

REGISTRADA BAJO EL N° 210 (S) F° 1348/1358**Expte. N°168593 Juzgado N° 15**

En la ciudad de Mar del Plata, a los 12 días del mes de noviembre del año dos mil diecinueve, se reúne la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Tercera, en acuerdo ordinario, a efectos de dictar sentencia en autos: "**FINANPRO S.R.L C/ BIANCO GABRIEL ALBERTO 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: Dres. Rubén Daniel Gérez y Nélida Isabel Zampini.

El Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes

CUESTIONES

- 1) ¿Es justa la sentencia de fs. 32/ 39?
- 2) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

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

1) A fs. 10/ 11 vta. el Dr. Raúl Horacio Greco - como apoderado de Finanpro SRL- promueve acción ejecutiva contra el Sr. Gabriel Alberto Bianco, por la suma de pesos treinta y cuatro mil trescientos cuarenta (\$34.340), en concepto de capital e intereses compensatorios, con más los intereses convenidos desde la fecha de la mora y hasta la de su efectivo pago, más costas.

Expresa que el título que da base a la ejecución está dado por un pagaré, con cláusula "sin protesto", librado por el ejecutado a favor de Finanpro SRL, por la suma de \$44.770, con fecha 6 de octubre de 2017.

Afirma que el título fue presentado al cobro el día 5 de septiembre de 2018 (una vez operado el vencimiento de la cartular) en el domicilio de calle Belgrano N°3113, de esta ciudad, resaltando que no fue cancelado por la accionada.

Señala que el ejecutado efectuó pagos parciales por la suma de \$10.430, dejando un saldo pendiente de cancelación de \$34.340, siendo infructuosas las tratativas extrajudiciales realizadas para obtener su cobro, de allí el inicio de la acción judicial.

Solicita que, en calidad de medida cautelar, se decrete embargo preventivo sobre los haberes que el Sr. Gabriel Alberto Bianco percibe como dependiente de Molinos Río de La Plata S.A..

Ofrece prueba, funda en derecho y solicita que se mande llevar adelante la ejecución, por el importe reclamado más intereses y costas.

2) A fs. 18/ 19, en atención a lo solicitado, el Sr. Juez de grado ordena trabar embargo preventivo sobre los haberes mensuales del Sr. Gabriel Alberto Bianco.

3) A fs. 22/ 23 se agrega el mandamiento de intimación de pago y embargo, el cual luce debidamente diligenciado.

4) A través del escrito electrónico de fecha 25/04/2019 emite su dictamen el Sr. Agente Fiscal.

5) A fs. 32/ 39 se dicta sentencia conforme los alcances que se detallan en el punto subsiguiente.

II.- La sentencia recurrida.

A fs. 32/ 39 el Sr. Juez de primera instancia resuelve: "1) *Esta causa de trance y remate, mandando llevar adelante la ejecución hasta tanto el ejecutado BIANCO GABRIEL ALBERTO, haga al acreedor FINANPRO SRL íntegro pago del capital reclamado que asciende a la suma de PESOS VEINTIDOS MIL (\$22.000) con más intereses, costos y costas de la ejecución (arts. 68 y 556 del CPCC); 2) Morigerando los intereses pactados en un 64 % anual en concepto de intereses*

compensatorios, los cuales se devengarán desde la fecha de creación del título el día 06/10/2017 y punitorios en un 32 % por ser la mitad de la tasa fijada para los intereses compensatorios, conforme los argumentos esgrimidos en el considerando "IV" b.1 y b.2 del presente pronunciamiento que se devengarán desde la mora, la que se determina desde la presentación al cobro el día 05/09/2018 (arts. 768, 770, 771 y 960 del Cód. Civ. y Com. De la Nación); 3) Imponiendo la totalidad de las costas al vencido (arts. 68 y 556 del C.P.C.)" (textual).

