NEUQUEN, 14 de septiembre del año 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"BANCO HIPOTECARIO S.A. C/ MONTENEGRO ELEADORO Y OTRO S/ COBRO EJECUTIVO"**, (**JNQJE1 EXP** Nº **505385/2013**), venidos a esta **Sala II** integrada por los Dres. Federico **GIGENA BASOMBRIO** y Patricia **CLERICI**, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Micaela **ROSALES** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, **el Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:**

I.- La sentencia de trance y remate de fs. 168/170 hace lugar a la excepción de inhabilidad de título interpuesta, y en consecuencia, desestima la presente ejecución.

La decisión es apelada por la actora en los términos que resultan del escrito de fs. 173/176 y que es respondido a fs. 185/191.

Asimismo la demandada, por intermedio de sus letrados. cuestiona los honorarios por bajos a fs. 177/178.

II.- Como cuestiones previas al inicio del análisis del tema importa señalar que, no obstante lo requerido por la demandada, el memorial contiene una crítica suficiente en relación a la sentencia dictada, razón por la cual en modo alguno puede ser declarado desierto.

En segundo lugar y despejada dicha cuestión formal, tengo por no controvertido que estamos en presencia de una relación de consumo entre las partes dado que así lo afirmó el juez y sin que haya mediando crítica alguna por los intervinientes en el proceso.

Finalmente y no obstante lo afirmado por el demandado al responder el traslado que se le confiriera de la documental adjuntada por la contraria, lo cierto es que el

juez tuvo por válida dicha documental y el accionado, al responder los agravios, nada ha dicho acerca de dicho tema, por el contrario cuestionó por nulas las cláusulas que allí figuran.

Por consiguiente, estamos en presencia de una relación de consumo y la documental que obra reservada y que se tiene a la vista en este acto por haber sido requerida, es válida.

Sin perjuicio de ello se señala que, dada la naturaleza de la prueba, la negativa formulada por la accionada carece de sustento legal, toda vez que en tal caso debió recurrir al procedimiento específico para este tipo de prueba.

III.- Tal como resulta de la postura de las partes expresada, en el proceso la cuestión controvertida se centra en si a los pagarés les resulta aplicable las disposiciones de la Ley de defensa al consumidor.

En tal sentido, si la respuesta es positiva, la defensa que dedujera el ejecutado prosperará, y en caso contrario, deberá ser desestimada. O bien, que exista otra respuesta.

En el caso, el juez, luego de analizar la existencia de una relación de consumo se plantea si el caso debe analizarse en base a las disposiciones de la Ley del consumidor o conforme la normativa de los títulos de crédito, concluyendo que la primera debe primar y acto seguido, y sin que pueda determinarse si se refiere al pagaré o a la documental, concluye que no se encuentran reunidos los recaudos previstos por el artículo 36 de la ley 24.240, y por ende, la inhabilidad opuesta es pertinente.

Pues bien, analizada la cuestión en modo alguno comparto el análisis que realiza el juez y que concluye con lo

que se ha llamado el “imperialismo del consumidor” en virtud del cual quedan derogadas, sin disposición legal alguna, la normativa referente a los títulos de crédito y que hoy alcanza a los pagarés pero que pronto se extenderá a la letra de cambio y a los cheques, ya que con el razonamiento aplicado ninguna limitación cabe para arribar a dicha conclusión y el consiguiente fin de los juicios ejecutivos.

Todo ello, por cierto, en base a decisiones judiciales y sin que el legislador haya regulado sobre los llamados pagarés de consumo, no obstante el tiempo transcurrido.

Así, en relación al tema se ha dicho en apreciaciones que comparto por parte de Emilio Ibarlucía (Cita Online: AR/DOC/1436/2015):

En los últimos tiempos se ha generado un importantísimo e interesante debate a raíz de diversos fallos provenientes de distintos tribunales del país, que han puesto en crisis los clásicos títulos autónomos, literales y abstractos, que, de acuerdo a las normas procesales, siempre han dado lugar a la persecución de su cobro por la vía del juicio ejecutivo. Ello es así dado que, con relación a algunos aspectos, los tribunales optan por darle prevalencia a disposiciones de Ley de Defensa del Consumidor. La extensión a ultranza de los argumentos que vuelcan la decisión a favor de esto último puede llevar a la lisa y llana extinción de los títulos ejecutivos, consecuencia que, de producirse, puede ser por demás grave.

En efecto, la abstracción cambiaria es tan antigua como el Código de Comercio sancionado en 1889 (ley 2.637), que la contempló en el art. 212, así como dedicó un capítulo a los "vales, billetes y pagarés" (arts. 589 a 741). Cuando por medio del dec.ley 5965/63 (ratificado por la ley

16.478) se reglamentó la letra de cambio y el pagaré no se hizo otra cosa que adoptar —con las adaptaciones necesarias— la convención internacional de Ginebra de 1930 (llamada "Ley Uniforme de Ginebra") (1). El cheque también fue contemplado en el Cód. de Comercio de 1889 y luego se reguló por el dec.ley 4776/63 (ratificado por ley 16.478), inspirado también en la Ley Uniforme de Ginebra (actualmente es regulado por la ley 24.452 de 1995).

No son los únicos títulos circulatorios y es de señalar que la reciente ley 26.994 no sólo aprueba el nuevo Código Civil y Comercial sin derogar esas leyes, sino que contiene un capítulo especial sobre "Títulos valores" (Cap. 6 de la Sección 1ra. del Libro III, arts. 1815 a 1881), que ciertamente versa sobre títulos abstractos, autónomos, literales y circulatorios.

