

"Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial. Autoconvocatoria a plenario s/ competencia del fuero comercial en los supuestos de ejecución de títulos cambiarios en que se invoquen involucrados derechos de consumidores"

CNCOM EN PLENO

29/06/2011

En Buenos Aires, el 29 de junio de dos mil once, se reúnen los señores jueces de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial para pronunciarse en la causa "Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial. Autoconvocatoria a plenario s/ competencia del fuero comercial en los supuestos de ejecución de títulos cambiarios en que se invoquen involucrados derechos de consumidores" (Expte. S. 2093/09), con el objeto de resolver la siguiente cuestión:

"En las ejecuciones de títulos cambiarios dirigidas contra deudores residentes fuera de la jurisdicción del tribunal:

1. ¿Cabe inferir de la sola calidad de las partes que subyace una relación de consumo en los términos previstos en la ley N° 24.240 de Defensa del Consumidor, prescindiendo de la naturaleza cambiaria del título en ejecución?
2. En caso afirmativo: ¿Corresponde declarar de oficio la incompetencia territorial del tribunal con fundamento en lo dispuesto en el art. 36 de la Ley de Defensa del Consumidor?"

I. A las dos preguntas formuladas, los señores jueces Pablo D. Heredia, Miguel F. Bargalló, Rafael F. Barreiro, Isabel Míguez, Alfredo Arturo Kölliker Frers, José Luis Monti, Juan R. Garibotto, Juan José Dieuzeide, Ángel O. Sala, Bindo B. Caviglione Fraga, Alejandra N. Tevez y Juan Manuel Ojea Quintana, responden de modo afirmativo por los fundamentos de los votos que se exponen a continuación.//-

I.A. Fundamentos del doctor Pablo D. Heredia:

1º) Que el art. 15 de la ley 26.361 sustituyó el texto del art. 36 de la ley 24.240 sobre Defensa del Consumidor incorporando, entre otras disposiciones atinentes a las operaciones financieras para consumo y de crédito para el consumo, la siguiente:

"...Será competente, para entender en el conocimiento de los litigios relativos a contratos regulados por el presente artículo, siendo nulo cualquier pacto en contrario, el tribunal correspondiente al domicilio real del deudor..."-.

Con fundamento en tal reforma legal, diversos juzgados de primera instancia del fuero reiteradamente se han declarado incompetentes por razón del territorio en ejecuciones de títulos cambiarios promovidas por bancos y compañías financieras contra personas de existencia física que, reputadas como firmantes de dichos títulos, tienen domicilio real denunciado en extraña jurisdicción.-

En general, tales declaraciones de incompetencia han sido resueltas de oficio y antes de trabarse la litis, en juicios ejecutivos iniciados con base en pagarés librados por sujetos con domicilio real en alguna provincia del interior del país, distinguiéndose cuatro situaciones afines: a) lugar de libramiento del pagaré igual al lugar de pago, existiendo cláusula inserta en el pagaré de prórroga de jurisdicción a favor de los tribunales ordinarios de la ciudad de Buenos Aires, esto es, a favor de la circunscripción judicial correspondiente a los domicilios de los bancos o financieras ejecutantes;; b) lugar de libramiento del pagaré distinto del lugar de pago, existiendo una cláusula de prórroga de jurisdicción como la precedentemente descrita; c) lugar de libramiento del pagaré igual al lugar de pago, sin cláusula de prórroga de jurisdicción; y d) lugar de libramiento del pagaré distinto del lugar de pago, sin cláusula de prórroga de jurisdicción.-

Otros juzgados de primera instancia de este fuero comercial, no han seguido igual temperamento y, por el contrario, se han declarado competentes para entender en ejecuciones de las características indicadas.-

Por otra parte, la divergencia de soluciones ya se ha evidenciado en decisiones de esta alzada comercial, pues algunas confirmaron las declaraciones de incompetencia resueltas en primera instancia (conf. CNCom. Sala C, 12/6/09, "Cooperativa de Crédito, Consumo y Vivienda Nuevo Siglo Ltda. c/ Almeida, Ana María s/ ejecutivo"; íd. Sala C, 30/9/09, "BBVA Banco Francés S.A. c/ Hernández, Roberto Emilio s/ ejecutivo"; íd. Sala D, 26/5/2009, "Compañía Financiera Argentina S.A. c/ Barrionuevo, Juan Manuel s/ ejecutivo"; íd. Sala E, 26/8/2009, "Compañía Financiera Argentina S.A. c/ Castruccio, Juan Carlos"), y otras las revocaron manteniendo la competencia del fuero nacional en lo comercial (conf. CNCom. Sala B, 27/8/2009, "HSBC Bank Argentina S.A. c/ Dominguez, Juan Federico s/ ejecutivo"; íd. Sala B, 13/8/2009, "Banco de la Ciudad de Buenos Aires c/ Silva, Héctor Darío").-

Tales son, en sustancia, los antecedentes fácticos que originan este acuerdo plenario autoconvocado para unificar jurisprudencia y evitar sentencias contradictorias (art. 302 del Código Procesal), así como, en última instancia, para poner un quietus que brinde previsibilidad a la actuación de la justicia nacional en lo comercial.-

2º) Que, bien entendidas, las preguntas que la Presidencia de esta Cámara de Apelaciones ha fijado para ser respondidas por el acuerdo plenario (art. 296 del Código Procesal), conectan con un tema sustancial que está presente en la esencia del problema planteado.-

Me refiero a si la "abstracción cambiaria" de la que son tributarios los títulos ejecutados, forma un óbice insalvable a una indagación de tipo causal a partir de la cual pueda extraerse los elementos de juicio necesarios para fundar declaraciones oficiosas de incompetencia basadas en el citado nuevo texto del art. 36 de la ley 24.240. Particularmente, si dicho principio del derecho de títulos-valores impide, en un juicio ejecutivo y a los fines indicados de examinar la competencia territorial, indagar la relación fundamental para verificar si es o no () una operación financiera para consumo o de crédito para consumo que, consiguientemente, haga jugar la norma de competencia del citado art. 36 de la Ley de Defensa del Consumidor; y esto último aún si hubiera cláusula de prórroga de competencia inserta en el título ejecutado.-

Sobre el particular, creo firmemente que esa indagación causal es posible.-

Así lo pienso, por las razones que desarrollo seguidamente.-

3º) Que en nuestro ordenamiento jurídico, el principio de la "abstracción cambiaria" tiene exclusivo fundamento en el derecho común.-

En efecto, el texto más directo que hace alusión a ese principio del derecho cambiario es el art. 212 del Código de Comercio (conf. Yadarola, M., Títulos de crédito, TEA, Buenos Aires, 1961, p. 185; Quintana Ferreyra, F., La letra de cambio – Análisis de doctrina, legislación y jurisprudencia argentina, Editorial Assandri, Córdoba, 1944, p. 145), cuerpo legal que, como es sabido, forma parte del denominado derecho común, de acuerdo al art. 75, inc. 12, de la Constitución Nacional (conf. Guastavino, E., Derecho común y derecho federal, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Anticipo de "Anales", año XV, segunda época, n° 18, p. 13 y ss., espec. cap. III).-

Al ser ello así, la "abstracción cambiaria", lo mismo que cualquier otra disposición especial que deriva del derecho común, no puede prevalecer sobre las leyes generales de carácter constitucional dictadas por el Congreso de la Nación, en cumplimiento o ejercicio de la Constitución misma (conf. González, Joaquín V., Manual de la Constitución Argentina, Ángel Estrada y Cía. Editores, Buenos Aires, 1897, p. 490, n° 449).-

En otras palabras, si la aplicación de leyes generales dictadas en cumplimiento o ejercicio de la Constitución, se viera impedida o restringida por preceptos o principios resultantes del derecho común, los jueces deben asegurar la efectividad de las primeras por encima de los segundos. Así lo ordenan positivamente el art. 31 de la Carta Fundamental y el art. 21 de la ley 48, y a ello no escapa, por cierto, el principio de la "abstracción cambiaria", pudiendo consiguientemente dejárselo de lado para proceder a una indagación causal del título cambiario cuando ello sea preciso para hacer posible la aplicación de las citadas leyes dictadas en cumplimiento o en ejercicio de la Constitución misma.-

Confirmando tal interpretación, la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene establecido, refiriéndose a la ejecución de pagarés, que "...la defensa del derecho...constitucional no puede ser desechada con base en razones de mero orden formal ya que, de otro modo, los derechos...que pudieran asistir al recurrente se verían postergados en su reconocimiento, sin base suficiente en la apreciación de su consistencia y alcance (Fallos 311:1397, considerando 6º y su cita), doctrina que prevalece sobre el argumento de que el examen de la causa excedería el limitado ámbito del juicio ejecutivo..." (conf. CSJN, 4/5/1995, Z.62 XXVI "Zuteco S.A. c/ Sociedad Mixta Siderúrgica Argentina s/ proceso de ejecución", Fallos 318:838, considerando 7º).-

Bien se ve, la doctrina del Alto Tribunal es clara en cuanto a que la "abstracción cambiaria" no es obstáculo para la indagación de la relación fundamental o causal cuando ello sea necesario para hacer efectiva la defensa de un derecho constitucional o de las leyes dictadas en cumplimiento o ejercicio de la Constitución Nacional.-

Pues bien, partiendo de la base de que los derechos del consumidor tienen específico fundamento en la Carta Magna (art. 42) y de que, consiguientemente, la ley 24.240 y sus reformas, sin ser federal, hace al ejercicio de la Constitución misma (conf. Bueres, A. y Highton, E., Código Civil y normas complementarias – Análisis doctrinal y jurisprudencial, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2005, t. 3-B, ps. 407/408; Farina, J., Relación de consumo - a propósito del art. 42 de la Constitución Nacional, JA 1995-I, p. 886), resulta claro que la "abstracción cambiaria" no puede erigirse en obstáculo para impedir la efectividad de tales derechos en la medida reglamentada por la ley mencionada (art. 28 de la Constitución Nacional).-

Y esto es lo que ocurre, precisamente, a propósito de las declaraciones de incompetencia a las que se refiere este acuerdo plenario, toda vez que la indagación causal, dejando de lado la abstracción cambiaria propia de los títulos ejecutados, se justifica plenamente para hacer efectiva una real y no ilusoria posibilidad de acceso a la justicia del consumidor financiero o bancario (art. 18 de la Carta Fundamental) no dificultada, estorbada o impedida por razón de la distancia que pudiera existir entre su domicilio real y la circunscripción judicial en la que tramita el pleito que lo involucra como parte, ya que a ello apunta, sin dudas, el nuevo art. 36, in fine, de la ley 24.240, siendo tal su ratio legis y dando cuenta esa solución legislativa de una de las expresiones positivas más sensibles de la especial protección que la Constitución Nacional acuerda a los consumidores en cuanto a recibir "...condiciones de trato equitativo y digno..." (art. 42 de la Carta Fundamental).-

En tal sentido, y para comprender definitivamente por qué la "abstracción cambiaria" debe ceder ante la especial indagación causal indicada, conviene recordar que los derechos del consumidor son una especie del género "derechos humanos" (conf. Ghersi, C. y otros, Derecho y responsabilidades de las empresas y consumidores, Ediciones Organización Mora Libros, Buenos Aires, 1994, ps. 22/23) o, más particularmente, un "derecho civil constitucionalizado"

(conf. Lorenzetti, R., Consumidores, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, p. 45), y puesto que un principio basilar en la materia es, justamente, el de asegurar al consumidor el acceso a la justicia de manera fácil y eficaz, lo cual debe entenderse inclusive como una exigencia de orden público (conf. Uzal, M., La protección al consumidor en el ámbito de la ley internacional: la ley aplicable y la jurisdicción competente, en Academia Judicial Internacional, "Relaciones de Consumo, Derecho y Economía", Buenos Aires, 2006, t. I, p. 163, espec. ps. 189/190), la interpretación judicial no puede ser otra que la indicada, consistente en dar prelación al derecho constitucionalmente protegido de modo expreso, por encima del que tiene simple fundamento de derecho común. Es que el derecho del consumidor presenta las características de un microsistema con principios propios, inclusive derogatorios del derecho privado tradicional (conf. Lorenzetti, R., Consumidores, cit., p. 59).-

Si así no se lo entendiera, si la "abstracción cambiaria" se constituyera en un valladar a la indagación causal antes referida, el efecto directo sería -en los incontables casos en los que fuera posible constatar que el consumidor financiero es arrancado de la circunscripción judicial correspondiente a su domicilio real para llevarlo a litigar en extraña y seguramente alejada jurisdicción- una negación de su derecho, de raíz constitucional, reglamentado en el art. 36, in fine, de la ley 24.240, o lo que es lo mismo decir, una negación a un real, efectivo, fácil y eficaz acceso a la justicia, convalidándose la distorsión que el constituyente y el legislador han querido evitar, con desprecio de la conclusión jurídica a la que necesariamente conduce el análisis del rango de las normas implicadas.-

De ahí, entonces, la pertinencia de no hacer de la "abstracción cambiaria" un componente pétreo de la interpretación jurídica, refractario a la aplicación misma de la Constitución Nacional o de una ley, como es la 24.240, dictada en ejercicio del texto constitucional, que reglamenta derechos de superior jerarquía a los regulados por la legislación cambiaria.-

4º) Que la necesidad de dejar de lado la "abstracción cambiaria" se justifica, además, para evitar un fraude a la ley.-

Conocido es nuestro país y en el extranjero que en las operaciones financieras para el consumo o de crédito para el consumo, las entidades suelen incluir una cláusula que establece la obligación para el prestatario de librar, en el mismo momento de la formalización de un préstamo u operaciones crediticias semejantes, un pagaré a la vista, generalmente en blanco, y a la orden de la entidad bancaria prestamista, en garantía de la obligación contraída y como instrumento de ejecución a su vencimiento (conf. Laguinge, E., El abuso en la contratación bancaria y la protección de la ley de defensa del consumidor, en la obra colectiva coordinada por Tinti, G., "El abuso de los contratos", Editorial Ábaco, Buenos Aires, 2002, p. 157, espec. ps. 185/186).-

Operaciones de este género responden a una estrategia que pretende lograr los siguientes objetivos: i) eliminar el control del deudor a la hora de liquidarse la deuda, de suerte que el banco puede completar el pagaré con la cantidad que juzgue pertinente, sin necesidad de rendir cuentas a nadie si hace una liquidación de modo distinto al pactado en el contrato y el saldo resultante es superior al que aparece en la cuenta abierta al deudor; ii) ahorrar explicaciones al deudor, pues la entidad financiera no tiene por qué notificarle el importe de la cantidad exigible; iii) romper el equilibrio del contrato e invertir la carga de la prueba en perjuicio del prestatario, límites que la Ley de Defensa del Consumidor impone a la autonomía del banco y que éste viola; y iv) dar al pagaré un uso que no es el previsto en la ley cambiaria, pero que reporta sustanciosos beneficios económicos para el banco.-

Tal estrategia, se ha dicho, es una práctica repugnante que hiere el más elemental sentido de justicia y cuya única meta es el fraude a la ley (conf. Raposo Fernández, J., Las cláusulas abusivas en el préstamo y créditos bancarios, La Ley España, 19/11/96, p. 9, citado y compartido por Nieto Carol, U., Condiciones en los contratos bancarios de crédito y protección del consumidor, en la obra colectiva "Crédito al consumo y transparencia Bancaria", Consejo General del Poder Judicial – Consejo General de los Colegios de Oficiales de Corredores de Comercio, Civitas, Madrid, 1998, ps. 558/559).-

Pues bien, a mi modo de ver, dentro de la misma estrategia de avasallamiento de los derechos del consumidor crediticio, se ubica la situación fáctica que plantean los casos que han dado lugar a la presente convocatoria plenaria, pues ella también está preordenada para obtener un resultado en fraude a la ley que, como se dijo, debe ser evitado dejado de lado la "abstracción cambiaria" ya que esta última es, precisamente, el vehículo utilizado para tal fin espurio.-

Lo que sigue explicará esto último.-

(a) La nulidad establecida por el art. 36, in fine, de la ley 24.240 está claramente fundada en la ilicitud del objeto concerniente al pacto de prórroga de competencia que dicha disposición menciona. En efecto, el legislador ha entendido que, en una relación de consumo financiero o bancario, no tiene objeto lícito el acuerdo que prorroga la competencia a favor de una circunscripción judicial distinta de la que corresponda al domicilio real del consumidor. La invalidez radica en la prohibición del objeto y consiguiente ilicitud del pacto de foro prorrogando, dando lugar, entonces, a un acto nulo, de nulidad absoluta (arts. 953 y 1044, cláusula segunda, del Código Civil); nulidad que es parcial, pues solamente afecta a dicho pacto y no a todo el acto en el que se inserta (art. 1039 del Código Civil).-

Tal nulidad tiene, obviamente, una doble connotación, pues no solo le permite al consumidor proponer una demanda en la circunscripción judicial correspondiente a su domicilio real, cualquiera sea el correspondiente a la sede social de la entidad bancaria o financiera demandada; sino que también, y particularmente, le asegura que las obligaciones que nacieron de la relación de consumo financiero o bancario que lo vincula, no le sean judicialmente reclamadas en una circunscripción judicial que no fuese la que corresponde a su domicilio real.-

En el sub examine, interesa esto último, o sea, que el cumplimiento de las obligaciones que reconocen causa en la relación de consumo financiero o bancario, no se demanden al consumidor en una circunscripción judicial ajena a la de su domicilio real.-

(b) Ahora bien, es indudable que este último propósito que el legislador fijó para operar frente a reclamos formalmente sustentados en "operaciones financieras para el consumo y en las de crédito para el consumo", esto es, cuando el reclamo contra el consumidor se sustenta en la "relación fundamental" aprehendida por el art. 36 de la ley 24.240, no podría válidamente ser eludido y, por ello, debería mantenerse, cuando la demanda contra el consumidor se basa en títulos cambiarios librados con ocasión de esa misma "relación subyacente" (normalmente con función de garantía), ya que la deuda que instrumentan tales documentos, no es distinta de la deuda que emana de la operación fundamental. Por el contrario, la deuda es la misma, porque también lo es la causa del débito documentado en tales títulos cambiarios.-

En efecto, en nuestro derecho, como en muchas otras legislaciones, la creación de un título cambiario no modifica la relación subyacente, ni causa novación en ella (art. 813 del Código Civil; Dassen, J., Efectos de la emisión de un título cambiario sobre la relación jurídica originaria, en "Estudios de Derecho Privado y Procesal Civil", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1959, p. 233 y ss.).-

De ahí, entonces, que la causa de la obligación cartular sea la misma que la de la relación subyacente (conf. Ferri, G. I titoli di credito, en la obra "Trattato di Diritto Civile Italiano", dirigido por Vassalli, F., UTET, Torino, 1965, vol. VI, t. 3, p. 102, n° 21; Santini, G., L'azione causale nel diritto cambiario, Cedam, Padova, 1968, ps. 11/12, n° 5). Hay una causa única que respalda tanto la obligación de pagar la deuda a la que se refiere la relación fundamental, como la obligación de satisfacer a su vencimiento el título cambiario (conf. CSJN, 4/5/1995, Z.62 XXVI "Zuteco S.A. c/ Sociedad Mixta Siderúrgica Argentina s/ proceso de ejecución", Fallos 318:838, considerando 9°; Llambías, J., Tratado de Derecho Civil – Obligaciones, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1973, p. 43, n° 1781). Es decir, la deuda que surge del título cambiario es la misma obligación primitiva, fortificada por la garantía que proporciona aquél (conf. Dabin, J., La teoría de la causa, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, p. 307, n° 278).-

Concordantemente, se dice que la obligatio del deudor es única, y la relación cartular no es más que la vestidura transitoria del vínculo causal (conf. Cámara, H., Letra cambio y vale o pagaré, Ediar, Buenos Aires, 1971, t. I, p. 281, n° 65). Puede haber dos acciones, la cambiaria y la causal, pero no hay dos derechos (conf. Satanowsky, M., Estudios de derecho comercial, TEA, Buenos Aires, 1950, t. II, p. 141, n° 4), de modo que la relación cartular tiene un contenido idéntico al del negocio fundamental (conf. Messineo, F., I titoli di credito, Cedam, Padova, 1964, t. I, p. 178, n° 82).-

Y puesto que, entonces, no hay modificación de la situación preexistente, sino fijación en el título del contenido de la relación que emerge de la relación subyacente, correspondiendo inclusive entender a la creación del título como un acto de simple ejecución de dicho negocio subyacente (conf. Ferri, G., ob. cit., ps. 94/95, n° 19), con función meramente reconocitiva de él, al menos entre los obligados inmediatos (conf. Pavone La Rosa, A., La letra de cambio, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1988, p. 44), resulta meridianamente claro que el acreedor financiero o bancario que, en virtud de la normativa aplicable a la "relación fundamental" está irremediamente constreñido a radicar su demanda contra el consumidor en la circunscripción judicial que corresponda al domicilio real de este último, no podría eludir o soslayar esa especial circunscripción documentando la deuda financiera o bancaria en títulos cambiarios a fin de ejecutarla en una circunscripción distinta (vgr., la del domicilio o sede del banco; la del lugar de pago del documento; la del lugar de su libramiento; etc.), pues ello sería tanto como aprobar un fraude a la ley, desde que lo que se estaría haciendo en tal caso es perseguir, por una vía elíptica, un resultado práctico similar al vedado por el art. 36 in fine de la ley 24.240, norma que es imperativa por ser de orden público (cit. ley, art. 65).-

