%), demuestra una evidente desproporción con la pactada en el título en ejecución (fs. 15: 99,29%).

III.2.2.2.- Ahora bien, a los fines de determinar la fecha de inicio del cómputo de los accesorios bajo análisis vale realizar la siguiente distinción:

La clasificación de los intereses no solo atienden a su origen (convencionales, legales o judiciales) sino también, y entre otros aspectos, a su función económica o finalidad típica y en razón de ellas se los conoce como compensatorios (o lucrativos), moratorios o indemnizatorios y punitivos (Villegas y Schujman, "Intereses y Tasas" editorial Abeledo –Perrot Bs.As. 1989 p.100).

Los primeros representan el "precio" por el uso del capital, y simbolizan los beneficios, es decir, los frutos que se habrán de percibir por la financiación.

Por su parte, mediante los moratorios, lo que se persigue es un monto indemnizatorio por el retardo o en su caso la mora en la obligación de capital dado en préstamo. Opera, como explican Pizarro y Vallespinos, como una suerte de tarificación del daño que deriva de su incumplimiento, que se

materializaría en los intereses, con abstracción del perjuicio real sufrido. El daño moratorio se presume sin que sea necesario acreditarlo ("Instituciones de Derecho Privado.Obligaciones" tº1 p.412, Ed Hammurabi, Buenos Aires, 2004).

Es decir que los intereses compensatorios constituyen la renta o "ganancia" del acreedor y los moratorios, la indemnización debida por la demora en la entrega del capital prestado.

El deudor debe la devolución del capital, los intereses acordados por su "uso", y en caso de incumplimiento, los daños y perjuicios se traducen, en principio, en este tipo de intereses. De este modo, el deudor cumplidor debe sólo los intereses compensatorios pactados, mientras que el moroso debe también reparar el daño que causó su incumplimiento.

De esta manera, atendiendo a la naturaleza propia de los intereses compensatorios, su devengamiento opera desde la fecha en que nació la obligación, es decir desde el momento en que se efectivizó el préstamo, pues responden a los frutos que obtiene el acreedor en contraprestación de su financiación.

En atención a ello considero que debe modificarse la sentencia de primera instancia en este aspecto, debiendo calcularse dichos accesorios desde la fecha en que se extendió el título bajo análisis (v. fs. 15: 22-3-2016) y no desde la intimación de pago (27-6-2018).

El contenido económico fijado en la sentencia apelada -que admitió la procedencia del capital sin ningún interés hasta la fecha de la mora- elimina sin justificación la ganancia del actor durante el plazo corrido desde que la deuda se contrajo (argto. esta Sala, causa nro. 162.787 RSD 72 del 4-4-2017).

III.2.2.3.- En cuanto a la capitalización considero que le asiste razón al apelante, aunque con un alcance diferente al que pretende.

Es que si bien un acuerdo en tal sentido no ha sido justificado en autos, no puede pasarse por alto que el art. 770 inc. "b" del CCyC establece que procede la capitalización cuando se demanda judicialmente la deuda, operando desde la fecha de notificación. Se otorga mayor fuerza y sanción al incumplimiento y mora del deudor (Compagnucci de Caso, "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado" Dir. Rivera-medina, t. III, p.97/98, La Ley, Buenos Aires, 2014).

Así, en la medida que ha sido peticionado por el ejecutante, no encuentro obstáculo en incorporar los intereses compensatorios debidos desde el 27-6-2018, fecha en que se diligenció el mandamiento de intimación de pago (fs. 39/40), los cuales deberán calcularse conforme la tasa resultante de la morigeración propuesta en el punto anterior (arg. art. 771 del CCyC).

Es decir que, si bien los intereses compensatorios se liquidarán desde la fecha en que se contrajo la obligación, nada obsta que puedan capitalizarse a partir del 27-6-2018.

III.2.2.4.- La queja vinculada a la morigeración de los intereses moratorios tampoco es de recibo.

Sobre el particular, no puedo más que reiterar los argumentos expuestos oportunamente en la causa "*Finanpro S.R.L. c/ Vanucci Franco s/ Cobro Ejecutivo*" (expte. nro. 163.712 RSD-295 del

15/12/2017), con voto preopinante del Dr. Loustaunau al que adherí, y que en lo sustancial transcribiré a continuación.