Por consiguiente, el tema es muy serio, dado que, como dije, si se extrema la aplicación prevaleciente de la LDC, los títulos circulatorios en general pueden correr riesgos de extinción, y no parece — al menos hasta el momento — que sea la intención del legislador.

En una primera aproximación al tema, podría señalarse que para el caso de los títulos de crédito resultan aplicables los principios sentados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, bien que referidos a la Ley de Seguros.

Así, y reafirmando la existencia de los regímenes especiales, la Corte ha señalado: “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, tal como ocurre en el caso de la singularidad del régimen de los contratos de seguro (Buffoni, Osvaldo Omar c. Castro, Ramiro Martín s/ daños y

perjuicios – 8/4/2014 – Cita online: AR/JER/6035/2014, en igual sentido en los autos “Flores c/ Giménez s/ daños y perjuicios” del 6 de junio del 2.017).

En tal sentido, entonces, tendrían plena vigencia las normas cambiarias pero también se podría sostener, y de hecho se ha dicho, que la Ley de defensa al consumidor también es especial, por lo cual, subsiste el problema.

Entiendo que la cuestión comenzó a manifestarse a partir de precedentes contrarios que derivaron en la autoconvocatoria a plenario de la Cámara Nacional en lo Comercial, quien por mayoría se expidió por la aplicación de oficio de la última parte del artículo 36 de la ley 24.240 modificada por ley 26.361 en lo que se refiere a la competencia.

Si bien se postuló la aplicación de oficio de la declaración de incompetencia, nada autoriza a postular que dicha conclusión se refiera a la cuestión aquí sostenida, salvo algunas apreciaciones de algunos de los votantes que sustentan la mayoría; pero el plenario se refiere exclusivamente al tema de la competencia, como resulta de la formulación de la cuestión por parte de dicho Cuerpo Colegiado.

De todas formas y si bien comparto la postura minoritaria, me pregunto que pasaría si el juez decide de oficio su declaración de incompetencia e iniciado el juicio en el lugar pertinente, el demandado sostiene que desea litigar en el lugar pactado o que resulta del título que se ejecuta. No siempre el juez, devenido en defensor de una de las partes, decide la cuestión acertadamente, toda vez que el deudor consumidor puede querer litigar en la jurisdicción pactada.

Hecha la introducción, corresponde analizar el conflicto normativo.

En tal sentido y luego de haber analizado las distintas alternativas, primacía de la Ley de defensa del consumidor, de la normativa cartular o composición de ambas, adelanto que me inclinaré por esta última con la expresa aclaración que la Ley del consumidor no se aplica de oficio, salvo si es invocada por el deudor, rige exclusivamente cuando se trata de obligados directos –librador, beneficiario- y no cuando el título ha circulado de acuerdo con la ley de circulación de dichos documentos y los requisitos exigidos por el artículo 36 de la ley 24.240, obviamente, no se encuentran en el título sino en los documentos que acreditan la causa del mismo.

Es así que seguiré en líneas generales el fallo dictado por la Sala 2 de la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Córdoba dictado en los autos "Banco Hipotecario c/ Carranza" el 25 de agosto del 2.015, como también, los valiosos aportes de Emilio Ibarlucía en distintos artículos relacionados con el tema (ver AR/DOC/1436/2015), Paolnatonio Martín AR/DOC/4102/2015, AR/DOC/1267/2015), Marcelo Quaglia y Lucas Menossi (AR/DOC/1415/2017), entre otros.

a) La primer cuestión a analizar se refiere a si existe una ley de orden superior a la otra.

Al respecto y tal como lo pone de relieve Ibarlucía, cabe señalar:

Como vimos, para resolver de la forma que se ha referenciado, se parte de sostener que la LDC es una ley constitucional a diferencia de las leyes que regulan los títulos abstractos que son leyes de derecho común o, en su caso, leyes procesales provinciales. Se habla también de que es una ley jerárquicamente superior (15).

Lo primero que debe aclararse es que en nuestro ordenamiento jurídico-constitucional el orden jerárquico es:

1°) Constitución Nacional y tratados o declaraciones con jerarquía constitucional; 2°) tratados internacionales; 3°) leyes nacionales (federales y nacionales de derecho común) (16).

Ello surge claramente del art. 75 inc. 22 de la Const. Nacional, que vino a zanjar el problema interpretativo histórico del art. 31, que decía (y sigue diciendo): "Esta Constitución, las leyes que en su consecuencia se dicten son la ley suprema de la Nación...". Nunca hubo dudas acerca de que la Constitución estaba por encima de las leyes y de los tratados; la duda existió con relación a la prelación normativa entre estos últimos, que fue zanjada por la Corte Suprema en el fallo "Ekmedjian c. Zofovich" (17) a favor de los segundos, y que la reforma de 1994 plasmó en el primer párrafo del inc. 22 del art. 75. A su vez, por vía del segundo párrafo se dio jerarquía constitucional a algunos tratados y declaraciones de derechos humanos y a los que por el procedimiento allí previsto el Congreso brinde tal jerarquía.

