

**Registrada bajo el N° 206 (S) Folio N° 1304/1315****Expte. N°168.463 Juzgado Civ. y Com. N°13**

En la ciudad de Mar del Plata, a los 7 días del mes de noviembre de 2019, se reúne la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Tercera, en acuerdo ordinario, a efectos de dictar sentencia en los autos caratulados: **"FINANPRO SRL C/ TOGNETTI SERGIO ABEL S/ COBRO EJECUTIVO"**, en los cuales, habiéndose practicado oportunamente el sorteo prescripto por los arts. 168 de la Constitución de la Provincia y 263 del Código Procesal, resultó que la votación debía ser en el orden siguiente: doctores Rubén D. Gérez y Nélida I. Zampini.

El Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes

**CUESTIONES**

- 1) ¿Corresponde anular de oficio el fallo de fs. 22?
- 2) Caso negativo: ¿Es justa la sentencia de fs. 22?
- 3) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

**A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ DOCTOR RUBÉN D. GÉREZ DIJO:****I.- Antecedentes:**

A fs. 14/15 Finanpro SRL inició este juicio ejecutivo en virtud de un pagaré de consumo "a la vista" por \$22.000 en concepto de capital e intereses compensatorios, más los intereses convenidos desde la mora, gastos y costas.

Del pagaré surge que el capital dado en préstamo fue de \$12.000; que el monto financiado es de \$22.000; que la TEA es del 139,38%; que el total de los intereses a pagar es de \$8.642,40; que el sistema de amortización de capital y cancelación de intereses es de capital constante; que el capital era pagadero en 8 cuotas iguales, mensuales y consecutivas de \$2.750 cada una, venciendo la primera el 15/4/2017 y la última el 15/11/2017; que los gastos administrativos fueron del 1.39% por cuota.

**II.-La sentencia apelada de fs. 22.**

A fs. 22 se mandó llevar adelante la ejecución por \$17.285, más intereses convenidos desde la mora (15/11/2017), gastos y costas.

**III.-El recurso. Su fundamentación.**

Mediante escrito electrónico del 29/5/2019 apeló la actora.

Mediante escrito electrónico del 4/6/2019 fundó.

Se agravia del monto por el que el a-quo hace progresar la ejecución, que resulta ser menor al consignado en el pagaré (\$22.000), y sin aportar fundamento alguno que le permita ejercer su defensa.

Al obrar de esta forma entiende que el a quo se apartó de los principios que dimanar de la normativa cambiaria que rige a los pagarés, desnaturalizando el proceso ejecutivo.

Destaca en tal sentido que el pagaré, además de compartir los caracteres generales de todo título de crédito (necesidad, literalidad y autonomía, arts. 1816, 1830, 1831 y cctes del CCyC), goza de ciertos caracteres específicos como papel de comercio por el cual la declaración o promesa cambiaria es obligatoria para el deudor independientemente de la relación causal que dio lugar a la declaración (abstracción), debe cumplir ciertos recaudos formales que constituyen el contenido mismo del documento (formalidad) y debe bastarse a si mismo, ser autosuficiente, contener todas las relaciones y todos los derechos emergentes de él, no admitiéndose remisión alguna a documentos extraños a ella aun cuando se hiciera mención en su texto (completividad).

Y agrega que los conceptos de capital e intereses de la deuda conforman en realidad una unidad derivada de la vinculación que entre ellos existe, resultante de la circunstancia que uno emerge o es consecuencia natural del otro.

Es por ello –concluye– que más allá de las precisiones efectuadas en el cuerpo de los pagarés objeto de autos respecto a los recaudos del art. 36 de la Ley 24240, mal podría el juez sentenciante limitar el monto del reclamo, a tenor de los caracteres particulares de dichos instrumentos (especialmente abstracción y completividad), correspondiendo entonces fijar como monto de condena al consignados en el escrito de demanda.

#### **IV.- Nulidad de oficio de la sentencia de fs. 22.**

Adelanto que la sentencia de fs. 22 debe ser anulada pues se ha violado la congruencia en la cuestión esencial referida al capital de condena (ver Guasp, Jaime, "Derecho Procesal Civil", t. I, p. 555, Ed. Institutos de Estudios Políticos, Madrid, 1956).

En efecto, se ha mandado llevar adelante la ejecución por un monto que no es el del pagaré de fs. 11 (\$22.000) y tampoco coincide con el monto de capital puro dado en préstamo (\$12.000), que surge de su texto, por lo que excediendo dicha anomalía de un mero error material subsanable en el propio contexto de la sentencia, corresponde declarar su nulidad.

La doctrina ha reconocido el poder de los tribunales de casación de invalidar *ex officio* cuando el fallo contiene vicios que inciden sobre la construcción regular del contradictorio. En este sentido, la Corte provincial ha decretado la nulidad cuando, al intervenir a través del estímulo del recurso de inaplicabilidad de ley, advirtió ciertas anomalías consideradas graves a tal punto que le impedirían juzgar sobre la legalidad del fallo. Resulta extensiva tal reflexión a los carriles ordinarios al estar imbuidos de los mismos principios fundantes ("Técnica de los recursos ordinarios", 2ª edición. J.C. Hitters, págs. 541/2. Librería Editora Platense. La Plata. 2004).