Pues bien, en el caso, se trata de un contrato de mutuo cuyo costo financiero total (no comunicado en el título, conforme lo exige puntos 3.2.4 y 3.4 de las Reglas sobre Tasas de Interés en las Operaciones de Crédito del Banco Central de la República Argentina; Comunicaciones “A” 5482 del 25/09/2013 y “A” 5592 del 10/06/2014) a la fecha de creación resulta igual o superior al 100%, computando los altísimos intereses compensatorios percibidos y los “gastos administrativos”, los que ascienden al 11,10% (v. fs. 15) distribuidos en seis cuotas.

En ese marco es en el que se inserta el pacto predispuesto de intereses punitorios calculados mediante una referencia al doble del costo de una de las formas de financiación más caras que tienen los bancos minoristas (el descubierto en una cuenta corriente).

Frente a un escenario de mora, como el que subyace -por obvias razones- a la totalidad de los cobros judicializados, el resultado de aquel conjunto de conceptos (intereses compensatorios, gastos administrativos e intereses punitorios) no puede sino tener un resultado claramente excesivo.

La práctica frecuente en las operaciones bancarias minoristas es percibir intereses punitorios a una alícuota que representa la mitad de otra tasa de referencia que bien puede versar sobre los intereses compensatorios percibidos para la operación o bien a la tasa aplicable para operaciones de redescuento. Esta misma práctica es la que, por ejemplo, el legislador recogió en el tope legal aplicable a financiación de tarjeta de crédito en el art. 18 de la Ley 25.065.

Comparando estas prácticas con las que subyace a la operatoria de Finanpro S.R.L. surge una diferencia desproporcionada e injustificada.

No obsta a la comparación el hecho de que las operaciones a las que hice referencia sean ofrecidas por bancos públicos o privados. Con frecuencia se afirma que las entidades financieras no bancarias son menos rigurosas en sus exigencias crediticias y por ello asumen un mayor riesgo de incobrabilidad que justificaría la percepción de un interés más alto. Es decir, prestan dinero a personas que no pueden o no quieren acudir al sistema financiero bancario (por caso, por no poder demostrar la solvencia que asegure mínimamente la debida devolución de lo prestado) y perciben por ello una tasa de interés compensatoria sensiblemente mayor.

Ahora bien, este argumento puede llegar a justificar -eventualmente, y dentro de ciertos límites- que la entidad mutuante cobre una tasa de interés compensatorio más alta que la que cobran los bancos minoristas a sus clientes. Pero, ¿puede aquella circunstancia justificar también la percepción de un interés punitorio que supera en varias veces el que perciben los bancos para supuestos de mora en operaciones similares? La respuesta, estimo, es negativa. Se incluye dos veces el mismo riesgo en el precio del crédito.

Pero además, si una de las funciones de la cláusula penal es compeler al deudor a torcer su voluntad de no pagar y que se avenga a cumplir, ¿qué tipo de efecto puede generar una tasa punitoria altísima sobre aquél que genera escasas expectativas de cobro? Una tasa punitoria tan

alta en créditos de alto riesgo de incobrabilidad devienen rápidamente abusivas cuando el deudor es insolvente y –consecuencia de ello- incurre en mora.

Insisto por ello en que, tratándose de una operación de crédito para el consumo (art. 36 de la Ley 24.240) ofrecida mediante condiciones predispuestas (art. 984 del CCyC), la percepción de un interés punitivo que se calcula a tasas injustificadamente desproporcionadas en relación a las que perciben otras entidades financieras (y que duplica el costo del descubierto en cuenta corriente) configura un exceso en los términos del art. 771 del CCyC y un abusivo aprovechamiento de la situación del deudor en los términos del art. 794 del mismo código y corresponde que sea morigerado.

En atención a ello, cabe determinar qué parámetro puede ser utilizado para morigerar la tasa –en el caso punitiva- que se reputa excesiva.