Para así decidir, considera el sentenciante que: "en el presente procedimiento el crédito reclamado por la parte ejecutante deriva de una relación de consumo en los términos del art. 42 de nuestra Carta Magna, circunstancia que fuera expuesta, por la propia accionante, al momento de consignar en el pagaré "A los efectos de cumplir con el art. 36 de la Ley 24.240..." a fs. 14, y que ahora motive a un debido análisis.-" (textual).

Expresa que: "Lo dicho conduce a la aplicación de la legislación de consumo (...) En virtud de ello, en reiterados precedentes han tutelado los derechos de los consumidores financieros en supuestos en que no se cumple con el art. 36 de la Ley de Defensa al Consumidor y así se ha resuelto en los autos caratulados "Carlos Giudice S.A. c. Marezi, Mónica Beatriz s/ cobro ejecutivo", Cámara Civ. y Com. Mar del Plata, Sala II, "Carlos Giudice S.A. c. Ferreyra, Marcos de la Cruz s/cobro ejecutivo", Cámara Civ. y Com. Mar del Plata, Sala III, entre otros." (textual)

Sentado lo anterior, señala el Juez de grado que: "el pagaré que conlleva la presente ejecución, cumplen con la totalidad de los requisitos estipulados en la normativa de consumo referida, lo que permite al suscripto considerar que en la relación subyacente se han resguardado debidamente los derechos del consumidor, actuando acorde a la prescripciones de su régimen protectorio consagrado en nuestra Carta Magna y la legislación dictada en su consecuencia (...) En virtud de los argumentos expuestos y en los términos de los arts. 548 y 549 del código procesal, corresponde llevar adelante la ejecución, sin perjuicio de los fundamentos que serán brindados a continuación respecto de la tasa de interés que corresponde fijar al capital de condena (arts. 768 y 771 del Cod. Civ. y Com.)" (textual).

Por otra parte, en cuanto al monto de la ejecución, subraya el sentenciante que: "del título obrantes a fs. 14 surge que el monto reclamado de \$34.340 incluye capital e intereses, -teniendo en cuenta la denuncia de pago parcial efectuada- circunstancia que será analizada a continuación (...) En efecto, del pagare glosado a fs. 14, se desprende que el capital puro es de \$22.000 y que el total de intereses a pagar es de \$20.281,80 más un porcentaje de gastos administrativos, por lo tanto corresponde mandar adelante la ejecución en concepto de capital por la suma de PESOS VEINTIDOS MIL (\$22.000)" (textual).

Resalta que: "adoptar un criterio contrario y dictar sentencia por el total reclamado sería tanto como legitimar la capitalización de intereses en virtud de la emisión de un título ejecutivo, situación que contraría la antigua prohibición de anatocismo (art. 770 CCyC)" (textual).

Aclara que: "En lo que respecta al pago parcial denunciado por la actora en el escrito liminar -v. fs. 10/11-, no habiendo el demandante atribuido tales sumas al capital, deberán imputarse los mismos a los intereses, y en el momento procesal oportuno, esto al tiempo de practicar la liquidación (art. 903 CCyC)" (textual).

Por último, en cuanto a los intereses que deberán adicionarse al capital de condena, señala el Juez de grado que: "el pagaré glosado a fs. 14 tiene determinada la tasa de interés punitorio, la que se aplica en caso de mora del deudor, estableciéndose asimismo un interés compensatorio. En este orden, se extrae de dicho instrumento que a su vencimiento, el mismo devengará una tasa de interés punitorio "...equivalente a dos veces la tasa del Banco de la Nación Argentina (BNA) para

operaciones en descubierto...", agregándose en el apartado d) del pagaré que el préstamo devengará una tasa de interés efectiva anual variable equivalente al 125,82 % -interés compensatorio-" (textual).