Ahora bien, encontrándome habilitado para dictar un nuevo pronunciamiento sin reenviar, me dedicaré a ello a continuación (ver: fallo publicado en L.L., t. 2000-C, del 3/6/2000, de la Corte Suprema Nacional, con nota al fallo del maestro Dr. Augusto C. Morello; S.C.J.B.A., Ac. 33.060, S. 12-11-85, idem Ac. 38.170, S 22-12-87, idem, Ac. 39.215, S. 13-5-88, idem, Ac. 52.453, S. 19-12-95; De los Santos, Mabel, "Recurso de Nulidad", págs. 113 a 134, en Foro de Estudios de Derecho Procesal; Gozaíni, Osvaldo A., "Recursos Judiciales", Ed. Ediar, E.D. 1993; Véscovi, Enrique, "Los Recursos Judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica", ed. Depalma, 1988, pág. 214 allí citado; Fenochietto-Arazi, "Recurso de Apelación", A. Perrot, 1989; Rivas, Adolfo A., "Tratado de los recursos ordinarios", Bs.As. 1991, t. II, pág. 679; y Morello-Berizonce, "La sentencia y sus nulidades", J.A. del 6/5/92, pág. 18; Morello, Augusto M., "Perfil del Juez al final de la Centuria", La Ley, del 9 de junio de 1998).

#### **V.-Casación positiva: el pronunciamiento.**

##### **V.-1. Facultad del juzgador de volver a examinar de oficio la habilidad del título.**

Liminarmente cabe señalar que se encuentra previsto por la ley un doble examen del juzgador acerca de la existencia en el título de los presupuestos que traen aparejada ejecución (arts. 518, 521, CPCC).

En efecto, dichas oportunidades resultan ser al despachar el mandamiento de intimación de pago y embargo, y al dictar sentencia. En esta última oportunidad, aun cuando se haya dado curso a la ejecución e incluso el ejecutado no haya opuesto excepciones, el juez puede de oficio declarar la inhabilidad del título (conf. jurisprud. esta Cámara, Sala 1, Causa N° 161890, RSD-211 de fecha 08/09/2016).

De ahí que, sin perjuicio de haberse despachado la ejecución mediante el libramiento de mandamiento de intimación de pago, al no causar estado ni revestir dicho decisorio el carácter de definitivo, corresponde que me expida al respecto.

**V.-2.-Presunción de la existencia de una relación de consumo.** Entiendo necesario discernir, al efecto de determinar el encuadre normativo aplicable al caso, si existen elementos en la causa que permitan presumir la existencia de una relación de consumo subyacente al libramiento del pagaré que se ejecuta.

En tal labor, cabe recordar en primer lugar que la relación de consumo es el vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario. El art. 2 de la ley 24.240 (modif. por ley 26.361) señala que proveedor: "...es la persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores o usuarios...".

Así, la noción de proveedor se extiende a quienes brindan servicios, alcanzando a todas las prestaciones apreciables en dinero, ya sean de naturaleza material o de naturaleza financiera (argto. doct. Ruben S. Stiglitz - Gabriel A. Stiglitz, "Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor" - 2da. Ed. actualizada, Edit. La Ley, Cdad. de Bs. As., 2012, pág. 181/182).

Conforme con ello, ha de tenerse en consideración que la ejecutante es una entidad financiera ("Finanpro S.R.L."), quedando de tal modo encuadrada dentro del concepto de proveedor dado por la L.D.C. en su art. 2.

Así también, se desprende que las partes se encuentran ligadas en virtud de una operación de naturaleza financiera a partir de lo consignado en el instrumento base del reclamo, donde expresamente se establece que "*el negocio causal del presente pagaré es un contrato de mutuo*" (cláusula "a") y "*por igual valor recibido en dinero en efectivo a entera satisfacción...*" (conf. primer párrafo).

A lo anterior se suma que la operación ha ligado a una persona física por un monto no excesivamente significativo, que a la ejecutada se le ha trabado embargo sobre sus remuneraciones a percibir de "PROSEGUR SA" (v. fs. 25), y que se estableció una T.E.A. en el pagaré del 139.38%, todo lo cual constituyen elementos que permiten presumir que la cartular no es más que la materialización de un contrato de "préstamo para consumo", y por consiguiente regido por las disposiciones que para ese tipo de operatoria prevé la ley 24.240 (art. 1, 2, 3, ley 24.240 -modif. por ley 26.361-; art. 163 incs. 5 y 6, CPCC; arg. jurisprud. Cám. Nac. Apel. Comercial en pleno, in re "Autoconvocatoria a plenario s/ competencia del fuero comercial en los supuestos de ejecución de títulos cambiarios en que se invoquen derechos de consumidores", sent. del 29-06-2011).

No puedo obviar considerar asimismo que la existencia de una relación de consumo es reconocida por la propia entidad financiera, a poco de observar que en el título se han efectuado aclaraciones en variadas cláusulas, especificándose que se realiza "a los efectos de cumplir con el art. 36 de la ley 24.240..." (textual).

Es así que habiéndose admitido en el título base del reclamo que existe una relación de consumo subyacente, resulta un contrasentido afirmar en esta instancia que no se halla presente.

En definitiva, existen en la causa variados elementos que permiten presumir la existencia de una relación de consumo subyacente al libramiento del pagaré que aquí se ejecuta (arts. 1, 2, 3, ley 24.240 -modif. por ley 26.361-; art. 163 incs. 5 y 6, CPCC; art. 42, Constitución Nacional; art. 38, Constitución Provincial).

**V.-3.-Análisis de admisibilidad de la pretensión ejecutiva.** Habiendo entendido que el libramiento del pagaré que se ejecuta se ha dado en el marco de una relación de consumo, el análisis del recurso me obliga a reeditar el estudio relativo a la admisibilidad de la pretensión ejecutiva de títulos de crédito -en el caso, pagarés- derivados de tal clase de vínculo (arts. 1, 2, 36 y conchs.,LDC).