(c) Al respecto, recuerdo que el fraude a la ley se da, en efecto, cuando pese a brindarse una apariencia de respeto por la letra de la norma imperativa o de orden público, de hecho se desvirtúa su finalidad o se la elude, utilizando otro instrumento legal a modo de "acto de cobertura", para conseguir un resultado final análogo o prácticamente equivalente al prohibido por aquella. Se produce, así, la circumvenire legem de la que hablaba Paulo (29.D.1.3): contra legem facit, qui id facit quod lex prohibet, in fraudem vero, qui salvus verbis legis sententiam eius circumvenit (conf. De Castro y Bravo, F., Compendio de Derecho Civil, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1964, p. 127; Espín, D., Manual de Derecho Civil Español, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, s/f, t. I, ps. 122/124; Martín Oviedo, J., El acto en fraude a la ley como especie de acto contrario a la ley, Revista de Derecho Privado, Madrid, enero-diciembre 1967, vol. 51, ps. 304/315; Sols Lúcia, A., El fraude a la ley en la reciente jurisprudencia, Revista Jurídica de Catalunya, Barcelona, Ilustre Colegio de Abogados, año LXXXVI, n° 4, 1987, ps. 1024/1038; Lehmann, H., Derecho Civil – Parte General, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956, vol. 1, p. 283; Messineo, F., Manual de derecho civil y comercial, Buenos Aires, 1954, t. II, p. 480; Ferrara, F., La simulación de los negocios jurídicos, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1953, ps. 79/80; Betti, E., Teoría general del negocio jurídico, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, p. 283; Cariota Ferrara, F., El negocio jurídico, Aguilar, Madrid, 1956, p. 517/521, n° 129; Acuña Anzorena, A., La simulación de los actos jurídicos – diez estudios sobre algunos de sus principales aspectos, Librería y Casa de Jesús Menéndez, Buenos Aires, 1936, ps. 26/33; Mosset Iturraspe, J., Negocios simulados, fraudulentos y fiduciarios, Ediar, Buenos Aires, 1975, t. II, p. 13, n° 67, y p. 42, n° 80; Belluscio, A. y Zannoni, E., Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado, Astrea, Buenos Aires, 1982, t. 4, ps. 430/431; Rivera, J., Instituciones de Derecho Civil – Parte General, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, t. II, p. 880, n° 1451; Cifuentes, S., Negocio jurídico, Astrea, Buenos Aires, 2004, p. 675, n° 326; Guastavino, E., La seguridad jurídica y algunos aspectos del fraude a la ley, en Estudios en homenaje a la Dra. María A. Leonfanti, U.C.A., Rosario, 1982, p. 284/291; Peralta Reyes, V., Fraude a la ley y fraude a los acreedores, LL 2006-D, p. 889; art. 8 del Proyecto de Código Civil del año 1998).-

En este sentido, y parafraseando a Manuel Albaladejo, sería contradictorio pensar que prohibido por la ley un resultado - en el caso, la prórroga de competencia a favor de circunscripción judicial distinta de la del domicilio del consumidor para entender en la acción causal de cobro- se permitiese, a la vez, alcanzarlo por otra vía -en el caso, a través del libramiento de títulos cambiarios ejecutables en la circunscripción correspondiente al lugar de libramiento, de pago o del domicilio del ejecutante- pues ello sería tanto como pensar que se prohíbe, diríamos, la infracción a cara descubierta, y se permite la solapada, que es aún más censurable (conf. Albaladejo, M., Derecho Civil, Librería Bosch, Madrid, 1970, t. I, p. 129).-

La presencia de ese fraude a la ley, demuestra la necesidad de dejar de lado la "abstracción cambiaria".-

5º) Que, a todo evento, entiendo que puede llegarse a un resultado interpretativo idéntico al anterior, a partir de la exégesis de la propia legislación cambiaria y de la procesal aplicable, comprobándose con ello que ni una ni otra sufren agravio.-
Veamos.-

Siendo la causa de la obligación cartular la misma que la de la relación subyacente y manteniendo ella intacta su eficacia inter partes, es decir, entre las partes inmediatas del nexo cartular, que también lo son de la apuntada relación fundamental (conf. Ferri, G. ob. cit., p. 102, n° 21), en la hipótesis especial examinada no es dudoso que el consumidor que hubiera librado títulos cambiarios con ocasión de una relación fundamental de consumo financiero o bancario (vgr. pagarés que documentan la deuda contraída por un mutuo), está en condiciones de oponer, frente a la ejecución de tales títulos cambiarios, una excepción ex causa fundada en la regla del art. 36 in fine de la ley 24.240, esto es, basada en la imposibilidad de que sea llevado a litigar a una circunscripción judicial distinta de la que corresponde a su domicilio real, pues si ello es prohibido cuando se lo demanda con sustento en la acción causal surgente de la relación fundamental, no debe lógicamente ser diferente cuando se lo demanda con base en la acción cambiaria que nace de los títulos cartulares, toda vez que la deuda documentada en ellos, como se dijo, es la misma que la que emana de la relación fundamental, existiendo una unidad en la causa de la obligación cuya licitud o ilicitud, alcances y restricciones, no puede verse sino de un mismo modo, unívocamente, en ambos casos.-

Es que la acción cambiaria, entre las partes inmediatas, encuentra no solo su fundamento en la relación fundamental, sino también "sus límites", los cuales pueden hacerse valer mediante la oposición de la correspondiente excepción (conf. Pavone La Rosa, A., ob. cit., ps. 46/47). En otras palabras, los límites o restricciones que alcanzan a la relación fundamental, se reflejan necesariamente en la relación cambiaria, por lo cual, allí donde en la relación fundamental hay ilicitud, también la habrá necesariamente en la relación cambiaria. De donde se sigue, en cuanto aquí interesa, que la ilicitud causal representada por la prohibición de llevar al consumidor a litigar fuera de la circunscripción judicial correspondiente a su domicilio real, se traslada a la relación cambiaria, fijando también en esta última igual prohibición.-

Por cierto, el principio de "abstracción cambiaria" no forma óbice a esa traslación y fijación, ello al menos cuando de obligados inmediatos se habla.-

En efecto, la "abstracción cambiaria" sólo se considera en cuanto el título entra en circulación, es decir, cuando coloca en vinculación a dos personas no alcanzadas por la relación subyacente o fundamental, que no han contratado entre ellas, encontrándose una frente a otra por la sola virtud del título (arg. art. 212 del Código de Comercio; conf. Casals Coldecarrera, M., Estudios de oposición cambiaria, Editorial AHR, Barcelona, 1963, ps. 656/660, n° 218; Vivante, F., Tratado de Derecho Mercantil, Editorial Reus, Madrid, 1936, t. III, p. 140, n° 956; Galgano, F., Diritto Civile e Commerciale, Cedam, Padova, 1990, t. 2, ps. 251/252, n° 175; Pavone La Rosa, A., ob. cit., p. 76; De J. Tena, F., Títulos de crédito, Editorial Porrúa, México, 1956, ps. 62/63; Matienzo, A., su prólogo a Yadarola, M., ob. cit., pág. XXVI; Gómez Leo, O., Títulos de crédito – Parte General, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1976, t. I, p. 166).-

Por el contrario, entre los obligados inmediatos como son, por ejemplo, el librador y el primer beneficiario o tomador (el consumidor y el banco o entidad financiera, para el caso), la "abstracción cambiaria" no da lugar a un principio absoluto, sino que se desdibuja pues acusa la influencia de la causa (conf. Bonfanti, M. y Garrone, J., De los títulos de crédito, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1970, t. I, p. 34), al punto que el deudor cartular puede referir al negocio fundamental (conf. Williams, J., Consideraciones sobre la causa en los títulos de crédito, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1966, p. 40, n° 9). Y es que, como dice Vivante, entre los obligados inmediatos la obligación cambiaria está ligada a la causa de la que surgió (conf. Vivante, C., ob. cit., t. III, p. 211, n° 1016).-

De tal suerte, puesto que la "abstracción" sufre atenuación entre los inmediatos sujetos del nexo cambiario, que lo son al mismo tiempo de la relación fundamental, cabe admitir entre ellos las denominadas excepciones ex causa (conf. Casals Coldecarrera, M., ob. cit., ps. 656/660, n° 218; De Semo, G., Trattato di Diritto Cambiario, Cedam, Padova, 1963, p. 112, n° 114, y p. 260, n° 289; Asquini, A., Corso di Diritto Commerciale – Titoli di Credito, Cedam, Padova, 1966, ps. 346/348, n° 160, ap. "c"; Pavone La Rosa, A., ob. cit., p. 611, n° 176; Cámara, H., ob. cit., t. III, p. 358, n° 277; Gualtieri, Giuseppe y Winizky, Ignacio, Títulos circulatorios – Parte general, Eudeba, Buenos Aires, 1966, p. 142; Benébaz, H., Excepciones en la nueva ley cambiaria, LL 120-1081; Bergel, S., Oponibilidad de excepciones causales al tomador inmediato en el proceso ejecutivo cambiario, LL 120-1081; Fontanarrosa, R., Breves consideraciones sobre la reforma en materia cambiaria, ED 8-911; Legón, F., Letra de cambio y pagaré, Ediar, Buenos Aires, 1966, ps. 229/234, n° 92; Fargosi, H., su prólogo a Legón, F., ob. cit., ps. VIII/X; Araya, C., Acción y excepciones cambiarias, en Jornadas sobre Letras de Cambio, Pagarés y Cheques, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 1967, p. 42; Quintana Ferreyra, F., Régimen de las excepciones, en

Jornadas..., cit., p. 144; Escuti, I., *Títulos de crédito*, Astrea, Buenos Aires, 1988, p. 309, n° 97, texto y nota n° 5; Podetti, J., *Tratado de las ejecuciones*, Ediar, Buenos Aires, 1968, t. VII-B, ps. 135/140, n° 223).-

No ignoro, por cierto, que la admisibilidad de las excepciones ex causa o personales que autoriza la normativa cambiaria (art. 18 del decreto-ley 5965/63, a contrario sensu) sufre en nuestro derecho, con general y definida amplitud, el embate que proviene de la legislación procesal, en cuanto prohíbe discutir la legitimidad de la causa en la vía ejecutiva de ejercicio de la acción cambiaria, sin distinguir entre los sujetos obligados (art. 544, inc. 4, del Código Procesal).-

Pero sin que sea imperioso adherir a la doctrina que postula la necesidad de dar prevalencia a la normativa cambiaria por encima de la legislación procesal, dando ello por resultado la posibilidad de que ceda el principio de abstracción entre obligados inmediatos con el efecto de hacer admisible una indagación causal amplia (doctrina que, mayormente, no ha sido compartida por la jurisprudencia de esta cámara de apelaciones), lo cierto es que aun desde la perspectiva opuesta a la anterior que, por el contrario, basándose en el hecho de que al no regular la ley específica el procedimiento a observar en la ejecución cambiaria (art. 60, decreto-ley 5965/63), afirma la aplicación preeminente de las normas procesales que disciplinan el juicio ejecutivo, lo cual lleva a negar la posibilidad de discutir la causa aun entre obligados inmediatos (perspectiva esta que sí es la ordinariamente seguida por los fallos de esta cámara de apelaciones, así como también por un sector de la doctrina: Alegria, H., *Acción cambiaria y acción ejecutiva*, JA 1966-III, p. 23; Fernández, R., *Ejecución cambiaria (inoponibilidad de las llamadas excepciones causales)*, LL 135-1653; Vergara del Carril, D., *Discusión de la causa de la causa de la obligación entre obligados directos en la acción cambiaria ejecutiva*, RDCO, t. 1969, p. 299; Zavala Rodríguez, C., *Código de Comercio y leyes complementarias, comentados y concordados*, Depalma, Buenos Aires, 1965, t. IV, ps. 368/370, n° 486; Fenochietto, R. y Arazi, R., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Astrea, Buenos Aires, 1993, t. 2, p. 765; etc.), aun desde esta última perspectiva, digo, correspondería hacer, cuanto menos, la salvedad del supuesto de presencia de una causa ilícita porque, viniendo a menos por razón de esta última el negocio subyacente (bien que parcialmente en el caso que nos ocupa), la relación cambiaria también se ve afectada con igual intensidad entre los obligados inmediatos (conf. Bonelli, G., *Della cambiale, dell'asegno bancario e del contratto di conto corrente*, en "Comentario al Codice di Commercio" redactado por E. Bensa, A. Brunetti, C. Brusa y otros, Casa Editrice Doctor Francesco Vallardi, Milano, 1914, vol. III, ps. 609/610, n° 320; en igual sentido: Casals Coldecarrera, M., ob. cit., ps. 603/607, n° 209).-

Es que, como lo enseñó un antiguo fallo plenario, siguiendo fundamentalmente al voto del juez Argentino G. Barraquero, en el concepto legal de las excepciones de falsedad o inhabilidad de título, no se comprende la causa ilícita, desde que ella no podría fundar ningún derecho digno de tutela, menos cuando se contraría leyes de orden público tal como lo expresa el art. 502 del Código Civil, pudiendo su existencia, entonces, alegarse si aparece implicado un caso de nulidad absoluta o de afectación de garantías constitucionales (conf. CCiv. en pleno, 21/8/1944, "Fiorito Hnos. y Bianchi c/ Correa Nuñez, Aniceta", LL t. 35, p. 632 y JA 1944-III, p. 455; Cámara, H., ob. cit., t. III, p. 361; Busso, E., *Código Civil Anotado*, Ediar, Buenos Aires, 1949, t. III, p. 201, n° 243).-

Ello, se insiste, exclusivamente entre obligados inmediatos (conf. Cámara, H., ob. cit., t. III, p. 363; Zaefferer Silva, O., *Letra de cambio*, Ediar, Buenos Aires, 1952, t. I, p. 551, n° 397; Candian, A., *Instituciones de Derecho Privado*, UTEHA, México, 1961, p. 296), con la comprensión conceptual que de ellos se pondrá de relieve en el considerando 8° in fine.-

Pues bien, el fraude a la ley que significa emitir títulos de crédito para asegurar al acreedor bancario o financiero una acción de cobro en circunscripción judicial ajena a la del domicilio real del consumidor, constituye una causa ilícita que, consiguientemente, debe abrir paso a la admisión de una excepción ex causa o personal con la finalidad antes indicada de denunciarla y provocar el desplazamiento del litigio a la única circunscripción judicial permitida por el legislador.-

En este orden de ideas, cabe recordar que la interrelación entre causa ilícita y fraude a la ley no es discutible. A ella alude específicamente el Código Civil italiano al declarar que se reputa ilícita la causa cuando el "acto de cobertura" constituye el medio para eludir la aplicación de la ley imperativa (art. 1344). Entre nosotros, lo mismo enseña Eduardo Busso, siguiendo a Louis Josserand, al decir que la teoría del fraude es tributaria de la teoría de la causa, pues el acto fraudulento importa siempre desviar a finalidades distintas de las legales el poder jurídico que la ley reconoce a un sujeto en determinadas situaciones, y la desviación en cuanto quede orientada hacia un fin ilícito encuadra en la causa ilícita (conf. Busso, E., ob. cit., t. III, p. 180, n° 58; Josserand, L., *Los móviles de los actos jurídicos de derecho privado*, editorial José M. Cajica Jr., México, 1946, ps. 204/205, n° 190). En el mismo sentido, Héctor Lafaille expresa que el principio recogido por el art. 502 del Código Civil se aplica sea en el caso de violarse ostensiblemente una disposición imperativa o prohibitiva, como en el de emplearse ardisos o subterfugios para alcanzar el mismo resultado en fraudem legis (conf. Lafaille, H., *Derecho Civil – Tratado de las Obligaciones*, Ediar, Buenos Aires, 1947, vol. I, p. 45, n° 40).-

Luego: lo que en definitiva estaría viabilizando la aludida excepción ex causa sería la denuncia misma del fraude a la ley - o de una causa ilícita, como se dijo- consistente en valerse de la abstracción cambiaria, como medio de cobertura para lograr un resultado práctico prohibido por el art. 36 in fine de la ley 24.240. Y contra ello, desde mi punto de vista, no cabría disquisición alguna fundada en que la causa ilícita referida por el art. 502 del Código Civil se vincularía no al objeto del acto como lo entiende caracterizada doctrina (conf. Barcia López, A., *La causa ilícita en las obligaciones y en los actos jurídicos*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1966, ps. 53; Salvat, R. y Galli, E., *Tratado de Derecho Civil Argentino*, TEA, Buenos Aires, 1952, t. I, p. 65, n° 48 "a"), sino como lo piensan otros autores a su móvil o, dicho de otro modo para el caso, al fin determinante de la actividad consistente en promover la acción cambiaria ante juez incompetente para violar la norma de orden público que lo prohíbe (es decir, una ilicitud de la causa final: conf. Colmo, A., *De las Obligaciones en general*, Librería y Casa Editora de Jesús Menéndez, Buenos Aires, 1920, ps. 7/8, n° 9; Lafaille, H., ob.

cit., loc. cit.; Busso, E., ob. cit., t. III, p. 174, n° 6), pues aun prescindiendo de la idea de que la causa final ilícita hace también ilícito el objeto del acto (véase en este sentido: Llambías, J., ob. cit., t. I, ps. 63/64, n° 44, texto y nota n° 118), bien puede afirmarse que es perfectamente viable que se invaliden aquellos actos mediante los cuales sus autores pretenden la realización de fines ilícitos, pues las categorías jurídicas que la ley pone a disposición de los particulares para el ejercicio de su voluntad jurídica, no pueden utilizarse sino bajo el impulso de móviles apropiados y en vista de la realización de fines lícitos (conf. Garibotto, J., La causa final del acto jurídico, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1985, p. 74).-

En tales condiciones, no desplazar la abstracción cambiaria mediante la admisión de la citada excepción ex causa tendente a poner en evidencia tal causa ilícita, dando preeminencia en lugar de ello a la norma procesal que impide indagar la legitimidad de la causa, sería tanto como dejar indemne el fraude a la ley, confiando al art. 544, inc. 4°, del Código Procesal un alcance que traduciría una aplicación mecánica de él y fuera del ámbito que le es propio, haciendo gala de un ciego formalismo incompatible con el debido proceso adjetivo (conf. CSJN, doctrina del caso "Creditar S.A. c/ Carfagna, Daniel O. y otra", sentencia del 30/4/96, Fallos 319:625), al par que implicaría hacer prevalecer una norma ritual local sobre la ley de fondo, lo que es contrario a derecho (art. 21 de la ley 48).-

Destaco, en fin, que la respuesta no cambiaría por el hecho de que el título cambiario posea una cláusula expresa de prórroga de competencia a favor de la circunscripción judicial del domicilio del ejecutante o parecida, pues semejante cláusula, por las mismas razones antedichas, no podría tener en dicho documento una validez que no se le reconoce en la relación fundamental, posibilitando ello, consiguientemente, la admisión de la misma excepción ex causa. Y tampoco la cambiaría la ausencia de prueba sobre la intencionalidad de eludir la ley imperativa, ya que basta la vulneración objetiva de ella (conf. Acuña Anzorena, A., ob. cit., ps. 28/29; Rivera, J., ob. cit., t. II, p. 883, n° 1454).-

6º) Que independientemente de la posibilidad que tiene el consumidor de articular una excepción ex causa para denunciar el fraude a la ley (la causa ilícita) antes mencionado, tiene el juez la facultad, y más aún el deber, de actuar de oficio a fin de privar de efectos al "acto de cobertura" y restablecer el imperio de la regla de orden público, atributiva de competencia, resultante del art. 36 in fine de la ley 24.240.-

En efecto, la actuación de oficio del juez se justifica plenamente sea bajo la idea del fraude a la ley (conf. Mosset Iturraspe, J., ob. cit., t. II, ps. 114/115, n° 100), sea bajo la idea de estar en juego una ilicitud causal por oposición a normas legales de orden público (conf. Puig Peña, F., Introducción al derecho civil español, común y foral, Bosch, Barcelona, 1942, p. 509; Belluscio, A. y Zannoni, E., ob. cit., t. 2, p. 569, n° 15).-

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 cambiario ejecutado, sino simplemente a negar la posibilidad de 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.-

Es que la comprobación de la existencia de fraude a la ley debe llevar en casos como el sub examine al sometimiento del "acto de cobertura" a la regla que emanan de la ley imperativa o de orden público que se ha intentado defraudar (conf. De Castro y Bravo, F., ob. cit., p. 130; Rivera, J., ob. cit., t. II, p. 882; Peralta Reyes, V., ob. cit., loc. cit., texto y notas n° 23 y 24), lo cual reconduce, simple y naturalmente, a una declaración de incompetencia a favor de la judicatura actuante en la circunscripción judicial del domicilio real del consumidor ejecutado.-

Corresponde observar, de otro lado, que el apuntado deber que tienen los jueces de actuar de oficio tiene sustento en razones análogas a las señaladas por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Económica Europea, con sede en Luxemburgo, en el caso "Oceano Grupo Editorial S.A.", sentencia del 27 de junio de 2000, que lucen perfectamente aplicables mutatis mutandi al supuesto aquí estudiado.-

Se discutió en ese precedente, en efecto, si los jueces tenían posibilidad de declarar de oficio la nulidad de cláusulas que atribuían competencia a los tribunales de una ciudad (Barcelona) en la que no estaban domiciliados los consumidores demandados, pero sí en donde se encontraba el domicilio social de las empresas profesionales demandantes; y, más específicamente, si el plexo normativo de protección al consumidor permitía al juez apreciar de oficio el carácter abusivo de la cláusula al realizar la valoración previa a la admisión a trámite de una demanda, o sea, antes de ordenar su notificación.-