Dicho ello, considera que: *"teniendo en cuenta las tasas mencionadas, y poniendo de resalto que la entidad ejecutante cobra una tasa efectiva anual del 125,82 %, ésta última deviene a todas luces excesiva, por lo que corresponde su morigeración (...) En consecuencia, y atento las circunstancias del presente caso -relación de consumo existente, fecha de celebración, saldo adeudado e intereses punitivos y compensatorios pactados- y el contexto económico imperante, tomando como base la tasa activa de referencia mínima informada al BCRA por las entidades financieras, considero que el acreedor encontrará adecuado el resarcimiento de los perjuicios derivados de la mora del deudor aplicando una tasa de interés del orden del 64 % anual en concepto de intereses compensatorios (arts. 42 CN, arts. 1, 2, 3, 36, 37 y ccdtes. ley de Defensa del Consumidor, arts. 768, 771, 958, 959 y 960, del Cód. Civ. y Com. De la Nación)"* (textual).

Por otro lado en lo que refiere a intereses punitivos, señala el sentenciante que: *"teniendo presente todo lo expuesto es que, corresponde aplicar a la tasa de interés punitiva que sea la mitad de la tasa fijada para los intereses compensatorios establecida en el apartado precedente, esto es un 32% (argto art. 16 de la Ley 25.065)"* (textual).

III.- El recurso de apelación.

Mediante el escrito electrónico de fecha 3 de agosto de 2019 la parte ejecutante interpone recurso de apelación contra la sentencia de fs. 32/ 39 y lo funda mediante el escrito electrónico de fecha 7 de agosto de 2019 con argumentos que no merecieron respuesta de la parte contraria.

IV.- Los agravios del recurrente.

En su primer agravio, el apelante critica que: *"el a quo presuma la existencia de una relación de consumo. Dicha presunción constituye una interpretación del juzgador (...) No existe manifestación alguna en el escrito de inicio que permita presumir válidamente que mi mandante resulte ser un proveedor y la ejecutada un consumidor en los términos de la Ley 24.240 y su reforma, por lo que la existencia de una relación consumerista de ninguna manera se encuentra literalmente configurada"* (textual).

En su segundo agravio, cuestiona que: *"En la sentencia de grado el juez recibió sólo los montos de capital efectivamente prestados a la ejecutada en oportunidad de suscribir los títulos base de la ejecución promovida, cuando ello no se corresponde con las sumas determinadas de dinero por las cuales se libran los pagarés"* (textual).

Subraya que: *"Al obrar de esta forma el a quo se apartó de los principios de literalidad y completitud que dimanar de la normativa cambiaria que los rige, desnaturalizando el proceso ejecutivo"* (textual).

Agrega 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 tomando como base de su razonamiento el negocio causal que motivó el libramiento de los pagarés, a tenor de los caracteres particulares de dichos instrumentos (especialmente abstracción y completitud), correspondiendo entonces fijar como monto de condena a los consignados en el escrito de demanda"* (textual).

En su tercer agravio, critica la decisión del Sr. Juez de grado en cuanto procede a la morigeración de los intereses compensatorios pactados en el título que da base a la ejecución.

Sostiene que: *"los préstamos otorgados por mi mandante conllevan un riesgo comercial mayor a aquellos otorgados por la banca privada y oficial. Es que siendo los requisitos para acceder a los*

préstamos otorgados por mi mandante, mínimos y adecuados a las posibilidades de sus clientes, se elevan los índices de incobrabilidad y mora, y por lo tanto el riesgo crediticio inherente. Esto no ocurre con los otorgados por la banca privada y oficial, cuyos requisitos son tan numerosos y complejos que hacen que sean de acceso imposible para la mayoría de los clientes de mi mandante, aún cuando el riesgo comercial asumido por estas entidades y por ende la tasa cobrada resulten menores" (textual).

Resalta que: "No es un detalle menor que la entidad financiera NO bancaria pone en riesgo su propio capital al no poder tomar depósitos, a diferencia de las entidades financieras que prestan los fondos que captan de sus propios clientes, incluso lucrando con la diferencia entre la tasa activa cobrada y la pasiva pagada a los depositantes" (textual).

