

En la ciudad de Mar del Plata, a los 1 días del mes de abril de 2020, 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: **"PROMAQ S.A. C/ VALLEJOS BESSI LORENA 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 Nélide I. Zampini.

El Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes

CUESTIONES

1) ¿Es justa la sentencia de fs. 40/41?

2) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ DOCTOR RUBÉN D. GÉREZ DIJO:

I.- Antecedentes:

A fs 13/16 PROMAQ S.A. inició este juicio ejecutivo contra Lorena Bessi Vallejos por la suma de \$7.308,95, más intereses pactados, IVA sobre intereses e indexación o actualización monetaria desde la mora, gastos y costas.

El crédito que ejecuta se encuentra instrumentado en el pagaré que en copia certificada luce a fs. 12 vta., librado sin protesto en favor de CONTAR S.A. y luego endosado a PROMAQ S.A.

A fs. 17 se ordenó librar el mandamiento de intimación de pago y embargo y, en su defecto, de citación a oponer excepciones legítimas.

A fs. 27/28 se diligenció el mandamiento bajo responsabilidad de la parte actora.

A fs. 30 se decretó la inhibición general de bienes de la demandada.

A fs. 34 se dio intervención al señor Agente Fiscal.

A fs. 35/39 presentó su dictamen y dijo que el caso encuadra en una relación de consumo; que se presume por las circunstancias personales de las partes; que el consumidor tiene sus derechos como tal por la sola razón de haber entablado esa relación de consumo con el proveedor; que la abstracción cambiaría no puede impedir la efectivización de los derechos del consumidor y ante la sospecha de que se está en presencia de una relación de consumo debe aplicarse la ley de defensa del consumidor.

La demandada nunca se presentó (v. fs. 40, punto 2.-).

II.-La sentencia apelada de fs. 40/41.

La señora juez a-quo rechazó la demanda con costas, porque consideró que estaba frente a una relación de consumo dadas las características del acreedor originario (entidad financiera) y en ese sentido entendió que el pagaré no cumplía con los recaudos del art. 36, LDC.

III.-El recurso. Su fundamentación. Dictamen del Ministerio Público Fiscal.

Mediante escrito electrónico del 15/2/2018 apeló la actora.

Mediante escrito electrónico del 5/3/2018 fundó.

En primer lugar señala que se ha omitido valorar que el pagaré ha circulado y quien lo ejecuta no es el beneficiario sino el endosatario y que la relación se ha dado "entre pares" (entre comerciantes), lo que a su modo de ver descarta la aplicación de la ley de defensa del consumidor y significa que debe estarse al principio de la abstracción.

A todo evento manifiesta que tampoco se le dio la oportunidad de adjuntar los instrumentos a fin de acreditar los recaudos del art. 36, LDC.

Por último cuestiona la aplicación de esta doctrina del pagaré de consumo a los juicios donde los pagarés fueron librados con anterioridad, argumentando que genera una retracción por parte de las entidades financieras a la concesión de créditos a nuevos consumidores.

Mediante escrito electrónico del 4/2/2020 el Ministerio Público Fiscal contestó la vista que se le cursara a fs. 62. Allí manifestó que, conforme los lineamientos jurídicos de la nueva doctrina legal de nuestra Suprema Corte de Justicia Provincial, y sin perjuicio del dictamen emitido a fs. 35/39, el pagaré

agregado a fs. 12 no cumple los recaudos exigidos por el art. 36, LDC; y en atención a ello, se notificó de la resolución dictada a fs. 40/41 a la cual se adhiere.

IV.- Consideración de los agravios.

No admite discusión que el libramiento del pagaré que aquí se ejecuta se ha dado en el marco de una relación de consumo con el acreedor originario.

Para esos supuestos, 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 regidas 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 alcanzaba 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 ejecutar 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 incluyera esta modalidad, estableciendo una vía procesal que permita el marco de discusión que la temática exige, no existía la posibilidad de exigir 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), lo cierto es que, por razones de casación de hecho, tuvimos que dejar de lado lo que veníamos sosteniendo (art. 37 inc. f de la ley 5827).

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.

Pero: ¿Cuál es la situación del receptor del documento por endoso? ¿Deja de tratarse de una adquisición autónoma, a pesar de que el art. 1816 del Código Civil y Comercial reafirma dicho carácter cambiario de manera casi absoluta y aplicable a todos los títulos valores?