Al fallar, el indicado tribunal europeo precisó que "...Una cláusula de esta naturaleza, cuyo objeto consiste en atribuir competencia...a un órgano jurisdiccional en cuyo territorio se halla el domicilio del profesional, impone al consumidor la obligación de someterse a la competencia exclusiva de un Tribunal que puede estar lejos de su domicilio, lo que puede hacer más dificultosa su comparecencia. En los casos de litigios de escasa cuantía, los gastos correspondientes a la comparecencia del consumidor podrían ser disuasorios y dar lugar a que éste renuncie a interponer recurso judicial y a defenderse. Una cláusula de esta índole queda así comprendida en la categoría de aquellas que tienen por objeto o por efecto suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor (...) En cambio, ésta cláusula permite al profesional agrupar todos los procedimientos contenciosos correspondientes a su actividad profesional en el Tribunal en cuyo territorio se encuentra su domicilio, lo que facilita la organización de su comparecencia, al mismo tiempo que hace que ésta sea menos gravosa..." (considerandos 22 y 23).-

Asimismo, más adelante, dijo: "...En cuanto a la cuestión de si un Tribunal, al que se haya sometido un litigio relativo a un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, puede apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula de dicho contrato, es preciso recordar que el sistema de protección...se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto del profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de éstas (...) El objetivo...que obliga...a prever que las cláusulas abusivas no vinculen a los consumidores, no podría alcanzarse si éstos tuvieran que hacer frente a la obligación de plantear por sí mismos el carácter abusivo de dichas cláusulas. En litigios cuya cuantía es a menudo escasa, los honorarios del abogado pueden a menudo resultar superiores a los intereses en juego, lo cual puede disuadir al consumidor de defenderse ante la aplicación de una cláusula abusiva. Si bien es cierto...las reglas de procedimiento permiten a los particulares defenderse a sí mismos en tales litigios, existe un riesgo no desdeñable de que, debido, entre otras cosas, a la ignorancia, el consumidor no invoque el carácter abusivo de la cláusula que se esgrime en su contra. De ello se deduce que sólo podrá alcanzarse una protección efectiva del consumidor si el juez...está facultado para apreciar de oficio dicha cláusula (...) Por otra parte..., el sistema de tutela instaurado...se basa en la idea de que la situación de desequilibrio entre el consumidor y el profesional sólo puede compensarse mediante una intervención positiva, ajena a las partes del contrato (considerandos 25, 26 y 27).-

Cabe observar que la situación fáctica examinada por la citada corte europea, es sustancialmente similar a aquella sobre la que ha querido operar el legislador argentino al sancionar la ley 26.361 y modificar el texto del art. 36 de la ley 24.240.-

En efecto, como lo observan Vázquez Ferreyra y Avalor, la apuntada norma pretende poner fin a una práctica habitual en la materia, cual es la de establecer en los contratos la competencia del tribunal correspondiente al domicilio de la casa central del proveedor, debiendo muchas veces el consumidor que quería accionar judicialmente contra el mismo entablar la acción en extraña jurisdicción, con las dificultades y mayores costos que ello implica, así como en el caso que resultaba demandado y debía ejercer su defensa en una localidad extraña (conf. Vázquez Ferreyra, R. y Avalor, D., Reformas a la ley de defensa de los consumidores y usuarios, LL 2008-F, p. 1374, cap. III, n° 15).-

Ciertamente, se bastaría el propósito perseguido por el legislador de la ley 26.361 de poner fin a tal nefasta práctica, si no se permitiera a los jueces actuar de oficio con el objeto de dejar de lado el "acto de cobertura" mediante el cual se la pone en ejecución.-

En fin, la actuación de oficio en el marco del actual texto del art. 36 de la ley 24.240 ha sido admitida por la doctrina nacional especializada (conf. Picasso, S. y Vázquez Ferreyra, R., Ley de defensa del consumidor, comentada y anotada, La Ley, Buenos Aires, 2009. t. I, ps. 437/438; Saux, E., Tutela del consumidor en las operaciones de venta a crédito, RDPC, t. 2009-1 [consumidores], p. 153, espec. ps. 181/182).-

Es también la solución que apoya, para idéntico ámbito, la doctrina española (conf. Azparren Lucas, A., Protección procesal del consumidor a crédito, reg. en la obra colectiva "Crédito al consumo y transparencia Bancaria", Consejo General del Poder Judicial – Consejo General de los Colegios de Oficiales de Corredores de Comercio, Civitas, Madrid, 1998, p. 359 y sgtes., espec. ps. 368/371).-

7º) Que el presente plenario interroga acerca de si es posible "inferir" de la sola calidad de las partes la subyacencia de una relación de consumo en las ejecuciones de títulos cambiarios de que se trata.-

Entiendo que no solo es posible inferirlo, sino que, antes bien, cabe presumirlo.-

Me explico.-

Las presunciones hominis o judiciales, ya conocidas en el procedimiento formulario romano y que podían bastar para determinar la convicción del magistrado (conf. Maynz, C., Curso de Derecho Romano, Jaime Molinas Editor, Barcelona, 1892, t. I, p. 617, nota n° 45; Iglesias, J., Derecho Romano, Ariel, Barcelona, 1958, p. 212), son las que partiendo de un hecho conocido y valorándolo a la luz de las reglas generales de experiencia, conducen al juez al convencimiento de la existencia de un hecho desconocido (conf. Palacio, L., Derecho Procesal Civil, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1986, t. V, p. 451, n° 665). En otras palabras, son las que quedan abandonadas a las luces y a la prudencia del magistrado, según la antigua definición del art. 1353 del Código Civil francés, aceptada igualmente en textos clásicos (conf. Escriche, J., Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia, Librería de la vda. de C. Bouret, París-México, 1912, p. 1379).-

La doctrina coincide en que las presunciones hominis o judiciales son especialmente aplicables cuando se trata de probar un fraude a la ley (conf. Colin, A. y Capitant, H., Curso elemental de derecho civil, Editorial Reus, Madrid, 1924, t. 3, p. 460). Es que el fraude a la ley se debe poder denunciar por todos los medios posibles, ya que va contra el orden público: *fraus omnia corrumpit* (conf. Josseland, L., Derecho Civil, EJEA, Buenos Aires, 1950, t. II, vol. I, p. 160, n° 216).-

Lo desarrollado por este voto en los considerandos anteriores ha partido, precisamente, de la base de presumir, con presunción hominis, la subyacencia en las ejecuciones cambiarias de que se trata de una relación de consumo aprehendida por el art. 36 de la ley 24.240, habida cuenta la calidad de las partes involucradas en los correspondientes juicios ejecutivos.-

Es que a no otra cosa que a tal presunción cabe llegar partiendo de la simple comprobación de que, en las ejecuciones que han dado lugar a las declaraciones de incompetencia de que se ocupa este acuerdo plenario, quien aparece como parte

ejecutante siempre es una entidad bancaria o financiera, personas que por definición legal realizan intermediación habitual entre la oferta y la demanda de recursos financieros (art. 1º, ley 21.526), lo cual comprende inexorablemente a las operaciones financieras para el consumo y de crédito para el consumo del art. 36 de la ley 24.240.-

Por lo demás, quien se vincula con un banco o una entidad financiera es, ordinariamente, un cliente que, en cuanto tal, debe ser considerado un consumidor amparado por el art. 42 de la Constitución Nacional y por la ley 24.240 (conf. Mosset Iturraspe, J., El cliente de una entidad financiera –de un banco- es un consumidor tutelado por la ley 24.240, JA 1999-II, p. 841; Stiglitz, R., Últimas resistencias contra la protección del consumidor, JA 1999-II, p. 843; Farina, J., Defensa del consumidor y del usuario, Astrea, Buenos Aires, 2004, p. 103 y ss.; Paolantonio, M., El control judicial de las cláusulas predispuestas y un fallo ejemplar, ED 176-458; Vázquez Ferreyra, R., Cuenta corriente bancaria, contratos de adhesión y tutela del consumidor, ED 177-237; Gerscovich, C., Bancos, clientes y protección de los consumidores, JA 1999-II, p. 973; Barbier, E., Contratación bancaria. Consumidores y usuario, Buenos Aires, 2000, p. 40; Moeremas, D., Contratación bancaria y ley de defensa de los consumidores, LL 1997-E, p. 1267; Villegas, C., Contratos mercantiles y bancarios, Buenos Aires, 2005, t. II, p. 113), tanto más si se trata de persona de existencia física (conf. Zentner, D., La protección del consumidor en las operaciones de crédito, LL del 2/7/10, nota al fallo de la CNCom. Sala E, 26/8/09, "Compañía Financiera Argentina S.A. c/ Castruccio, Juan Carlos").-

Existe, pues, marcada precisión, gravedad y concordancia en los términos del art. 163, inc. 5º, del Código Procesal, a los fines de habilitar la indicada presunción hominis. En ese marco, no es dudoso que se puede "inferir" -para utilizar la palabra seleccionada por la convocatoria- la existencia de una relación subyacente de consumo.-

8º) Que, a esta altura, no es ocioso aclarar que cuando en este voto se ha aludido a la admisibilidad "entre partes inmediatas" de una excepción ex causa al alcance del consumidor para denunciar que ha sido demandado en circunscripción judicial que no es la que corresponde a su domicilio real, como asimismo a la posibilidad de que, en la misma situación de inmediatez subjetiva, el juez declare de oficio su incompetencia fundado en el art. 36 in fine de la ley 24.240, el suscripto ha tenido en cuenta tanto el caso en que la letra de cambio o pagaré ejecutado hubiese sido librado con ocasión de un contrato que tuvo por objeto la concesión misma del crédito (es decir, cuando el objeto del consumo es el crédito otorgado), cuanto la hipótesis en que la concesión del crédito se hizo para financiar una adquisición de un bien o servicio por el consumidor, apareciendo, entonces, no solo la figura del financista, sino también la del proveedor de ese bien o servicio adquirido, resultando ambos negocios (la venta y la financiación) ligados por una conexidad contractual.-

Tal modo de ver las cosas, lo aclaro, está de acuerdo con los lineamientos del derecho comparado.-

En efecto, el Consejo de la Comunidad Económica Europea, ha sancionado la Directiva 87/102 sobre "Aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de Crédito al Consumo" (modificada por las Directivas 90/88/CEE y 98/7/CEE). En los considerandos de esa Directiva se lee que "...aquellos Estados miembros que permitan a los consumidores utilizar letras de cambio, pagarés o cheques en relación con los contratos de crédito deberían garantizar que el consumidor esté suficientemente protegido al utilizar tales instrumentos...". Y, más específicamente, el art. 10 de esa Directiva comunitaria prescribe que "...Aquellos Estados miembros que, con respecto a los contratos de crédito, permitan al consumidor; a) pagar mediante letras de cambio o pagarés; b) conceder una garantía mediante letras de cambio, pagarés o cheques, asegurarán la adecuada protección del consumidor cuando haga uso de dichos instrumentos en los casos indicados...", uno de los cuales es el del crédito concedido para la adquisición de bienes (art. 7). En otras palabras, existe un deber comunitario de proteger al consumidor frente a la utilización que hiciera de los mencionados títulos de crédito con ocasión de contratos de crédito o de financiación para el consumo.-

Pues bien, con la intención de incorporar dicha Directiva comunitaria a su derecho nacional, España sancionó la ley 7/1995 de "Crédito al Consumo" (23/3/1995) que ofrece una respuesta, como se dijo, conteste con el criterio expuesto más arriba.-

Según se expresa en sus considerandos, la citada ley 7/1995 establece "...preceptos que afectan y modulan el régimen de perfeccionamiento, eficacia y ejecución de los contratos, en materias reguladas por los Códigos Civil y de Comercio..., y a las excepciones cambiarias, reguladas en la Ley 19/1985 de 16 julio, Cambiaria y del Cheque...". Asimismo, se expresa en tales considerandos que la protección dada por la ley a los tomadores de crédito para el consumo "...se refiere también a la ejecución de los contratos, permitiendo que el consumidor pueda oponer excepciones derivadas del contrato que ha celebrado no sólo frente al otro empresario contratante, sino frente a otros empresarios a quienes aquél hubiera cedido sus derechos o que hubieran estado vinculados con él para financiar el contrato mediante la concesión de un crédito al consumidor...".-

En ese orden de ideas, la ley española 7/1995 prescribe en su art. 12 que si el consumidor se hubiera obligado cambiariamente mediante la firma en letras de cambio o pagarés, podrá oponer al tenedor las excepciones que se basen en sus relaciones con el proveedor de los bienes o servicios correspondientes.-

Dicho con otras palabras, de acuerdo a este último precepto, el consumidor no solo cuenta con la posibilidad de oponer excepciones causales contra el financista cuando el consumo tuvo por objeto el crédito mismo, sino también cuando el consumo se refirió a un bien o servicio vendido por un proveedor y su precio se financió con intervención de un empresario distinto del proveedor (financista), existiendo conexidad contractual entre ambas operaciones (la venta y la financiación). En este último caso, la ley española admite que, si con motivo de esa operación de consumo financiado, el consumidor libró letras de cambio o pagarés, podrá oponer al tenedor financista de la letra o pagaré las excepciones que

se basan en sus relaciones con el proveedor de los bienes o servicios. Es que, en tal hipótesis, se entiende que el financiador no es un tercero ajeno a la relación cambiaria, habida cuenta de que se ha inmiscuido deliberada y planificadamente en la operación de adquisición, por lo que no puede acogerse a la protección que resulta de la abstracción cambiaria (conf. Fernández López, J., Régimen jurídico del crédito al consumo, en la obra colectiva dirigida por Nieto Carol, U., "Contratos bancarios y parabancarios", Editorial Lex Nova, Valladolid, 1998, ps. 268/269; Martí Sánchez, J., La utilización de efectos cambiarios en el derecho al consumo, en el derecho positivo español, en la obra colectiva "Crédito al consumo y transparencia Bancaria", Consejo General del Poder Judicial – Consejo General de los Colegios de Oficiales de Corredores de Comercio, Civitas, Madrid, 1998, p. 261 y ss.; sobre el tema, véase también: Sánchez Calero, F., Instituciones de Derecho Mercantil, Mc Graw Hill, Madrid, 1997, t. II, ps. 102/103).-

Cabe observar, en este punto, que al igual que el art. 36 in fine de la ley 24.240, la citada ley española declara competente para el conocimiento de las acciones derivadas de ella y de los contratos sujetos a ella el Juez del domicilio del consumidor (art. 4), y establece que no serán válidos, y se tendrán por no puestos, los pactos, cláusulas y condiciones establecidos por el concedente del crédito y el consumidor contrarios a lo dispuesto en la ley, salvo que sean más beneficiosos para éste (art. 3). Señala, asimismo, que en el caso de entidades de crédito y establecimientos financieros de crédito, las disposiciones contenidas en la ley constituirán normas de ordenación y disciplina (art. 5).-

Pues bien, en síntesis, la admisibilidad "entre partes inmediatas" de una excepción ex causa con el alcance y objetivo indicado, así como la mencionada posibilidad de declarar de oficio la incompetencia cuando se advierta no acatada la regla del art. 36 in fine de la ley 24.240, no sólo son alternativas predicables en los casos de ejecución de letras o pagarés librados con ocasión de un contrato cuyo objeto fue la concesión del crédito mismo, sino también cuando el crédito asumió una función de financiamiento para la adquisición de un bien o un servicio, desdoblándose la figura del vendedor y del financista. Con lo cual, a salvo las hipótesis que se examinarán seguidamente del ejecutante endosatario en procuración y del ejecutante que invoca su legitimación mediante un endoso fiduciario o simulado, nada de lo expuesto y concluido en este voto alcanza a los ejecutantes tenedores de letras o pagarés no vinculados de manera alguna a la relación subyacente de concesión de crédito o de financiación, respecto de quienes el principio de abstracción cambiaria permanece sin dudas incólume.-

9º) Que con sustento en todo lo que va dicho, cabe responder afirmativamente a las dos preguntas que convocan el plenario.-

En otras palabras: (a) que sí es posible inferir, con la fuerza y en base a una presunción hominis, la subyacencia de una relación de consumo en las ejecuciones de que se trata, y que a ello no es óbice la naturaleza cambiaria del título o, mejor, el principio de la "abstracción" cambiaria; y (b) que sí es posible declarar de oficio la incompetencia territorial del tribunal con fundamento en lo dispuesto por el art. 36 in fine de la ley 24.240, pudiendo el consumidor inclusive oponer, con sustento en esa norma y cuando el juez no hubiera actuado oficiosamente, una excepción ex causa para denunciar que ha sido demandado en circunscripción judicial que no es la que corresponde a su domicilio real.-

La declaración oficiosa de incompetencia u oposición de la aludida excepción ex causa sería viable inclusive en la ejecución promovida por un endosatario en procuración, ya que este ejerce los derechos del banco o entidad financiera endosante, que sigue siendo titular del crédito (conf. Cámara, H., ob. cit., t. I, ps. 588 y 593, n° 112).-

Lo mismo si quien ejerce la acción cambiaria por vía ejecutiva fuera un sujeto que recibió el título cambiario de manos del banco o entidad financiera por medio de un endoso fiduciario o simulado, pergeñado para eludir la apuntada defensa que el deudor (consumidor) tiene contra el endosante. Es que en tal caso, el deudor cambiario conserva dicha excepción ex causa contra el endosante, máxime teniendo en cuenta que un endoso de tal naturaleza sería, en sí mismo, un nuevo "acto de cobertura" para defraudar la norma imperativa del art. 36 in fine de la ley 24.240 (conf. Cámara, H., ob. cit., t. I, ps. 611/616, n° 114; Bruno Quijano, I., El endoso, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1958, p. 115).-

10º) Que a los fines explicitados no cabría distinguir entre las ejecuciones promovidas con base en títulos cambiarios emitidos en fecha posterior a la vigencia de la ley 26.361, y aquellas instauradas con fundamento en títulos de fecha anterior.-

Ello es así, porque en coincidencia con la tendencia cada vez más amplia en las legislaciones de limitar el principio de la prorrogatio jurisdictionis (conf. Muñoz Sabaté, L., Las cláusulas procesales en la contratación privada, Bosch, Barcelona, p. 51; Najurieta, M., Prórroga abusiva de la competencia en un contrato de adhesión, ED t. 181, p. 296), la nulidad de las cláusulas que instrumentan la prórroga de la competencia territorial en perjuicio del consumidor, era una solución que preexistía a la sanción de la ley 26.361, ya que desde la propia sanción de la ley 24.240 podía fundarse en su art. 37, inc. "b" (conf. Stiglitz, R. y Hitters, J., El abuso en las nuevas técnicas de contratación. Cláusulas que limitan la facultad de oponer excepciones y que establecen la prórroga de la competencia territorial, LL 1984-D, p. 1290 y ss. espec. p. 1299; Vázquez Ferreira, R., y Romera, Protección y defensa del consumidor - ley 24.240 anotada y comentada, Depalma, Buenos Aires, 1994, ps. 103/104, n° 2; Heredia, P., Cláusulas y términos abusivos en los contratos de consumo (examen del art. 37, ley 24.240), en la obra colectiva coordinada por Tinti, G., cit., p. 126; Uzal, M., en la obra dirigida por Highton, E. y Areán, B., Código Procesal Civil y Comercial de la Nación – concordado con los códigos procesales – análisis doctrinal y jurisprudencial, Buenos Aires, 2004, t. 1, ps. 196/200, n° 9); interpretación que, valga señalarlo, fue extendida a los contratos bancarios de consumo por caracterizada doctrina (conf. Lorenzetti, R., Tratado de los Contratos, Santa Fe, 2000, t. III, p. 438, n° 10), e igualmente por la jurisprudencia bajo el argumento principal de que pactos de ese tipo importan una renuncia o restricción de los derechos del cliente y una ampliación de los derechos del banco (conf. Cám. Civ. Com. Mar del Plata, Sala II, 20/11/97, "Martinelli, J. A. c/ Banco del Buen Ayre s/ morigeración

de intereses compensatorios", citado por Stiglitz, R., Defensa del consumidor – Los servicios bancarios y financieros, LL 1998-C, p. 1035, texto y nota n° 34; CNCom. Sala E, 10/9/2007, "Banco Piano S.A. s/ diligencia preliminar (inhibitoria)", citado por Vázquez Ferreyra, R. y Avalle, D., ob. cit., LL 2008-F, p. 1374, cap. III, n° 15, texto y nota n° 11).-

En rigor, esencialmente la ley 26.361 no ha hecho otra cosa que extender a las operaciones bancarias y financieras para el consumo que se mencionan en el art. 36 de la ley 24.240, una solución que ya estaba presente en su art. 37. Así lo indica, con claridad, en efecto, el dictamen conjunto de las Comisiones de Defensa del Consumidor, Comercio y Justicia de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, que fundamentó el proyecto que se convertiría en la citada ley 26.361 al decir que la nueva disposición "...prevé una solución similar a la contemplada en orden a la inclusión de cláusulas abusivas en contratos de consumo, en el artículo 37..., reconociéndosele al consumidor en tales casos derecho a demandar la nulidad de una o más cláusulas contractuales..." (Cámara de Diputados de la Nación, sesiones ordinarias 2006, orden del día n° 306, ps. 15/16).-

De tal suerte, y tomando apoyo en la premisa de que el fraude a la ley al que ha aludido este voto puede también puede ser entendido como relacionado igualmente con una elución al art. 37 de la ley 24.240, no hay motivo para hacer distinciones de índole temporal como el indicado.-

11º) Que, en función de cuanto se ha dicho, es claro que el vigente art. 36 in fine de la ley 24.240 ha privado de efectos a la disposición del Código Procesal que permite la prórroga expresa o tácita de la competencia territorial (art. 2), y también a la que impide la declaración de oficio de la incompetencia territorial en asuntos exclusivamente patrimoniales (art. 4), bien que exclusivamente en cuanto se trate de reclamos referentes a operaciones financieras para el consumo y de crédito para el consumo, y ello aun cuando tales reclamos se encaucen por medio de ejecuciones de títulos cambiarios que documentan tales operaciones.-