En similares supuestos al que ahora nos ocupa, los integrantes de esta Sala hemos entendido que existen elementos que permiten presumir que las cartulares no son más que la materialización de un contrato de "préstamo para consumo", y por consiguiente regido por las disposiciones que para ese tipo de operatoria prevé la ley 24.240 (arts. 1, 2, 3 de la ley 24.240 y modif.; art. 163 incs. 5 y 6 del CPC; argto. jurisprud. esta Sala, en causas N° 148094 "Banco Francés c/ Nicoletto, Marcelo Andrés s/ cobro ejecutivo" RSD 191/11 del 17/10/2011, 159609 "Banco Supervielle S.A. c/ Calderon Mario Gabriel s/ cobro ejecutivo" RSD 194/15 del 29/9/2015, entre muchas otras).

También hemos inferido que en este tipo de títulos existe duplicidad formal en la deuda demandada, al intentarse la ejecución de pagarés que constituyen la garantía de una operación de préstamo de consumo (argto. jurisprud. esta Sala, 158670 "Banco Macro S.A. c/ Correa Rubén Darío s/ cobro ejecutivo" RSD 165/15 del 15/9/2015, 158880 "H.S.B.C. Bank Argentina S.A. c/ Moreno Gustavo Horacio y otro/a s/ cobro ejecutivo" RSD 193/15 del 29/9/2015).

Ello así, dado que generalmente cuando se suscribe un contrato de préstamo o mutuo también se le hace firmar al deudor pagarés, existiendo entonces una duplicidad formal de la deuda asumida por el deudor, lo que es indicativo de una débil transparencia contractual, violándose el deber de informar al usuario del servicio de todas las circunstancias por las cuales se firma una doble documentación, y pasando por alto los fines para los cuales ha sido legislado el pagaré de conformidad por el Dec. Ley 5965/63 (argto. doct. Eduardo Barreira Delfino "Créditos para consumo, pagarés y abstracción cambiaria" publicado en Revista de Derecho Bancario y Financiero" IJ-L-208).

Especificamos además que no alcanza con la inclusión de todos los recaudos del art. 36 de la L.D.C. para que los pagarés fueran ejecutables, exponiendo las siguientes razones: 1) En el juicio ejecutivo sólo se encuentran contempladas las excepciones previstas por el art. 542 del C.P.C., faltando las propias defensas que se pueden plantear en el marco de una relación de consumo; 2) El juicio ordinario posterior (art. 551 del CPC) prevé la discusión causal previo cumplimiento de la sentencia ejecutiva y pago de las costas del proceso, lo que implicaría imponer al consumidor una postergación onerosa en perjuicio de su derecho a un procedimiento eficaz para la solución del conflicto (art. 42 de la Constitución Nacional); 3) Existe una valla fundamental para la ejecutabilidad de un título expedido en tales términos: en nuestro derecho vigente no se encuentra legislada la figura del "pagaré de consumo", sino sólo la del que tiene fines circulatorios como título de crédito (conf. antecedentes ya citados).

Concluimos así que hasta tanto el legislador consumeril no incluya esta modalidad, estableciendo una vía procesal que permita el marco de discusión que la temática exige, no existe la posibilidad de exigirse el cobro ejecutivo de los pagarés creados con todos los recaudos del art. 36 de la L.D.C (esta Sala III en las causas N° 148094 "Banco Francés c/ Nicoletto, Marcelo Andrés s/ cobro ejecutivo" RSD 191/11 del 17/10/2011, 149753 "Banco Francés c/ Sánchez, Pablo Horacio s/ cobro ejecutivo" RSD 1/12 del 2/2/2012 –confirmado por la SCBA C. 116.824, Res. del 8/8/12-, 150374 "Banco Francés c/ Spikerman, Horacio Eduardo s/ cobro ejecutivo" RSD 40/12 del 6/3/2012, 152940 "Contar c/Kusmis s/ cobro ejecutivo" RSD 14/13 del 19/2/2013; 153828 "BBVA Banco Francés S.A c/ Carbone José Eduardo c/ Cobro Ejecutivo" RSD 72/13 del 30/4/2013, 152243

"Carlos Giúdice S.A. c/ Ferreyra Marcos de la Cruz s/ cobro ejecutivo" RSD 226/12 del 6/11/2012, 153468 "Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. c/ Venuto Juan Alberto y otro/a s/ cobro ejecutivo" RSD 139/13 del 22/8/2013, 154618 "Contar S.A. c/ Díaz Cristina Verónica s/ cobro ejecutivo" RSD 23/14 del 4/2/2014, 158670 "Banco Macro S.A. c/ Correa Rubén Darío s/ cobro ejecutivo" RSD 165/15 del 15/9/2015, 159609 "Banco Supervielle S.A. c/ Calderón Mario Gabriel s/ cobro ejecutivo" RSD 194/15 del 29/9/2015, 158880 "H.S.B.C. Bank Argentina S.A. c/ Moreno Gustavo Horacio s/ cobro ejecutivo" RSD 193/15 del 29/9/2015).

Ahora bien, a partir del nuevo precedente dictado por la Suprema Corte Provincial en los autos caratulados "Asociación Mutual Asís contra Cubilla, María Ester. Cobro ejecutivo" (S.C.B.A., causa C. 121.684, de fecha 14 de agosto de 2019), al que por razones de casación de hecho debemos adscribir (art. 37 inc. f de la ley 5827), el Máximo Tribunal Provincial determinó cuál ha de ser el cauce procesal y la extensión que cabe asignársele al conocimiento en este tipo de reclamos.

Allí se admitió que la pretensión proceda dentro del marco del proceso ejecutivo y que en dicho ámbito se analice si se acredita o no la observancia del art. 36 de la ley 24.240, flexibilizándose de esta forma el alcance del art. 542 inc. 4 del Código Procesal Civil y Comercial.