Si bien en el precedente citado ("Finanpro S.R.L. c/ Vanucci s/ Cobro ejecutivo") se acudió al historial de tasas percibidas por el Banco de la Provincia de Buenos Aires, ello obedeció a que los excesivos intereses compensatorios pactados no habían sido morigerados en la instancia de origen y, por ende, no formaron parte de los agravios del accionante, lo que impidió cualquier modificación por este Tribunal, so riesgo de violentar el principio de la *reformatio in pejus* (arts. 17 y 18 C.N.). Sin embargo ello no es lo que acontece en autos, tal como lo desarrollo en el punto "III.2.1".

Así las cosas, sin perjuicio de admitir la ejecución, habiendo propiciado que la morigeración de los intereses compensatorios tenga lugar conforme al tope del art. 16 de la ley 25.065, agrego que la tasa de los punitivos lo sea en el 50% de aquéllos, siguiendo así una de las modalidades a las que hice referencia en párrafos anteriores y que juzgo razonable (art. 770 inc b, 771 del CCyC, art 163 inc 6º, 242, 245, 266 y cdtas del C.P.C.C.).

III.2.3.- Constitución en mora:

La queja relativa a la fecha en que debe reputarse constituido en mora el deudor tampoco es de recibo.

Advierto que en el escrito inicial del proceso el accionante omite indicar el lugar en que tuvo lugar la presentación al cobro del documento (v. fs. 20/22). Y, si bien se trata de la ejecución de un pagaré a la vista con la cláusula "sin protesto", presumiéndose la presentación al cobro (art. 50 del decreto-ley 5965/63), el ejecutante debe, de todos modos, indicar -además de la fecha- el lugar donde se efectuó.

En este sentido la Suprema Corte provincial tiene resuelto de manera inveterada que si bien la ley mercantil establece una presunción **juris tantum** favorable al portador del pagaré a la vista con cláusula "sin protesto" de haber cumplido con el requerimiento de pago (art. 50 del decreto-ley 5965/63), pesando sobre el deudor la producción de prueba en contrario, ello es así a condición de que el ejecutante manifieste haber presentado al cobro el documento en fecha y lugar determinados, pues de lo contrario la presunción se vería seriamente afectada y la prueba se tornaría irrealizable (Ac. 36.580 del 13-10-1987; Ac. 78.449 del 19-2-2002, Ac. 97.824 del 16-4-2014, entre otros).

Sobre el particular esta Sala ha resuelto que *“Si en el título ejecutivo no existe una cláusula específica con relación al cómputo y tipo de interés a aplicar, y se trata de un pagaré ‘a la vista’ los intereses que se devengan son los “moratorios” (aquellos que se producen por el retraso en el pago de la obligación), debiéndoselos computar desde la presentación al cobro o -en su defecto- desde la intimación de pago, pues sólo a partir de dichos acontecimientos puede considerarse que existe mora”* (causas nro. 137.442, RSI 288 del 20-12-2011; nro. 166.197 RSD-227 del 27/09/2018; entre otros).

En el caso, el título consiste en un pagaré a la vista con la cláusula sin protesto (v. fs. 15), respecto del cual el ejecutante no denunció en la demanda el lugar en que lo presentó al cobro.

De este modo cede la presunción favorable al tenedor del título, por lo que corresponde considerar que a la fecha de interposición de la demanda los documentos ejecutados no habían sido presentados al cobro, incurriendo en mora el deudor -tal como lo destaca el *a quo*- al cumplimentarse el diligenciamiento del mandamiento de intimación de pago: 27-6-2018 (v. fs. 39/40), pues es a través de dicha diligencia judicial en la que toma conocimiento sobre la posible circulación -o no- del documento (Cám. Apel. Civ. y Com., Dolores, causa nro. 86.157 del 23-10-2007; San Nicolás, causa nro. 92.498 del 18-5-2000).

Por las razones expuestas VOTO POR NEGATIVA.

A la primera cuestión planteada el Sr. Juez Dr. Roberto J. Loustaunau dijo:

Adhiero a la solución propiciada por mi colega respecto al pagaré de fs. 15 (punto "III.2"), mas no así en relación al pagaré de fs. 17 (punto "III.1") con el cual discrepo.

a) Tengo en consideración que se trata de un proceso ejecutivo donde la regla es la limitación cognoscitiva que impide debatir aspectos ajenos al título (art. 542 CPCC), pero también, que es posible una interpretación de esa regla que contemple los principios derivados de la legislación de protección de usuarios (arts. 1, 2, 36 y 37 ley 24.240; SCBA, voto del Dr. Hitters causas C. 109.193, sent. del 11-8-2010; C. 116.088, sent. del 2-11-2011).