De manera, pues, que no existen leyes constitucionales y otras que no lo son. Todas las leyes nacionales son constitucionales dado que se dictan por el Congreso Nacional en uso de las atribuciones que la Constitución le reconoce. Las leyes de derecho común son reglamentarias de derechos constitucionales. Están contempladas en el art. 75 inc. 12 pero también en los arts. 14 y 20 de la Const. Nacional en cuanto enuncian los llamados derechos civiles de los habitantes que deben ejercerse conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio. El art. 14 prevé el derecho a usar y disponer de la propiedad, que comprende a todos los derechos patrimoniales (contratar, comerciar, ejercer industria lícita, etc.). En lo que para este trabajo nos interesa, el art. 212 del Cód. Com. es reglamentario de ese derecho, lo mismo que las leyes de letra

de cambio y pagaré o la ley del cheque (complementarias del Cód. Com.). Es que el derecho de propiedad, como desde antiguo ha dicho la Corte Suprema, no se circunscribe al derecho real de dominio, sino que comprende todo lo apreciable económicamente fuera de la vida y de la libertad (18), quedando alcanzado en tal concepto el derecho de crédito.

No advierto que pueda extraerse de la cita de Joaquín V. González invocada por el Dr. Heredia en su voto en el plenario de la C.N.Com. que las leyes nacionales mentadas por el art. 31 de la Const. Nacional excluyan a las leyes de derecho común, las que —reitero— son dictada por el Congreso en cumplimiento de la Constitución misma. Tampoco surge ello del art. 21 de la ley 48, al que le cabe la misma observación en cuanto a "las leyes que ha sancionado o sancione el Congreso".

El art. 31 de la Const. Nacional cuando habla de "leyes que en su consecuencia se dicten" se refiere a todas las leyes que dicte el Congreso. El artículo debe leerse completo, ya que a continuación dice: "... y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ellas, no obstante cualquier disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales...". Esta norma fue tomada del art. VI de la Constitución norteamericana, y tanto en el país del Norte como en el nuestro tuvo por intención dejar claramente establecido que se adoptaba el sistema federal de gobierno, pero que los Estados o provincias, si bien se regirían por sus propias constituciones y dictarían sus leyes locales, debían respetar la Constitución Nacional, las leyes nacionales y los tratados internacionales firmados por el gobierno federal.

Y remarca más adelante:

Como se ha señalado, se parte de la base de que, como la LDC es sancionada por el Congreso en cumplimiento del art. 42 de la Const. Nacional es de mayor jerarquía que los códigos Civil y de Comercio y demás leyes complementarias. Ello no es así. Tienen la misma jerarquía normativa, ya que los segundos son sancionados en uso de los arts. 14, 20 y 75 inc. 12, a los que deben añadirse los incs. 17, 19 y 23, que también contienen prescripciones dirigidas al legislador al momento de sancionar la legislación de derecho común.

La ley 26.994, al tiempo que aprueba el Código Civil y Comercial, por medio del Anexo II modifica los arts. 1°, 8° 50 de la ley 24.240 y agrega un art. 40 bis. También introduce en el Código un Título sobre "contratos de consumo" (arts. 1092 a 1122), que ciertamente modifica y complementa la LDC, lo cual demuestra a las claras que la LDC no está fuera del derecho común.

El art. 1 de la LDC —en concordancia con el art. 1092 del nuevo Código— es modificado, pues lo reproduce con excepción de que elimina la última frase que fuera introducida por la ley 26.361. Me refiero a la figura del bystander ("y a quien de cualquier manera esté expuesto a una relación de consumo"), exclusión deliberada, conforme se explica en los Fundamentos expuestos por la comisión redactora (24). Tal modificación no hubiera sido posible —de más está decirlo— si la LDC fuera una ley constitucional. No hubo ninguna convención constituyente, simplemente una ley sancionada por el Congreso Nacional.

Es que lo que tiene jerarquía constitucional es el art. 42 y no la ley 24.240 (ni los arts. 1092 a 1122 del nuevo Código). El art. 42 establece los principios básicos en relación a los derechos del consumidor en un breve texto. La LDC y el nuevo Código desarrollan esos principios, pero sus normas no dejan de tener jerarquía legal. Cuando el

constituyente quiere que determinados principios o reglas pasen de ser legislativas a ser constitucionales así lo decide incorporándolas a la Constitución. Así ocurre, por ejemplo, en el ámbito provincial, con garantías procesales penales, que, estando en los códigos provinciales, han sido elevadas a las Constituciones locales. Asimismo, los tratados internacionales de derechos humanos han recogido garantías procesales penales que tenían estatus legal en distintos países (v.g. art. 8 de la CADH). Nuestro país, al darle jerarquía constitucional a esos tratados, las constitucionalizó.

Y añade:

Si la LDC no es ley constitucional (dado que esta categoría no existe en nuestro sistema), la consecuencia necesaria es que, en caso de conflicto entre aquélla y otras leyes —como las de títulos abstractos—, debe resolverse el entuerto recurriendo en primer lugar a cómo se resuelven los conflictos entre normas de igual jerarquía.

La primera es aplicando el principio de ley posterior prima sobre ley anterior, en tanto no existen sólo derogaciones expresas sino también tácitas. En la medida que la ley 24.240 es posterior a la ley 16.478 (ratificatoria del dec. ley 5965/63) podría ser éste el argumento para hacerla prevalecer (39). Sin embargo, la cuestión no es tan sencilla, dado que la excepción a tal principio es el de que la ley especial prima sobre la ley general, y podría argumentarse que la ley de letra de cambio y pagaré es ley especial ya que regula el microsistema de los títulos autónomos, literales, abstractos y circulatorios (40). Pero en sentido contrapuesto se sostiene que es la LDC la ley especial en tanto establece un régimen especial de protección del consumidor (41).