En tal sentido, la Suprema Corte Provincial ha especificado que "...atañe al caso aquí enjuiciado, la búsqueda de un balance racional entre las determinaciones consagradas en la LDC y las disposiciones reguladoras del pagaré –que obviamente deben ser cumplidas (v. art. 101, dec. ley 5.965/63)- así como las de los procesos de ejecución, en orden al alcance de la restricción para adentrarse en los aspectos causales de la obligación (causas C. 91.162 y C. 117.939, cits.), constituye un empeño, más que plausible, necesario. Pues a poco andar se advierte que la aplicación excluyente de estas últimas enervaría la fuerza normativa de la LDC, con la consiguiente frustración del derecho de quien se obliga por medio de un pagaré de consumo a la información precisa, detallada, clara y veraz que prescribe su art. 36, derecho que recién podría ser invocado, de manera tardía y probablemente ilusoria en el juicio ordinario posterior" (considerando IV.5.c.II del fallo "Asociación"), concluyendo luego que "...Para expedirse sobre la viabilidad de la demanda ejecutiva le es dable examinar los instrumentos complementarios al pagaré que oportunamente hubiese acompañado el ejecutante. Si el título en cuestión, integrado de tal modo o bien autónomamente, satisface las exigencias legales prescriptas en el estatuto del consumidor, podrá dar curso a la ejecución. Ello, claro está, sin desmedro del derecho del ejecutado de articular defensas, incluso centradas en el mencionado art. 36, tendientes a neutralizar la procedencia de la acción..." (sic; considerando IV.5.d).

Es así que siendo obligatorio para los Tribunales inferiores el acatamiento de la doctrina legal de la Suprema Corte de Buenos Aires (arts. 15, 161 inc. 3º ap. A, 169 y 171 Constitución Provincia de Buenos Aires; arts. 278, 279, 280, 289 y ccs. CPC), ha quedado cristalizada la postura que establece que podrá darse curso a la ejecución si el título en cuestión, integrado oportunamente o bien autónomamente, satisface las exigencias legales prescriptas en el estatuto del consumidor.

Hechas estas aclaraciones y en vista a que el título acompañado a fs. 11 satisface mínimamente los requisitos contenidos en el art. 36 del estatuto consumeril -véase que se ha consignado la descripción del bien o servicio, el precio al contado, el importe a desembolsar inicialmente y el monto financiado, la tasa de interés efectiva anual, el sistema de amortización del capital y cancelación de los intereses, la cantidad, periodicidad y monto de los pagos a realizar y los gastos-, se encuentra allanado el camino para ingresar al análisis de los restantes aspectos relativos al monto del juicio, mora, intereses, etc., labor que desarrollaré seguidamente.

#### **V.-4.- Delimitación del monto de capital.**

Corresponde receptor únicamente en sentencia el monto de capital efectivamente prestado al ejecutado (\$12.000), aunque dicho monto no se

corresponda con la suma determinada de dinero por la cual se librara el pagaré, y aunque ello implique - en el caso - apartarse de los principios de literalidad y completitud que dimanarían de la normativa cambiaria que los rige. De este modo, se compatibilizan y armonizan los principios de la ley de Defensa del Consumidor (régimen consumeril) con aquellos propios del Decreto Ley 5965/63 (régimen mercantil), a la par que a través de la solución que propugno se contemplan adecuadamente tanto los intereses del acreedor en el recupero del crédito, como del deudor de pagar la suma realmente debida.

La postura de aferrarse al criterio tradicional sobre los títulos de crédito en general, que otorga relevancia a las notas de abstracción, autonomía y completitud, y donde el juez no tiene un mayor grado de injerencia que el previsto para cualquier cobro ejecutivo de esta clase de papeles de comercio, ha sido descartada por la Suprema Corte Provincial en reclamos donde se encuentren comprometidos intereses de consumidores o usuarios, conforme se desprende del citado precedente "Asociación Mutual Asís contra Cubilla, María Ester. Cobro ejecutivo" (S.C.B.A., causa C. 121.684, de fecha 14 de agosto de 2019), habiendo expuesto el superior Tribunal que la aplicación excluyente de las disposiciones reguladoras del pagaré (v. art. 101, dec. ley 5.965/63) y de las de los procesos de ejecución (en orden al alcance de la restricción para adentrarse en los aspectos causales de la obligación) enervaría la fuerza normativa de la Ley de Defensa al Consumidor y Usuario, con la consiguiente frustración de quien se obliga por medio de un pagaré de consumo a la información precisa, detallada, clara y veraz que prescribe su art. 36.

En base a lo expuesto, y en vista a que del propio texto del pagaré de fs. 11 se desprende que se encuentra inescindiblemente ligado a cierto negocio jurídico (contrato de mutuo), resulta inviable considerar que puedan cobrar relevancia los caracteres enarbolados de los títulos de crédito (léase literalidad y completitud), como modo de deslinde de la operatoria jurídica que le ha dado origen.

Tales caracteres deben ceder ante la necesidad de proteger los derechos del consumidor, garantizados constitucionalmente (art. 42 de la CN; arts. 266, 267 y ccdtes. del CPC; arts. 1, 2, 3, 4, 36 y ccdtes. de la Ley 24.240 y mod.; art. 1093, 1094, 1095, 1100 y ccdtes. del Cód. Civil y Comercial, arts. 101 del Dec.-Ley 5.965/63; S.C.B.A., en la causa C. 121.684, "Asociación Mutual Asís contra Cubilla, María Ester. Cobro ejecutivo", sent. del 14-09-2019).