De las constancias de autos surge que es inaplicable la normativa cambiaria, en virtud de quedar la relación enmarcada en una regulación tuitiva específica y de orden público (art. 21 del C.C. derogado, art. 12 del CCCN y art. 65 de la ley 24.240).

Lo anterior, porque el ejecutante no sólo así lo afirma en la demanda, sino también porque se encuentra abonado por el hecho de revestir el ejecutante ese mismo rol procesal en decenas de juicios ejecutivos en los distintos juzgados civiles y comerciales de primera instancia de este departamento judicial, conforme se desprende de la mesa de entradas virtual proporcionada por la Suprema Corte provincial desde su página de internet.

b) Sentado ello, recuerdo que tuve oportunidad de fallar sobre una cuestión similar en los autos *supra* citados caratulados “**Carlos Giúdice S.A.C. c. Marezi Mónica Beatriz s. Cobro ejecutivo**” (causa n° 146.930 RSD 333 del 4-12-2012), en voto que hizo mayoría ante la disidencia del Dr.

Monterisi, por lo que me permito reproducir algunos de los argumentos oportunamente desarrollados:

Allí, expresé que: “(...) la aplicación de la ley de defensa del consumidor resulta indiscutible”.

"Si existiera compatibilidad entre las diferentes normas que parecen confluir para la resolución del caso –dec. ley 5965/63 y ley 24.240–, su integración haría que no existiera conflicto normativo alguno”.

"Sin embargo, en el caso de autos, el pagaré es el título mediante el cual se ha instrumentado el crédito para el consumo. Pero esto no cambia el carácter del negocio subyacente habido entre las partes”.

“En efecto, en nuestro derecho, como en muchas otras legislaciones, la creación de un título cambiario no modifica la relación subyacente, ni causa novación en ella (art. 813 del Código Civil; Dassen, J., Efectos de la emisión de un título cambiario sobre la relación jurídica originaria, en “Estudios de Derecho Privado y Procesal Civil”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1959, p. 233 y ss.). De ahí, entonces, que la causa de la obligación cartular sea la misma que la de la relación subyacente (conf. Ferri, G. I titoli di credito, en la obra “Trattato di Diritto Civile Italiano”, dirigido por Vassalli, F., UTET, Torino, 1965, vol. VI, t. 3, p. 102, n° 21; Santini, G., L'azione causale nel diritto cambiario, Cedam, Padova, 1968, ps. 11/12, n° 5). Hay una causa única que respalda tanto la obligación de pagar la deuda a la que se refiere la relación fundamental, como la obligación de satisfacer a su vencimiento el título cambiario (conf. CSJN, 4/5/1995, Z.62 XXVI “Zuteco S.A. c/ Sociedad Mixta Siderúrgica Argentina s/ proceso de ejecución”, Fallos 318:838, considerando 9°; Llambías, J., Tratado de Derecho Civil – Obligaciones, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1973, p. 43, n° 1781). Es decir, la deuda que surge del título cambiario es la misma obligación primitiva, fortificada por la garantía que proporciona aquél (conf. Dabin, J., La teoría de la causa, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, p. 307, n° 278). Concordantemente, se dice que la obligación del deudor es única, y la relación cartular no es más que la vestidura transitoria del vínculo causal (conf. Cámara, H., Letra cambio y vale o pagaré, Ediar, Buenos Aires, 1971, t. I, p. 281, n° 65). Puede haber dos acciones, la cambiaria y la causal, pero no hay dos derechos (conf. Satanowsky, M., Estudios de derecho comercial, TEA, Buenos Aires, 1950, t. II, p. 141, n° 4), de modo que la relación cartular tiene un contenido idéntico al del negocio fundamental (conf. Messineo, F., I titoli di credito, Cedam, Padova, 1964, t. I, p. 178, n° 82). Y puesto que, entonces, no hay modificación de la situación preexistente, sino fijación en el título del contenido de la relación que emerge de la relación subyacente, correspondiendo inclusive entender a la creación del título como un acto de simple ejecución de dicho negocio subyacente (conf. Ferri, G., ob. cit. pgs. 94/95, n° 19), con función meramente reconocitiva de él, al menos entre los obligados inmediatos (conf. Pavone La Rosa, A., La letra de cambio, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1988, p. 44 , del voto del Dr. Pablo Heredia en el fallo Autoconvocatoria a plenario s/ competencia del fuero comercial en los supuestos de ejecución de títulos cambiarios en que se invoquen involucrados derechos de consumidores”, Expte. S. 2093/09)”

“Efectivamente, de la interpretación armónica del art. 3 y 65 de la ley 24.240, se advierte la preeminencia del régimen del consumidor.

