REGISTRADA BAJO EL N° 24 (S) F° 154/157**EXPTE. N° 167004 Juzgado N° 7**

En la ciudad de Mar del Plata, a los 7 días de Marzo de 2019, reunida la Excma. 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/ FAT WALTER MATIAS 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. 34/40?
- 2) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

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

I) Dicta sentencia la Sra. Juez de Primera Instancia, resolviendo mandar llevar adelante la ejecución contra el Sr. Walter Matías Fat por la suma de \$30.505 con más intereses a calcularse conforme la tasa que percibe el Banco de la Nación Argentina en sus operaciones normales de descuento a treinta días, por resultar abusiva la tasa pactada en el título ejecutivo.

II) Dicho pronunciamiento es apelado con fecha 24/10/2018 por el Dr. Raúl Horacio Greco, letrado apoderado de la ejecutante, fundando su recurso con fecha 2/11/2018 con argumentos que no merecieron respuesta de la contraria.

III) Agravia a la recurrente que, en la sentencia apelada, la *a quo* considere ajustado a derecho aplicar un tope a los intereses convenidos, disponiendo la aplicación de la tasa legal que percibe el Banco de la Nación Argentina para sus operaciones normales de descuento -tasa activa-, asimilando el presente caso a un supuesto en que no se pactaron intereses.

Señala que dicho tope resulta ser muy inferior a la tasa fijada en la cartular, eludiendo considerar las circunstancias del caso a los fines de justificar la abusividad del pacto en materia de intereses.

Cita jurisprudencia.

IV) Pasaré a analizar los agravios planteados.

Anticipo que, a mi entender, debe confirmarse la sentencia de primera instancia ante la imposibilidad de colocar al recurrente en peor situación que aquella en la que se encontraba antes de apelar (prohibición de la *"reformatio in pejus"*).

Explicaré las razones en las que respaldo mi propuesta al presente acuerdo. Como primer eslabón en el análisis, 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 pretende ejecutarse. 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 infiere que las partes se encuentran ligadas en virtud de una operación de naturaleza financiera, tal como se ha 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; fs. 18).

A lo anterior se suma que la operación ha ligado a una persona física, que a la ejecutada se le ha trabado embargo sobre sus remuneraciones a percibir de la firma "El Palacio del Bife S.R.L." (fs. 26/27), que se estableció un TEA (tasa efectiva anual) del 94,75% en el pagaré de fs. 18, y que "el sistema de amortización del capital y cancelación de intereses es de capital constante" (cláusula f; fs. 18), 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 29/6/2011). Siendo ello así, se infiere evidentemente que en autos 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, causas N° 166189 RSD 139/18 del 9/8/2018, 159609 RSD 194/15 del 29/9/2015, 158670 RSD 165/15 del 15/9/2015, 158880 RSD 193/15 del 29/9/2015).

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. jurisprud. esta Sala, causas N° 148094 RSD 191/11 del 17/10/2011, 159609 RSD 194/15 del 29/9/2015; doct. Eduardo Barreira Delfino *"Créditos para consumo, pagarés y abstracción cambiaria"* publicado en Revista de Derecho Bancario y Financiero IJ-L-208). De allí que el pagaré ejecutado no modifica el criterio sostenido por 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; conf. Cám. Nac. de Comercio, in re *"Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. c/ Dayan, Gonzalo s/ cobro ejecutivo"*, sent. del 19/2/2015).

Cabe aclarar que -aún cuando se integre el título con la solicitud de crédito personal- no alcanza con la inclusión de todos los recaudos del art. 36 de la L.D.C. para que el pagaré sea ejecutable, por 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) Asimismo, el juicio ordinario posterior (art. 551 del C.P.C.) 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) Por último, 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. SCBA C. 105164 del 17/12/2014). De allí 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 pagarés creados con todos los recaudos del art. 36 de la L.D.C.