Ante esta disyuntiva lo correcto, a mi juicio, es resolver el problema por vía de una ponderación entre las dos

leyes en conflicto, ya que, en definitiva, son principios o valores los que están en juego. Al efecto debe partirse de la base de que ambas leyes tienen fundamento constitucional. La LDC, sobre la base del art. 42, tiende a proteger al consumidor, pero el dec. ley 5965/63 procura facilitar el crecimiento económico mediante el comercio (42), y en tal sentido no cabe duda que se compadece con los fines del preámbulo y los previstos en los incisos 18 y 19 de la Const. Nac.

Debe tenerse en cuenta también que el trámite del juicio ejecutivo, con la prohibición de defensas basadas en la causa de la obligación (43), ofrece al deudor una vía para hacer valer en plenitud su derecho de defensa por medio del juicio ordinario posterior (art. 544 del C.P.C.C.N.). Aunque ello no es nada fácil (dado que previamente debe cumplirse la condena), está claro que el ordenamiento jurídico no es indiferente a los derechos del deudor. Asimismo, debe tenerse en cuenta que ser tenedor de títulos abstractos lejos está de garantizar el cobro por parte del acreedor, ya que no son suficientes para verificar el crédito en el concurso o quiebra del deudor (44).

Y con relación al orden público, la Cámara cordobesa sostiene en apreciaciones que comparto en líneas generales, ya que mantengo que la incompetencia de oficio no es pertinente:

El único y exclusivo fundamento vertido para encuadrar la nulidad en la categoría de absoluta, ha sido la referencia a la violación de lo normado en el art. 36 de L.D.C. y al orden público que reviste el Estatuto Consumeril (art. 65 Ley 24240).

Se refuerza ese argumento con una suerte de equiparación entre la declaración oficiosa de incompetencia

territorial que la jurisprudencia ha decidido con fundamento en el art. 36 in fine de la ley 24240, con la predicada nulidad absoluta por supuesto incumplimiento de lo normado en la primera parte del art. 36 al afirmarse en el fallo: "…la aplicación del art. 36 de la L.D.C. no puede ser parcial, esto es, sólo limitada a la cuestión de competencia allí regulada, sino en todo cuanto dispone la norma" (sic fs. 57 vta.).

Discrepamos con esa afirmación, pues en nuestra opinión no estamos ante un supuesto de nulidad absoluta declarable de oficio, ni existe equiparación entre la declaración oficiosa de incompetencia (arg. art 36 in fine Ley 24240), que se funda en un verdadero fraude a la ley (art. 21 y cdtes. C.C. Hoy art. 12 C.C.U.), con la declaración oficiosa de nulidad de un pagaré por supuesto incumplimiento de los recaudos previstos en la primera parte de idéntica directiva (arg. art. 36 primera parte Ley 24240). Es contundente en ese aspecto la buena doctrina que compartimos al afirmar que la norma (art 36 de la Ley 24240 debe separarse en el plano de análisis en dos partes claramente diferenciados: "1.- La primera parte, que abarca la mayor extensión de la regla general, en la cual se establecen obligaciones de contenido contractual (bajo pena de nulidad, pero requiriendo la actuación del consumidor; las que esencialmente están vinculadas con el cumplimiento de deberes de información en el plano precontractual que alcanzan también al contractual 2. La segunda parte, correspondiente al segmento final de la norma, vinculada con el carácter nulo (sin necesidad de petición del consumidor) de las cláusulas de modificación de la competencia allí establecida. Justamente, la no comprensión de la relevante distinción entre ambas secciones del art 36 de la ley 24.240, en buena medida es responsable del error conceptual que señalamos en este trabajo. La prórroga de jurisdicción es sustantivamente lesiva en la contratación

predispuesta, aún fuera del ámbito de tutela del consumidor, y ello justifica –a la vez que requiere- la actuación de oficio del juez. Por el contrario, la ausencia de alguno de los contenidos contractuales no puede tener esa entidad y no resulta posible encuadrar la omisión como una cláusula abusiva (lo que también permitiría, al menos en algunos supuestos, la actuación de oficio). Sería ciertamente paradójico afirmar como beneficioso para el consumidor declarar la nulidad del contrato, aun cuando el consumidor consintiere esa circunstancia. El concepto de orden público es de significativa amplitud, y la inclusión de una norma en su seno de manera genérica como lo hace el art. 65 de la ley 24.240, no es un impedimento para requerir una acción positiva de la parte afectada. No sólo resulta posible aceptar la presencia de normas singulares que no revistan la nota de orden público en una legislación que se asigne esa característica, sino que resulta incorrecto equiparar el carácter de orden imperativo de la norma con su aplicación de oficio, o la prohibición de su ulterior renuncia" (Paolantonio, Martín E en "Monólogo de fuentes: el pagaré de consumo", en L.L. miércoles 20 de mayo de 2015, el subrayado y resaltado nos pertenecen).

Compartimos plenamente las conclusiones autorales precedentemente transcriptas, en apoyo de las cuales agregamos las siguientes consideraciones

Sabido es que nuestro ordenamiento fondal no precisó los casos que correspondían a la nulidad absoluta o relativa, de modo tal que el criterio de distinción es una pauta interpretativa extraída por los autores de su diverso funcionamiento a la luz de lo preceptuado por los arts. 1.047 y 1.048 C.C., existiendo casi unanimidad en la doctrina nacional respecto del criterio inspirador de la distinción (Hoy art. 387 y 388 C.C.U.).