“Se halla en juego entonces la interrelación entre la legislación cambiaria mercantil (Código de Comercio, Decreto-Ley 5.965/63 y Ley de Cheques 24.452) y el régimen de protección del consumidor (CN: 42 y Ley 24.240); en definitiva, la influencia de este último respecto del derecho comercial. En este punto no puede pasarse por alto que la LDC no conforma un cuerpo completo de normas, sino de reglas de excepción de las de derecho común sobre las que recae la protección del consumidor. El art. 3 de la ley 24.240 prevé la integración normativa del régimen de protección al consumidor y la preeminencia de la LDC sobre otras reglas legales eventualmente aplicables. El derecho relativo a la protección del consumidor se integra así con las otras ramas jurídicas imponiendo soluciones que impiden, total o parcialmente, la aplicación del derecho común. En otros términos, el régimen de derecho que surge de la LDC importa no sólo complementar sino también modificar o derogar las normas de las otras ramas jurídicas que se apliquen a la relación de consumo que concretamente se considere (Alegría, Héctor, “Régimen legal de protección del consumidor y Derecho Comercial”, Acad. Nac. De Derecho 2009, LL, 16/06/2010). En síntesis, el reconocimiento constitucional del derecho de protección a los consumidores (art. 42 CN), sumado a lo dispuesto por el art. 3 de la LDC y coordinado con el carácter de orden público de la LDC establecido por el art. 65, permite concluir sin dudas en la preeminencia antes referida. Por ende, frente a cualquier colisión entre normas de derecho común y las normas protectorias de los consumidores, prevalecerán estas últimas. De lo anterior cabe concluir que, cuando se está en presencia de una relación de consumo, la normativa cambiaria es inaplicable en todo lo que resulte incompatible, pues la disciplina de los títulos no puede desvirtuar la efectividad de las normas tuitivas del consumidor (del voto de de la mayoría en el plenario de la CNCom. con las conclusiones de los Dres. Barfalló, Garivoto, Sala y Caviglione Fraga, del fallo citado)”

"Y así lo expresa la doctrina: en consecuencia, en una interpretación legal, si hubiera colisión entre una norma de derecho común y otra que protege a los consumidores, primará esta última. Por lo tanto, el régimen de derecho que surge de la LDC importa no solo complementar sino también modificar o derogar, siquiera parcialmente, las normas de otras ramas jurídicas que se apliquen a la relación de consumo que concretamente se considere" (Junyent Bas, Francisco y Del Cerro, Candelaria, Aspectos procesales de la ley de defensa del consumidor, La Ley On line)".

"La calificación de relación de consumo surge como consecuencia de las mismas constancias de autos, siendo el proveedor quien tiene la carga de "aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme a las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en juicio (art. 53 de la ley 24.240)".

"Al determinar la inaplicabilidad de la normativa cambiaria por estricta preeminencia de la ley de defensa del consumidor, no parece necesario analizar la habilidad del título más allá de que pueda contener todos los recaudos exigibles por el decreto 5965/63".

"Similar solución corresponde al fraude a la ley. Solo cabe analizar si –siendo aplicable la normativa del consumo- se encuentran cumplidas en autos, las exigencias del art. 36 de dicha

*normativa” (cursiva, conf. causa **supra cit.** n° 146.930 RSD 333 del 4-12-2012)*

c) El análisis de la copia certificada del título agregado a fs. 17 demuestra a simple vista que no cumple con los requisitos establecidos por el art. 36 de la ley 24.240 en la redacción que le diera la ley 26.361 vigente al momento de la emisión (art. 7 del CCyC), lo que determina que el instrumento sea insuficiente a los fines del cobro por la vía ejecutiva escogida.