Desde nuestra perspectiva existe una nueva "clase" de pagarés —los derivados de relaciones de consumo—, y surge el interrogante de si debe considerárselo un título valor "causal", por oposición a la clásica vigencia de la abstracción cambiaria en dichos documentos.

De allí que sea imperioso agudizar el análisis que hasta el momento hemos realizado, pues por lo general no se libran pagarés de consumo para hacerlos circular.

Hechas estas aclaraciones, y siempre con el afán de adoptar soluciones justas y equilibradas, tratando de compaginar los diversos sistemas que convergen en esta realidad denominada como "pagaré de consumo" —el cambiario y el de la protección del consumidor—, entiendo que aún en estos casos donde quien ejecuta es un tercero adquirente del documento por endoso corresponde exigir la integración o complementación del título de crédito con el negocio causal subyacente, dar traslado al consumidor y verificar el cumplimiento de los requisitos del art. 36, LDC.

Ello así pues lo primero que se advierte es que de limitarse esa solución a aquellos casos en que el accionante es el mismo proveedor en la relación de consumo, sería muy sencillo eludir la tutela legal establecida en favor del consumidor a través de un simple endoso (doctr. art. 42, Const.Nac.).

Y entre la tutela a la buena fe comercial del tercero, al que le sería jurídicamente irrelevante cuál fue el origen de la obligación incorporada literalmente al documento, y el resguardo del consumidor, debe prevalecer esto último, lo que significa aplicar la ley de defensa del consumidor y observar el principio de interpretación más favorable a su respecto.

En esta dirección se ha dicho: *"Naturalmente la situación difiere cuando el título ha circulado donde, según este criterio, corresponde también poner a resguardo la cartular, no ya por la propia naturaleza del título sino por la tutela a la buena fe comercial del tercero, al que es jurídicamente irrelevante cuál fue el origen de la obligación incorporada literalmente al documento. Ahora bien, cuando debe ponderarse dicha buena fe*

negocial con la tutela al consumidor o usuario en principio deberá primar esta última.” (Quaglia, Marcelo C., Menossi, Lucas, “Transversalidad del derecho de Consumo. Un Fallo Señor” [refiriéndose al acuerdo plenario de la Cám. Apel. Civil y Comercial de Azul, emitido el 9 de marzo de 2017 en la causa: “HSBC Bank Argentina c/Pardo Cristian D. s/Cobro Ejecutivo“], Pub. en: LA LEY 24/05/2017, 8, Cita Online: AR/DOC/1415/2017 y en L.L. 2017-C, p. 252).

Además, nótese que resulta mayor el peligro de la potencial duplicidad formal de la deuda asumida por el deudor, pues el contrato de préstamo seguiría en poder del acreedor originario y ahora el pagaré suscrito en virtud de aquél en manos del endosatario, cuando sabido es que los pagarés "de consumo" se libran por el consumidor/usuario en carácter "pro solvendo", esto es, como "promesa de pago" de la deuda contraída en virtud de la relación de consumo subyacente y en las condiciones pactadas; y es, precisamente a estas condiciones, a las que responde el débito consumatario, especificadas en el mencionado art. 36, LDC.

En tal sentido, cabe recordar que la doctrina señala que *“el acotado marco del juicio ejecutivo nunca podría conspirar para eludir la protección de la ley del consumidor, claramente orientada a garantizar los derechos de tales sujetos y, más concretamente, el regular ejercicio de su derecho de defensa”*(CILIBERTO, Leonel J., Los pagarés de consumo como instrumentos librados en fraude a la ley, en E.D. 30/11/2016, p. 1; CHOMER, Héctor O., La defensa del consumidor y la adecuación de las normas procesales, en DCCyE 2012 [agosto], p. 345).

En razón de lo expuesto, y dado que el ejecutado es un débil jurídico que merece una protección especial, corresponde dejar sin efecto la sentencia de fs. 40/41 y encomendar a la juez de primera instancia que otorgue un plazo a la actora para cumplir con los recaudos del mencionado art. 36, LDC; disponga luego un traslado a la demandada a fin de que tenga la posibilidad de articular defensas centradas en dicho precepto, ya sea proponiendo la indagación sobre los límites cuantitativos de la deuda o respecto de las tasas de interés pactadas, o bien solicitando una recomposición de la acreencia, etc.

