

REGISTRADA BAJO EL N° 203 (S) F° 1282/1286**Expte. N°168186 Juzgado N° 12**

En la ciudad de Mar del Plata, a los 5 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: "**H.S.B.C. BANK ARGENTINA SA C/ BELLIURE DIEGO 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) ¿Corresponde declarar desierto el recurso de apelación deducido por la ejecutada con fecha 28-05-2019?
- 2) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

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

1.- A fs. 55/ 57 el Dr. Ricardo Mariano Napp, como letrado apoderado de HSBC Bank Argentina S.A, promueve demanda ejecutiva contra el Sr. Diego Belliure, por la suma de pesos dieciséis mil quinientos cuarenta y siete con diecisiete centavos (\$16.547,17), más intereses y costas.

Afirma que el importe reclamado por vía ejecutiva proviene del saldo deudor de la cuenta corriente (N°0753284133) que el accionado contrató con su mandante.

Ofrece prueba, funda en derecho y solicita que se mande llevar adelante la ejecución con costas.

2.- A fs. 66/ 67 se agrega el mandamiento de intimación de pago y embargo, debidamente diligenciado.

3.- A fs. 68/ 78 el Dr. Diego Belliure, como letrado en causa propia, niega la deuda reclamada y opone excepción de inhabilidad de título en base a los argumentos que se detallan seguidamente.

Expresa que debió prepararse la vía ejecutiva por cuanto el título ejecutado en autos no trae aparejada ejecución ya que su saldo deudor está determinado por el uso de tarjeta de crédito.

Resalta la falta de operatividad de la cuenta corriente objeto de la causa, insistiendo con que su apertura fue al sólo efecto de cobrar los saldos deudores derivados del uso de la tarjeta de crédito.

Desliza que la operatoria contractual que da base la ejecución importa el incumplimiento de la ley 24.240 (más precisamente su art. 36) y denuncia como excesivos los intereses pactados.

Concluye que el Banco accionante debió haber reclamado su crédito por la vía ordinaria, dentro de un proceso de conocimiento, con mayor amplitud de debate.

4.- A fs. 82/85 la parte ejecutante contesta espontáneamente el traslado conferido respecto de la excepción de inhabilidad de título y solicita su rechazo por entender que la misma no ataca las formas extrínsecas del título y excede el acotado marco cognitivo del proceso ejecutivo.

5.- A fs. 103/ 106 emite su dictamen el Ministerio Público.

6.- A fs. 142/ vta. se abre a prueba la excepción de inhabilidad de título.

7.- A fs. 207/ 209 vta. se dicta sentencia conforme los alcances que se detallan en el punto subsiguiente.

II.- La sentencia recurrida.

A fs. 207/ 209 vta. el Sr. Juez de primera instancia resuelve: *"I) Desestimar la excepción de inhabilidad de título articulada por el accionado; II) En consecuencia, mandar llevar adelante la*

ejecución hasta tanto el ejecutado Diego Manuel Belliure haga al acreedor HSBC Bank Argentina S.A., íntegro pago del capital reclamado que asciende de la suma de Dieciséis mil quinientos cuarenta y siete pesos con diecisiete centavos (\$ 16.547,17), con más intereses y costas (arts. 68 y 556 del C.P.C.); III) Existiendo un tasa de interés moratorio pactada y habiendo perdido aplicabilidad el plenario de la Alzada recaído en la causa "Banco Edificadora de Olavarria c/ Pena" del 16/4/96, se establece que se aplicará dicha tasa siempre que no exceda la tasa activa del banco oficial (argumento art. 771 del Código Civil y Comercial); IV) Se difiere la regulación de honorarios para una vez que se apruebe la liquidación de la causa" (textual).