Repárese que a diferencia de lo que acontece con el documento de fs. 15, en el de fs. 17, pese a la integración intentada con el contrato de mutuo adosado a fs. 30, no se desprende de éste el cabal cumplimiento del canon citado precedentemente, pues si bien puede tenerse por cumplido el inciso "c" que manda a incluir el monto financiado en función del importe por el que se extendió el pagaré (\$17.460), de todos modos no se consigna con precisión el total de intereses a pagar (inciso "e"), ni el sistema de amortización del capital y cancelación de los intereses (inciso "f"), lo que sella la suerte adversa del embate en lo que este título respecta.

Esta conclusión no implica que el crédito no pueda ser cobrado por otra vía idónea y acorde con la naturaleza de los intereses superiores en juego (arts. 10 tercer párrafo, 1094 segundo párrafo y 1095 del CCCN), que permita un marco probatorio más amplio, y en su caso, la acreditación de que se han observado las exigencias legales a la hora de contratar.

En relación a lo expuesto *supra* por el Dr. Monterisi (en cuanto a que el tribunal no puede rechazar de oficio la pretensión ejecutiva por no reunir los requisitos del art. 36 -considerando a- y que es “meramente facultativo –y no obligatorio- para el consumidor peticionar la nulidad del contrato, cuando no se cumplió con tales requisitos -considerando d-, por lo que es irrazonable hacerlo cuando el principal interesado ni siquiera se ha presentado a oponer excepciones o a denunciar la violación de alguno de los derechos tutelados por la ley) observo que, la lectura de la primera parte del art. 36 cuando enumera los requisitos “*bajo pena de nulidad*”, me persuade de que más allá de los casos –seguramente la mayoría- que no llegan a conocimiento de los tribunales, cuando en un expediente se advierte que el título base de la ejecución no cumple con una norma de orden público que intenta proteger a los consumidores de situaciones jurídicas abusivas, que la demandada es una persona humana que ha sido intimada a fs. 39/40, y que se ha ordenado el embargo de sus haberes mensuales (fs. 23/24 y fs. 35), los jueces debemos ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo de los derechos o de las situaciones jurídicas abusivas (arts. 10 tercer párrafo y 12 del CCCN), aún de oficio, ante la naturaleza de los intereses que están en juego (art. 387 del CCCN).

d) En consecuencia, corresponde rechazar el recurso articulado en lo que al pagaré de fs. 17 concierne y confirmar la sentencia que rechaza la acción ejecutiva a su respecto (art. 36 de la ley 24.240)

Así lo voto.

A la primera cuestión planteada el Sr. Juez Dr. Alfredo E. Méndez dijo:

Adhiero al voto del señor Juez Roberto Loustaunau, por compartir los fundamentos dados, permitiéndome agregar las siguientes razones.

En similares cuestiones como la sometida a juzgamiento de esta Cámara, hay una clara directriz emanada de la Corte Federal en cuanto a que se debe imponer un criterio hermenéutico que permita arribar a la solución que proteja del modo más eficiente posible la finalidad tuitiva de grupos tradicionalmente postergados y particularmente vulnerable (v. CSN, "Fallos" 331:819; íd. Causa H 270 XLII, "Halabi", sent del 24-II-2009, consid 13) como ocurre con los usuarios y consumidores (*art. 42, Const. Nacional; 37, ley 24.240; doct. Causa c. 98790, sent del 12-VIII-2009; c. 109.193, resol 11-VIII-2012; c. 116.088 del 2-XI-2011*). La finalidad de la ley 24.240, sostuvo el Superior Tribunal, consiste en la debida tutela del consumidor o el usuario, que a modo de "purificador legal" integre sus normas con las de todo 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 ("*Fallos*" 329:646 y 695, *voto del Dr. Zaffaroni; en el mismo sentido "Fallos" 331:2614*).