No ignoro que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha resuelto, en contra de lo anterior, que por aplicación del art. 4º del Código Procesal es improcedente la declaración de oficio de incompetencia fundada en que el demandado es un "consumidor" y que la relación jurídica que vincula a las partes está aprehendida por el art. 36 in fine de la ley 24.240 (conf. CSJN, 24/8/10, "Compañía Financiera Argentina S.A. c/ Toledo, Cristian Alberto").-

Empero, por las razones jurídicas que explicité en los considerandos anteriores, me permito respetuosamente disentir con el Alto Tribunal, sin por ello incurrir en agravio alguno contra su reconocida autoridad. Es que a pesar de la autoridad de que están investidos y el respeto que merecen los precedentes de la Corte, en cuanto Tribunal Supremo de la Nación, y las razones de economía procesal, certeza y seguridad jurídicas que aconsejan la conveniencia de tender a la uniformidad de la jurisprudencia, en la medida de lo prudente y dentro de la ineludible variedad de las circunstancias de tiempo y lugar ha de reconocerse que los precedentes de la Corte carecen de fuerza general legalmente vinculante para los tribunales inferiores. Como la propia Corte lo ha explicado, el hecho de que dichos tribunales y los nacionales de la Capital Federal puedan apartarse fundadamente de aquellos precedentes no es, a pesar de algunos inconvenientes que de ello pudiera derivar, sino una consecuencia necesaria del sistema federal adoptado en la Carta Magna (conf. CSJN, "Lopardo, Rubén Angel c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", Fallos 304:1459).-

Recuerdo, en fin, que una orientación análoga a la que postula este voto, restando efectos, en ejecuciones cambiarias, a lo dispuesto por el art. 4º del Código Procesal frente a la letra del art. 36 in fine de la ley 24.240, ha sido adoptada por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires in re "Cuevas, Eduardo Alberto c/ Salcedo, Alejandro René", sentencia del 1/9/10 (LL 2010-E, p. 226), y por caracterizada doctrina (conf. Casadio Martínez, A., Ley de defensa del consumidor v. ley cambiaria ¿cuál domicilio prevalece?, Compendio Jurídico, n° 44, septiembre 2010, p. 85; Álvarez Larrondo, F., Nueva doctrina legal de la SCJBA en materia de juicios ejecutivos de consumo, LL 2010-E, p. 226; Falco, G. y Garzino, M., El juicio ejecutivo, las defensas causales y la ley de defensa al consumidor, LL 15/2/2011).-

12º) Que con relación a ejecuciones como las aquí consideradas (no con referencia a todas, obviamente), el citado art. 36 in fine de la ley 24.240 también privó de efectos a las normas que, según lo destacado por la doctrina (conf. Cámara, H., ob. cit., t. III, p. 286, n° 266) definen la competencia territorial para el ejercicio de la acción cambiaria, teniendo en cuenta el lugar convenido para el pago, sea en forma expresa -art. 1º, inc. 5 y art. 101, inc. 4, del decreto 5965/63- o implícitamente -art. 2º, tercera parte, y 102 in fine, del mismo decreto-, en concordancia con el art. 5º, inc. 3, del Código Procesal, y los arts. 101 y 102 del Código Civil.-

Contra ello, por supuesto, no cabe aducir la existencia de una aplicación retroactiva de la ley 26.361, ni una afectación de derechos adquiridos.-

Esto último es así porque nadie tiene un derecho adquirido a la inalterabilidad o mantenimiento de las leyes (CSJN, Fallos 310:1924; 311:1213; 311:1880; 315:839; 315:2769; 315:2999; 316:1793; 316:2483; 318:1237; 321:1888; 321:2683; 322:270; 323:2659; 325:1297; etc.), como tampoco a ser definidos sus derechos con arreglo a un determinado procedimiento (CSJN, Fallos 181:288; 249:343; 306:2101 y 1615; 320: 1878; 321:1865), por lo que las normas pueden ser reformadas o dejadas sin efecto como consecuencia del ejercicio de las facultades propias del legislador (CSJN, Fallos 324:2248), sin que las modificaciones de las leyes por otras posteriores de lugar a cuestión constitucional alguna (CSJN, Fallos 310:2845; 325:11; 325:2875; 326:1442). Otra forma de pensar podría llegar a implicar un obstáculo insalvable al regular ejercicio de la acción gubernativa, lo que es inadmisibles (CSJN, Fallos 318:1531), criterio que es particularmente aplicable tratándose de leyes que alteran la competencia, ya que estas deben ser entendidas como de aplicación inmediata (CSJN, Fallos 98:311; 200:181; 287:200; 288:407; 298:82; 306:1223, entre otros).-

13º) Que sin perjuicio de las referencias de derecho comparado, especialmente de derecho español, efectuadas hasta aquí que corroboran la orientación de este voto en los distintos aspectos implicados en la convocatoria plenaria, todavía pueden ser citadas otras más que mutatis mutandi coadyuvan a lo mismo.-

Veamos.-

(a) El Código de Procedimiento Civil francés determina, como regla general, la competencia territorial de la jurisdicción del lugar del domicilio del demandado -actor sequitur forum rei-, y solo cuando el domicilio o residencia del demandado se desconoce puede el demandante elegir la jurisdicción del lugar de su propio domicilio (art. 42). En tal sentido, el lugar del domicilio del demandado, cuando es persona física, es el de su residencia (art. 43), y según lo ha destacado la jurisprudencia francesa, los jueces pueden apreciar soberanamente lo atinente al lugar del domicilio del demandado al tiempo de recibir la demanda (conf. Cour de Cassation, chambre civile 2, 7/1/1976, n° 73-14652, Bull. Civ. II, n° 272). Por otra parte, el mismo código de forma determina que toda cláusula que, directa o indirectamente, derogue las reglas de competencia territorial, se reputa no escrita a menos que ella haya sido convenida entre personas que hubieran contratado en la calidad de comerciantes (art. 48).-

Es de observar que ninguna de tales reglas procesales es desconocida por el Code de la consommation francés (versión consolidada al 7/1/2011) en cuanto a la competencia para entender en las acciones promovidas por el propio consumidor, a quien se lo habilita, entonces, para elegir una u otra de las jurisdicciones territorialmente competentes en virtud del Código de Procedimiento Civil, e incluso la jurisdicción del lugar de su residencia al momento de la conclusión del contrato o de aparición del hecho perjudicial (art. L 141-5, texto según ley n° 2009-526 del 12/5/09, art. 24). En cambio, cuando previsto trata de acciones promovidas "contra" el consumidor por parte del profesional que contrató con él, la acción necesariamente debe promoverse en el lugar del domicilio de dicho consumidor, rigiendo plenamente la prohibición de cláusulas que prorroguen la competencia en su perjuicio, solución esta última que, además, viene afirmada por el propio Code de la consommation.-

En efecto, según el art. L 132-1 de este último cuerpo legal en los contratos concluidos entre profesionales y no profesionales o consumidores, son abusivas las cláusulas que tienen el propósito o el efecto de crear, a expensas del no-profesional o consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes del contrato; y en caso de litigio concerniente a un contrato que contenga tal cláusula, el profesional debe aportar la prueba del carácter no abusivo de la cláusula. La misma norma aclara, además, que ella es aplicable cualquiera sea la forma o el soporte del contrato, es decir, a todo tipo de documento contractual, vgr., órdenes de compra, facturas, bonos de garantía, ordenes de entrega, billetes o tickets, etc., continentes de estipulaciones negociadas libremente o no, o de referencias a condiciones generales preestablecidas. En fin, el referido texto normativo prescribe que las cláusulas abusivas se reputan no escritas, y que sus disposiciones son de orden público (art. L 132-1 del Code de la consommation, texto según ley n° 2010-737 del 1/7/2010, art. 62).-

Es de observar que el texto precedentemente indicado incorporó en la legislación francesa la Directiva 93/13/CEE del 5/4/93, al par que confirmó la tendencia jurisprudencial de la casación civil que había destacado la inferioridad negocial de los consumidores (Cour de Cassation, chambre civile 1, 6/1/1994, "Diac c / UFC", JCP 1994, II, 22 237) y, en función de ello, eximido a estos últimos de la carga de probar el abuso de poder económico del profesional frente a contratos con cláusulas abusivas (Cour de Cassation, chambre civile 1, 6/1/1994, cit.), así como reconocido al juez la facultad de declarar nulas las cláusulas reputadas abusivas (Cour de Cassation, chambre civile 1, 14/1/1991, D. 1991, J.449, nota de Ghestin). La casación francesa, además, había precisado también que la calificación de orden público inserta en la disposición antes referida, permitía al juez actuar de oficio (Cour de Cassation, chambre civile 1, 22/1/2009), lo cual, valga señalarlo, fue expresamente previsto en el art. L 141/4 del Code de la consommation en cuanto dispuso que "...Le juge peut soulever d'office toutes les dispositions du présent code dans les litiges nés de son application..." (texto según ley 2008-3, del 3/1/2008, art. 34).-

Interesa destacar, en fin, que al declarar el art. L 132-1 del del Code de la consommation su aplicación incluso en casos en que el soporte o la forma del contrato fuera un "billete", designación genérica que aprehende, entre otros instrumentos, a los billets à ordre (conf. Jeantin, M. y Le Cannu, P., Droit Commercial – Instruments de paiement er de crédito – Entreprises en difficulté, Dalloz, París, 1989, p. 245 y ss., n° 385), es decir, a nuestros pagarés (conf. Cámara, H., ob. cit., t. III, p. 485, n° 288).-

(b) Una solución análoga a la anterior, especialmente en cuanto a la actuación de oficio del juez, puede verse en el derecho belga (conf. M. Coipeler de P. Wéry, Les pratiques du commerce: l'information et la protection du consommateur, Wolter Kluwer, Belgium S.A., Waterloo, 2006, p. 337, n° 480).-

(c) El art. 1469, n° 3, párr. 19 bis del Codice Civile italiano, cuyo texto es reproducido por el art. 33, ap. 2, inc. "u", del Decreto Legislativo n° 206 del 6/9/2005 (Codice del Consumo), no establece una jurisdicción obligatoria territorial en asuntos concernientes a relaciones de consumo, pero determina que es una cláusula vejatoria en los contratos de consumo la que fija como sede foro competente el correspondiente a una localidad diversa de aquella en que se encuentre la residencia o el domicilio de elección del consumidor ("...stabilire come sede del foro competente sulle controversie località diversa da quella di residenza o domicilio elettivo del consumatore..."). Con ello, en los hechos y como lo ha destacado la jurisprudencia y la doctrina italiana, la citada disposición determina una competencia territorial exclusiva, que solo puede eludirse mediante una dispensa especial negociada por las partes de manera individual, siendo

insuficiente a ese efecto cualquier dispensa unilateral o predispuesta (conf. Cass. Civ. 28/8/2001 n° 11.282; Cass. Cass. Civile Sez. Civ., 26/9/2008, n° 24262 del 26 settembre 2008 24.262; Cass. Civ., Sex. III, 26/4/2010, n° 9922; Trib. Roma, 5/10/2000; Trib. Bologna 14/6/2000, id., 3/10/2000; Trib. Torino, 12/4/2000; Trib. Palermo, 7/4/1998; Tribunale di Venezia, 27/9/2006, juez Andrea Fidanza; Giud pace Milano, 7/10/1998, id., 23/12/1998; Giud. Pace Torino, 17/4/1998; Giud. Pace Ancona, 9/12/1997; Giudice pace Perugia, 28/2/1997; Dalmotto, E., ¿Un nuovo foro esclusivo per il consumatore?, Giur. It, 1997, IV, 161; Conti, R., Lo «status» di consumatore alla ricerca di un foro esclusivo e di una stabile identificazione, Corr. Giur., 2001, 525, 527, nota a Trib. Bologna 14/6/2000 y 3/10/2000; Palmieri, A., Foro esclusivo del consumatore e abusività della deroga convenzionale alla competenza per territorio: mai più un giudizio lontano da casa, nota a Cass. 28/8/01, n° 11.282, Foro It., 2001, I, 3592 ss.; id In fuga dal codice di rito: i contratti del consumator conquistano il foro esclusivo, ibid., 2003, I, 3301 ss.; Vanacore, G., La competenza territoriale in materia di contratti del consumatore: genesi di un consolidato orientamento giurisprudenziale, rev. Diritto Processuale Civile, del 8/9/2005; Vaccarella, R y Giorgetti, M., Codice di procedura civile annotato con la giurisprudenza, Utet, Torino, 2007, ps. 113/114; Ferrari, F., Clausola derogativi della competenza, vessatorietà ex art.1469 bis c.c e trattativa individuale, in "Giudice di pace", 2000, fasc. 2, p.128 ss.).-

Ahora bien, con relación a lo anterior, la casación civil italiana ha precisado que es carga de la empresa demostrar la antigüedad y la conclusión de la negociación individual indicada (Cass. Civ. 9/06/2007, n° 18.743), así como que tal negociación ha sido "real", lo cual conlleva a acreditar su individualidad, fiabilidad y eficacia para excluir la aplicación del marco de protección del consumidor brindado por el Código del Consumidor y por el citado art. 1469 bis y ss. del Codice Civile (Cass. Civile Sez. Civ. 26/9/2008, n° 24262 del 26 settembre 2008 24.262). In mancanza di prova della trattativa individuale ex art. Y a falta de la prueba de una negociación individual con los requisitos indicados, la cláusula debe considerarse abusiva o vejatoria (Cass. Civ., 21/5/2008, n° 13.051; Cass. Civ., 6/9/2007, n° 18.743; Cass. Civ., 23/2/2007, n° 4.208), sin perjuicio de ser válido el contrato en lo restante que dispusiera, pues se trata sólo de la nulidad parcial de tal cláusula (art. 1418 ss. 1418 y ss. del Codice Civile; cc Cass. Civile Sez. Civ. 26/9/2008, n° 24262 del 26 settembre 2008 24.262). Por otra parte, y en cuanto aquí interesa, la alta jurisprudencia italiana ha señalado que el carácter abusivo o vejatorio debe ser presumido cuando la cláusula determina una competencia distinta de la que corresponde al domicilio del consumidor (Cass. Civ., 1/10/2003, n° 14.669; Cass. Civ., 20/8/2004, n° 16.336; id. 29/9/2004, n° 1959; Patti, S., La presunzione di vessatorietà e altri aspetti di diritto delle prove, en La Nuova Giurisprudenza civile commentata, 2000, fasc. 5, pto.2, p. 513 y ss.), y que la 3) La regola di ripartizione dell'onere probatorio indicata sub 2) si applica anche al contratto concluso in maniera diversa dalla sottoscrizione di moduli o formulari predisposti per disciplinare in maniera uniforme determinati rapporti contrattuali. regla de distribución de la carga de la prueba antes referida se aplica independientemente del tipo de contrato celebrado entre las partes y la naturaleza de los servicios que sean su objeto (Cass. Civile Sez. Civ. 26/9/2008, n° 24262 del 26 settembre 2008 24.262; Cass. Civ., 20/3/2010, n° 6802).-

Se ha señalado, asimismo, que a lo dispuesto por el citado art. 33, ap. 2, inc. "u", del Decreto Legislativo n° 206 del 6/9/2005, no forma óbice el hecho de que el contrato de consumo de que se trate esté alcanzado por la Ley de Bancos Italiana, en la cual se regulan las operaciones de crédito al consumo (Texto Único Bancario, capítulos II e III del Título VI del Decreto Legislativo n° 385/1993), pues esta última no proporciona ninguna disposición modificatoria del régimen general (conf. Tribunale di Venezia, 27/9/2006, juez Andrea Fidanza).-

También en Italia se acepta la actuación de oficio por parte del juez en la materia (conf. Orestano, A., Rilevabilità d'ufficio della vessatorietà delle clausole nei contratti del consumatore, en Europa e diritto privato, 2000, fasc.4, p.1179 y ss.).-

(d) En Portugal, el Tribunal de Relación de Lisboa, Sec. Civ., 4/5/2010, causa n° 4380/06, in re "Banco..., S.A. c/ "A" – Sociedade de Mediação Imobiliária, Ltda.", destacó que de acuerdo al art. 74, ap. 1º, del Código de Procedimiento Civil de ese país (texto según ley n° 14/2006 del 26/4/06), la acción destinada a exigir el cumplimiento de obligaciones sólo puede ser promovida por el actor en la jurisdicción del tribunal del lugar donde la obligación debe ser cumplida, si el demandado es persona colectiva. Pero cuando el demandado es una persona física, o bien cuando son varios demandados y al menos uno de ellos es persona física, el actor está constreñido a promover su demanda en la jurisdicción del tribunal del lugar del domicilio de esta última. Entre otros fundamentos precisados por el citado tribunal, esta última solución se justifica por la constatación, especialmente en la actividad financiera (el precedente, valga señalarlo, se refería al cobro de un mutuo bancario), de que gran parte de los litigios de esa índole se concentraban en los principales centros urbanos de Portugal (Lisboa y do Porto), donde se sitúan las sedes de los litigantes en masa, esto es, las empresas que, con vista a la recuperación de sus créditos provenientes de situaciones de incumplimiento contractual, recurren a los tribunales de forma masiva y geográficamente concentrada. Precisó el tribunal, en tal sentido, que al introducir la referida regla de competencia territorial del domicilio del demandado -persona de existencia física- para ese tipo de acciones, se reforzó el valor constitucional de la defensa del consumidor, por cuanto se aproxima la justicia al ciudadano (en especial, al ciudadano consumidor), permitiéndole un pleno ejercicio de sus derechos en juicios, obteniéndose además un mayor equilibrio en la distribución territorial de los litigios civiles. Con análogos alcances, valga señalarlo, también se ha expedido el Superior Tribunal de Justicia de Portugal, 8/1/09, in re "Banco M..., S.A. c/ Pastelaria Unipessoal Ltda", destacando que la solución reseñada se aplica incluso si hubiera pacto de prórroga de competencia, y pudiendo la cuestión conocerse de oficio (las dos sentencias citadas pueden verse in extenso en <http://www.dgsi.pt/>).-

(e) En Brasil el Superior Tribunal de Justicia ha resuelto que tratándose de una relación de consumo, y teniendo en vista el principio de facilitación de la defensa del derecho del consumidor (art. 6º, VIII, del Código de Defesa do Consumidor), no prevalece el foro contractual elegido, por ser considerada abusiva la cláusula que lo establece, debiendo la acción ser propuesta en el domicilio real, y pudiendo el juez declarar su incompetencia ex officio" (conf. STJ – 2ª Seção

- CC n° 48097/RJ - Rel. Min. Fernando Gonçalves - j. 13.04.05, citado por Menezes, I. P., A natureza da competência decorrente de eleição de foro nos novos arts. 112 e 114 do CPC, registrado en Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1469, 10 jul. 2007, disponible en <http://jus.uol.com.br/revista/texto/10131>). Es decir, corresponde considerar absoluta la competencia del foro del domicilio del consumidor, no siendo exigible para declarar su procedencia la articulación de una excepción de incompetencia (conf. S.T.J. - 2ª Seção - j. em 13.05.1998, DJU de 16.11.98, citado por Cavalcante, K., As cláusulas abusivas à luz da doutrina e da jurisprudência, Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 60, 1 nov. 2002, trabajo en el que la autora destaca la aplicabilidad del criterio indicado a los contratos bancarios, disponible en <http://jus.uol.com.br/revista/texto/3387>). Cabe observar, además, que por ley n° 11.280 de 2006, se insertó un párrafo único en el art. 112 del Código de Proceso Civil, según el cual "...La nulidad de una cláusula de elección de foro, en contrato de adhesión, puede ser declarada de oficio por el juez, que declinará la competencia para el juicio al domicilio del demandado..."-.

14°) Que si se parte de la base de que la justicia depende más de buenos jueces que de buenas leyes, y de que el juez no puede limitarse a ser un mero lector del texto normativo, sino que debe ser también experto en la vida social y debe saber captar en ellas los valores que cualifican la norma, así como sentirse empeñado en decir ius y en tratar de dar a la norma que deba interpretar, en cuanto sea posible, el significado y alcance más coherente con los valores que emergen de la realidad humana y social (conf. Martí Sánchez, J., ob. cit., p. 300), entiendo que la solución que propugno, sobre la cual tengo plena convicción, permite lograr cabalmente el fin querido por el art. 36 in fine de la ley 24.240 -que no es otro que la protección del consumidor- con más eficacia inclusive que la que podría resultar de su texto literal.-

15°) Que al redactar este voto no he dejado de pensar en sus consecuencias. Particularmente, he ponderado la preocupación que varios colegas del tribunal pusieron de relieve en las deliberaciones que han precedido a este acuerdo plenario, en el sentido de ser probable que los mayores costos que deberán afrontar bancos y financieras para ejecutar a sus clientes ante jueces que no son los competentes en el lugar de pago del título o en el domicilio social de tales entidades, se traslade al precio del crédito, incrementándose la tasa de interés de las operaciones financieras para el consumo y de crédito para el consumo.-

Ignoro si esa probabilidad existe o si el aludido efecto tendrá o no lugar, y creo que los colegas que han manifestado su preocupación solo pueden presentar un juicio conjetural sobre el particular. A todo evento, ya antes de la sanción de la ley 26.361 y su reforma al art. 36 de la ley 24.240, la doctrina nacional hubo de advertir, frente a planteos similares, sobre la "falacia económica del costo del crédito", desde que no existía ningún dato en la experiencia de países que han adoptado una regulación de crédito al consumo, que indique que las consecuencias dañosas de la regulación (aumento del costo y reducción de las bocas de crédito) se hubiera verdaderamente producido (conf. Bergel, S. y Paolantonio, M., Responsabilidad civil de las entidades financieras en las operaciones de crédito al consumo, RDCO n° 18 [Responsabilidad contractual II], p. 281, espec. ps. 306/307).-

En todo caso, si alguna duda cupiera, para sostener este voto me basta considerar que el análisis económico del derecho (al fin y al cabo, de esto se está hablando), aunque sea pertinente en la construcción de la labor judicial (CSJN, acordada 36/2009), no puede servir para convalidar, por certero que sea, el fraude a la ley. Sobre la razón económica, se impone la razón jurídica. Y ningún magistrado debería entenderlo de otro modo, pues como lo expresa Vélez Sarsfield en la nota al art. 3136 del Código Civil: "...sería un deshonor de la ley, que los jueces cerrasen sus ojos ante una conducta fraudulenta y permitieran que ésta triunfara..."-.