Así las cosas, planteado el juego armónico que debe existir entre los marcos normativos aplicables (art. 36 Ley 24.240 y Decreto Ley 5965/63), de reconocerse en sentencia el monto total reclamado en la demanda (\$ 22.000), el cual -como dijera- se encuentra conformado por capital e intereses compensatorios, importaría habilitar per se y encubiertamente una capitalización de intereses no pactada expresamente, extremo específicamente vedado por la legislación de fondo (arg. art. 770 del Código Civil y Comercial de la Nación). Dicho de otra forma, receptor el monto reclamado por el ejecutante en la demanda que se haya conformado por capital e intereses, conllevaría a una capitalización de los réditos que no fue detallada en clausula específica y debidamente informada al deudor, y por lo tanto ilegítima, toda vez que se incorporaría al monto

ejecutable una suma por intereses (compensatorios) que generarían nuevos intereses, lo cual deviene inadmisibile (conf. SCBA LP C 100462 S 28/09/2016 Juez DE LÁZZARI).

En definitiva, en lo que respecta al capital de sentencia, corresponde receptor y, por lo tanto, mandar llevar adelante la ejecución por la suma de \$12.000.

#### **V.-5.-Fecha de mora.**

En materia cambiaria, tratándose de un pagaré a la vista, el vencimiento y la mora del deudor se produce desde el momento de la exigencia formal del pago, la que se configura por medio de la presentación del título al cobro.

Sobre el particular, si bien el decreto 5965/63 establece una presunción “iuris tantum” favorable al portador del pagaré con cláusula “sin protesto” de haber cumplido con el requerimiento de pago y, por ende, pesa sobre el deudor la producción de la prueba que desvirtúe tal presunción, ello será a condición de que el ejecutante manifieste haber presentado al cobro el documento en fecha y lugar determinado (argto. arts. 36, 40, 102, 103 y concs., decreto 5965/63; esta Cámara y Sala, en la causa N°159.558 “Caballero, Marina Inés c/ Jayme, María del Carmen s/ cobro ejecutivo”, sent. del 02-09-2015).

En el supuesto en estudio, el ejecutante denunció en el escrito de demanda el lugar y fecha de presentación al cobro de la cartular. Adviértase, que según consta a fs. 14 vta. el actor dijo que: “... *Presentado al cobro al vencimientos operado el día 15/11/17 en el domicilio de la Sucursal de calle Belgrano 3113 de Mar del Plata, el título NO fue cancelado...*”.

Ante ello, y no habiendo el ejecutado desvirtuado tal afirmación –de hecho no intervino en el proceso-, corresponde establecer como fecha de mora el día 15/11/2017.

#### **V.-6.-Morigeración de los intereses compensatorios.**

Como eslabón necesario del análisis de la cuestión, es necesario destacar que en atención a que la fecha de libramiento del pagaré objeto de ejecución es posterior a la vigencia del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación serán las previsiones de éste último ordenamiento las que se aplicarán para resolver (art. 7 del C.C.y C.).

Siendo así, y en lo que a las facultades judiciales para morigerar intereses concierne, corresponde estar a lo dispuesto en el art. 771 del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación el que dispone que: “...Los jueces pueden reducir intereses cuando la tasa fijada o el resultado que provoque la capitalización de intereses excede, sin justificación y desproporcionadamente, el costo medio del dinero para deudores y operaciones similares en el lugar donde se contrajo la obligación...”.

Destacada doctrina explica que la norma precitada es aplicable a los intereses compensatorios, a los moratorios, a los punitivos legales, y al resultado de la aplicación del anatocismo, excluyéndose de su aplicación a los intereses punitivos convencionales los que se encuentran regidos por lo dispuesto en el art. 794 2do. párrafo del mismo cuerpo normativo, donde se establecen las reglas atinentes a la morigeración de la cláusula penal abusiva (conf. Ricardo Luis Lorenzetti –director- “Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado”, tomo IV, 1era. edición, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, pág. 150).

En cuanto al parámetro que deberá tenerse en consideración para analizar el carácter abusivo de una tasa de interés, o del resultado de la capitalización de los accesorios, y proceder a su readecuación, la norma establece un criterio objetivo en tanto remite a la comparación con el “costo medio” del dinero para operaciones similares en el lugar donde se contrajo la obligación (argto. doct. Ricardo Luis Lorenzetti, ob. cit., pág. 151; Alejandro Drucaroff Aguiar “La facultad judicial de morigerar intereses en el Código Civil y Comercial”, publicado en La Ley del 29-11-2016, cita on line AR/DOC/3679/2016).

Esta metodología de análisis comparativo de las tasas con aquellas tasas que se aprecian como de referencia, por ser las de aplicación en operaciones de similar tipo en el lugar donde fue contraída la obligación, ya había sido propiciada por el Máximo Tribunal Provincial con anterioridad a que se la plasmara expresamente en el art. 771 del C.C.y C. Basta con recordar lo resuelto por la S.C.B.A. en los autos C. 106.661 “H.J. Navas y Cía. S.A. c/ Banco Bansud S.A. s/ Revisión de cuentas”, sent. del 11-08-2010, y C. 95.758 “Volpe, José c/ Banco de Buenos Aires s/ Nulidad, Repetición y Compensación” sent. del 9-07-2010 donde se consideró que no es posible juzgar la moralidad de una tasa de interés convenida por su simple comparación con un “tope” fijado jurisprudencialmente requiriéndose que el ejercicio de la facultad de los jueces morigeradora de los intereses pactados sea consecuencia de la previa comprobación fehaciente del carácter abusivo o excesivo de los intereses convenidos mediante la utilización de tasas “testigo” o de “referencia”.