En ese sentido se ha dicho que por el sentido y gravedad del defecto y, en consecuencia, por el interés afectado con el acto alcanzado por la sanción de nulidad, será absoluta o relativa. En la nulidad absoluta el defecto es sustancial porque afecta al interés general, los intereses generales o colectivos, en cambio en la nulidad relativa, lo que está en juego es la tutela de los sujetos determinados que padecen el vicio (C.S.J.N., Fallos 321-277, 313-173).

Ahora bien, se ha querido identificar ese interés general con la noción de bien común, buenas costumbres, orden público, concluyendo que los actos inválidos padecen una nulidad absoluta si entran en conflicto con el orden público, o con las leyes de orden público.

Pero cabe advertir que no es lo mismo predicar conflicto con el interés público que con leyes de orden público, pues en estricto rigor, hay normas de orden público (vbg. las que se refieren a la incapacidad) que al ser violadas dan lugar a nulidades solamente relativas, porque el derecho protegido es el privado y no el de la sociedad en general. Piénsese en los actos celebrados por un incapaz, los que, pese al orden público en juego, son actos afectados por una nulidad meramente relativa y por tanto susceptible de ser confirmados o convalidados, lo que importa la facultad de renunciar a la acción que la ley les confiere para hacer valer la nulidad, claro está, luego de desaparecido el vicio. (arg. arts. 1059 y sgtes C.C., hoy art. 387 y 388 C.C.U.).

Ello demuestra que el tipo de ley que rige el caso no basta para calificar la nulidad, es que, como con acierto decía Planiol, "…sólo el examen del fundamento y fin de una disposición legal determinada permite afirmar si está afectado de nulidad absoluta o relativa el acto que la infringe" (autor citado por Anahí Malicki en comentario al art

1047 Código Civil Comentado, Julio César Rivera y Graciela Medina, Directores, pág. 773).

Para definir el carácter imperativo de la norma, juez no debe actuar como un autómata y considerar en forma abstracta que si estamos frente a una norma de orden público, su violación conlleva derechamente la nulidad absoluta, sino que se debe apreciar en concreto cuál es el interés público o privado vulnerado.

Como dijo la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la determinación del efecto de los preceptos legales aplicables, en presencia de la conducta observada por las partes, es propia de los jueces de la causa, no obstante la caracterización de la ley como de orden público (C.S.J.N., "Rodríguez, Norberto Dionisio c/ La Vascongada S.A." T 246.292).

En el caso se ha presumido que el proveedor del servicio o bien adquirido por el consumidor no ha dado cumplimiento a los recaudos que enumera el art. 36 de la legislación tuitiva, sin detenerse a reflexionar que: a.- en el diseño del Estatuto consumeril, esa es una carga que debe hacer valer el interesado; b.- que en el caso el demandado no ejerció la facultad de peticionar la nulidad total o parcial del acto subyacente, dando la ocasión al juez de efectuar la debida integración en el caso que se hubiera peticionado la nulidad solo parcial.

Y ello no es negarle el carácter de orden público que expresamente se atribuye a la norma (art. 65 Ley 24240), sino reconocer que el propósito de la norma ha sido tutelar el interés privado del consumidor, en cabeza de quien ha puesto la acción de nulidad total o parcial en caso de omisión de los recaudos impuestos por la norma.

A tal punto el interés es meramente privado, que el rechazo de la ejecución podría incluso resultarle perjudicial al mismísimo consumidor que se ha intentado proteger, ya que el rechazo de la ejecución no impide la continuación del curso de intereses de la deuda, ni le ahorra un futuro proceso de conocimiento que demandará mucho más tiempo y más gastos causídicos que finalmente podrían recaer sobre las espaldas del consumidor.

Nótese que la mismísima norma aplicada para dar solución al caso (art 36 L.D.C.) expresamente establece: "cuando el proveedor omitiera incluir alguno de esos datos en el documento que corresponda, el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato o de una o más cláusulas", lo que resulta del todo acorde a las nulidades relativas que requieren petición de parte, ya que el texto legal es contundente en orden a que el impulso procesal en resguardo de su derecho debe surgir de su propia impronta, en defecto de lo cual no cabe concluir que se ha vulnerado su derecho, sino por el contrario se podría colegir que lo que se pretende cobrar no va más allá de lo oportuna y deliberadamente convenido entre las partes, o que, como afirma la actora, no se verificó cuestionamiento alguno del demandado, con respecto a las condiciones financieras de la operatoria en que se fundó la emisión del pagaré base de la acción.

Y aquí surge un nuevo disenso con el razonamiento sentencial, en orden a que la incomparecencia del demandado en nada afecta la cuestión, habida cuenta la irrenunciabilidad de los derechos en materia de consumidor.

Nadie duda a esta altura que el Derecho de los consumidores y usuarios constituye una nueva rama jurídica impregnada de orden público. Cuando la leyes emplean la expresión "orden público" (art. 65 L.D.C.) se están refiriendo al orden público- objeto, lo que significa que el interés

general se encuentra comprometido y merece ser protegido para garantizar que siempre prevalezca sobre los intereses de los particulares.

Ahora bien, el orden público de una ley puede producir dos efectos que pueden o no concurrir conjuntamente: la imperatividad de sus normas y la irrenunciabilidad de los derechos adquiridos.