16°) Por lo expuesto, voto por la afirmativa con relación a los dos planteos formulados al acuerdo.-

I.B. Fundamentos de los doctores Miguel F. Bargalló, Juan R. Garibotto, Ángel O. Sala y Bindo B. Caviglione Fraga:

1. Objeto del plenario y antecedentes donde nos hemos pronunciado por la afirmativa

El plenario tiene por objeto la unificación de los criterios de las distintas Salas de este tribunal, respecto de la pertinencia de declarar la incompetencia territorial de oficio en las ejecuciones de títulos cambiarios dirigidas contra deudores residentes fuera de esta jurisdicción, con fundamento en lo dispuesto por el art. 36 in fine de la Ley de Defensa del Consumidor 24.240 -texto según ley 26.361.-

Los suscriptos ya nos hemos pronunciado por la afirmativa respecto de las cuestiones planteadas (v. disidencia del doctor Bargalló en CNCom. Sala B, "Banco de la Ciudad de Buenos Aires c/ Silva, Héctor Darío s/ ejecutivo" del 13/8/09; Sala C, "Cooperativa de Crédito Consumo y Vivienda Nuevo Siglo Ltda. c/ Almeida, Ana María s/ ejecutivo" del 12/06/09; y Sala E, "Compañía Financiera Argentina S.A. c/ Castruccio, Juan Carlos s/ ejecutivo" del 26/08/09).-

Adelantamos desde ya que mantendremos el criterio que sustentamos en esos precedentes. Desarrollaremos en adelante las razones, algunas de las cuales ya fueron referidas en los casos citados.-

2. La regla atributiva de competencia del art. 36 de la LDC: finalidad y ámbito de aplicación

Cabe recordar que la ley 26.361 -sancionada el 12/3/08, promulgada el 3/4/08 y publicada en el B.O. el 7/4/08- modificó la ley 24.240 de Defensa del Consumidor.-

En lo que interesa a los fines que aquí se debaten, por medio de su art. 15 sustituyó el art. 36 de la ley 24.240 -contenido

en el Capítulo VIII titulado "De las operaciones de venta de créditos"- norma que se encarga de enunciar los requisitos que debe contener el documento en el que se instrumenten las operaciones financieras o de crédito para consumo.-

El último párrafo del artículo estableció una regla imperativa de atribución de la competencia territorial para los juicios derivados de operaciones de crédito en estos términos: "Será competente, para entender en el conocimiento de los litigios relativos a contratos regulados por el presente artículo, siendo nulo cualquier pacto en contrario, el tribunal correspondiente al domicilio real del consumidor".-

Cabe señalar que la ley de Tarjeta de Crédito 25.065: 14 "i" establece, en la misma línea, la nulidad de las cláusulas "que importen prórroga a la jurisdicción establecida", que no es otra que la del domicilio del titular o fiador (ley 25.065: 52).-

El temperamento adoptado por esas normas constituye explicitación de cláusulas que, de forma general, la propia ley de Defensa del Consumidor ya reputaba abusivas e ineficaces en su versión original. En efecto, el art. 37 de la LDC -que no sufrió modificaciones- dispone que cabe tener por no convenidas las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones (inc. a); o que importen renuncia o restricciones de los derechos del consumidor o amplíen los de la otra parte (inc. b).-

Eventuales pactos de prórroga de la jurisdicción territorial en ámbito de las relaciones de consumo y hacia un tribunal distinto del correspondiente al domicilio del consumidor son entonces ineficaces.-

La aplicación de la regla de atribución de competencia prescripta por el citado art. 36 de la LDC está supeditada, claro está, a que se registre alguno de los supuestos de hecho previstos en los arts. 1, 2 y 3 de la misma ley; esto es, en la medida en que el crédito otorgado por un proveedor esté destinado al consumo final del tomador -o de su grupo familiar o social-. Y, por oposición, quedará excluida la aplicación de la norma en la medida en que el destino de la financiación se vuelque de manera directa a un proceso de producción, transformación o comercialización de bienes o servicios.-

3. Su aplicación en el marco de juicios ejecutivos de títulos cambiarios

La primera cuestión planteada en esta convocatoria a plenario concierne justamente a si puede inferirse en el marco de un juicio ejecutivo, a partir de la sola calidad de las partes involucradas en las actuaciones, que subyace una relación de consumo en los términos previstos en la ley N° 24.240 de Defensa del Consumidor, prescindiendo de la naturaleza cambiaria del título en ejecución.-

En definitiva, lo que interesa determinar es si la regla de determinación de la competencia contenida en el art. 36 de la ley 24.240 de Defensa del Consumidor puede o no ser aplicada en el marco de un juicio ejecutivo basado en un título abstracto, que no contiene indicación alguna que permita vincularlo a un contrato de consumo.-

La óptica desde la cual la cuestión sometida a plenario debe analizarse es doble: por un lado lo atinente a la disciplina de los títulos valores y, por otro, el régimen procesal del juicio ejecutivo.-

a) La normativa cambiaria y la LDC

La autonomía y abstracción cambiaria deriva de diversas normas mercantiles. El art. 212 del Código de Comercio prevé que "la falta de expresión de causa o la falsa causa, en las obligaciones transmisibles por vía de endoso, nunca puede oponerse al tercero, portador de buena fe". De su lado, el art. 18 del Decreto-Ley 5.965/63 dispone que la persona contra quien se promueve acción en virtud de la letra de cambio no puede oponer al portador las excepciones fundadas en sus relaciones personales con el librador, o con los tenedores anteriores, a menos que el portador, al adquirir la letra, hubiese procedido a sabiendas en perjuicio del deudor demandado. Esta regla es concordante con la que rige en materia de cheques (ley 24.452, art. 20).-

La Ley de Defensa del Consumidor, al regular el crédito para el consumo en el art. 36 citado, no se ha ocupado del supuesto en que dicho crédito se instrumente y reclame mediante títulos ejecutivos cambiarios; tema que reviste gran trascendencia dada la desvinculación causal que se produce con la emisión de esos títulos, con la consecuente restricción cognoscitiva y el cercenamiento de las posibilidades del consumidor de hacer valer sus defensas en el proceso (v. Sebastián I. Sánchez Cannavó: "Crédito al consumo y acceso del consumidor a la justicia frente al juicio ejecutivo", publicado en El Derecho, 05/10/2005 -214-885-; y mismo autor: "La aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor en el Juicio Ejecutivo", DSE, N° 254, enero 09, T. XXI).-

En el derecho comparado se han buscado distintas soluciones para proteger a los consumidores, que llegaron, incluso, a prohibir el empleo de títulos cambiarios o la obligación de indicar en el documento su origen vinculado al consumo (una completa reseña y estudio del problema fue realizada por Bergel Salvador D. y Paolantonio, Martín E.: "Las letras de consumo y su problemática jurídica" -RDCO, 1991, B-7- y por Tobías, José W.: "Los contratos conexos y el crédito al consumo" -LL., 1999-D,992-).-

Pero en nuestro ámbito, reiterarse, no está previsto en el estatuto del consumidor el problema vinculado con las garantías crediticias y su ejecución.-

Se halla en juego entonces la interrelación entre la legislación cambiaria mercantil (Código de Comercio, Decreto-Ley 5.965/63 y Ley de Cheques 24.452) y el régimen de protección del consumidor (CN: 42 y Ley 24.240); en definitiva, la influencia de este último respecto del derecho comercial.-

En este punto no pude pasarse por alto que la LDC no conforma un cuerpo completo de normas, sino de reglas de excepción de las de derecho común sobre las que recae la protección del consumidor.-

El art. 3 de la ley 24.240 prevé la integración normativa del régimen de protección al consumidor y la preeminencia de la LDC sobre otras reglas legales eventualmente aplicables. El derecho relativo a la protección del consumidor se integra así con las otras ramas jurídicas imponiendo soluciones que impiden, total o parcialmente, la aplicación del derecho común. En otros términos, el régimen de derecho que surge de la LDC importa no sólo complementar sino también modificar o derogar las normas de las otras ramas jurídicas que se apliquen a la relación de consumo que concretamente se considere (Alegria, Héctor, "Régimen legal de protección del consumidor y Derecho Comercial", Acad. Nac. De Derecho 2009, LL, 16/06/2010).-

En síntesis, el reconocimiento constitucional del derecho de protección a los consumidores (art. 42 CN), sumado a lo dispuesto por el art. 3 de la LDC y coordinado con el carácter de orden público de la LDC establecido por el art. 65, permite concluir sin dudas en la preeminencia antes referida. Por ende, frente a cualquier colisión entre normas de derecho común y las normas protectorias de los consumidores, prevalecerán estas últimas.-

De lo anterior cabe concluir que, cuando se está en presencia de una relación de consumo, la normativa cambiaria es inaplicable en todo lo que resulte incompatible, pues la disciplina de los títulos no puede desvirtuar la efectividad de las normas tuitivas del consumidor.-

Conclúyese entonces que el principio de "abstracción" que rige en materia de títulos cambiarios no constituye un óbice que impida analizar la configuración de los presupuestos que tornan aplicable el art. 36 de la LDC para la determinación de la competencia territorial allí prevista.-

Aun prescindiendo de la apuntada preeminencia del derecho de consumidor sobre la normativa cambiaria, la cuestión puede salvarse de todas formas.-

La abstracción cambiaria que deriva del art. 212 del Código de Comercio, del art. 18 del Decreto-Ley 5.965/63 y del art. 20 de la ley 24.452 es aplicable en la medida en que los títulos hayan circulado. Caso contrario, si el juicio enfrentara a los obligados directos del título (librador y beneficiario inmediato) no se presenta el supuesto de circulación previsto por la normativa cambiaria y ello tornaría inaplicable la veda de indagación causal contenida en las normas.-

A todo evento, la circulación del título mediante su transmisión por endoso es una circunstancia capaz de influir solo en lo atinente a la imposibilidad de que el demandado oponga al portador las excepciones fundadas en relaciones personales con el librador o portadores anteriores; pero, por el contrario, no es susceptible de afectar la determinación de la competencia judicial.-

Pues las normas citadas (art. 212 del Código de Comercio, art. 18 del Decreto-Ley 5.965/63 y art. 20 de la ley 24.452) refieren, reiterarse una vez más, a la inoponibilidad de defensas o excepciones personales dada la abstracción, pero nada dicen de que esté impedida la indagación de la causa de la emisión del título -en el caso, la relación de consumo- para otros fines distintos de las defensas o excepciones personales. Nada obsta a que se oponga como defensa la incompetencia territorial sobre la base de la improrrogabilidad que prevé el estatuto del consumidor.-

La indagación de la naturaleza de la obligación que instrumenta el título puede entonces realizarse -en cualquier caso- con el fin de determinar si se da el presupuesto de hecho para habilitar la aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor para poder determinar la competencia del tribunal.-

b) El juicio ejecutivo y la LDC

En el ámbito del juicio ejecutivo, el CPCCN: 544-4 veda examinar "la legitimidad de la causa de la obligación" en el marco de la excepción de inhabilidad de título, que deberá fundarse en sus "formas extrínsecas".-

Pero tampoco ello impide que la causa de la obligación se indague para determinar la competencia territorial. Véase que la misma norma, al establecer la admisibilidad en el juicio ejecutivo de la excepción de incompetencia (CPCCN: 544-1), no pone una limitación análoga.-

El análisis de la relación que motivó el libramiento del título para determinar la competencia no supone entonces abrir la discusión sobre aspectos causales vedados -pues el CPCCN: 544-1 no lo impide- ni desvirtuar el limitado ámbito de conocimiento del juicio ejecutivo, pues -como se verá- a partir de los términos literales del documento (sus "formas extrínsecas") y las condiciones personales de las partes se podrá determinar si se ha celebrado un contrato de crédito para el consumo.-

4. La determinación de la existencia de relación de consumo: presunciones y prueba en contrario

La relación de consumo no pierde ni cambia su naturaleza por el hecho de haberse instrumentado mediante títulos valores; predicar lo contrario implicaría vaciar de aplicación la norma protectoria por el simple expediente de imponer al consumidor la firma de un papel de comercio.-

Entonces, si mediante la instrumentación por medio de un título cambiario y por medio de un juicio ejecutivo (CPCCN, título 2, arts. 520 y ss.) se procura la satisfacción de una deuda contraída con el objeto adquirir bienes para consumo, no puede dudarse de la directa aplicabilidad de las normas protectorias contenidas en la ley de Defensa del Consumidor.-

Evidentemente las circunstancias personales de las partes y elementos obrantes en las actuaciones son hábiles para formar convicción positiva respecto del encuadramiento de la relación jurídica emergente del pagaré en ejecución dentro de las operaciones regidas por el art. 36 de la LDC.-

De conformidad con el art. 163, 5 del CPCCN "Las presunciones no establecidas por la ley constituirán prueba cuando se funden en hechos reales y probados y cuando por su número, precisión, gravedad y concordancia, produjeran convicción según la naturaleza del juicio, de conformidad con las reglas de la sana crítica".-

Siempre que se ejecute un pagaré librado por una persona física a favor de una entidad financiera, es evidente que esas circunstancias personales de las partes imponen presumir que se trata de una operación de crédito para consumo. Ello así, en la medida que la ejecutante sea una empresa profesional de crédito encuadrable, por lo tanto, en la definición de "proveedor" del art. 2 de la LDC. Y, al propio tiempo, que la ejecutada sea una persona física con las características que el art. 1 de la LDC requiere para estar en presencia de un "consumidor o usuario".-

Esos antecedentes permiten, en los términos del art. 163: 5 del CPCCN, generar la presunción de estar ante una relación de consumo.-

Eventualmente y frente a supuestos de duda, cabe la interpretación a favor del consumidor no solo de conformidad con las reglas de su estatuto (conf. art. 3 -segundo párrafo parte final- y 37 -segundo párrafo- de la LDC), sino también sobre la base del principio general contemplado en la legislación mercantil por el art. 218 inc. 7 del Código de Comercio, que impone interpretar las cláusulas contractuales ambiguas y dudosas siempre a favor del deudor.-

No podrá la ejecutante esgrimir que el título no contiene indicación alguna que permita vincularlo a un contrato de consumo y limitarse a negar que se trate de un crédito de consumo, ni mucho menos puede pretender que la carga de esa prueba se ponga en cabeza del ejecutado, sino que deberá aportar los elementos que puedan desvirtuar esa presunción.-

Pues de conformidad con las "normas del proceso" contenidas en el art. 53 de la ley 24.240 -texto según ley 26.631-, está en cabeza de los proveedores la carga de aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio. De modo que, sin desatender las disposiciones sobre carga de la prueba que rigen en el marco de este tipo de juicios (CPCCN: 549 segundo párrafo), no puede soslayarse el deber de colaboración impuesto en la norma a los fines de la determinación de la competencia.-

Es evidentemente la actora, como entidad financiera profesional, predisponente de las condiciones y documentación de la contratación, quién está en mejor situación de aportar la prueba relativa a la afirmación de no tratarse la analizada de una operación de crédito para consumo, en el marco de una cuestión de competencia.-

Consecuentemente, en un juicio ejecutivo iniciado con sustento en un título cambiario es válido presumir, a partir de la calidad de las partes involucradas en las actuaciones, que el vínculo que subyace puede encuadrarse en una operación de crédito para el consumo regida por el art. 36 de la ley 24.240 de Defensa del Consumidor.-

Respondemos entonces afirmativamente a la primera cuestión planteada.-

5. El Código Procesal y la LDC: posibilidad de declaración oficiosa de la incompetencia territorial

Cabe entonces adentrarse en la segunda cuestión planteada, vinculada a la posibilidad de declarar de oficio la incompetencia territorial.-

Se analizó antes la relación entre la normativa consumerista y las reglas de derecho común mercantil sobre la abstracción cambiaria. Ahora la cuestión pasa por desentrañar la forma en que el nuevo art. 36 de la LDC influye sobre las normas procesales de prórroga de competencia territorial contenidas en el CPCCN.-

De acuerdo a lo dispuesto por los arts. 1 y 2 del ritual, en el proceso civil la competencia territorial en asuntos exclusivamente patrimoniales es prorrogable expresamente -por acuerdo de partes- como tácitamente -por el hecho de entablarse demanda en jurisdicción distinta sin que se interponga declinatoria-. Concordante con ello, no procede la declaración de incompetencia de oficio fundada en razón del territorio (art. 4 tercer párrafo del CPCCN.).-

La facultad de las partes de prorrogar por vía convencional la competencia territorial está permitida en la medida en que no se vulneren normas indisponibles de orden superior, por cuanto de conformidad con el art. 21 del Código Civil las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observación estén interesados el orden público y las buenas costumbres. Y la regla de competencia contenida en el art. 36 in fine de la LDC puede subsumirse en esa clase de disposiciones, vinculada además con la garantía constitucional del juez natural (art. 18 CN).-

Como ya se destacó, en materia de reclamos de créditos con origen en operaciones para el consumo y conforme la regla del último párrafo del art. 36 de la ley 24.240 -texto según ley 26.631- la competencia judicial estará determinada siempre por el domicilio real del consumidor, siendo nulos los pactos de prórroga de jurisdicción.-

La primacía del estatuto del consumidor por sobre las normas de forma del Código Procesal Civil y Comercial se funda en la necesaria armonización entre las normas procesales y sustanciales, y en la ya referida jerarquía constitucional de la Ley de Defensa del Consumidor.-

Por otro lado, no cabe soslayar a los fines en debate que la ley de Defensa del Consumidor es "ley especial" y "ley posterior" no sólo respecto de la legislación común sino también respecto de los Códigos de Procedimientos, además –ya se dijo- de ley de "orden público" (art. 65); por lo cual, como allí se otorga al consumidor un régimen especial derivado de su debilidad intrínseca en la relación con el empresario o productor de bienes o servicios, sus normas son de aplicación imperativa y, como también ya se dijo, deben tenerse como modificatorias de la legislación sustancial y procesal, en todo aquello que esté regulado de forma incompatible.-

Ello implica que en todo lo atinente a conflictos vinculados con operatoria de financiamientos destinadas al consumo las reglas generales de atribución de competencia establecidas en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación deben ceder frente a la normativa sustancial, en tanto no se ajusta a lo dispuesto por el art. 36 de la LDC.-

Cabe destacar que en el sentido que aquí se propicia, existe un Proyecto de Ley presentado por el senador Marcelo A. H. Guinle (designado como S-1322/10 de la Secretaría Parlamentaria, Dirección General de Publicaciones y obtenido de la página web del Senado de la Nación) que prevé la sustitución del tercer párrafo del art. 4 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación por el siguiente texto: "En los asuntos exclusivamente patrimoniales no procederá la declaración de incompetencia de oficio, fundada en razón del territorio, excepto cuando medie una relación de consumo en los términos de la ley de Defensa del Consumidor".-

De los fundamentos del proyecto surge que el mismo apunta a "plasmear la competencia del juez del domicilio del consumidor que surge de la norma de fondo". Se destacó la existencia de "una contradicción en lo que respecta a las relaciones de consumo que se instrumentan por ejemplo en un pagaré, lo que las transforma -desde el punto de vista del Derecho Comercial y del Código Procesal- en situaciones exclusivamente patrimoniales, sin el debido resguardo de que la Ley de Defensa del Consumidor y la propia Constitución Nacional prevén a ese respecto". Y se agregó que "Esta circunstancia no le permite, en todos los casos, al juez cumplir con el rol tuitivo que le asigna como función la ley de Defensa del Consumidor, razón por la cual, en algunas oportunidades se vulnera el derecho de defensa del consumidor, principalmente cuando existe una operación de crédito para el consumo, por ampararse los magistrados en esta cláusula procesal, que tiene fundamento en la peculiaridad de dichas operaciones, dadas por la literalidad, abstracción, autonomía, completividad y constitutividad, que a todas luces no son aplicables a las relaciones de consumo".-

Lo visto hasta aquí impone entonces dar respuesta afirmativa también a la segunda cuestión.-

6. La incidencia del criterio de la C.S.J.N. sobre el objeto del plenario

No se pasa por alto que en un supuesto donde se presentaban los mismos hechos que se debaten de este plenario –se trataba de una cuestión de competencia entre jueces, planteada en un juicio ejecutivo donde se había invocado que debía entender el juez del domicilio del deudor según el art. 36 de la ley 24.240-, la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió -con remisión al dictamen del Procurador General de la Nación- que por aplicación de lo establecido en el art. 4 tercer párrafo del CPCCN no cabía declarar de oficio la incompetencia en razón del territorio, pues en los asuntos exclusivamente patrimoniales puede ser prorrogada por las partes en los términos del art. 1 segundo párrafo del mismo código (CSJN, 24/08/2010, "Compañía Financiera Argentina S.A. c/ Toledo, Cristian Alberto", publicado en La Ley, 07/09/2010).-

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado reiteradamente que las instancias ordinarias tienen el deber de conformar sus decisiones a las sentencias de la Corte en casos similares (Fallos 307:1094; 312:2007; 316:221; 318:206; 319:699; 321:2294), lo que se sustenta tanto en su carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia, como en razones de celeridad y economía procesal que hacen conveniente evitar todo dispendio jurisdiccional (Fallos: 256:20; 303:1769; 311:1644 y 2004; 318:2103; 320:166; 321:3201).-

No obstante y si bien no puede dudarse de la importancia que revisten los fallos de la Corte Suprema, lo cierto es que la doctrina que emana de los mismos no es obligatoria para los tribunales inferiores, pues ello no está previsto legalmente.-

Los jueces tienen entonces la facultad de apreciar con criterio propio las resoluciones del Máximo Tribunal y pueden apartarse de ellas cuando median motivos valederos para hacerlo, siempre que tal apartamiento sea debidamente fundado en razones novedosas y variadas (Fallos 262:101; 302:748; 304:898 y 1459; 307:2124; 312:2007; 321:3201).-

Y en el caso, como se vio, el apartamiento está expresamente fundado en argumentos y razones no examinadas por el Máximo Tribunal, lo que a criterio de los suscriptos justifica y torna fundada la posición que se adopta.-

7. Conclusión

En atención a todo lo hasta aquí expuesto, damos respuesta afirmativa a las dos cuestiones propuestas en la convocatoria.-

I. C.- Fundamentos del doctor Rafael F. Barreiro:

1º) Por iniciativa de la Sala C de esta Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, se dispuso la autoconvocatoria a Acuerdo Plenario con el propósito de unificar los criterios de las distintas Salas, respecto de la pertinencia de la declaración de oficio, de la incompetencia en procesos en los que se ejecuten títulos cambiarios contra deudores que residan fuera de la jurisdicción del tribunal, con fundamento en lo dispuesto por el art. 36 de la Ley de Defensa de

Consumidores y Usuarios. Tal es el alcance textual de los interrogantes que hemos sido llamados a despejar:

"En las ejecuciones de títulos cambiarios dirigidas contra deudores residentes fuera de la jurisdicción del tribunal:

1. ¿ Cabe inferir de la sola calidad de las partes que subyace una relación de consumo en los términos previstos en la ley N° 24.240 de Defensa del Consumidor, prescindiendo de la naturaleza cambiaria del título en ejecución?

