

REGISTRADA BAJO EL N° 211 (S) F° 1359/1370**EXPTE. N° 168588. Juzgado N° 12.**

En la ciudad de Mar del Plata, a los 13 días de Noviembre de 2019, reunida la Excm. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Tercera, en el acuerdo ordinario a los efectos de dictar sentencia en los autos: **"FINANPRO S.R.L C/ CARELLI CLAUDIA MABEL S/ COBRO EJECUTIVO"**, habiéndose practicado oportunamente el sorteo prescripto por los artículos 168 de la Constitución de la Provincia y 263 del Código de Procedimiento en lo Civil y Comercial, resultó que la votación debía ser en el siguiente orden: Dres. Nélide I. Zampini y Rubén D. Gérez.

El Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes

CUESTIONES:

- 1) ¿Es justa la sentencia de fs. 26/34?
- 2) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA LA SRA. JUEZ DRA. NELIDA I. ZAMPINI DIJO:

I) Dicta sentencia el Sr. Juez de Primera Instancia resolviendo mandar llevar adelante la ejecución hasta tanto la parte ejecutada Sra. Claudia Mabel Carelli, haga íntegro pago a la parte actora "Finanpro S.R.L." del capital reclamado de \$ 20.000, con más intereses, costas y costos de la ejecución, morigerando los intereses compensatorios al 64% anual y los punitorios al 32% anual.

Para así decidir, consideró que el pagaré en ejecución deriva de una relación de consumo en los términos del art. 42 de la Constitución Nacional y que éste cumple con la totalidad de los requisitos estipulados en el art. 36 de la ley 24.240.

Profundizando en el examen de la cartular, sostuvo que debía llevarse adelante la ejecución por el monto de capital que, según su parecer, ascendía a la suma de \$ 20.000, disponiendo a su vez, que el pago parcial denunciado tendría que descontarse de los intereses al momento de practicarse liquidación.

Con relación a los intereses compensatorios refirió que la T.E.A. dispuesta en el pagaré de fs. 9 era equivalente al 125,38%, la que comparó con las tasas que cobran diversas entidades bancarias para préstamos personales concluyendo que la dispuesta en el pagaré resultaba abusiva y, por lo tanto, debía morigerarse al 64% anual.

Expidiéndose respecto a la tasa de interés punitorio estipulada en los títulos ejecutados refirió que ésta equivalía a dos veces la tasa del Banco Nación para operaciones en descubierto.

Consideró que tal tasa era excesiva y que debía ser reducida a la mitad de la tasa fijada para los intereses compensatorios, es decir, al 32% anual.

Finalmente, expuso que el acreedor denunció el lugar y fecha en que fueron presentados el cobro los pagarés, en base a lo cual determinó que la mora se ubica en la fecha de referencia.

II) Dicho pronunciamiento es apelado en fecha 4-08-2019 por el Dr. Raúl Horacio Greco, en su calidad de letrado apoderado de la parte actora, fundando su recurso en fecha 08-08-2019, con argumentos que no merecieron respuesta de la contraria.

III) Agravia a la recurrente que, en la sentencia apelada, el *a quo* presuma la existencia de una relación de consumo, recepte el monto de capital efectivamente prestado y no el que surge del título acompañado, y morigere la tasa de interés compensatorio y punitorio. En lo atinente al primer agravio (que critica la presunción de existencia de relación de consumo), refiere que no existe manifestación alguna en el escrito de inicio que permita presumir válidamente que su mandante resulta ser un proveedor y la ejecutada un consumidor en los términos de la Ley 24.240 y su reforma.

Aduce que si bien deben armonizarse las legislaciones específicas que regulan los títulos cambiarios y la que protege a los consumidores, debe necesariamente efectuarse atendiendo a elementos serios y adecuadamente justificados, requisitos que -a su entender- no se evidencian en los fundamentos expuestos en la resolución recurrida.

Es por ello que afirma que en el caso no existen indicios suficientes para generar la razonable convicción de que concurren -prima facie- los extremos tipificantes de la relación de consumo, y que lo decidido violenta gravemente principios elementales del ordenamiento procesal, configura un ejercicio abusivo de las atribuciones del juzgador y afecta su derecho de defensa, obligando a su mandante a probar la condición que excluya al librador de la ley protectoria o declarar contra sí mismo.

En relación al segundo agravio (relativo a la delimitación del monto que prospera en concepto de capital), refiere que el Juez recepta sólo el monto de capital efectivamente prestado a la ejecutada en oportunidad de suscribir el título base de la ejecución promovida, cuando ello no se corresponde con la suma determinada de dinero por el cual se libró el pagaré.