En esa inteligencia, el Superior Tribunal Provincial ha sostenido en diversos pronunciamientos que la prohibición que rige en los procesos de ejecución, de ingresar en aspectos que hacen a la causa de la obligación, no es absoluta, aún cuando constituye un pilar fundamental de los sistemas en los que se imponen restricciones al conocimiento de la relación jurídica fondal (*procesos ejecutivos*) con la reconocida finalidad de tutelar efectivamente el crédito, valor jurídico de repercusión social evidente. Por el contrario, la división entre los que constituye debate sobre la causa de la obligación por un lado; y sobre las aptitudes ejecutivas del instrumento, por el otro, no siempre resultan tajantes e inmaculadas (*SCJBA, Ac. 91162, sent del 2-IX-2009; Ac. 116088 del 2 de noviembre de 2011; Ac. 116507 del 7 de marzo de 2012*).

Dentro de este esquema de pensamiento, cuando la pretensión ejecutiva tiene arraigo en una relación de crédito para el consumo, es posible y necesario interpretar las normas procesales, de modo compatible con los principios derivados de la legislación de protección de usuarios (*doct. Arts 1, 2, 36 y 37 de la ley 24240 mod. por la ley 26361; arg. Fallo SCJBA, R 109305 in re "Cuevas, Eduardo Alberto c/ Salcedo, Alejandro René s/ Cobro Ejecutivo" del 1ro de septiembre de 2012*).

En este particularísimo supuesto, indiscutidamente la relación que unió a las partes se enmarca en una "relación de consumo" plasmada en el instrumento cartular que sustenta la pretensión ejecutiva (*fs. 17*)

Deviene evidente, a pesar de los grandes esfuerzos desplegados al fundar su recurso, la necesaria integración armónica entre los institutos del derecho mercantil y del consumo involucrados en este conflicto normativo (*Ac. 80375, sent. del 5-III-2003*) que propicia la hermenéutica que aquí se adopta, toda vez que los mencionados caracteres de necesidad, formalidad, literalidad, completitud, autonomía y abstracción del título, que posibilitan de ordinario el cumplimiento de sus funciones propias, económicas, jurídicas e incluso su rigor cambiario procesal, deben ser armonizados con las exigencias del interés público en la defensa del consumidor (*conf. mi voto en c. 109193, cit; c. 116088 cit*).

A la segunda cuestión planteada el Sr. Juez Dr. Ricardo D. Monterisi dijo:

Corresponde hacer lugar -por mayoría y parcialmente- al recurso de apelación interpuesto el 29-11-2018 por el ejecutante y, en consecuencia, revocar la resolución atacada, modificándose respecto del pagaré de fs. 15 (librado el 22-3-2016) la fecha fijada para el cómputo de los intereses compensatorios y reconociéndose la capitalización con los alcances indicados (arts. 242, 246, 270 y conc. del C.P.C.C.; arts. 770 inc. "b", 771 y conc. del CCyC). Imponer las costas de alza en el orden causado por no mediar controversia (arts. 68 a contrario del C.P.C.C.; esta Sala, causa nro. 166.734 RSI 50 del 06/03/2019).

Así lo voto.

Los Sres. Jueces Dres. Roberto J. Loustaunau y Alfredo E. Méndez votaron en igual sentido y por los mismos fundamentos.

En consecuencia se dicta la siguiente

SENTENCIA

Por los fundamentos expuestos en el precedente acuerdo, se resuelve: **I)** hacer lugar -por mayoría y parcialmente- al recurso de apelación interpuesto el 29-11-2018 por el ejecutante y, en consecuencia, revocar la resolución atacada, modificándose respecto del pagaré de fs. 15 (librado el 22-3-2016) la fecha fijada para el cómputo de los intereses compensatorios y reconociéndose la capitalización con los alcances indicados (arts. 242, 246, 270 y conc. del C.P.C.C.; arts. 770 inc. "b", 771 y conc. del CCyC). **II)** Imponer las costas de alza en el orden causado por no mediar controversia (arts. 68 a contrario del C.P.C.C.; esta Sala, causa nro. 166.734 RSI 50 del 06/03/2019). **III)** Diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad (art. 31 de la ley 14.967). **REGÍSTRESE. NOTIFÍQUESE** (art. 135 del C.P.C.C.). **DEVUÉLVASE.**

RICARDO D. MONTERISI ROBERTO J. LOUSTAUNAU

ALFREDO E. MÉNDEZ

Alexis A. Ferrairone

Secretario

----- Para copiar y pegar el texto seleccione hasta aquí (sin incluir esta línea) -----

[Volver al expediente](#) [Imprimir](#) ^