2. En caso afirmativo: ¿Corresponde declarar de oficio la incompetencia territorial del tribunal con fundamento en lo dispuesto en el art. 36 de la Ley de Defensa del Consumidor?".-

2º) La respuesta a la primera cuestión exige prioritariamente, a mi modo de ver, precisar la noción de relación de consumo.-

La Constitución Nacional garantiza los derechos de consumidores y usuarios, sin definirlos, en la relación de consumo. La protección abarca la salud, seguridad e intereses económicos; la información adecuada y veraz; la libertad de elección; y las condiciones de trato equitativo y digno (art. 42, párrafo primero, CN).-

El ordenamiento reglamentario específico, la ley 24.240 (LDC), que fue sancionado casi un año antes de la Reforma Constitucional del año 1994, omitía en su redacción originaria cualquier consideración acerca de esa relación jurídica de especiales características. En efecto, la LDC se limitaba a consagrar en su art. 1º la noción normativa de consumidor y usuario y a exigir que el vínculo jurídico con el proveedor (en sentido amplio) de bienes o servicios, tuviera base contractual. En el artículo siguiente describía los caracteres básicos de quienes revisten la calidad de co-contratantes de los consumidores y usuarios.-

No obstante esa carencia de previsión normativa expresa, no resultaba demasiado dificultoso elaborar la definición ausente pero implícita en la regulación expresa de la LDC. En esta inteligencia la relación de consumo podía ser concebida en términos latos como aquel vínculo jurídico generado por una relación contractual que se establece a título oneroso entre consumidores o usuarios finales y quienes participan en la producción o intercambio de los bienes o servicios aludidos en la LDC (conf. Horacio Luis Bernsten, "Derecho Procesal del Consumidor", p. 4, La Ley, Bs. As. 2004).-

Pero la reciente sanción de la ley 26.361, que modificó la ley 24.240, vino a suplir esa carencia. En efecto, la LDC en su art. 3 dispone ahora que relación de consumo es el vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario.-

La relación de consumo alude, entonces, al vínculo que establece el consumidor o usuario (LDC art. 1) con quien en forma profesional, aun ocasionalmente, produzca, importe, distribuya o comercialice cosas o presten servicios a consumidores o usuarios (LDC art. 2).-

La noción legal incorporada al texto originario de la LDC refiere a las exigencias de los arts. 1 y 2, conforme a la redacción ordenada por la ley 26.361, en punto a la enunciación de las características diferenciales de las categorías consumidor y proveedor, que son los sujetos que celebran la relación de consumo. Y, también, a las actividades que ellos cumplen.-

El recordado art. 1 de la LDC, señala que consumidor es la persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o el de su grupo familiar o social. Se considera asimismo consumidor o usuario a quien, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, y a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo.-

Las características distintivas de la condición de consumidor o usuario pueden ser explicadas del siguiente modo:

(i) persona física o jurídica y, en este segundo caso, pública o privada, dado que el ordenamiento no contiene límite alguno sobre el particular;

(ii) adquisición o utilización de bienes o servicios en forma gratuita u onerosa actual o eventual. La entrega de cosas o servicios cuando es empleada como forma de persuasión para celebrar posteriormente el contrato en firme (como lo indicaba el art. 1 del Decreto Reglamentario de la LDC), guarda correlación con las disposiciones de los arts. 4 y 8 en materia de información y efecto vinculante de la oferta, art. 19 que regula la prestación de servicios, art. 35, parte segunda, que dispensa al consumidor de conservar la cosa recibida con la oferta y art. 37 que extiende el deber de actuar con buena fe aún en la etapa previa a la conclusión del contrato. Resulta evidente que la posición del consumidor o usuario requiere del amparo legal no sólo frente al negocio celebrado sino también frente a ofertas aunque fueren hechas a potenciales consumidores indeterminados. No puede desatenderse que la reforma admite cualquier forma de adquisición o empleo, que alude a la incorporación del bien o servicio o su uso -con criterio finalista- al patrimonio del consumidor o de su grupo familiar o social;

(iii) como destinatario final. A los efectos aquí considerados ha de tenerse en cuenta que el art. 2º de la ley 26.361 suprimió la exigencia que contenía -con discutible técnica legislativa- el precepto de idéntica numeración de la ley 24.240, concerniente a la exclusión de la noción de consumidor a quienes consumían bienes y servicios para integrar los a procesos productivos. La significación de esta modificación legislativa es de suma trascendencia pues cabe estimar que la norma amplió, de esta manera, el concepto del sujeto merecedor de la tutela legal. En esta línea argumental se sostuvo

que la desaparición de ese texto del artículo 2º, y por consiguiente de su decreto reglamentario, nos lleva a interpretar el espíritu del legislador por contraposición, entendiendo que la derogación citada implica un cambio de concepto de manera tal que aquellos que adquieran un bien o servicio en su carácter de comerciantes o empresarios, quedarán igualmente protegidos por esta ley siempre que el bien o servicio no sea incorporado de manera directa en la cadena de producción. De tal manera, las personas jurídicas y los comerciantes ven ahora ampliado el campo de supuestos en el que podrán revestir el carácter de consumidores y en consecuencia, bregar por la protección de la ley (Federico M. Alvarez Larrondo, "El impacto procesal y de fondo de la nueva ley 26.361 en el Derecho del Consumo", en Sup. Esp. Reforma de la ley de defensa del consumidor, La Ley 01.01.08, p. 25, y sus citas).-

Ello permitiría sostener, como se aseveró, que en el nuevo sistema la tutela se diseña de otro modo: a) se mantiene la noción de consumo final como directiva prioritaria para circunscribir la figura del consumidor; b) se extiende la categoría también al "destinatario o usuario no contratante" y c) se suprime un criterio de exclusión que contenía la versión anterior del art. 2 en cuanto que no eran consumidores quienes integren los bienes y servicios a procesos productivos (Ariel Ariza, "Más que una reforma. Desplazamientos del Derecho del Consumidor en el Derecho Privado", en Sup. Esp. Reforma de la ley de defensa del consumidor, La Ley 01.01.08, p. 49).-

Recuérdese que el art. 1 de la LDC en su apartado final, considera asimismo consumidor o usuario a quien, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, y a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo.-

No obstante dichas terminantes conclusiones, la LDC en su actual redacción aprecia la posición del consumidor o usuario como aquella persona que agota, en sentido material o económico, el bien o servicio contratado (la consunción final, material, económica o jurídica, conforme las distintas soluciones sugeridas). En síntesis, si bien se reconoce que la ley no abandonó terminantemente el criterio finalista en punto a la calificación del consumidor, quien sigue siendo el destinatario final, la eliminación antedicha en el texto del art. 2º permite examinar en cada caso si el acto de consumo origina, facilita o se integra en un proceso de producción de bienes o servicios, con prescindencia de la intención que haya movido a su celebración, en cuya virtud el sujeto no sería consumidor en términos estrictos y sí lo sería en caso de haber objetivamente finalizado el ciclo económico respecto del bien o servicio (conf. Carlos G. Gerscovich, "Consumidores Bancarios. Derechos económicos de los bancos y sus clientes", Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., febrero de 2011, p. 234).-

Por consiguiente, es válido presumir aquí la existencia del vínculo jurídico que significa la relación de consumo, cuyo objeto consiste: (i) en los servicios, considerados como un hacer intangible que se agota con el quehacer inicial y desaparece e involucra una obligación de hacer y un derecho creditorio; y (ii) los bienes, que se refieren a las cosas elaboradas y con destino al uso final, que son en realidad productos, a las cosas sin elaboración, materiales e inmateriales, durables o no y los inmuebles (conf. Lorenzetti, Ricardo Luis, "Consumidores", pp. 101 y 105, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003).-

Luego, ese bien o servicio no integrará posteriormente otro proceso productivo por haber sido extraído de circulación: ya no se encuentra en el mercado por lo que no podrá, en principio, ser objeto de contratación ulterior. Tal es la interpretación que se ha hecho por la Sala F que tengo el honor de integrar (CNCom, Sala F, 18.05.10, "Toyota Compañía Financiera de Argentina SA c/ Fiber Wells SA s/ secuestro prendario"; id., 20.05.10, "Diagonal Norte SA c/ Piovani Juan Fernando s/ ejecutivo"), y compartida por la Sala E (CNCom, Sala E, "Compañía Financiera Argentina S.A. c/ Castruccio Juan Carlos s/ ejecutivo", La Ley 2009-F-709).-

(iv) en beneficio propio o el de su grupo familiar o social. El beneficio propio permite distinguir -como fue hecho bajo la vigencia de la LDC en su redacción originaria- la figura del consumidor con la del usuario.-

El consumidor, en esta apreciación, es aquella persona que celebra el negocio jurídico -a título oneroso o no- para consumir o beneficiarse en sí propio. Es, entonces, quien se vincula directamente con el proveedor de los bienes o servicios objeto de la contratación.-

El usuario, se ha dicho respecto del anterior texto del art. 1 de la LDC, es el integrante del grupo familiar o social del consumidor. Con la reforma podría aludirse a él como el que sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social.-

En esta interpretación el usuario no celebra el contrato y, por consiguiente, no se vincula directamente con el proveedor de bienes o servicios pero, ciertamente, se halla amparado por la LDC (Jaime Luis Anaya, "Meditaciones sobre los derechos del consumidor", El Derecho, Tº 177, p. 222.-). Esta distinción, que no ha perdido su vigencia con la sanción de la ley 26.361, justifica la legitimación del usuario -aquel que no es parte en la relación de consumo, según el art. 1 en su presente redacción- para reclamar frente a quien no lo unió un vínculo jurídico directo. No obstante, debe reconocerse que la LDC y su reforma parecen haber reservado la denominación de usuario a quien requirió a título oneroso la prestación de servicios y consumidor a quien adquirió bienes. En esta tesitura interpretativa se ha sostenido que consumidor o usuario es aquel que se encuentra inmerso en una relación de consumo, ya sea en forma directa o indirecta (Ghersì, Carlos y Weingarten, Celia, "Visión integral de la nueva ley del consumidor", DJ, Año XXIV, Nº 17, abril de 2008, p. 1109).-

Sin embargo, también fue señalado que, eliminada la exclusión de los vínculos entre consumidores respecto de cosas usadas que contenía el art. 2 en su texto original, la asimilación que consagra el segundo apartado del art. 1 puede

válidamente abarcar a esa clase de relaciones (Carlos G. Gerscovich, "Consumidores Bancarios. Derechos económicos de los bancos y sus clientes", Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., febrero de 2011, p. 246);

(v) el 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 y obligada al cumplimiento de la presente ley. La actividad de este otro sujeto de la relación de consumo debe tener por finalidad establecer un vínculo con el consumidor o usuario -a título oneroso o gratuito- aun con aquellos potenciales indeterminados (art. 7, LDC). Se exige, luego de la reforma y al igual que en la redacción primigenia, que la actuación del proveedor sea profesional aunque se cumpla ocasionalmente.-

3°) Determinados los elementos objetivos y subjetivos de la relación de consumo, debo poner de manifiesto que existe consenso mayoritario acerca de que la relación que se entable entre un consumidor y una entidad bancaria o financiera, reviste los caracteres reseñados en el apartado precedente: vinculación entre un consumidor y un proveedor profesional de servicios.-

Como fue explicado, "los contratos bancarios tienen por característica que (a) su objeto (materia) se halla constituido por la realización de operaciones de crédito y por la circunstancia de que (b) es un Banco, o sea una entidad que, (c) en calidad de empresario prestador de servicios se halla dedicado (d) profesionalmente a la celebración de contratos de crédito. Así, la operación de crédito es factible definirla como aquella en que una parte concede a otra la propiedad de una suma de dinero o ejecuta prestaciones a favor de la contraparte que, indirectamente, implican desembolso de dinero por un determinado tiempo, con obligación de restitución del equivalente, siempre contra una compensación. El contrato bancario es un operación de crédito que, indistintamente, la realiza el cliente o el banco" (Ruben S. Stiglitz, "Defensa del consumidor. Los servicios bancarios y financieros", LL 1998-C-1037).-

La equiparación de los contratos bancarios o financieros con los de consumo es indiscutible (Gabriel Stiglitz, "Las últimas resistencias contra la protección del consumidor", JA 1999-II-844). La LDC es aplicable a las operaciones bancarias activas y pasivas -se excluyen las neutras- si están destinadas al consumo (Daniel Moeremans, "Contratación bancaria y ley de defensa de los consumidores", LL 1997-E-1267). Y, además, con consideración de los textos entonces vigentes de los arts. 1, 2 y 36 de la LDC, se sostuvo la aplicación de la ley 24.240 en las operaciones bancarias al llamado crédito para el consumo, sin que pueda identificarse en todos los casos al cliente de las entidades financieras con el consumidor (Carlos G. Gerscovich, "Bancos, clientes y protección de los acreedores", JA 1999-II-978).-

También con referencia al régimen originario de la LDC se resolvió que el art. 36 de dicho cuerpo legal referido a las "operaciones de venta de crédito", que en un sentido amplio incluye a todo otorgamiento de crédito para la adquisición de cosas o servicios para el consumo o uso personal. Además, la regla no alude exclusivamente al crédito que el vendedor o el prestador del servicio puede dar al consumidor o usuario, sino también al crédito que un tercero puede dar a esos fines (CApel CC Mar del Plata, Sala II, 17.06.04, "Citibank NA c/ Pozzi Adolfo H. S/ ejecución hipotecaria", ED18.08.04, f. 52.879).-

Con la sanción de la ley de reformas N° 26.361 la interpretación no ha variado. La modificación introducida al art. 36 no habilita conclusiones diversas. El nuevo texto legal dispone que "en las operaciones financieras para consumo y en las de crédito para el consumo deberá consignarse de modo claro al consumidor o usuario, bajo pena de nulidad: a) La descripción del bien o servicio objeto de la compra o contratación, para los casos de adquisición de bienes o servicios. b) El precio al contado, sólo para los casos de operaciones de crédito para adquisición de bienes o servicios. c) El importe a desembolsar inicialmente —de existir— y el monto financiado. d) La tasa de interés efectiva anual. e) El total de los intereses a pagar o el costo financiero total. f) El sistema de amortización del capital y cancelación de los intereses. g) La cantidad, periodicidad y monto de los pagos a realizar. h) Los gastos extras, seguros o adicionales, si los hubiere. Cuando el proveedor omitiera incluir alguno de estos datos en el documento que corresponda, el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato o de una o más cláusulas. Cuando el juez declare la nulidad parcial simultáneamente integrará el contrato, si ello fuera necesario. En las operaciones financieras para consumo y en las de crédito para consumo deberá consignarse la tasa de interés efectiva anual. Su omisión determinará que la obligación del tomador de abonar intereses sea ajustada a la tasa pasiva anual promedio del mercado difundida por el Banco Central de la República Argentina vigente a la fecha de celebración del contrato. La eficacia del contrato en el que se prevea que un tercero otorgue un crédito de financiación quedará condicionada a la efectiva obtención del mismo. En caso de no otorgamiento del crédito, la operación se resolverá sin costo alguno para el consumidor, debiendo en su caso restituírsele las sumas que con carácter de entrega de contado, anticipo y gastos éste hubiere efectuado. El Banco Central de la República Argentina adoptará las medidas conducentes para que las entidades sometidas a su jurisdicción cumplan, en las operaciones a que refiere el presente artículo, con lo indicado en la presente ley. Será competente, para entender en el conocimiento de los litigios relativos a contratos regulados por el presente artículo, siendo nulo cualquier pacto en contrario, el tribunal correspondiente al domicilio real del consumidor".-

El ámbito de regulación actual resulta ciertamente más amplio que el previsto en la ley de 1993, que sólo incumbía a las operaciones de crédito para la adquisición de cosas o servicios. De modo que, si bajo el régimen derogado podía esbozarse algún disenso, bajo las nuevas directivas cobra absoluta certeza la referencia a que la "empresa bancaria se caracteriza por la actividad que desarrolla de intermediación del crédito, o sea la captación del ahorro entre el público, en cualquiera de sus formas, y en el ejercicio del crédito, es un actividad que se ejerce profesionalmente" y que no puede compararse con la que cumple ningún otro sujeto en la actividad económica (Marcelo Hersalis, "La responsabilidad

bancaria y la salud económica del usuario", LL 31.05.10., nota a fallo de la CNCom, Sala A, del 11.02.10, "Laino Romina Gabriela c/ Banco Saenz SA"), principios interpretativos de pacífica y antigua raigambre en esta Cámara de Apelaciones. Y es que, en efecto, si alguna actividad presenta notas típicas de profesionalidad, esta es la bancaria o financiera, que concierne estrecha y directamente a la intermediación entre la oferta y la demanda de recursos financieros (ley 21.526, art. 1). Las disposiciones que tienen por fin la protección de los derechos de los consumidores, regulan ahora amplia y detalladamente el acceso al crédito y la información que debe proveerse al deudor. El ámbito de aplicación del nuevo texto transcrito es, insisto, más dilatado que el del artículo reemplazado y ello resulta indicativo de la trascendencia que el legislador quiso dar a la solución que diseñó.-

Dicho en apretada síntesis, aunque no se encuentren mencionados expresamente en la LDC, art. 1, como el banco presta servicios financieros, su actividad se encuentra objetivamente incorporada en la órbita de protección de dicho cuerpo legal (Ricardo Luis Lorenzetti, "Consumidores", segunda edición actualizada, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, p. 442).-

Así, pues, la sola calidad de la partes -como fue planteado en la cuestión por decidir- se presenta como el elemento subjetivo que caracteriza a la relación de consumo. El objetivo, ciertamente, es la operación crediticia o financiera concertada.-

4º) Admitido que el vínculo entre el dador profesional del crédito y su tomador configura una relación de consumo, puede emprenderse el análisis de la posibilidad de inferir la subyacencia de una relación de consumo en las ejecuciones de títulos cambiarios.-

Es sabido por todos que la difundida práctica de instrumentar en títulos circulatorios las operaciones que las entidades bancarias y financieras celebran con los consumidores, con independencia de la formalización que, además, usualmente se practique del negocio. Ello genera una dificultad interpretativa -derivada de la aparente oposición de diversas disposiciones particulares- a la que referiré más adelante. Aquí me limitaré a indagar sólo la pertinencia de lo que la convocatoria denominó inferencia de la relación de consumo.-

Pienso que la relación de consumo no debe su reconocimiento a suposición alguna del intérprete. Instrumentada del modo en que lo fuere no pierde su naturaleza; en otros términos, si se configura un vínculo jurídico entre un consumidor y un proveedor -en el caso con los alcances que ya quedaron precisados y que aquí interesan- ningún resquicio se ofrece para la investigación o para especulaciones intelectuales.-

Esta aseveración encuentra apoyo en el curso natural y ordinario de las cosas (arg. art. 912 del Código Civil), que permite sostener que la relación entre el proveedor financiero y su cliente significa para este último un acto de consumo final y, como tal, amparado por la LDC. La experiencia así lo indica.-