Cabe aclarar, a su vez, que la facultad morigeradora prevista en el art. 771 del C.C.y C. se encuentra condicionada a que la diferencia entre las tasas convenidas y las que se utilicen como parámetro de referencia debe ser desproporcionada y sin justificación, calidades estas que deben confluir para que se habilite la morigeración (argto. doct. Graciela Medina-Julio C. Rivera – directores-, “Código Civil y Comercial de la Nación. Libro tercero. Derechos Personales”, Ed. La Ley; Eduardo Barreira Delfino “Revocación de la morigeración de intereses. Afectación del principio de cosa juzgada”, publicado en La Ley del 22-03-2019, cita on line AR/DOC/606/2019). Finalmente, y en lo que a los alcances de la norma analizada respecta, resta señalar que comparto el criterio doctrinario que entiende que las facultades morigeradoras de intereses previstas en el artículo referido pueden ser ejercidas tanto a petición de parte como de oficio por los magistrados, pues éstos tienen el deber de actuar en resguardo del principio de buena fe, procurando el ejercicio regular de los derechos y evitando el enriquecimiento sin causa del acreedor (conf. arts. 9, 10 y ccdtes. del C.C.y C.; argto doct. Pizarro, Ramón “Los intereses en el Código Civil y Comercial”, publicado en La Ley del 31-07-2017, cita on line AR/DOC/1878/2017; Ricardo Luis Lorenzetti – director- “Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado”, tomo IV, 1era. edición, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, pág. 152; Néstor Alejandro Guzmán “Discrecionalidad y justificación”, Ed. Astrea, 1era. edición, C.A.B.A., 2019, pág. 166).

Expuesto lo anterior, deviene necesario pasar revista a las particularidades del caso, pues servirán, a la postre, de fundamento de la tasa de referencia que resulte elegida a los fines de verificar si existe abuso en la tasa convenida (conf. criterio de la SCBA, in re “Volpe, José c/ Banco de Buenos Aires s/ Nulidad, Repetición y Compensación” C. 95758 del 9/12/2010; “H.J. Navas y Cía. S.A. c/ Banco Bansud S.A. s/ Revisión de cuentas”, C. 106661 del 11/08/2010; CSJN, Fallos 312:544). En tal labor, entiendo que para juzgar la abusividad del pacto de intereses deba estarse a la comparación con las tasas que para operaciones similares se cobraban en el lugar donde se contrajo la obligación y, tratándose de una tasa fija, en la fecha del acuerdo en tal sentido.

En segundo orden, entiendo que la comparación de la tasa de interés compensatorio prevista en el pagaré con “tasas efectivas anuales” de referencia tampoco es procedente.

Si bien no desconozco que en el instrumento de fs. 11 se denominó a la tasa de interés compensatorio como “tasa efectiva anual” –T.E.A.- lo cierto es que ante la ausencia de un pacto que prevea la capitalización de intereses, no se encuentra configurado el presupuesto indispensable para el cálculo de una tasa “efectiva”, debiendo entenderse, por tanto, que la tasa dispuesta bajo tal denominación no es más que una tasa nominal debiéndose, por tanto, buscarse la tasa de referencia dentro de las tasas de éste último tipo (art. 770 y ccdtes. del C.C. y C.; argto. doct. Domingo Jerónimo Viale Lescano “La deuda de intereses en el Código Civil y Comercial de la Nación”, Ed. Rubinzal-Culzoni, 1era. edición, Santa Fe, 2019, pág. 144).

Recuérdese, que las tasas de interés compuesto o “tasas efectivas” son aquellas donde los intereses se reúnen periódicamente al capital –capitalización- para luego aplicarse la tasa sobre el nuevo capital, es decir, que van acumulándose los réditos para que produzcan nuevos intereses. Por supuesto, para que ello sea posible es un requisito indispensable que se encuentre habilitada la capitalización de los intereses, supuesto éste que no se configura en el caso de autos (argto. doct. Luis Daniel Crovi “Clases de intereses. Sus razones jurídicas y económicas”, publicado en suplemento especial de la revista jurídica La Ley, en el mes de Julio del año 2004, pág. 17).

Finalmente, considero que siendo la actora una entidad financiera no bancaria no resulta ajustado a derecho tomar como tasas de “referencia” aquellas que cobran las entidades bancarias.

Ello en el entendimiento de que los riesgos de incobrabilidad y, en particular, los costos de captación del capital dado en préstamo -toda vez que las entidades bancarias se encuentran facultadas a tomar depósitos- son diferentes y teniendo tales condicionamientos incidencia directa en la tasa de interés compensatorio que se cobrará por el dinero prestado deviene impropio comparar sin más, al efecto de corroborar la existencia de abuso, las tasas que cobran entidades bancarias con las que no revisten tal carácter.

Ahora bien, ante la imposibilidad de relevar el promedio de tasas que para operaciones similares cobran entidades financieras no bancarias, ante la ausencia de todo dato asequible sobre tal hecho, entiendo que deberá estarse al efecto de obtener una tasa de “referencia” al tope para interés compensatorios previsto en el art. 16 de la ley 25.065 para el supuesto de emisores no bancarios, por ser el que más se ajusta al tipo de operación y a las características del acreedor (art. 2 del C.C.y C.; argto. jurisp. esta Cámara, Sala II, en la causa N°168.523 “Finanpro S.R.L. c/ Alcaire Petto, Romina Celeste s/ cobro ejecutivo”, sent. del 09-10-2019; esta Cámara, Sala II, en la causa N°167.229 “Finanpro S.R.L. c/ Basualdo, Cecilia Lorena s/ cobro ejecutivo”, sent. del 28-03-2019).

La citada norma prevé que: “...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...”.

Llevando tales directrices al caso bajo examen advierto que en el mes de marzo de 2017 –fecha de libramiento del pagaré de fs. 11- el promedio de tasas fijas o repactables del sistema para operaciones de préstamos personales publicada por el B.C.R.A. ascendía al 38.99% nominal anual, la que incrementada en un 25%, conforme lo dispuesto en el art. 16 de la ley 25.065, arriba al 48.73%

(cfr. <http://www.bcra.gov.ar/Pdfs/PublicacionesEstadisticas/BoletinEstadistico/boldat201812.pdf>).