Subraya que: "No debe olvidarse que la morosidad es el "talón de Aquiles" de las entidades financieras, puesto que el no pago en tiempo y forma debe ser contrapuesto con los resultados operativos, con el lógico costo que ello implica (se traslada a la tasa de interés), y sin cuya consideración colapsaría el sistema" (textual).

Por último, cuestiona la decisión del Sr. Juez de grado en cuanto procede a la morigeración de los intereses compensatorios pactados en el título que da base a la ejecución.

Afirma que: "si bien V.S. realizó un pormenorizado análisis de las tasa de interés compensatorio cobrado por entidades de la banca privada y oficial, no efectuó el mismo análisis en relación a las tasa de interés moratorio o punitorio, ni es factible de ser ejercida esa facultad de oficio por aplicarse las disposiciones de la cláusula penal (art 769 CCyC), cuya morigeración importaría demostrar una lesión objetiva y subjetiva surgente del planteo del lesionado, por lo que resulta sin fundamento jurídico ni fáctico lo resuelto en ese aspecto y correspondería aplicar el interés moratorio o punitorio calculándose a la tasa de interés equivalente a dos veces la tasa del Banco de la Nación Argentina (BNA) para operaciones en descubierto, conforme lo pactado" (textual).

Destaca que: "En el caso en estudio, la morigeración incurre en los déficits de fundamentación a que refiere la doctrina legal de la Casación bonaerense (SCBA c. 95758 "Volpe", doct. S.C.J.B.A., Ac. 79.199 del 4-4-2002; Ac. 101.357 del 25-2-2009; Ac. 104.865 del 30-3-2010, entre otras.). En el/los pagaré/s objeto de análisis se convino que los intereses punitorios fueran equivalentes a dos veces la tasa del Banco de la Nación Argentina (BNA) para operaciones en descubierto (v. fs. 15 y 17)" (textual).

Concluye que: "en atención a la naturaleza punitiva e indemnizatoria de los accesorios bajo análisis y que fueron acordados tomando como referencia la tasa de un banco oficial (Banco Nación para sus operaciones de descuento en descubierto), sumado a la confusión dogmática en la que incurre el juez al decidir la morigeración (analizando de manera conjunta los intereses compensatorios y punitorios y aplicando un tope común a ambos o refiriendo a la tasa fijada para los compensatorios, pese a responder a finalidades diferentes), debería rechazarse tal pronunciamiento por improcedente. Por lo expuesto, no encontrándose presente ninguno de los extremos señalados por la doctrina legal citada que habiliten la morigeración, no cabe sino concluir que la solución brindada por el juzgador para desplazar la tasa de interés punitoria convenida deviene improcedente, por lo que correspondería respetar la tasa de interés punitoria pactada" (textual).

V.- Consideración de los agravios.

Ingresando en el estudio de la cuestión sometida a consideración de este Tribunal, advierto que el recurso no debe prosperar.

Expondré, seguidamente, las razones que me conducen hacia dicha conclusión.

Primer agravio: Presunción de la existencia de una relación de consumo.

A mi entender, el primer embate formulado por la parte ejecutante no debe prosperar.

En efecto, a diferencia de la opinión vertida por el recurrente y del alcance pretendido en el recurso, considero que existen elementos en la causa que -tal como lo señaló el Sr. Juez de grado- permiten presumir la existencia de una relación de consumo subyacente al libramiento del pagaré que da base a la ejecución.

En primer lugar, cabe subrayar que **la accionante es una entidad financiera ("Finanpro S.R.L.")**, quedando de tal modo encuadrada dentro del concepto de "proveedor" dado por la L.D.C. (argto. art. 2 de la ley 24.240; conf. Rubén 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).

Por otra parte, 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"** (cláusulas "a") y **"por igual valor recibido en dinero en efectivo a entera satisfacción..."** (conf. título ejecutivo glosado a fs. 14, el resaltado me pertenece).