O, como se ha expuesto en base a consideraciones que estimo acertadas, "así como la instrumentación del documento pagaré genera una relación jurídica de naturaleza especial (la cambiaria), en el caso de la existencia de una relación de consumo, se trata de una particular obligación cambiaria: una relación "Cambiaria de Consumo". En una palabra, no puede aducirse que por el sólo hecho de haberse instrumentado en un documento pagaré, la obligación muta de naturaleza: sigue siendo una obligación cambiaria, y fundada en una relación de consumo que se proyecta en el título y no atañe a lo causal necesariamente" (Francisco Junyent Bas y Candelaria Del Cerro, Aspectos procesales en la Ley de Defensa del Consumidor, ejemplar del diario La Ley del 14.06.2010).-

Tengo presente que podrá argumentarse que la posición expuesta implica presumir la existencia de una relación de consumo, razón por la cual aparecería desdibujada aquella terminante consideración que antes vertí respecto de la indiferencia de la modalidad en que aparezca ella instrumentada. Sin embargo, aprecio que como las presunciones en nuestro derecho procesal, mientras sean graves, precisas y concordantes (art. 165:3 del Código Procesal), constituyen fundamento válido de la decisión jurisdiccional, no hay impedimento alguno para reconocer los perfiles de la relación de consumo en todos aquellos casos que exhiban idénticas características a las que motivó la presente convocatoria y juzgar en consecuencia.-

Así, en la Sala que integro hemos decidido -en sentido inverso al que ahora me ocupa, pero con identidad de fundamentación- que si bien no se ha entendido dudosa la aplicación de la Ley de Defensa de Consumidor en aquellos supuestos en que debe presumirse en favor del consumidor o usuario una relación de consumo, el supuesto de marras no puede prima facie ser analogado a aquellos casos, ya que no se ha acreditado, siquiera mínimamente, que la accionante se dedique al otorgamiento de créditos con rasgos de profesionalidad (CNCom, Sala F, 2.02.10, "Jimenez Hugo Eduardo c/ Villagra María Laura s/ ejecutivo"; id., 15.02.11, "Vidal Olga c/ Suarez Luis Alberto s/ ordinario"). Como se advierte, en dichos pronunciamientos se ha hecho mérito, también por vía presuncional, de la configuración de una relación de consumo que se estimó ausente en los casos mencionados. Pero no se operó, evidentemente, inferencia alguna porque la decisión partió de la apreciación de datos objetivos.-

Si se estima configurada cualquier operación financiera para consumo y/o crédito para el consumo -art. 36 de la LDC-, a través de cualquier instrumento o título ejecutivo -pagaré, cheque, letra hipotecaria, leasing, obligaciones negociables, hipoteca, prenda, entre otros- y este sea objeto de ejecución, la enunciada "relación jurídica" habilitará la aplicación de toda la preceptiva tuitiva de la legislación consumerista, e impondrá que el juez la jerarquice por encima de las limitaciones que la legislación cambiaria o comercial -dirigida a agilizar el tráfico comercial- establece a la hora de impedir indagar en la causa-fuente de la obligación. Por eso, la relación de consumo, más allá que las partes puedan esgrimirla como defensa, en realidad es débito y materia a indagar por el sentenciante (Guillermo E. Falco y María

Constanza Garzino, El juicio ejecutivo, las defensas causales y la ley de defensa al consumidor, nota a fallo en diario La Ley del 15.2.2011).-

El proveedor financiero, ejecutante en los procesos que serán alcanzados por esta decisión plenaria, puede fácilmente desvirtuar tales presunciones; en rigor, se encuentra constreñido a hacerlo. En efecto, ese sujeto procesal además de ser quien se encuentra en mejores condiciones para allegar los elementos de convicción que descarten la presencia en cada caso de una relación de consumo por aplicación de las llamadas cargas probatorias dinámicas, tiene el deber de aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme a las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio (art. 53, ley 24.240). En este sentido se pronunció el Juez de esta Cámara, Dr. Angel Sala en autos "Compañía Financiera Argentina S.A. c/ Castruccio Juan Carlos s/ ejecutivo" (CNCom, Sala E, 26.08.09, publicado en La Ley 2009-F-709). Y si no lo cumpliere en el acto introductorio de la instancia, quedará sujeto a la calificación que debe hacer el juez.-

Adviértase que la discusión dista de ser exclusiva de nuestro medio jurídico. Así, a diferencia de lo que ocurre con el art. 36 LDC que omitió toda referencia sobre el particular, las soluciones que se han adoptado en las legislaciones extranjeras han llegado a: a) prohibir la utilización de títulos cambiarios en las relaciones de crédito al consumo (Alemania y Francia); b) permitir su empleo con la indicación inequívoca de su origen (letra o pagaré de consumo), de modo que el tenedor esté anoticiado de las características del título que recibe, que posibilitará al firmante oponer las excepciones o defensas que hubiere tenido respecto del proveedor por la relación jurídica que origina la emisión de la cambial (Estados Unidos), y c) posibilitar al consumidor la oposición de defensas contra el tenedor basadas en las relaciones con el proveedor de los bienes o servicios (España) (Marcelo Quiroga, en La reforma del Regimen de Defensa del Consumidor por Ley 26.361, Ariel Ariza, coordinador, Editorial Abeledo Perrot, año 2008, pág. 113).-

Por último, recuerdo que la Sra. Fiscal General ante esta Cámara, con sólidos fundamentos, ha coincidido con la interpretación que aquí postulo en su dictamen producido en la causa "Compañía Financiera Argentina S.A. c. Heredia, Rodolfo Martín s/ejecutivo".-

5º) Sólo a los fines de una mejor comprensión del razonamiento he escindido el primer interrogante de la convocatoria formulada por la Presidencia de esta Cámara de Apelaciones en lo Comercial -descomponiéndolo en los elementos que estimé útiles para alcanzar una mayor claridad expositiva-, queda sólo por analizar el aspecto que consideraré seguidamente, la naturaleza cambiaria del título en ejecución.-

La alusión a la naturaleza cambiaria del título en ejecución remite, en alguna medida aunque no la única, al examen de la abstracción propia de los títulos cambiarios que podría erigirse en impedimento para inferir la relación de consumo.-

(a) Al respecto se ha sostenido que la cambial es un negocio abstracto porque el derecho de crédito que en ella se ha incorporado mediante una declaración unilateral de voluntad, expresada con la firma de quien la suscribe, puede ser exigido con prescindencia de la relación fundamental o negocio de derecho común que le sirve de causa para su libramiento o transmisión (Osvaldo R. Gomez Leo, "Nuevo Manual de Derecho Cambiario", Ed Lexis Nexis, Bs. As., 2006, p. 57).-

En coincidente opinión, se dijo que la abstracción material existe en los títulos "abstractos" (por oposición a los denominados "causales"), así llamados porque el fin práctico jurídico de la creación del título, aunque exista, no tiene relevancia para el ejercicio de los derechos emergentes de los mismos. En las relaciones entre el sujeto pasivo de la obligación cartular, y el tercer poseedor, la eventual inexistencia o realidad de la causa no influye en la validez de dicha obligación (Gualtieri- Winizky, "Títulos circulatorios", sexta edición, Abeledo-Perrot, Bs. As., año 1984, p. 146. En el mismo sentido, ver Ernesto E. Martorell, "Tratado de Derecho Comercial", T. XIV, La Ley, Bs. As., año 2010, p. 15, con cita de Francesco, Messineo, "Manual...", T. VI, pág. 234, apart. F).-

Queda en evidencia la clara y concreta diferenciación entre las notas de abstracción y de autonomía de los títulos cambiarios. La primera es únicamente una de las causas por las cuales se produce el fenómeno jurídico de la autonomía que debe existir en mayor o menor medida en todos los títulos circulatorios. Cuando es acompañada de la abstracción, la autonomía llega a tener su máxima intensidad. Lo contrario sucede cuando la autonomía se acompaña de la causalidad, lo cual hace elevar el número de excepciones oponibles (Gualtieri-Winizky, "Títulos circulatorios", sexta edición, Abeledo-Perrot, Bs. As., año 1984, p. 146. En el mismo sentido, ver María T. Muguillo y Roberto A. Muguillo, en Ernesto E. Martorell, "Tratado de Derecho Comercial", T. XIV, La Ley, Bs. As., año 2010, p. 15, con cita de Francesco, Messineo, "Manual...", T. VI, pág. 234, apart. F, antes citados).-

Creo útil recordar que la causa -entendida como la razón económico-jurídica que da fundamento a la obligación- de todo título de crédito es la misma relación fundamental que da origen al título (Mauricio L. Yadarola, "La causa, en las obligaciones y en los títulos de crédito", en "Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Leopoldo Melo", Asociación Argentina de Derecho Comparado, Bs. As., 1956, p. 231). De ello se sigue que no puede admitirse invariablemente una desvinculación absoluta entre la obligación cambiaria y la que le ha dado origen, aunque pueda parecer sumamente atenuada frente a ciertos portadores.-

(b) Si el análisis queda centrado en la prohibición que consagra el art. 18 del dec-ley 5965/63 no puede dejar de ponderarse que en parte su finalidad, como la del art. 212 del Código de Comercio, es la de proteger al tercero portador de buena fe y no resultaría aplicable -según algunas opiniones- cuando se tratare de relaciones entre obligados directos. En todo caso debe advertirse que no existe ningún título absolutamente abstracto, puesto que al menos entre las partes

vinculadas por la relación subyacente ha de reconocerse la trascendencia de ésta (Guillermo J. Jiménez Sánchez, "Lecciones de derecho mercantil", décimotercera edición, revisada y puesta al día, Editorial Tecnos, Madrid, España, año 2009, p. 345 y ss.)

En este plano puede apreciarse la cuestión desde la perspectiva de la legitimación para prevalecerse de la limitación a la invocación de defensas fundadas en la causa. En idéntica interpretación se ha entendido que la abstracción y la autonomía, pueden ser invocadas solamente por: a) quien ha permanecido extraño a la relación extracartular que se le quisiera oponer como fuente de excepciones causales, b) quien no ha adquirido el título de mala fe. La abstracción cambiaria, consistente en la desvinculación o irrelevancia a los fines cambiarios de la primera en la creación, circulación y posterior cobro de estos documentos, apunta, sin duda alguna, a potenciar la aptitud circulatoria y la ejecutividad de los títulos de crédito. En cierto modo, refuerza la vigencia de los valores seguridad y certeza que deben presidir la materia cambiaria y tiene como consecuencia inmediata el impedimento de la oposición de excepciones basadas en la causa dentro del juicio ejecutivo. Ahora bien, algún conflicto podría plantearse en relación a la aplicación del principio de abstracción entre obligados directos de un título circulatorio (v.gr. librador y beneficiario del pagaré) dado que ninguna duda cabe sobre su vigencia en relación a otros terceros que adquieren el carácter de portadores legítimos del documento (v.gr. relación entre el librador y portador legitimado que adquiere por serie ininterrumpida de endosos). Impedir la discusión de la causa en juicio ejecutivo parece no tener demasiada utilidad práctica cuando se trata de obligados directos (Pablo C. Barbieri, "Títulos circulatorios", Editorial Universidad, Bs. As., p.59 y ss. En el mismo sentido el ya citado Osvaldo R. Gomez Leo, "Nuevo Manual de Derecho Cambiario", Ed Lexis Nexis, Bs. As., 2006, p. 57).-

En una apreciación coincidente se sostuvo que corresponde recordar que el art. 18 del decreto-ley 5965/63 permite la oponibilidad interpartes de las excepciones personales si se lo conecta, como hace Cámara, con el art. 212 del Código de Comercio que protege al tercero portador de buena fe (Francisco Junyent Bas y Candelaria Del Cerro, Aspectos procesales en la Ley de Defensa del Consumidor, ejemplar del diario La Ley del 14.06.2010, citados, con mención de la opinión de Héctor Cámara, "Las excepciones causales en la ejecución cambiaria", p. 5 y ss.).-

De ello se sigue que en tales casos cede la abstracción cambiaria y el marco del debate se amplía, con excepción de la puntual prohibición que dispone el art. 544:4 del Código Procesal.-

(c) Sin embargo, cuando el proceso ejecutivo no involucre al librador y al beneficiario, es decir, una vez puesto en circulación el instrumento y frente a los terceros poseedores del mismo, la obligación cambiaria se desvincula del negocio jurídico subyacente que diera origen a la creación, entrega y circulación del título (María T. Muguillo y Roberto A. Muguillo, "Tratado de Derecho Comercial", T. XIV, dirigido por Ernesto E. Martorell, La Ley, Bs. As., año 2010, p. 15).-

La relación fundamental, en tanto causa económica jurídica por la cual se libró o se transfirió mediante endoso, es irrelevante frente al tercero portador de buena fe. Respecto de éste, son inválidas las posibles defensas y excepciones que pudieran surgir del negocio causal de que es parte el deudor (Adolfo A. N. Rouillon y Pedro J. Figueroa Casas, "Código de Comercio Comentado y Anotado", T. V, dirigido por Adolfo A. N. Rouillon, La Ley, Bs. As., año 2006, p. 38).-

Obsérvese que, en las posturas citadas precedentemente, se destaca únicamente la inoponibilidad de defensas o excepciones como consecuencia de la abstracción, pero se omite toda referencia a un examen meramente referencial de la causa, cual sería el que exige la averiguación de la existencia de una relación de consumo, la que puede presumirse -ya lo he dicho- de la sola calidad de las partes.-

El juez, se ha sostenido en una posición extrema para sortear este aparente óbice, deberá y podrá aplicar la legislación del consumidor cuando el conflicto relaciona a terceros cambiarios, pues la veda legal -art. 18 del dec-ley 5965/63- se derogaría parcialmente por encontrarnos frente a una obligación cambiaria de consumo (Guillermo E. Falco y María Constanza Garzino, El juicio ejecutivo, las defensas causales y la ley de defensa al consumidor, nota a fallo en diario La Ley del 15.02.2011, antes aludidos). Por lo tanto, el régimen de derecho surge de la LDC importará no sólo complementar sino también modificar o derogar, siquiera parcialmente, las normas de otras ramas jurídicas que se apliquen a la relación de consumo que concretamente se considere (Héctor Alegría, Régimen legal de protección del consumidor y derecho comercial, diario La Ley del 26.4.2010).-

No obstante, estimo innecesaria la derogación tácita postulada de las disposiciones cambiarias. Para ello, repito, tengo en cuenta que la limitación refiere únicamente a defensas oponibles por el obligado al pago de la cambial frente al tenedor legitimado; es ese y no otro el ámbito en el que se expresa la abstracción cambiaria, que es un mecanismo tendiente a proteger el "tipo" (o hipótesis) cambiario surgido de esa simple fijación del negocio (acto) jurídico, especialísima situación -alejada de otros conceptos jurídicos sobre abstracción- que da nacimiento al principio de "inoponibilidad de excepciones" y que, en cierta medida, es el nudo gordiano de la cuestión cambiaria (Mario A. Bonfanti y José A. Garrone, "De los Títulos de Crédito", Abeledo-Perrot, Bs. As., 1970, p. 138).-

Pero que defensas basadas en la relación fundamental no puedan oponerse al tercero portador de buena fe, no significa que quede irremediadamente postergada la posibilidad de presumir que aquélla sea una relación de consumo, con las consecuencias que le son inherentes. Téngase en cuenta que esa es la finalidad de este análisis. Centrar la apreciación del punto en la abstracción y la autonomía podría implicar la desatención de la literalidad del documento que, en mi parecer, es lo que permite caracterizar a la obligación cambiaria como relación de consumo: es la calidad de las partes la que autoriza esa presunción, que funciona como manifestación -exteriorización- de la naturaleza propia del negocio causal.-

Ello por cuanto no media óbice a que el análisis de la naturaleza de la obligación instrumentada en el título puede concretarse al solo efecto de precisar la concurrencia del presupuesto de hecho que habilita la aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor en orden de determinar la competencia del Tribunal que intervendrá en el juicio; en tanto con ello no se invade el límite del examen causal vinculado a la amplitud del derecho de defensa reglado en la excepción de inhabilidad de título para el juicio ejecutivo (CNCom, Sala B, voto en disidencia del Juez Bargalló, en autos Banco de la Ciudad de Buenos Aires c/ Silva Hector Darío s/ ejecutivo", del 13.08.09).-

La cuestión, más allá de las diversas interpretaciones formuladas, ha sido resuelta tomando en cuenta que los caracteres de necesidad, formalidad, literalidad, completitud, autonomía y abstracción del título, que posibilitan de ordinario el cumplimiento de sus funciones propias, económicas, jurídicas e incluso su rigor cambiario procesal, deben ser armonizados con las exigencias del interés público en la defensa del consumidor (SCJBA, voto del Dr. Pettigiani, en causa "Cuevas Eduardo Alberto c/ Salcedo Alejandro René", del 1.09.10, publicado en La Ley del 14.09.10).-

(d) Obsérvese a mayor abundamiento, y a propósito de lo que recién señalé, que aquí estoy respondiendo a la cuestión formulada en los siguientes términos: "en las ejecuciones de títulos cambiarios dirigidas contra deudores residentes fuera de la jurisdicción de tribunal ¿cabe inferir de la sola calidad de las partes que subyace una relación de consumo en los términos previstos en la ley N 24.240 de Defensa del Consumidor, prescindiendo de la naturaleza cambiaria del título en ejecución?".-

Así encuadrada la indirecta -pero innegable- referencia a la abstracción cambiaria, debo llamar la atención respecto de la doble regulación que confluye sobre el punto. Por una parte, las disposiciones de derecho material recordadas. Por otra, la prohibición que consagra el art. 544:4 del Código Procesal.-

En ambas parece haberse privilegiado la rapidez en la circulación y recuperación del crédito, esto es, la posición relativa del acreedor frente al deudor, preferencia legislativa que, en sí propia, no es pasible de reproche y que cuenta con numerosos argumentos en su favor. Pero el juicio que merece su evaluación se altera cuando se configura una relación de consumo.-

La abstracción cambiaria, agrego a lo que ya ha quedado dicho, tiene también por finalidad esencial proteger la circulación y, por consecuencia, no rige entre dos vinculados causales que se enfrentan por el incumplimiento de la relación cartular (Ignacio A. Escuti, "Títulos de crédito", Editorial Astrea, Bs. As., 2006, p. 14). Es que como justificación de la abstracción se ha manifestado que los títulos circulatorios permiten al acreedor la fácil realización del crédito que ellos contienen. Si bien los créditos comerciales otorgan a sus titulares determinados beneficios que no se confieren en el ámbito del derecho civil, se hace necesario, dada la movilización propia del derecho comercial, que el acreedor pueda disponer fácil y rápidamente del derecho que le concierne y que pueda permitirle liberarse de otras obligaciones transfiriendo a su acreedor el crédito de que él, a su vez es titular frente a terceros. Por ese motivo no revelan vinculación con su causa generatriz y aparecen independizados de la relación jurídica a la que deben su origen, o en virtud de la cual se negocian. Aunque en el fondo de la relación que origina estos títulos, existe una causa -pues nadie se obliga sin motivo-, la causa queda fuera de la relación documental (Ulises Montoya Manfredi, Ulises Montoya Alberti, Hernando Montoya Alberti, "Derecho Comercial", T. II, Undécima edición, Editora Jurídica Grijley, Lima, Perú, año 2004, p. 3 y ss.).-

Si ese es el fundamento de la restricción impuesta por la abstracción, no parece que pueda resultar conculcado por la aplicación de las directivas que protegen a los consumidores y usuarios.-

En otro orden, y en relación al mencionado art. 544:4 -que se refiere al marco discursivo de las excepciones oponibles en el juicio ejecutivo- la abstracción procesal concebida por tal precepto legal no queda aquí vulnerada, en tanto la injerencia realizada refiere a un plano diverso al de la indagación causal sólo vedada en punto a la inhabilidad del título (CNCom, Sala C, 12.06.09, "Cooperativa de Crédito Consumo y Vivienda Nuevo Siglo Ltda. c/ Almeida Ana María"). De manera coincidente se pronunció el Dr. Sala en la causa "Compañía Financiera Argentina S.A. c/ Castruccio Juan Carlos s/ ejecutivo", que antes fue mencionada.-

No debe sobrepasarse, consecuentemente, el marco de aplicación que es propio de ese precepto procesal. Por consiguiente, cuando los elementos colectados en la causa, adecuadamente valorados, alcanzan para inferir que la ejecución del título de crédito deriva de una relación sustancial de consumo, aun frente a la literalidad y a la abstracción y autonomía propios del cartular, no se aprecia en ello desmedro alguno a las limitaciones legales que impone el régimen procesal al ámbito cognoscitivo del proceso ejecutivo; tal interpretación no importa introducción en el debate acerca de la legitimidad de la causa de la obligación (Diego Hernán Zentner, La protección del consumidor en las operaciones de crédito, nota a fallo, diario La Ley del 2.07.2010). Y, agrego, la relación de consumo que justificó la emisión de la cambial no presenta alteraciones en su naturaleza derivadas de la circulación del título, pues el tenedor legítimo -el portador de buena fe- queda sujeto a las restricciones en materia de competencia cuando demande a un consumidor, en tanto tampoco se aprecia desatendida la nota de autonomía propia de las declaraciones cambiarias.-

No advierto en síntesis que, restringida la apreciación del punto de ese modo, la desvinculación de las obligaciones cambiarias respecto del negocio causal impida examinar la competencia que, en razón del territorio, se atribuya al juez con asiento en circunscripción distinta del lugar de residencia del ejecutado. Los límites a las defensas oponibles en procesos de ejecuciones cambiarias que fueron reseñados no parecen tener influencia alguna en la materia.-

(e) En consecuencia de las consideraciones expuestas voto por la afirmativa respecto de la primera cuestión.-

6º) El restante interrogante, refiere a la pertinencia de declarar de oficio la incompetencia territorial del tribunal, con fundamento en lo dispuesto en el art. 36 de la Ley de Defensa del Consumidor, cuando se ejecute al deudor fuera de su lugar de residencia.-