Sostiene que al obrar de esta forma el *a quo* se apartó de los principios de literalidad y completividad que dimanen de la normativa cambiaria que los rige, desnaturalizando el proceso ejecutivo. Destaca que el pagaré, además de compartir los caracteres generales de todo título de crédito (necesidad, literalidad y autonomía) goza de ciertos caracteres específicos como papel de comercio, por los cuales la declaración o promesa cambiaria es obligatoria para el deudor, independientemente de la relación causal que dio lugar a la declaración (abstracción).

Agrega que el pagaré debe cumplir ciertos recaudos formales que constituyen el contenido mismo del documento (formalidad) y que debe bastarse a sí mismo, ser autosuficiente, y contener todas las relaciones y todos los derechos emergentes de él, no admitiéndose remisión alguna a documentos extraños a ella aún cuando se hiciera mención en su texto (completividad).

Por lo expuesto, concluye que más allá de las precisiones efectuadas en el cuerpo del pagaré objeto de autos respecto a los recaudos del art. 36 de la Ley 24.240, mal podría el juez sentenciante limitar el monto del reclamo tomando como base de su razonamiento el negocio causal que motivó el libramiento del pagaré, a tenor de los caracteres particulares de dichos instrumentos (especialmente abstracción y completividad), correspondiendo entonces fijar como monto de condena al consignado en el escrito de demanda.

En relación al tercer agravio (morigeración de la tasa de interés compensatorio), comienza por mencionar que los préstamos otorgados por su mandante conllevan un riesgo comercial mayor a aquellos otorgados por la banca privada y oficial, teniendo en cuenta los requisitos para acceder a los préstamos, mínimos y adecuados a las posibilidades de sus clientes, que elevan los índices de incobrabilidad y mora.

Expone que la tasa fijada convencionalmente por las partes ni siquiera excede la cobrada por las entidades privadas con las que el *a quo* efectúa la comparación, lo que indica le provoca un perjuicio injustificado a su mandante.

Expresa que el Juez de grado, al momento de comparar las tasas pactadas, recurre a la tasa de interés promedio fijada para las operaciones de préstamos personales publicada por el B.C.R.A., por operaciones que difieren notablemente de las efectuadas por las entidades financieras no bancarias en cuanto a -entre otras cuestiones- el riesgo asumido, solvencia de las personas involucradas, los requisitos y las garantías exigidas para el otorgamiento.

Indica 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.

Alega que el otorgamiento de créditos y su devenir en el tiempo constituye una situación de "riesgo" para las entidades financieras, debiéndose ponderar la relevancia que se le asigna a la eficiente evaluación del riesgo crediticio la ponderación de la capacidad de pago del potencial cliente y la adecuada instrumentación de las operaciones que se realicen. Destaca por último 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.

En cuarto lugar, se agravia de la morigeración de los intereses punitivos a la mitad de la tasa fijada para los compensatorios.

Señala que si bien el juzgador realizó un pormenorizado análisis de las tasas de interés compensatorio cobrado por entidades de la banca privada y oficial, no ha efectuado el mismo análisis en relación a las tasas de interés moratorio o punitivo, no siendo factible de ser ejercida esa facultad de oficio por aplicarse las disposiciones de la cláusula penal.

Esgrime que es criterio de la Suprema Corte Provincial que la posibilidad de revisar por excesivas las tasas libremente convenidas debe ajustarse a directrices emanadas de la ley y que no les es dado a los jueces obrar con una discrecionalidad tal que los lleve a determinar de modo rígido una tasa legal diversa a la convenida por las partes, contrariando los arts. 767, 768, 769, 1527 y ccdtes. del Código Civil y Comercial.

Prosigue indicando 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 punitivos 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.

IV) Pasaré a analizar los agravios planteados.

IV.a.1) PRIMER AGRAVIO: Presunción de la existencia de una relación de consumo.

A los fines de dar respuesta a este agravio, 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 aquí 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 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 del título glosado a fs. 9).

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 intentado trabar embargo sobre sus remuneraciones a percibir de "Cusch S.A." (v. fs. 13vta.), y que se estableció una T.E.A. en el pagaré de fs. 9 del 125,38%, todo lo cual constituyen elementos que permiten presumir que la cartular acompañada 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).

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 adjunto 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 la misma 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 de los pagarés que aquí se ejecutan, entendimiento éste que conlleva al rechazo del agravio (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).