Considera el sentenciante que: "en el informe pericial producido a fs. 188/190, el cual no ha merecido impugnación por la demandada, ni existe mérito para apartarse de sus conclusiones (art. 474 y concordantes del código adjetivo)" (textual) el experto dictaminó que "de la compulsa de los resúmenes de cuenta corriente surge que se debitaron cheques por caja y otros que se debitaron por su ingreso por cámara compensadora". A su vez, individualiza los cheques emitidos e indica que el accionado tenía autorización para girar en descubierto" (textual).

Subraya que: "Así las cosas, no sólo debe reconocerse que la cuenta corriente era operativa, sino que también ha sido operada por el deudor, lo que sella la suerte de la defensa intentada sobre el punto" (textual).

Por otra parte, expresa que: "El suscripto también ha sostenido el criterio de considerar aplicable la ley de defensa del consumidor en los casos de ejecución de saldo de cuenta corriente bancaria (ver expediente nro. 33.332 de trámite por ante este Juzgado), el que se mantiene a la fecha" (...) Empero, en tal oportunidad se dijo además que resultaba notoria la antinomia, inconsistencia o contradicción normativa existente entre el art. 793 del Código de Comercio y el art. 36 de la ley 24.240; y que tal cuestión no podía ser resuelta invocando la superioridad jerárquica del Derecho del Consumo, sino que se imponía el principio de especialidad normativa (lex specialis derogat legi generali) que como principio general del derecho resulta un criterio tradicional de solución de las antinomias" (textual).

Resalta que: "Este criterio fue adoptado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el conocido caso "Buffoni c/ Castro", de fecha 8 de abril de 2014, donde se afirmó con contundencia: "que no obsta a lo dicho la modificación introducida por la ley 26.361 a la Ley de Defensa del Consumidor, pues esta Corte ha considerado que una ley general posterior no deroga ni modifica, implícita o tácitamente, la ley especial anterior" (textual).

Puntualiza que: "en el caso sub examen aún cuando se aplicara en forma plena la norma contenida en el art. 36 de la ley 24.240, la solución no podría ser distinta (...) Tanto el Ministerio Público Fiscal, como el demandado han alegado el incumplimiento de los recaudos exigidos por el art. 36 de la ley 24.240, pero tal negativa esta direccionada al certificado de fs. 7 sin indicar a la postre, si con el resto de la documentación agregada o la información contenida en el disco compacto reservado en Secretaría según providencia de fs. 176 -el que fue reproducido al momento de dictar esta sentencia-, tal incumplimiento se mantenía o no. En otras palabras, no se ha hecho referencia sin con la prueba producida, se ha dado cumplimiento con la manda tuitiva" (textual).

Agrega que: "con los elementos recolectados surge la composición del saldo deudor ejecutado y queda satisfecha la manda referida del estatuto del consumidor (art. 36 de la ley 24.240). Por lo demás, los intereses aplicados y que fueran detallados por el perito contador en la respuesta c) de su dictamen de fs. 188/190 no aparecen como abusivos dentro de la operatoria del mercado, por lo que debe desestimarse la impugnación formulada al respecto (...)Consecuentemente, se concluye

que corresponde desestimar la excepción de inhabilidad de título opuesta por el accionado" (textual).

III.- El recurso de apelación.

Con fecha 28-05-2019 la parte ejecutante interpone recurso de apelación contra la sentencia de fs. 207/ 209 vta. y lo funda a través del escrito electrónico de fecha 11-06-2019 con argumentos que merecieron respuesta de la parte contraria mediante el escrito electrónico de fecha 21 de junio de 2019.

IV.- Los agravios del recurrente.

El apelante critica la resolución dictada por el Sr. Juez de grado por cuanto decide desestimar la excepción de inhabilidad de título.