Así hay situaciones de orden público relativo, en los que sus consecuencias jurídicas se limitan a la imperatividad de las normas mas no a la irrenunciabilidad de los derechos (efectos menos intensos en materia de limitación de la autonomía de la voluntad), y supuestos de orden público absoluto cuando se generan conjuntamente la imperatividad y la irrenunciabilidad (efectos más intensos donde la limitación de la autonomía de la voluntad es más acentuada).

Como criterio general cuando el derecho asignado por la norma imperativa tenga contenido patrimonial, se considera que sólo se encuentra en juego un interés individual y no el de la sociedad toda, por lo que una vez adquirido su destinatario podrá renunciarlo libremente. Esto es lo que ocurre en la gran mayoría de casos en el Derecho Privado, por lo que los derechos asignados por las normas imperativas pueden ser renunciados una vez adquiridos, como sucede en materia de prescripción, alimentos, legítima de derechos forzosos, ley de locaciones, sociedades, seguros, etc. La excepción es el supuesto de orden público absoluto, en donde la norma imperativa asigna derechos -generalmente de contenido extrapatrimonial- que son irrenunciables por encontrarse interesado el orden público, como sucede con los derechos a la personalidad (vbg. derecho a la vida, honor, intimidad etc.) o cuando la ley incluye deberes que no se pueden renunciar (vbg. patria potestad).

Precisamente en materia de derechos del consumidor, existe alguna doctrina que entiende que todos los derechos del consumidor son irrenunciables. (Alvarez Larrondo, Federico "El rol de las autoridades administrativas en defensa del consumidor a la hora de homologar acuerdos conciliatorios" L.L. del 6/2/2008).

Sin embargo, otra doctrina que compartimos, sostiene por el contrario que cabe distinguir entre dos clases de renuncias: según se trate de derechos futuros o adquiridos. Así cuando la norma es imperativa, todo negocio derogatorio (vbg. la renuncia anticipada de derechos futuros) destinado a excluir o limitar la adquisición del derecho que aquella asigna es inválida y pasible de nulidad absoluta por encontrarse comprometido el orden público (vbg. la renuncia anticipada a un beneficio es nula).

Pero una vez que ha nacido el derecho, rige el principio de que todos los derechos adquiridos son renunciables, salvo que se encuentre interesado el orden público en el acto de disposición o por así disponerlo una norma especial.

Y en el campo de los derechos patrimoniales el principio general es que ellos son renunciables por cuanto se considera que solo se encuentra en juego un interés individual y no el de la sociedad. (Horacio H de la Fuente, "Renuncia de derechos y defensa del consumidor", J.A. 2009 III, pág. 1278 y sgtes.).

Las consideraciones precedentes autorizan a disentir con el carácter de nulidad absoluta y por tanto ejercitable de oficio que se ha procedido a declarar, como asimismo con la afirmación consistente en que la incontestación de la demanda no afectaría la cuestión por tratarse de derechos irrenunciables.

A esta altura del razonamiento cabe destacar la marcada diferencia que existe entre indagar oficiosamente acerca del juez competente en pos de garantizar la defensa en juicio del consumidor (aspecto en el que está en juego el acceso a justicia y la atribución de competencia que es de orden público, art 36 in fine L.D.C.), que hacerlo para desestimar oficiosamente la ejecución por supuesto y presunto incumplimiento de la primera parte de dicha directiva. (art. 36 primera parte L.D.C.).

En el caso de la declaración de incompetencia de oficio, el pacto que prorroga la competencia a favor de una circunscripción judicial distinta a la que corresponda al domicilio real del consumidor, constituye un claro fraude a la ley, pues pese a brindarse una apariencia de respeto de la norma, de hecho se desvirtúa su finalidad o se elude utilizando otro instrumento "acto de cobertura" para conseguir un resultado análogo o prácticamente equivalente al prohibido por aquella.

En tal caso, independientemente de la posibilidad que tiene el consumidor de articular una excepción ex causa, se ha reconocido al juez la facultad y más aún el deber, de actuar oficiosamente a fin de privar de efectos al "acto de cobertura" y reestablecer el imperio de la regla de orden público, atributiva de competencia, resultante del art. 36 in fine de la ley 24240, actuación de oficio que se justifica plenamente bajo la idea de fraude a la ley o ilicitud causal. (art. 21 C.C., art. 12 del C.Unificado).

Nada de ello ocurre en el presente caso, donde no es posible presumir que la emisión del pagaré lo fue con la finalidad de desviar la finalidad distinta de la directiva consumeril, ni tampoco que ha existido omisión de cumplir con la manda de la primera parte del art. 36 de la ley 24240, por lo que la conducta de indiferencia del demandado en su defensa

no autoriza a declarar oficiosamente la nulidad de la cartular, y de esa manera suplir la inactividad del mismísimo interesado quien pudo oponer excepciones al progreso de la ejecución, y no lo hizo.