La comparación de la tasa de referencia explicitada con la estipulada en el título en ejecución 139.38% muestra a las claras una evidente e injustificada desproporción que habilita la morigeración.

#### **V.-7.-Morigeración de los intereses punitivos.**

Como fuera expuesto al explicitar los alcances del art. 771 del Nuevo Código Civil de la Nación el régimen legal aplicable a la morigeración de los intereses punitivos convencionales es el previsto en el segundo párrafo del art. 794 del citado cuerpo normativo.

Allí se prevé que: “...Los jueces pueden reducir las penas cuando su monto desproporcionado con la gravedad de la falta que sancionan, habida cuenta del valor de las prestaciones y demás circunstancias del caso, configuran un abusivo aprovechamiento de la situación del deudor...”. Explica la doctrina especializada, que surgen de la norma transcrita una serie de factores que habilitan a concluir la existencia de una cláusula penal abusiva o, como en el caso, de

un pacto de intereses punitorios abusivo (conf. Ricardo Luis Lorenzetti –director- “Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado”, tomo IV, 1era. edición, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, pág. 233).

Tales factores son calificados por la doctrina citada del siguiente modo:

a) Elemento subjetivo: “situación del deudor” de la que “el acreedor se aprovecha abusivamente”.

Cuando como acontece en autos el deudor reviste el carácter de consumidor existe ya una presunción de debilidad negocial que, como tal, no debe ser acreditada (argto. arts. 987 a 989 del C.C. y C.).

A su vez, debe señalarse que el “aprovechamiento del acreedor” debe presumirse si se acredita, o resulta manifiesta, la notoria desproporción entre el monto de la pena y la gravedad de la falta (art. 332 del C.C. y C.); b) Elementos objetivos: “Gravedad de la falta”, el “valor de las prestaciones” y las “demás circunstancias del caso”.

Conforme se aprecia en el pagaré, se estipuló que los intereses punitorios equivaldrían a “...dos veces la tasa del Banco de la Nación Argentina (BNA) para operaciones en descubierto...”.

Es decir, que el acreedor no sólo ha recurrido para cuantificar los intereses punitorios a una de las tasas activas más altas previstas en el mercado bancario –la de intereses por descubierto bancario- sino que además previó que ésta se duplique.

Las circunstancias del caso donde el libramiento del pagaré se realizó en el marco de una relación consumo y la entidad financiera –proveedora- consideró el riesgo de incobrabilidad al momento de estipularse la tasa de interés compensatorio, circunstancia que también fue merituada al analizarse la tasa de “referencia” que se tomaría en cuenta para establecer la existencia de abuso en la tasa prevista para éste último tipo de intereses, muestra a mi entender en forma manifiesta una evidente e injustificada desproporción entre la cuantía de la tasa dispuesta para intereses punitorios y el incumplimiento del deudor (art. 794 del C.C. y C.).

La situación descripta fue materia de análisis por parte de la Sala II de éste Tribunal, en un caso donde existía identidad de operatoria y de acreedor con el caso bajo estudio, resolviendo con un criterio que comparto que: “...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...” (esta Cámara, Sala II, en la causa N°163.712 “Finanpro S.R.L. c/ Vanucci, Franco s/ cobro ejecutivo”, sent. del 15-12-2017).

El criterio esbozado es el que corresponde aplicar, mandando entonces a que los intereses punitorios se establezcan en la mitad de lo previsto para los intereses compensatorios es decir en el 24.36% anual.

#### **V.-8.-Liquidación de intereses.**

Consecuentemente en la etapa de liquidación corresponderá calcular intereses compensatorios desde la fecha de creación de la cartular, e intereses punitorios a partir de la mora, y ambos hasta el efectivo pago a los porcentajes anuales morigerados del 48.73% y 24.36% anual, respectivamente.

#### **V.-9.-Colofón.**

Corolario de lo anterior, y atento a lo peticionado y a lo dispuesto por los arts. 540 y 548 del CPCC, corresponde:

1) Fallar esta causa de trance y remate, mandando llevar adelante la ejecución hasta tanto el ejecutado, Sergio Abel Tognetti, haga al acreedor, FINANPRO SRL, íntegro pago del capital reclamado que asciende a la suma de \$12.000, más intereses, costos y costas de la ejecución (arts. 68 y 556 del CPCC).

2) Morigerar los intereses pactados a un 48.73% anual en concepto de intereses compensatorios, los cuales se devengarán desde la fecha de creación del título y hasta el efectivo pago, y a un 24.36% anual los intereses punitivos, por ser la mitad de la tasa fijada para los intereses compensatorios, conforme los argumentos esgrimidos en el presente pronunciamiento, que se devengarán desde la mora, la que se determina desde la presentación al cobro el día 15/11/2017, y hasta el efectivo pago (arts. 768, 770, 771 y 960, CCCN).

3) Imponer la totalidad de las costas al vencido (arts. 68 y 556, CPCC);

4) Hacer efectivo el apercibimiento dispuesto por el art. 41, CPCC y tener, por ende, a la parte ejecutada con el domicilio constituido en los estrados del Juzgado.

5) A los fines de dar cumplimiento a lo prescripto por el art. 14 de la Acordada 2514/93 se deja constancia que la intimación de pago a la parte accionada se efectuó en el domicilio de la calle Avellaneda n°2048, planta baja, departamento 1, de esta ciudad (fs. 20/21).

6) Diferir la regulación de honorarios hasta tanto se practique liquidación (art. 51 de la Ley 14.967).