Afirma que: *"V.S. se aparta de lo informado por el Ministerio Publico Fiscal y lo sostenido por esta parte en cuanto a la violación del art. 36 de la ley 24.240 y que si bien la negativo fue direccionada al certificado de fs. 7, es este quien debía cumplir con tales requisitos" (textual).*

Expresa que: *"esta parte ha atacado de inhábiles el documento del cual se ha corrido traslado, de ahí que el CD que se ha agregado procesalmente mas tarde no pudo ser atacado de inhábil" (textual).*

Agrega que: *"por más que del disco compacto que agregara la actora se cumplieran los recaudos del art. 36 de LDC, ello no estaba presente al momento de promover la acción, que el momento procesal en que deben reunirse dichos recaudos en defensa de los derechos del consumidor. Es decir, dicha información no estaba presente al momento de oponer excepción de defensa alguna y el art. 36 requiere que todos los elementos deben estar presentes al momento de iniciar la acción" (textual).*

Asimismo, desliza que: *"en los autos "H.S.B.C. BANK ARGENTINA SA C/ BELLIURE DIEGO MANUEL S/ Cobro Ejecutivo" (Expte. N° 120874) de trámite ante el Juzgado Civil y Comercial N° 2, en fecha 16/02/2016 se ha admitido la excepción de inhabilidad de título opuesta por el demandado y rechazado por consiguiente la ejecución; lo cual no puede dejarse de lado por V.S. atento estar íntimamente relaciones ambos reclamos, a fin de evitar sentencias contradictorias" (textual).*

V.- Consideración de los agravios.

Ingresando en el estudio de la cuestión sometida a consideración de este Tribunal, advierto que el recurso debe declararse desierto.

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

El Código Procesal Civil y Comercial prevé pautas rectoras que deben observarse para fundar debidamente el recurso de apelación (argto. arts. 260, 261 y conds. del CPC).

Efectivamente, el art. 260 del Código de rito establece que: *"El escrito de expresión de agravios deberá contener la crítica concreta y razonada de las partes del fallo que el apelante considere equivocadas" (textual).*

El art. 261 del ordenamiento ritual dispone, a su vez, que: *"Si el apelante no expresare agravios dentro del plazo o no lo hiciera en la forma prescripta en el artículo anterior, se declarará desierto el recurso y la sentencia quedará firme para él" (textual).*

Este Tribunal se ha pronunciado, al respecto, señalando que: *"La carga de realizar una crítica concreta y razonada de la resolución puesta en crisis por el apelante, no resulta cumplida con la mera enumeración de agravios, la disconformidad con lo resuelto en la instancia anterior o la reiteración de lo expuesto al juez de grado, ya que no constituyen argumentos suficientemente*

explícitos como para demostrar los yerros concretos en que incurre la sentencia o el auto cuestionado" (esta Sala, causa N°158.885, RSD-88-15 del 9-06-15; causa N°153.775, RSD-52-14 del 27-02-14; causa N°146.739, RSD-274-10 del 2-11-10, sala II, causa N°140.291, RSD-123-08 del 15-4-08, sala I, causa N°116.431, RSD-54-06 del 2-3-06, entre otros).

Por su parte, el Supremo Tribunal provincial ha dicho que: *"El ordenamiento procesal exige que la expresión de agravios debe contener la "crítica concreta y razonada del fallo" (art.260 del C.P.C.) y la no satisfacción de ello conduce a la deserción (art. 261 del C.P.C.). No se trata pues de un obrar caprichoso o discrecional del órgano jurisdiccional, sino del acatamiento de normas que obviamente rigen tanto para éste como para las partes"*(S.C.B.A; Ac. 101.654 sent. del 16-III-11; Ac. 102.282 sent. del 11-XI-09; Ac. 77.770 sent. del 19-II-02, entre otros).

En el caso particular, la impugnación del ejecutado se muestra carente de idoneidad para conmover la sentencia atacada en tanto transita sobre la exposición de meros conceptos teóricos y discrepancias personales en torno al efectivo cumplimiento de los recaudos previstos del art. 36 de la LDC, **sin rebatir el pilar argumental sobre el que el Juez de grado fundó su decisión de rechazo de la excepción de inhabilidad de título** (argto. arts. 260, 261 y conds. del CPC).