A lo anterior se suma que **la operación ha ligado a una persona física** (Sr. Gabriel Bianco), como así también, que **a dicho sujeto se le ha trabado embargo sobre los haberes mensuales que percibe como empleado de Molinos Río de La Plata S.A..** (conf. fs. 18/ 19) y que se estableció una T.E.A. en el pagaré de fs. 14 del 125.82%, todo lo cual constituyen elementos objetivos que, tal como fue expuesto por el juez de grado, permiten presumir que la cartular que da base a la ejecución 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 de la ley 24.240 -modif. por ley 26.361-; art. 163 incs. 5 y 6 del C.P.C.; argto. 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). Finalmente, no puede soslayarse lo subrayado por el sentenciante en cuanto a que la propia entidad financiera admite la existencia de una relación de consumo subyacente, al especificar en el pagaré que se ejecuta la siguiente referencia: **"a los efectos de cumplir con el art. 36 de la ley 24.240 se deja manifestado que..."** (textual, el resaltado me pertenece).

En definitiva, y teniendo en consideración los fundamentos precedentemente expuestos, cabe concluir que existen en la causa variados elementos que permiten presumir la existencia de una relación de consumo subyacente al libramiento del pagarés que aquí se ejecuta, lo que determina el rechazo del primer agravio formulado por la parte ejecutante (argto. arts. 1, 2, 3 de la ley 24.240 -modif. por ley 26.361-; art. 163 incs. 5 y 6 del C.P.C.; art. 42 de la Constitución Nacional; art. 38 de la Constitución Provincial).

Presumida así la existencia del presupuesto básico para la aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor -relación de consumo-, cabe desechar de plano la crítica que desliza el recurrente con base en la ausencia de un planteo de tal naturaleza por parte del accionado.

A contrario de lo que sostiene el apelante, debe subrayarse que no es indispensable para efectivizar la protección que estatuto normativo de mención concede al consumidor la petición expresa realizada en el proceso por el destinatario del régimen protectorio, puesto que **al ser de orden público dicha normativa el juzgador no sólo se encuentra facultado sino que debe actuar de oficio en procura de la defensa de los derechos consagrados en la ley 24.240 -ref. por ley 26.361-** (art. 65 de la ley 24.240; art. 38 de la Constitución provincial; art. 42 de la Constitución Nacional; argto. doct. Pascual Alferillo "La función del juez en la aplicación de la ley de defensa del

consumidor”, publicado en La Ley 2009-D, 967; Eduardo A. Barreira Delfino y Marcelo A. Camerini “Protección jurídica del consumidor bancario”, Ed. Ad-Hoc, págs. 427 y sgts.).

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

El embate que formula el accionante se sustenta en el criterio tradicional que impera sobre los títulos de crédito en general y que otorga relevancia a las notas de abstracción, autonomía y completitud, donde el juez no tiene un mayor grado de injerencia que el previsto para cualquier cobro ejecutivo de esta clase de papeles de comercio (en el caso, para delimitar el monto de condena y, por lo tanto, mandar adelante la ejecución por el monto puro que fue objeto del préstamo, es decir, por la suma de PESOS VEINTIDOS MIL -\$22.000-).

Esta postura 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 de la cartular glosado a fs.14 se desprende que el pagaré se encuentra inescindiblemente ligado a un determinado negocio jurídico (contrato de mutuo), resulta inviable considerar que pueda 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, Constitución Nacional), y de allí que devienen ineficaces para conmovir el decisorio recurrido los argumentos expuestos en el escrito de expresión de agravios -que insisto, se limitan a cuestionar el apartamiento de los principios de literalidad y competitividad- imponiéndose así el rechazo del agravio bajo estudio (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).

Tercer agravio: morigeración de los intereses compensatorios.

1.- Establece el art. 771 del Código Civil y Comercial de la Nación 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...”** (textual).