Nótese que el temperamento al que se hace puntual referencia, emanado del magistrado nacional Dr. Pablo Heredia, si bien es contundente al admitir la facultad oficiosa de restablecer el imperio de la regla de orden público atributiva de competencia (art. 36 in fine Ley 24240), también lo es al fijar los límites de esa actuación oficiosa al afirmar: "Ahora bien, tal actuación de oficio no habría de llegar al extremo, por supuesto, de la nulidad completa del "acto de cobertura", esto es, al extremo de la invalidez del pagaré o título ejecutado, sino simplemente a negar la posibilidad que su cobro sea perseguido en circunscripción judicial distinta de la correspondiente al domicilio real del consumidor, debiendo tenerse por no escrita, en su caso, cualquier cláusula de prórroga de competencia que el documento pudiera reproducir" (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial. Autoconvocatoria a plenario s/ competencia del fuero comercial en supuestos de ejecución de títulos cambiarios en que se invoquen involucrados derechos de consumidores. C.N.C. en Pleno 29/06/2011 Expte S 2093/09).

En base a la doctrina y jurisprudencia que se ha indicado en los párrafos precedentes, puede concluirse que la Ley de defensa del consumidor no es jerárquicamente superior a la normativa cambiaria, dado que dicha distinción no tiene sustento en nuestro ordenamiento.

En segundo lugar, que la remisión al orden público no justifica la actuación oficiosa del juez en relación a la primer parte del artículo 36 de la Ley de defensa del consumidor, razón por la cual y por no estar en presencia de una nulidad absoluta será carga del interesado

esgrimir y fundar la violación de la citada norma y los perjuicios que ello le ocasionó.

En tercer término y dada la existencia de una colisión de leyes, la resolución del caso no se determina por la prevalencia de una sobre la otra, ya que lo que se debe buscar es una armonización de ambas normas.

Es obvio que los requisitos del artículo 36 de la Ley de defensa del consumidor no pueden estar dentro del texto del pagaré, letra de cambio o cheque (ya que no dudamos de que la postura del “imperialismo del consumidor” se va a extender a dichos títulos), sino que deben figurar en los documentos que dieron sustento a su creación ya que la abstracción cambiaria no supone la inexistencia de causa.

Dicho esto hay que remarcar, más allá de que resulte evidente, que lo anterior solamente se aplica en relación a los títulos de consumo siempre que ello se encuentre acreditado.

Ahora bien, ya se dijo reiteradamente, que no es posible aplicar las disposiciones del artículo 36 en forma oficiosa, por lo cual, se requiere que sea el deudor que introduzca el tema.

En tal sentido, al acreedor le basta con iniciar la demanda en base al título cartular sin que se le pueda exigir una remisión a la causa del mismo y ello no puede serle exigido por el juez en al análisis que debe realizar del título, sea al inicio como en el momento del dictado de la sentencia de trance y remate, conforme lo he sostenido en reiteradas oportunidades.

El conflicto normativo solamente se va a presentar cuando el deudor introduzca una defensa, que considero correcto sea la de inhabilidad de título para

encuadrarla dentro de alguno de los supuestos de la normativa procesal.

Ahora bien, el siguiente problema se plantea entre la defensa causal articulada y la vía procesal elegida para el cobro del crédito y que guarda estrecha relación con la normativa sustancial al punto que ambas están íntimamente ligadas con el objetivo de agilizar el tráfico mercantil y el derecho que tiene el acreedor, igual que el deudor, a una tutela judicial efectiva y rápida a fin de lograr el cobro de sus acreencias.

Entonces, aquí la cuestión conflictiva se presenta con las limitaciones procesales ya que la vía ejecutiva, por principio, impide el análisis de la causa del título.

Debo reconocer que en forma reiterada he postulado la aplicación de dicho principio, pero también, que en determinados supuestos postulé el análisis de la causa e incluso su inconstitucionalidad cuando ello era evidente en el proceso y en especial en materia de apremios, mucho más limitados en su ámbito cognoscitivo que los juicios ejecutivos.

Es por ello que el análisis de ambas normas sustanciales requiere de una nueva flexibilización del principio a que se alude en el párrafo que antecede.

Ello por cuanto y cuando estamos en presencia de obligados directos, la propia normativa sustancial admite el análisis de la relación sustancial con lo cual ello permite el examen de los documentos que la instrumentan, a fin de determinar si los mismos se adecuan a la normativa de la Ley de defensa del consumidor.

En rigor de verdad, la relación sustancial resulta irrelevante cuando el título circula de acuerdo a la

ley de la circulación dada la forma en que el nuevo legitimado adquiere el título.

Por consiguiente en presencia de un tercero debidamente legitimado sigue plenamente vigente la imposibilidad de analizar la relación sustancial.

En cambio cuando se trata de obligados directos y estamos en presencia de un título de consumo es pertinente analizar si la relación sustancial reúne los recaudos previstos por el artículo 36 de la ley consumeril.

IV.- Delimitado el marco teórico corresponde analizar el caso concreto.

Ya se ha señalado que estamos en presencia de un pagaré de consumo, cuestión no controvertida, así como que del título resulta que se trata de obligados directos ya que el beneficiarios es el actor y el librador el demandado, esto es, se trata de obligados directos.

Ahora bien, no obstante la negativa del demandado incluso en relación a su firma, ninguna duda cabe de la autenticidad de la documental adjuntada por el actor como consecuencia de la apertura a prueba de la defensa interpuesta y ello como consecuencia que pese a lo afirmado por el juez en el sentido de tener por válida dicha documental, al responder los agravios la deudora nada dijo.

Si bien el juez en modo alguno ha sido claro, las manifestaciones del ejecutado en el sentido que los recaudos del artículo 36 deben figurar en el título circulatoria en modo alguno pueden ser admitidas dado que ello contraría lo expresamente dispuesto por la legislación cambiaria.

Incluso, adviértase que la jurisprudencia que cita al oponer excepciones avala la postura expuesta en el párrafo que antecede.