Así es, el recurrente **no explica por qué motivos debe dejarse de lado el fundamento dado por el sentenciante en cuanto a que el informe pericial agregado a fs. 188/190 (el cual no ha merecido impugnación por la demandada) permite tener acreditado que la cuenta corriente del ejecutado -a diferencia de lo que sostuvo en su escrito de responde- era operativa** (argto. arts. 260, 261 y conds. del CPC).

En efecto, el apelante nada dice respecto de lo dictaminado por el experto y valorado por el magistrado en cuanto a que **de los resúmenes de cuenta corriente compulsados surge que se debitaron cheques por caja y otros por su ingreso por cámara compensadora, como así también, que el accionado tenía autorización para girar en descubierto** (argto. arts. 260, 261 y conds. del CPC).

Por otro lado, en lo que respecta al cumplimiento de los recaudos previstos en el art. 36 de la LDC, el juez de grado sostuvo que con los elementos probatorios recolectados surge acreditada no sólo la composición del saldo deudor ejecutado sino también la entera satisfacción de la manda referida del estatuto del consumidor, sustentado dicho criterio hermenéutico en el disco compacto reservado en Secretaría según providencia de fs. 176 (que tengo a la vista), cuyo contenido tampoco fue cuestionado por el apelante.

Efectivamente, sobre este aspecto del decisorio, el apelante tampoco no ha cumplido debidamente con la carga de formular una crítica concreta y razonada de acuerdo con lo establecido en el art. 260 del CPC, pues se limitó a criticar dogmáticamente la etapa procesal en la que fue incorporado el mencionado CD -calificándola de inoportuna- cuando en realidad su agregación en autos respondió al proveimiento de un medio probatorio ofrecido en su propio escrito de responde (conf. fs. 77 vta; fs. 713).

Al margen de ello, y a propósito de la crítica del recurrente en cuanto al momento procesal que habilita al actor para confeccionar y/o "complementar" el título ejecutivo, cabe subrayar que recientemente **la SCBA, al emitir su pronunciamiento en los autos "Asociación Mutual Asís contra Cubilla, María Ester .Cobro Ejecutivo" -C. 121.684 sent. de 14-VIII-2019-** (sentando doctrina legal que debe acatarse por razones de casación de hecho) **sostuvo que el juez -en el ejercicio de las atribuciones que le confiere el ordenamiento procesal- puede encuadrar el asunto como una relación de consumo a fin de subsumirlo en el art. 36 de la LDC y, para expedirse sobre la viabilidad de la demanda ejecutiva, le es dable examinar los instrumentos**

complementarios al título que oportunamente hubiese acompañado el ejecutante (conf. punto IV.5.d del voto del Dr. Soria; argto. art. 278, 279 y conds. del CPC).

En suma, ninguna de las motivaciones jurídicas que dieron sustento a la valoración probatoria efectuada por el sentenciante fueron rebatidas eficazmente por el recurrente lo que determina -a mi entender- la deserción de su recurso (art. 260, 261 y conds. del CPC)

En definitiva, el incumplimiento de la carga procesal que pesaba en cabeza del recurrente se traduce en una consecuencia disvaliosa para su parte desde que, la falta de crítica concreta y razonada de la valoración probatoria, determina que se declare desierto su recurso, lo que así propongo (argto. arts. 260, 261 y conds. del CPC).

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)** Declarar desierto el recurso de apelación deducido con fecha 28-05-2019 por la parte ejecutante; **II)** Imponer las costas al recurrente habida cuenta que la deficiencia técnica que sella la suerte del recurso fue expresamente advertida por la contraria al contestar el memorial (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 declara desierto el recurso de apelación deducido con fecha 28-05-2019 por la parte ejecutante; **II)** Se imponen las costas al recurrente habida cuenta que la deficiencia técnica que sella la suerte del recurso fue expresamente advertida por la contraria al contestar el memorial (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.

Pablo D. Antonini Secretario