En comentario a la normativa de mención, resalta Lorenzetti que el nuevo ordenamiento sustancial establece un criterio netamente objetivo para proceder a la readecuación de la tasa de interés que resulta excesiva. La comparación se efectúa con el "costo medio" del dinero en situaciones similares a la de la obligación bajo análisis, en el lugar donde se contrajo la obligación. Además, la distorsión debe ser desproporcionada y sin justificación, dos calidades que deben confluir (conf. Ricardo Luis Lorenzetti –director- “Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado”, tomo V, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2015, pág. 150).

Esta metodología de análisis comparativo de las tasas de interés bajo revisión 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 CCCN.

Efectivamente, según el criterio expuesto por la Suprema Corte provincial: **“Para determinar si ha mediado abuso de derecho en la aplicación de las tasas de interés, o si se ha verificado una desproporción en las prestaciones o el aprovechamiento de un estado de necesidad, previamente debe determinarse, a la luz de los elementos probatorios de la causa, la existencia de los hechos y circunstancias que demostraran la configuración de algunos de estos supuestos”** (SCBA, C. 108.128, "Justel", Sent. del 3-X-12; C. 95.758, "Volpe", sent. del 9-VII-10; C. 106.661, "H.J. Navas", sent. del 11-VIII-10, entre otros).

Dicho Tribunal se ha pronunciado, a su vez, señalando que: **“Corresponde descalificar el pronunciamiento que enarbola pautas judiciales rígidas con abstracción de las circunstancias concretas de cada caso .En ese sentido, la Corte Suprema de la Nación, ha descalificado por arbitrariedad la decisión de un tribunal de la instancia que dispuso la reducción de oficio de la tasa de interés convenida, con la sola mención de que era jurisprudencia de la Cámara fijarla en un porcentaje menor, sin aludir a los hechos de la causa ni a razones de orden jurídico que justificaran la solución propuesta”** (voto del Dr. Soria en C. 95.758, "Volpe", sent. del 9-XII-10; C 100.607, "Pierangeli" Sent. del 21-III-2012; CSJN, in re"Banco de Crédito Argentino S.A. c/ Bazán, Ranulfo Eduardo", causa B.410.XXXVII del 24/4/2004;"Paoletti e/Alfredo P. Lamas y otro",Fallos 308:2213 y 2214 del 20/11/1986;"Banco de la Provincia de Buenos Aires c/López, Ernesto F.",causa B.3130.XXXVIII, Fallos 326:2533 del 5/8/2003).

Y en adhesión a los lineamientos que emanan de la mentada doctrina legal de la Suprema Corte, esta Sala ha señalado que: **“La facultad morigeradora de los intereses pactados, sea a pedido de parte o de oficio, requiere la previa comprobación fehaciente del carácter abusivo o excesivo de los intereses convenidos”** (Jurisp. esta Sala, in re "Cattanio, Alberto c/ Banco Provincia de Bs. As. s/ Cumplimiento de Contrato", causa N° 146.862, RSD-16-11 del 3-03-11; "Cons. Prop. Edif. Calle Garay 2558 c/ De Maio, Juan Manuel s/ Ejecución", causa N° 149.234 RSD 216-11 del 1-12-11, "Torre Azul S.A c/ Corzo Adelia s/ Ejecución hipotecaria", causa N°157.250, RSD-273-14 del 22-12-14; "HSBC c/ Cabanchik, s/ Cobro ejecutivo", causa N°155.898, RSD-122-14 del 28-05-14, entre otros).

Por último, y siempre vinculado con los alcances de la normativa bajo estudio, 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 cccnds. del CCCN.; 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, Ob.citada, pág. 152; Néstor Alejandro Guzmán “Discrecionalidad y justificación”, Ed. Astrea, 1era. edición, C.A.B.A., 2019, pág. 166).

2.- Trasladando los principios precedentes al caso particular considero que, a los fines de verificar si resulta acertada la morigeración de los intereses que efectuó el Sr. Juez de primera instancia, corresponde efectuar una comparación de los intereses pactados en el título ejecutivo con una tasa de interés que pueda utilizarse como "tasa testigo" o "de referencia", meritando para ello, también, las particularidades del caso pues servirán, a la postre, de fundamento de la que resulte elegida (argto. art. 771 del CCCN, conf. doctrina y jurisprudencia citada).