El título, en el caso pagaré, debe reunir los recaudos previstos por el artículo 101 y siguientes del decreto ley 5965/63, ni más ni menos.

Ahora bien, no obstante lo que sostiene el deudor moroso, lo cierto es que hay una clara vinculación entre la solicitud de crédito que formulara y el pagaré y ello se basa en lo expuesto en el contrato donde expresamente se menciona que en garantía del crédito se firmará un pagaré a la vista (cláusula 12) y la fecha y monto de ambos documentos.

A lo expuesto, se agregan sus propias manifestaciones en la parte final del responde al sostener que “no contraemos un crédito sino que lo que contraemos es una deuda, que encima garantizamos con un pagaré a la vista”, con lo cual resulta claro que estaba informado de lo que solicitaba y las garantías pertinentes para asegurar el pago del crédito.

Destaco que, en realidad y conforme lo que resulta de sus propias manifestaciones en la documental agregada, se advierte que parte del crédito era para cancelar otro anterior que fuera abonado parcialmente -$11.900-.

Alega la parte deudora que se le obligó a contratar una serie de servicios bancarios siendo dicha afirmación falsa, toda vez que los productos bancarios fueron adquiridos con anterioridad como se advierte del préstamo anterior parcialmente cancelado.

También sostiene que la actora no ha indicado importes y razonabilidad de determinadas comisiones sea por gastos, comisiones de originación, seguros varios y demás gastos.

Pues bien, no obstante la enumeración que formula y cláusulas cuya nulidad peticiona, lo cierto es que en

momento alguno indicó cual era el perjuicio que se le ocasionó con ello.

Cierto es que puede alegar que el perjuicio es evidente ya que se trata de pagos que debe realizar, pero en el caso concreto lo cierto es que solicitó la suma de $29.000 y dicho importe, exclusivamente, es el que se le pretende cobrar en este proceso conforme resulta del pagaré y los términos de la demanda.

De manera tal que, aún de asistirle razón, en nada varía su situación deudora toda vez que dichos gastos no se le reclaman en el presente, sin perjuicio de que si se accionara por su cobro pueda, ahí sí, plantear su nulidad por violación de la ley del consumidor.

En cuanto a los plazos y monto de las cuotas la cuestión también resulta irrelevante, toda vez que se le reclama la totalidad del monto que solicitara y sin que abonara o efectuara pago parcial alguno, razón por la cual resulta claro que el monto ejecutado coincide con el peticionado por el cliente consumidor.

Con respecto a la tasa de interés la misma figura tanto en el pagaré como en la documental que hace a la relación sustancial, por lo cual, mal puede agraviarse sobre el tema y menos alegar que no fue debidamente informado.

Cierto es que el pagaré prevé la capitalización mensual y ello claramente resulta abusivo y violatoria del Código Civil y Comercial, pero en el caso concreto la demanda solamente reclama los intereses compensatorios y punitorios sin aludir en momento alguno a su capitalización con lo cual el acreedor no está reclamando el cumplimiento de la cláusula en los términos objetados y ello ningún agravio le puede causar el deudor moroso, por el contrario.

Destaco que la tasa fijada no aparece como desmedida y que en todo caso el demandado en momento alguno ha acreditado que sea superior a la del mercado, destacando que aún en la actualidad se ofrecen préstamos con tasas superiores a la pactada para lo cual basta remitirse a la propaganda del banco local.

Por último, destaco que pese a la negativa de la firma por parte del deudor dicha defensa no tendrá andamiento, toda vez que no ha producido la prueba pertinente.

En tales condiciones y toda vez que la demandada no ha demostrado el perjuicio que le causa el supuesto incumplimiento del artículo 36 de la ley que invoca y dado que la documental, el pagaré y la demanda permiten tener por cumplidos los requisitos exigidos por la norma en cuestión, es que propiciaré el rechazo de la defensa interpuesta.

V.- Por las razones expuestas, propongo se revoque la sentencia apelada y se desestime la defensa causal interpuesta por la accionada, razón por la cual la demanda prosperará por la suma reclamada con más sus intereses pactados, con costas de ambas instancias a la demandada. Los honorarios serán dejados sin efecto –lo cual torna abstracto el recurso arancelario- difiriéndose su consideración para cuando se practique la pertinente liquidación.

La Dra. Patricia CLERICI dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta SALA II

RESUELVE:

I.- Revocar la sentencia de fs. 168/170, desestimando la defensa causal interpuesta por la accionada, y

en consecuencia, hacer lugar a la demanda por la suma reclamada con más sus intereses pactados.

II.- Imponer las costas de ambas instancias a la demandada perdidosa (art. 558 y art. 68, CPCyC).

III.- Dejar sin efecto los honorarios regulados en la sentencia recurrida, difiriéndose su consideración para cuando se practique la pertinente liquidación.

IV.- Regular los honorarios correspondientes a esta instancia para la Dra. ... –en el doble carácter por la parte actora-, en el 35% de la suma que resulte de la liquidación de sus honorarios de primera instancia, y para los Dres. ... y ... –patrocinantes de la parte demandada-, en el 30% de las sumas que resulten liquidadas en la instancia de grado para cada uno (art. l5, ley 1594).

V.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente, vuelvan los autos a origen.

Dr. FEDERICO GIGENA BASOMBRIO - Dra. PATRICIA CLERICI
Dra. MICAELA ROSALES - Secretaria