Sin embargo, me encuentro imposibilitada de modificar la sentencia recurrida, atento la plena vigencia del principio de prohibición de la "*reformatio in pejus*". De acuerdo a esta regla, ante la falta de recurso del contrario, no se puede empeorar la situación del recurrente, correspondiendo confirmar lo resuelto en primera instancia, sin que esta Alzada deba expedirse sobre la queja relacionada con la tasa de interés, toda vez que si para este tribunal el título es "inhábil", mal podría aceptarse el reconocimiento de los intereses pretendidos.

Es decir que la "omisión" de consideración de la pretensión del recurrente responde a la imposibilidad de revisar algo que, ni siquiera en parte, debió ser receptado por el juez de grado, por lo que no podría achacársenos que incurrimos en violación del art. 168 de la Constitución Provincial (argto. jurisp. SCBA causas C. 98756 del 25/11/2009, 98401 del 22/6/2001, 98107 del 14/9/2011, entre otras). Dicho de otro modo: este tribunal considera que el juicio fue promovido con un título inhábil para "ejecutar" una deuda generada a partir de un contrato que instrumenta una relación de consumo; por consiguiente, tampoco son "ejecutables" los accesorios de esa obligación (intereses), los que -a nuestro criterio- ni siquiera debieron ser admitidos en la medida en que lo dispuso el juez de grado (argto. jurisp. esta Sala, causa N° 153828 RSD 72/13 del 30/4/2013).

Por lo tanto, si ingresáramos en la consideración del agravio planteado por el recurrente, iríamos en contradicción con nuestra propia postura, es decir la referida a la imposibilidad "absoluta" de dar cabida a las ejecuciones de pagarés que instrumentan aquel tipo de contratos. A los fines de evitar interpretaciones equívocas, subrayo que la regla de la "*reformatio in pejus*" no es óbice para que este tribunal pueda emitir el pronunciamiento que considere correcto para el caso (inhabilidad de título). A todo evento, lo que veda la "*reformatio in pejus*" es que ese nuevo parecer de la Alzada pueda transformarse en una renovación de los alcances del fallo de primera instancia que conlleve a una situación desventajosa para el apelante.

Se impone la necesidad de efectuar las aclaraciones precedentes para que no quede ninguna duda de cuáles han sido los motivos por los que se consideró imposible ingresar en el tratamiento de la tasa de interés aplicable, que forman parte del razonamiento jurídico que conduce al rechazo del recurso de apelación deducido por la parte actora. En ese contexto no debería entenderse que ha habido una omisión en cuanto al tratamiento de dicho tópico, dado que el propio Tribunal Superior Provincial en un caso análogo al presente (causa N° 149753 in re "*Banco Francés c/ Sanchez, Pablo Horacio*" RSD 1/12 del 2/2/2012), desestimó el recurso extraordinario de nulidad planteado, concluyendo que no existe omisión esencial "cuando el

tribunal brinda las razones por las que considera que el tema no debe ser tratado" (conf. SCBA C. 116.824 del 8/8/12).

En suma, entiendo que es imposible ingresar en la consideración de la improcedencia del tope a la tasa de interés pactada, como pretende el apelante, puesto que a mi juicio, aunque por la prohibición de la "*reformatio in pejus*" no puedo alterar la sentencia apelada, el título ejecutado ni siquiera es "ejecutable". Por ello, corresponde rechazar el recurso de la parte actora referente a la tasa de interés aplicable al crédito reclamado, confirmando la sentencia recurrida respecto de este parcial.

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 deducido electrónicamente el 24/10/2018 y, en consecuencia, confirmar la sentencia de fs. 34/40. **II)** Imponer las costas a la recurrente (art. 68 del C.P.C). **III)** Diferir la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 31 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 dados en el precedente acuerdo: **I)** Se rechaza el recurso deducido electrónicamente el 24/10/2018 y, en consecuencia, se confirma la sentencia de fs. 34/40. **II)** Las costas se imponen a la recurrente (art. 68 del C.P.C). **III)** Se difiere la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 31 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