En tal labor, advierto que el sentenciante procedió a comparar la tasa efectiva anual –T.E.A.- prevista en los incisos d) del instrumento en ejecución con la T.E.A. que para operaciones de préstamos personales cobraron al momento del dictado de la sentencia recurrida diversas entidades bancarias, para concluir que debía morigerarse el intereses compensatorio al 64% anual, tasa ésta que resultaba ser la más baja de todas las consultadas.

Adelanto que no comparto el parámetro que ha tenido en cuenta el sentenciante para morigerar los intereses compensatorios pactados en el título que da base a la ejecución.

En primer lugar porque, tal como fue señalado en párrafos precedentes, el indicador del costo del dinero que debe servir como pauta objetiva de referencia será el que provean las estadísticas del sistema financiero institucionalizado, para operaciones similares en el lugar donde se contrajo la obligación y, tratándose de una tasa fija, para la fecha del acuerdo realizado en tal sentido (argto. art. 771 del CCCN, Conf. Domingo Jerónimo Viale Lescano, "La deuda de intereses en el Código Civil y Comercial de la Nación", Ed. Rubinzal-Culzoni, 2019, pág. 30 y ss.).

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

Si bien no desconozco que en el instrumento de fs. 14 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 Covi, “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 asiste razón al recurrente en cuanto afirma que siendo su mandante 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 son diferentes -toda vez que las entidades bancarias se encuentran facultadas a tomar depósitos- y, teniendo tales condicionamientos de 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...”** (textual, el resaltado me pertenece).

Llevando tales directrices al caso bajo examen advierto que en el mes de octubre del año 2017 – fecha de libramiento del pagaré de fs. 14- el promedio de tasas fijas o repactables del sistema para operaciones de préstamos personales publicada por el B.C.R.A. ascendía al 38.36% nominal anual, la que incrementada en un 25%, conforme lo dispuesto en el art. 16 de la ley 25.065, arriba al **47.95% nominal anual** (conf.<http://www.bcra.gov.ar/pdfs/publicacionesestadísticas/boletínestadístico/boldat201712>).

La comparación de la tasa de referencia explicitada (47.95% TNA para el mes de octubre de 2017) con la estipulada en el título en ejecución (125.82%) muestra a las claras una evidente e injustificada desproporción que habilita la morigeración.

Ahora bien, **como en el caso el sentenciante consideró que los intereses compensatorios debían morigerarse a la tasa del 64% anual, la prohibición de la reformatio in pejus me impide readecuar la morigeración a las tasas de referencia que entiendo resultan de aplicación, debiendo por lo tanto confirmarse sobre la cuestión objeto de examen la sentencia recurrida** (argto. jurisp. S.C.B.A. en la causa N°119.580 “Bco. de la Prov. de Bs. As. c/ Soto, Walter s/ materia a categorizar”, sent. del 15-11-2016; S.C.B.A. en la causa C. 109.928 “Gallardo Ramona c/ Bco. de la Pcia. de Bs. As. s/ ordinario”, sent. del 26-02-2013)

Cuarto agravio: morigeración de los intereses punitivos.

En el segundo párrafo del art. 794 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación se establece 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...”** (textual).

En comentario a la normativa de mención, destaca Lorenzetti que existe una combinación de diversos factores objetivos y subjetivos que, de presentarse, lleva a concluir en la existencia de una

cláusula penal abusiva o, como en el caso de autos, a un pacto de intereses punitorios abusivo (conf. Ricardo Luis Lorenzetti, Ob. cit. pág. 233).

El **elemento subjetivo** se mantiene, como en el código derogado, la “situación del deudor” de la que “el acreedor se aprovecha abusivamente”. Cabe subrayar que en el caso de autos el deudor reviste el carácter de consumidor por lo que existe una presunción de debilidad negocial que, como tal, no debe ser acreditada (argto. arts. 987 a 989 del CCCN).