7) Recordar que, en cuanto a los intereses sobre gastos, resulta de aplicación la tasa pasiva del Banco de la provincia de Buenos Aires en sus depósitos a 30 días, vigente en los distintos períodos de aplicación (cfr. SCBA, Ac. 43858 del 21/5/1991, y C. 101.774 del 21/10/2009).

### **ASÍ LO VOTO.**

La señora Jueza doctora Nélide I. Zampini votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.

### **A LA TERCERA CUESTIÓN PLANTEADA, POR NO SER DEL CASO TRATAR LA SEGUNDA, EL SEÑOR JUEZ DOCTOR RUBÉN D. GÉREZ DIJO:**

Corresponde: 1) Declarar de oficio la nulidad de la sentencia de fs. 22 y en ejercicio de la casación positiva emitir el pronunciamiento de reemplazo, disponiendo que corolario de lo anterior, y atento a lo peticionado y a lo dispuesto por los arts. 540 y 548 del CPCC, incumbe: 1) Fallar esta causa de trance y remate, mandando llevar adelante la ejecución hasta tanto el ejecutado, Sergio Abel Tognetti, haga al acreedor, FINANPRO SRL, íntegro pago del capital reclamado que asciende a la suma de \$12.000, más intereses, costos y costas de la ejecución (arts. 68 y 556 del CPCC). 2) Morigerar los intereses pactados a un 48.73% anual en concepto de intereses compensatorios, los cuales se devengarán desde la fecha de creación del título y hasta el efectivo pago, y a un 24.36% anual los intereses punitivos, por ser la mitad de la tasa fijada para los intereses compensatorios, conforme los argumentos esgrimidos en el presente pronunciamiento, que se devengarán desde la mora, la que se determina desde la presentación al cobro el día 15/11/2017, y hasta el efectivo pago (arts. 768, 770, 771 y 960, CCCN). 3) Imponer la totalidad de las costas al vencido (arts. 68 y 556, CPCC); 4) Hacer efectivo el apercibimiento dispuesto por el art. 41, CPCC y tener, por ende, a la parte ejecutada con el domicilio constituido en los estrados del Juzgado. 5) A los fines de dar cumplimiento a lo prescripto por el art. 14 de la Acordada 2514/93 dejar constancia que la intimación de pago a la parte accionada se efectuó en el domicilio de la calle Avellaneda n°2048, planta baja, departamento 1, de esta ciudad (fs. 20/21). 6) Diferir la regulación de honorarios hasta tanto se practique liquidación (art. 51 de la Ley 14.967). 7) Recordar que, en cuanto a los intereses sobre

gastos, resulta de aplicación la tasa pasiva del Banco de la provincia de Buenos Aires en sus depósitos a 30 días, vigente en los distintos períodos de aplicación (cfr. SCBA, Ac. 43858 del 21/5/1991, y C. 101.774 del 21/10/2009).

### **ASÍ LO VOTO.**

La señora Jueza doctora Nélide I. Zampini votó en igual sentido.

En consecuencia, se dicta la siguiente

### **SENTENCIA**

Por los fundamentos dados en el precedente acuerdo, se resuelve: 1) Declarar de oficio la nulidad de la sentencia de fs. 22 y en ejercicio de la casación positiva emitir el pronunciamiento de reemplazo, disponiendo que corolario de lo anterior, y atento a lo peticionado y a lo dispuesto por los arts. 540 y 548 del CPCC, incumbe: 1) Fallar esta causa de trance y remate, mandando llevar adelante la ejecución hasta tanto el ejecutado, Sergio Abel Tognetti, haga al acreedor, FINANPRO SRL, íntegro pago del capital reclamado que asciende a la suma de \$12.000, más intereses, costos y costas de la ejecución (arts. 68 y 556 del CPCC). 2) Morigerar los intereses pactados a un 48.73% anual en concepto de intereses compensatorios, los cuales se devengarán desde la fecha de creación del título y hasta el efectivo pago, y a un 24.36% anual los intereses punitivos, por ser la mitad de la tasa fijada para los intereses compensatorios, conforme los argumentos esgrimidos en el presente pronunciamiento, que se devengarán desde la mora, la que se determina desde la presentación al cobro el día 15/11/2017, y hasta el efectivo pago (arts. 768, 770, 771 y 960, CCCN). 3) Imponer la totalidad de las costas al vencido (arts. 68 y 556, CPCC); 4) Hacer efectivo el apercibimiento dispuesto por el art. 41, CPCC y tener, por ende, a la parte ejecutada con el domicilio constituido en los estrados del Juzgado. 5) A los fines de dar cumplimiento a lo prescripto por el art. 14 de la Acordada 2514/93 dejar constancia que la intimación de pago a la parte accionada se efectuó en el domicilio de la calle Avellaneda n°2048, planta baja, departamento 1, de esta ciudad (fs. 20/21).6) Diferir la regulación de honorarios hasta tanto se practique liquidación (art. 51 de la Ley 14.967). 7) Recordar que, en cuanto a los intereses sobre gastos, resulta de aplicación la tasa pasiva del Banco de la provincia de Buenos Aires en sus depósitos a 30 días, vigente en los distintos períodos de aplicación (cfr. SCBA, Ac. 43858 del 21/5/1991, y C. 101.774 del 21/10/2009).

**Regístrese, notifíquese personalmente o por cédula al actor, por ministerio de ley al demandado y, transcurridos los plazos legales, devuélvase** (cfr. arts. 12 y 13, Acordada 2514/92 y arts. 41, 133, 135, inc. 12, CPCC).

**NÉLIDA I. ZAMPINI. RUBÉN D. GÉREZ**

**Pablo D. Antonini Secretario**