IV.a.2) Análisis de admisibilidad de la pretensión ejecutiva.

Habiendo entendido que el libramiento del pagaré que aquí 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 ccdtes. de la L.D.C.).

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 otros).

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 tramite 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. 9 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 agravios propuestos, labor que desarrollaré a continuación.

IV.b) SEGUNDO AGRAVIO: delimitación del monto.

Aduce el apelante en este punto que al receptar en sentencia sólo el monto de capital efectivamente prestado, el *a quo* se apartó de los principios de literalidad y completividad que dimanen de la normativa cambiaria, desnaturalizando el proceso ejecutivo.

Como puede advertirse, la posición del apelante se afina en el 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. 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 del documento glosado a fs. 9 se desprende que los pagarés se encuentran inescindiblemente ligados 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 completividad), 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 conmover 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 de la crítica (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).

IV.c.) TERCER AGRAVIO: 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 resulta ser 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 el presente agravio (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 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 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, me abocaré a juzgar la idoneidad de la “tasa de referencia” que el *a quo* consideró procedente para morigerar los intereses compensatorios pactados en el pagaré en ejecución, siendo necesario para tal fin pasar revista a las particularidades del caso, pues servirán, a la postre, de fundamento de la que resulte elegida (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, advierto que el sentenciante procedió a comparar la tasa efectiva anual –T.E.A.- prevista en el inciso 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 resulta idóneo el parámetro que ha tenido en cuenta el *a quo* para morigerar los intereses compensatorios pactados.

Son diversos los fundamentos que avalan la conclusión precedente.

En primer lugar, no es posible juzgar la abusividad de una tasa de interés que fue pactada en un tiempo pretérito, en el caso en el mes de agosto del año 2017, con tasas de “referencia” que para operaciones similares cobran entidades bancarias en la actualidad.

Es que los vaivenes propios de la economía, en especial en épocas de depreciación monetaria, tienen efectos directos sobre la cuantificación de la tasa de interés, pues para que ésta tenga carácter positivo su rendimiento deberá estar por encima de la desvalorización de la moneda. Es decir, a mayor inflación, mayores tasas.

Fácil resulta advertir entonces, que aquello que en materia de tasas de interés resulta justo y equitativo en un momento determinado puede ser considerado como abusivo en otros tiempos, bajo otras variables económicas.

Es por tal motivo, 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 los pagarés en ejecución con “tasas efectivas anuales” de referencia tampoco es procedente.

Si bien no desconozco que en el instrumento de fs. 9 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 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 agosto del año 2017 – fecha de libramiento del pagaré de fs. 9- el promedio de tasas fijas o repactables del sistema para operaciones de préstamos personales publicada por el B.C.R.A. ascendía al 38,28% nominal anual la que incrementada en un 25%, conforme lo dispuesto en el art. 16 de la ley 25.065, arriba al 47,85% nominal anual (conf. <http://www.bcra.gov.ar/pdfs/publicacionesestadísticas/boletínestadístico/boldat201708>).

La comparación de las tasas de referencia explicitadas con la estipulada en el título en ejecución de 125,38%, librado en la fecha antes expuesta, muestra a las claras una evidente e injustificada desproporción que habilita la morigeración.

Ahora bien, como en el caso el *a quo* 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. jurispr. 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).

IV.d.) CUARTO AGRAVIO: 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 punitivos 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 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 agregado a fs. 9 se estipuló que los intereses punitivos 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 punitivos 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 meritada 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 punitivos 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 punitivos 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 entonces a que los intereses punitivos 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 presente agravio confirmándose, en consecuencia, la sentencia recurrida.

ASI LO VOTO.

El Sr. Juez Dr. Rubén D. Gérez votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA LA SRA. JUEZ DRA. NELIDA I. ZAMPINI DIJO:

Corresponde: I) Rechazar el recurso de apelación interpuesto mediante escrito electrónico el día 4-08-2019; II) Imponer las costas al ejecutante por resultar perdidoso (art. 556 del C.P.C); III) Diferir la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 51 de la ley 14.967).

ASI LO VOTO.

El Sr. Juez Dr. Rubén D. Gérez 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 mediante escrito electrónico el día 4-08-2019; II) Se imponen las costas al ejecutante por resultar perdidoso (art. 556 del C.P.C); III) Se difiere la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 51 de la ley 14.967). Notifíquese personalmente o por cédula (art. 135 del C.P.C.). Devuélvase.

NELIDA I. ZAMPINI RUBEN D. GEREZ

Pablo D. Antonini Secretario