A su vez, con relación al “aprovechamiento del acreedor” rige la regla del art. 332 del CCCN, dispuesta para la lesión, a saber: se presume *iuris tantum* si se acredita, o resulta manifiesta, la notoria desproporción entre el monto de la pena y la gravedad de la falta. La prueba en contrario pesa sobre el acreedor (art. 332 del CCCN).

Los **elementos objetivos** son tres y actúan en interacción: “gravedad de la falta”, el “valor de las prestaciones” y las “demás circunstancias del caso”.

Trasladando tales principios al caso de autos se aprecia que en el pagaré agregado a fs. 14 se estipuló que los intereses punitorios equivaldrían a “**...dos veces la tasa del Banco de la Nación Argentina (BNA) para operaciones en descubierto...**” (textual).

Es decir que el acreedor -para cuantificar los intereses punitorios- no sólo ha recurrido 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.

Habida cuenta las mentadas 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 intereses de esta última naturaleza), **cabe concluir -a mi entender- que se configura una evidente e injustificada desproporción entre la cuantía de la tasa dispuesta para intereses punitorios y el incumplimiento del deudor** (art. 794 del CCCN).

Cabe mencionar que 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 aplicó, según mi consideración en forma acertada, el a quo en la sentencia bajo estudio, mandando que los intereses punitorios se establezcan en la mitad de lo previsto para los intereses compensatorios es decir en el 32% anual.

Sin perjuicio de que como expuse oportunamente al expedirme respecto de los intereses compensatorios éstos debían morigerarse en una proporción mayor a la realizada por el sentenciante de primera instancia, lo cierto es que ello no podía ser posible dado la prohibición de la “reformatio in pejus”, valladar éste que obsta también a que pueda disminuirse la tasa prevista para

los intereses punitivos al aplicar el porcentaje previsto para éstos -%50- sobre la tasa que habría correspondido establecer para los intereses compensatorios.

Es en razón de lo expuesto que considero debe rechazarse el agravio bajo estudio.

Por último, cabe aclarar que el razonamiento jurídico que da sustento al presente pronunciamiento se corresponde con el utilizado por esta Sala al dictarse sentencia definitiva en los autos **"FINANPRO S.R.L C/ PONCE, ANTONIO RAMON S/ COBRO EJECUTIVO"** (causa N°168.531, RSD-205-19 del 6-11-19).

En definitiva, y teniendo en consideración los fundamentos precedentemente expuestos, considero que el recurso debe rechazarse, lo que así propongo.

ASI LO VOTO.

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

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA EL SR. JUEZ RUBÉN D. GÉREZ DIJO:

Corresponde: I) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte ejecutante mediante el escrito electrónico de fecha 3 de agosto de 2019 y, en consecuencia, confirmar la sentencia recurrida en lo que ha sido materia de agravio; II) Imponer las costas al recurrente vencido (art. 68 del C.P.C); III) Diferir la regulación de honorarios para la etapa procesal oportuna (arts. 31 y 51 de la Ley 14.967).

ASI LO VOTO.

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

En consecuencia se dicta la siguiente;

S E N T E N C I A

Por los fundamentos expuestos en el precedente acuerdo: I) Se rechaza el recurso de apelación interpuesto por la parte ejecutante mediante el escrito electrónico de fecha 3 de agosto de 2019 y, en consecuencia, se confirma la sentencia recurrida en lo que ha sido materia de agravio; II) Se imponen las costas al recurrente vencido (art. 68 del C.P.C); III) Se difiere la regulación de honorarios para la etapa procesal oportuna (arts. 31 y 51 de la Ley 14.967). Notifíquese personalmente o por cédula (art. 135 del C.P.C.). Devuélvase.

NÉLIDA I. ZAMPINI RUBÉN D. GÉREZ.

Marcelo M. Larralde

Auxiliar Letrado