Ello sin perjuicio de que **en la etapa de liquidación no deberá perderse de vista lo normado por el art. 771 del nuevo CCCN**, el que establece un criterio netamente objetivo para proceder a la readecuación de los intereses cuando la tasa de interés o el resultado que provoque la capitalización de intereses excede, sin justificación y desproporcionadamente, el costo medio del dinero en situaciones similares en el lugar donde se contrajo la obligación; y que: *“el juez no sólo puede (a pedido de parte) morigerar los intereses, sino que también debe hacerlo de oficio, cuando las condiciones previstas en la norma surgen evidentes.”* (Lorenzetti, “Código Civil y Comercial de la Nación”, T V, págs. 151/2 comentario art. 771).

Incluso para el caso en que el exceso se presente en intereses punitivos, por imperio del art. 769 del Código Civil y Comercial rige lo dispuesto por el 2º párrafo del art. 794 del mismo plexo normativo que –de modo análogo a como lo disponía el art. 656 del Código Civil-, permite al juez reducir las penas desproporcionadas.

VOTO, pues, POR LA NEGATIVA.

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

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

Corresponde: **I)** Admitir parcialmente el recurso interpuesto por la actora, a fs. 50 y dejar sin efecto la sentencia de fs. 40/41, encomendando a la juez de primera instancia que otorgue un plazo a la actora para cumplir con los recaudos del mencionado art. 36, LDC, y disponga luego un traslado a la demandada a fin de que tenga la posibilidad de articular defensas centradas en dicho precepto, sin perjuicio de que en la etapa de liquidación no deberá perder de vista lo normado por el art. 771 del nuevo CCCN con los alcances señalados; **II)** Imponer las costas de segunda instancia a la apelante, dado que es una cuestión suscitada entre la parte y el juez y sabido es que éste no puede ser condenado en costas, a pesar de que se resuelve sobre una materia cuya naturaleza excede el trámite tradicional de todo juicio ejecutivo, lo que justificaría el desplazamiento del sistema específico que rige para ellos (art. 556, C.P.C.C.) y la aplicación del general que establece el art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial (argto. SCBA, causas C. 94.032, C. 99.406, C. 93.176, C. 97.043, C. 89.562, sentencias dictadas el 29-12-2008, C. 95.728, sentencia del 26-12-2012, entre otras); **III)** Diferir la regulación de honorarios para su oportunidad (arts. 31 y 51, dec.-ley 8904/77; arts. 16 y concs., ley 14.967).

ASÍ LO VOTO.

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

En consecuencia, se dicta la siguiente

SENTENCIA

Por los fundamentos dados en el precedente acuerdo, se resuelve: **I)** Admitir parcialmente el recurso interpuesto por la actora, a fs. 50 y dejar sin efecto la sentencia de fs. 40/41, encomendando al juez de primera instancia que otorgue un plazo a la actora para cumplir con los recaudos del mencionado art. 36, LDC, y disponga luego un traslado a la demandada a fin de que tenga la posibilidad de articular defensas centradas en dicho precepto, sin perjuicio de que en la etapa de liquidación no deberá perder de vista lo normado por el art. 771 del nuevo CCCN con los alcances señalados; **II)** Imponer las costas de segunda instancia a la apelante, dado que es una cuestión suscitada entre la parte y el juez y sabido es que éste no puede ser condenado en costas, a pesar de que se resuelve sobre una materia cuya naturaleza excede el trámite tradicional de todo juicio ejecutivo, lo que justificaría el desplazamiento del sistema específico que rige para ellos (art. 556, C.P.C.C.) y la aplicación del general que establece el art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial (argto. SCBA, causas C. 94.032, C. 99.406, C. 93.176, C. 97.043, C. 89.562, sentencias dictadas el 29-12-2008, C. 95.728, sentencia del 26-12-2012, entre otras); **III)** Diferir la regulación de honorarios para su oportunidad (arts. 31 y 51, dec.-ley 8904/77; arts. 16 y concs., ley 14.967). **Regístrese, notifíquese personalmente o por cédula y, transcurridos los plazos legales, devuélvase** (cfr. art. 135, inc. 12, CPCC).

NÉLIDA I. ZAMPINI. RUBÉN D. GÉREZ

Pablo D. Antonini Secretario