Es indudable que este aspecto de la convocatoria impone el examen minucioso de la tensión que se produce entre las disposiciones procesales nacionales y el ordenamiento que protege a los consumidores y usuarios. Particularmente ese conflicto se evidencia con la prohibición de la declaración de incompetencia de oficio en los asuntos de contenido patrimonial (art. 4, cód. procesal) frente a la atribución de competencia, para entender en el conocimiento de los litigios relativos a contratos regulados por el artículo 36 LDC, siendo nulo cualquier pacto en contrario, al tribunal correspondiente al domicilio real del consumidor.-

La interpretación debe ser, en estos casos, armonizante de las disposiciones en pugna (SCJBA, 1.09.10, causa "Cuevas Eduardo Alberto c/ Salcedo Alejandro René", voto del Dr. Hitters y sus citas de Fallos 329:646 y 695 y 331:2614).-

Ha de tenerse presente a estos fines que, como se afirmó, la consagración constitucional en el año 1994 de los derechos de los consumidores y usuarios en las relaciones de consumo erigió a la protección del consumidor en un nuevo principio general del derecho, es decir, como norma fundamental que informa todo el ordenamiento que lleva a contemplar el sistema jurídico desde una perspectiva diferente (Diego Hernán Zentner, La protección del consumidor en las operaciones de crédito, nota a fallo, diario La Ley del 2.07.2010).-

La primacía del estatuto del consumidor por sobre las normas de forma del Código Procesal Civil y Comercial se funda en la necesaria armonización entre las normas procesales y sustanciales, y en la ya referida jerarquía constitucional de la Ley de Defensa del Consumidor – reglamentaria de la cláusula constitucional contenida en el art. 42- (voto del Dr. Sala en CNCom, Sala E, 26.08.09, "Compañía Financiera Argentina S.A. c/ Castruccio Juan Carlos s/ ejecutivo"). Idéntica concepción ha sostenido prestigiosa doctrina mediante la coordinación entre el art. 3 de la LDC con la primera frase del art. 65 de la LDC ("la presente ley es de orden público") que expone con claridad la extensión interpretativa que se debe otorgar a la preeminencia a la que se refiere el primero de esos preceptos. En consecuencia, en una interpretación legal, si hubiera colisión entre una norma de derecho común y otra que protege a los consumidores, primará esta última. Incluso la ley establece que en caso de duda sobre la interpretación de "los principios que establece esta ley, prevalecerá la más favorable al consumidor" (Alegría, Héctor, Régimen legal de protección del consumidor y derecho comercial, diario La Ley del 26.4.2010).-

También se ha señalado con acierto que si alguna prevalencia ha de asignarse a la ley 24.240, ella corresponde no tanto por su "especificidad", sino por el carácter infraconstitucional de aquélla, y por ser la norma que con más amplitud se ocupa de la puesta en acto del principio consagrado por el art. 42 de la Constitución Nacional (Martín E. Paolantonio, ¿El consumidor financiero es consumidor?, diario La Ley del 22.3.2010). En pocas palabras, ello deriva en que la LDC es la reglamentación directa -o, podría decirse, la puesta en operación- de la garantía constitucional.-

Y coincidentemente es sabido que, como ha decidido reiteradamente el Supremo Tribunal Federal, las leyes deben interpretarse evaluando la totalidad de sus preceptos y los propósitos finales que las informan, de manera que armonicen con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución Nacional (ver por todos Fallos 324:4349).-

7º) La ley 24.240 es de orden público (art. 65), de tal modo que debe entenderse que el legislador la ha definido como contenedora de un conjunto de principios de orden superior estrechamente vinculados a la existencia y conservación de la organización social, establecida y limitadora de la autonomía de la voluntad (CSJN, Fallos 316:2117).-

En la fase del derecho actual, se ve superado el escepticismo en cuanto a la declinación del pensamiento sistemático, con la descodificación, evolucionando en la re-etización del derecho. La ley pasa a ser más conceptual, abierta, usando nociones llave como los principios de buena fe, equidad, equilibrio, equivalencia de las prestaciones. De allí entonces que la 24.240 se declara a sí misma como de orden público. Aquí está claramente bosquejada la nueva versión del Estado que no se contenta con poner a disposición de los sujetos modelos contractuales prescindibles, sino que directamente regula y consagra por vía legal lo que el contrato debería ser, lo que la real autonomía de la voluntad de ambas partes hubiera acordado (Federico M. Alvarez Larrondo, La buena fe en la Ley 24.240, Diario La Ley del 9.06.2009).-

Esa naturaleza impone al tribunal considerar su aplicación aun cuando la accionada omita solicitarla (CSJN, 4.09.07, "Sociedad Anónima Dominga B. De Marconetti c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires", con remisión al dictamen de la Procuración). En función de la calidad de orden público conferida de la ley de Defensa del Consumidor, el juez de oficio debe aplicar la regla "in dubio pro consumatore" o su contrapartida "contra proferentem" cuando haya duda sobre el alcance de las cláusulas contractuales normalmente predispuestas aun cuando las mismas no sean abusivas. Ello por cuanto si lo fueren, se aplicará el régimen sancionatorio del art. 37 (Pascual E. Alferillo, La función del juez en la aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor, diario La Ley del 2.07.2009).-

En una perspectiva sustancialmente idéntica, la jurisprudencia de esta Cámara recordó que la LDC integra la legislación sustantiva y tiene por tanto preeminencia sobre la citada regla procesal (arts. 31 y 75, inc. 12, CN), además de que su art. 65 atribuye a esa ley el carácter de orden público. De manera que es dable concluir que el juez debe aplicar de oficio sus normas. Tratándose de un directiva destinada a proteger a determinados sectores de personas, sea por sus particulares características o bien por encontrarse en ciertas situaciones jurídicas en condiciones de inferioridad, quedaría convertida

en una mera declaración sin efectos prácticos si se admitiera la posibilidad de renuncia por parte del sujeto destinatario de la protección, en contra de lo establecido por el art. 872 del Código Civil. La situación de inferioridad negocial del consumidor frente al empresario, justifica la intervención del legislador dirigida, precisamente, a evitar los abusos que tal situación podría provocar si se admitiera la validez de la renuncia de sus derechos, que seguramente le será impuesta por quien se prevalece de dicha debilidad o inferioridad (CNCom, Sala C, 12.06.09, "Cooperativa de Crédito Consumo y Vivienda Nuevo Siglo Ltda. c/ Almeida Ana María", voto de los Dres. Monti, Caviglione Fraga y Ojea Quintana, con cita de Juan M. Farina, "Defensa del consumidor y del usuario", Ed. Astrea, 3ª edición, ps. 629/30; y Martínez de Aguirre y Alday, "Comentarios a la ley general para defensa de los consumidores y usuarios", p. 70).-

Adhiero sin reservas a esas consideraciones. Sólo encuentro pertinente aditar que el conflicto discurre en torno a dos disposiciones de naturaleza eminentemente -aunque no únicamente- procesal (aunque tengan obvios propósitos diversos) y que una de ellas (art. 36 de la LDC) está incorporada como principio (art. 3 de esa misma ley) en materia de contratos de financiación para el consumo, esto es, integra la legislación material que hace de esa solución un aspecto central de los derechos que tutela.-

Así enfocado el conflicto interpretativo, la prevalencia de la ley 24.240, es palmaria.-

8º) Por otro lado, no cabe soslayar a los fines en debate que la ley de Defensa del Consumidor es "ley especial" y "ley posterior" respecto de los Códigos de Procedimientos, además de ley de orden público (art. 65); por lo cual, como allí se otorga al consumidor un régimen especial derivado de su debilidad intrínseca en la relación con el empresario o productor de bienes o servicios, sus normas son de aplicación imperativa y, como también ya se dijo, deben tenerse como modificatorias de la legislación sustancial y procesal, en todo aquello que esté regulado de forma incompatible (voto del Dr. Sala en CNCom, Sala E, 26.08.09, "Compañía Financiera Argentina S.A. c/ Castruccio Juan Carlos s/ ejecutivo").-

En la interpretación jurídica, con base en la directriz de la coherencia, las contradicciones normativas pueden superarse acudiendo a la lógica interna del sistema, mediante el recurso a ciertos tópicos previstos expresamente por él; entre ellos se destacan: a) "ley posterior, deroga ley anterior"; b) "ley superior, deroga ley inferior" y c) "ley especial, deroga ley general" (Renato Rabbi-Baldi Cabanillas, "Sobre la fundamentación de las decisiones judiciales: el paradigma de la dogmática jurídica visto a través de la jurisprudencia de la Corte Suprema", en "Interpretación de la ley", Enrique Zuleta Puceiro, Ed La Ley, Pcia. de Bs. As., 2007, p. 250). Como máximas o principios de doctrina judicial, constituyen más bien puntos de vista cuya consideración abre paso a argumentos (Enrique Zuleta Puceiro, "Interpretación de la ley", Ed La Ley, Pcia. de Bs. As., 2007, p. 75/6).-

De modo que tanto el elemento temporal como la especificidad de la legislación que protege a consumidores y usuarios resultan adecuadas pautas valorativas a los fines aquí concernidos. Debe tenerse principalmente en cuenta que, sin perjuicio de la preferencia que debe darse a la nota de infraconstitucionalidad antes destacada y que adquiere plena virtualidad por tratarse aquí de normas atributivas de competencia, la LDC responde a una realidad mucho más cercana en el tiempo que ha hecho evidente la imperiosa necesidad de dar protección a ciertos intereses con preferencia sobre otros.-

9º) La regla que sienta el apartado final del art. 36 de la ley 24.240 no es novedosa; el art. 14, inc. "i" de la ley de Tarjeta de Crédito 25.065, establece la nulidad de las cláusulas que importen prórroga a la jurisdicción establecida, que refiere al domicilio del titular o fiador (art. 52, ley 25.065).-

Tampoco puede considerarse sorpresiva su incorporación al sistema jurídico, pues bajo la perspectiva de las disposiciones del art. 37 de la LDC, con mucha antelación a la modificación introducida por la ley 26.361, cláusulas que permitían la prórroga de la jurisdicción en desmedro de los derechos de los consumidores fueron tenidas por no escritas, en razón de importar renuncia anticipada de derechos del consumidor que la ley no puede tolerar (CApel CC, Mar del Plata, 1.04.97, "González María Esther c/ Persa SA s/ cumplimiento de contrato – daños y perjuicios", ED 174-493, con nota de Roberto A. Vazquez Ferreira, "Las cláusulas de prórroga de la competencia frente a la ley de defensa del consumidor").-

En ese mismo sentido se pronunció la Corte Suprema, resolviendo la competencia del juez del domicilio real de los actores que se vincularon con los demandados mediante un contrato de adhesión, motivo que justificó interpretar a favor de la parte más débil de la relación jurídica -los consumidores demandantes- la cláusula de prórroga de jurisdicción, frente a la posible afectación de su derecho a la defensa en juicio, en violación a los principios contenidos en el artículo 37, apartado b, de la ley 24.240 (CSJN, 8.04.08, "Escobar Aldo Alberto y otros c/ Círculo de Inversores SA de Ahorro para Fines Determ. S/ ordinario", con remisión al dictamen de la Procuración y con cita de Fallos 329:4403).-

Ciertamente la inexistencia ("sin perjuicio de la validez del contrato, se tendrán por no convenidas") que, como sanción, consagra el art. 37 de la LDC respecto de las cláusulas que signifiquen desnaturalizar, suprimir o alterar los derechos de los consumidores, comprende de modo más general la prohibición de prorrogar la competencia en perjuicio del consumidor. No obstante el legislador prefirió introducir, con la reforma, una protección precisa, específica, para evitar que se pudiera colocar al consumidor en estado de indefensión.-

Esa disposición al sancionar con la nulidad cualquier pacto que admita la prórroga, además, se ordena a reprimir -en las operaciones financieras y de crédito para consumo- cualquier afectación del derecho de defensa y precaver el ejercicio disfuncional de los derechos del proveedor (art. 1071, Cód. Civil).-

En España, modelo normativo muy tenido en cuenta por el legislador nacional en la materia, la ley de crédito al consumo (7/1995 del 23 de marzo), luego de definir a los sujetos que celebran operaciones de tal naturaleza, dispone -a semejanza del art. 37 de la LDC- entre otras soluciones que no viene al caso recordar, que no serán válidos, y se tendrán por no puestos, los pactos, cláusulas y condiciones establecidas por el concedente del crédito y el consumidor contrarios a lo dispuesto en la presente Ley, salvo que sean más beneficiosos para éste. Y con relación a la competencia, el conocimiento de las acciones derivadas de esa ley y de los contratos sujetos a ella, es asignado al juez del domicilio del consumidor (art. 4). En ese país, la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (Texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre), declara abusivas las cláusulas que establezcan la previsión de pactos de sumisión expresa a juez o tribunal distinto del que corresponda al domicilio del consumidor o usuario (art. 90:2), y sanciona su inclusión con la nulidad de pleno derecho, teniéndoselas por no puestas (art. 83).-

10º) Con sujeción a la doctrina legal por fijarse (art. 302, Código Procesal) y conectado con lo expresado en el apartado precedente, debe tenerse en cuenta que si bien la prórroga de la competencia es una facultad conferida a las partes, en el desigual mercado de la financiación donde hay un necesitado de crédito y un sujeto con exceso de disponibilidad con todo el poder en sus manos, el posible acuerdo deja de ser tal para convertirse en imposición, dando paso nada más ni nada menos, que a uno de los vicios más cuestionados por nuestro ordenamiento: el abuso del derecho (art. 1071 cciv.) (Federico M. Álvarez Larrondo, "Juicio ejecutivo de consumos y las últimas resistencias del "Ancien Regime", nota a fallo en diario La ley del 25.11.09).-

Queda así aclarado el ámbito de protección surgido de la reforma introducida al art. 36 por la ley 26.361, que tiende a superar un inicial desequilibrio que el legislador presumió perjudicial para el consumidor. Entra en tensión, de este modo, la exigencia del acreedor frente a la libre concertación del contenido de las obligaciones emergentes del contrato, derecho del consumidor financiero que se restringe hasta desaparecer.-

Es que habría quedado configurado así un claro supuesto de abuso de derecho, mediante la utilización del denominado fraude a la ley, resultando justamente de las circunstancias consideradas por el sentenciante que la validación de lo actuado por el ejecutante al acudir al recurso de instrumentar originariamente la deuda derivada de dicha operación crediticia con un consumidor, en un título cambiario, para luego presentarlo a ejecución en un domicilio distinto del real de éste, so pretexto de hacerlo en el establecido al efecto por el ordenamiento jurídico y bajo la condición de no poder cuestionarse el origen o causa del crédito atento los conocidos caracteres de necesidad, formalidad, literalidad, completitud, autonomía y abstracción del título, habría importado contravenir palmariamente la finalidad específica de la tutela establecida por el orden público del consumo (arts. 36 y 65 ley 24.240, según texto 26.361; arg. arts. 21, 953, 1071 Cód. Civ) (SCJBA, voto del Dr. Pettigiani, en causa "Cuevas Eduardo Alberto c/ Salcedo Alejandro René", del 1.09.10, publicado en La Ley del 14.09.10).-

Es evidente, entonces, que la admisión de la declaración de oficio de la incompetencia (en franca contradicción con lo que disponen los arts. 1 y 4 del Código Procesal) encuentra justificación en la protección de intereses especialmente protegidos y en la represión del obrar abusivo, esto es, aquel que bajo la apariencia de un cumplimiento sólo formal de los fines de la ley, únicamente apunta a desvirtuar los derechos de quienes se encuentran en posición de vulnerabilidad. Por tal razón no es admisible que el intérprete prescindiera de datos emergentes de la realidad, comprobables empíricamente, desconociendo la posibilidad cierta de que los intereses económicos de grupos vulnerables -que gozan de expresa tutela constitucional- resulten conculcados.-

Conviene tener presente que, cuando prevalece el interés público, las normas de competencia exhiben carácter imperativo (Hernando Devis Echandía, "Teoría General del Proceso", Ed. Universidad, Bs. As., 1984, T. 1, p. 141). Y, en este sentido, la disposición del art. 36 in fine, atribuye competencia con fundamento en el orden público.-

Recuérdese, también, que la prórroga de la competencia no trae consigo tan sólo una molestia para el consumidor basada en la distancia con el órgano de justicia, lo que acrecienta las posibilidades de que no se presente a defender sus derechos. Este es el típico argumento volcado en fallos y comentarios que en verdad, no da cuenta de las verdaderas razones y problemas que genera la mudanza lejos de su domicilio. Es que el hecho de mudar la competencia no sólo produce un desplazamiento territorial sino (y aquí está lo fundamental) un desplazamiento de carácter normativo. Así cuando a un consumidor se le impone litigar en la Capital Federal en lugar de hacerlo en su Provincia, no sólo se lo está privando de sus jueces naturales, sino que se le está vedando la invocación de normas de carácter provincial que podrían concurrir en su beneficio (Federico M. Álvarez Larrondo, Juicio ejecutivo de consumos y las últimas resistencias del "Ancien Regime", nota a fallo en diario La ley del 25.11.09).-

La cuestión, como bien se aprecia, dista de satisfacerse mediante una apreciación puramente procesal -efectos que indudablemente produce- porque incluye consecuencias que exceden el marco de la competencia territorial, en tanto pueden referirse a la aplicación de disposiciones materiales. Contravenir aquél dispositivo, inserto en una ley de orden público, significa avasallar el límite del ejercicio adecuado de los derechos que impone el recordado art. 1071 del Código Civil.-

Por tales motivos, la prórroga de la competencia -aun asumida voluntariamente- es nula.-

11º) Más allá de lo dispuesto por el art. 4 in fine del ordenamiento procesal nacional que establece como principio que el juez carece de facultades para declarar de oficio su incompetencia en asuntos de naturaleza patrimonial, la interpretación

que surge de los considerandos anteriores justifica dar prevalencia a las disposiciones específicas que tutelan los derechos de los consumidores y usuarios (cfr. análogo criterio en CNCom, Sala C, 12.06.09, "Cooperativa de Crédito Consumo y Vivienda Nuevo Siglo Ltda. c/ Almeida Ana María").-

Y ello no como consecuencia de una interpretación abrogatoria de dicha norma procesal, que será de estricta aplicación a casos en que no se configure una relación de consumo, sino por virtud del respeto a la finalidad última de la LDC, que es restablecer el equilibrio negocial. Ello se evidencia con la sanción legal de nulidad que el art. 36 consagra.-

A los fines de la determinación de la competencia y en la medida en que por medio de un juicio ejecutivo (CPCCN, título 2, arts. 520 y ss.) se procure la satisfacción de una deuda contraída con el objeto de adquirir bienes para consumo no puede dudarse de la directa aplicabilidad las normas protectorias contenidas en la ley de Defensa del Consumidor. En ese contexto, y a los mismos efectos, no cabe soslayar que las normas que rigen el juicio ejecutivo son, en definitiva, disposiciones meramente procesales o de forma, que deben armonizarse y coordinarse con todo el ordenamiento vigente (C.N.: 31 y CPCCN: 34, 4). Se debe respetar entonces la jerarquía de la Constitución Nacional y de la Ley de Defensa del Consumidor – que en definitiva es reglamentaria de la cláusula constitucional contenida en el art. 42, en cuanto establece el derecho de los consumidores a la protección de sus intereses económicos-, que evidentemente prevalecen sobre la normativa tanto procesal, como de fondo vinculada a los títulos cambiarios. La primacía del estatuto del consumidor por sobre las normas de forma del Código Procesal Civil y Comercial se funda en la necesaria armonización entre las normas procesales y sustanciales, y en la ya referida jerarquía constitucional de la Ley de Defensa del Consumidor -reglamentaria de la cláusula constitucional contenida en el art. 42- (voto del Dr. Sala en CNCom, Sala E, 26.08.09, "Compañía Financiera Argentina S.A. c/ Castruccio Juan Carlos s/ ejecutivo").-

También debe ponderarse que esas disposiciones procesales se orientan a procurar una pronta recuperación de lo adeudado, legítima aspiración del acreedor quien, sin embargo, no puede pretender de su deudor un sacrificio mayor que el que la ley expresamente tolera mediante la abreviación del ámbito de conocimiento del juicio ejecutivo.-

La estructura sumaria de esa clase de procesos, no obstante, implica una desigualdad de las partes, en tanto presenta la superioridad de aquella que cuenta con el título ejecutivo a su favor (Víctor Fairén Guillén, "Doctrina General del Derecho Procesal", Librería Bosch, Barcelona, 1990, p. 46, n°2). Si ello se agrega a la imposición del desplazamiento de la competencia que usualmente incorporan los proveedores financieros, se tendrá la exacta medida del desequilibrio a que es sometido el consumidor y a la muy cierta afectación de sus derechos en beneficio de su acreedor.-

En última instancia ha de tomarse en consideración que no se veda al proveedor exigir el cumplimiento coactivo de la obligación incumplida; sólo se modifica el órgano ante quien podrá reclamar: aquel que ejerza competencia territorial en el domicilio del deudor.-

Por esta razón admito que, como fue decidido, sin perjuicio de la validez del domicilio de pago expuesto en el pagaré a los fines netamente cambiarios (arts. 40, 41, 42, 45, 48, 49, 50, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 89, 103, 104 y ccdtes. Dec.-Ley 5965/63) y de que el mismo -o su sustituto- de ordinario fija la competencia territorial (arts. 1, 2, 101, 102 103 y ccdtes. Dec.-Ley 5965/63), no será posible atribuir a dicho domicilio esta última aptitud determinativa cuando el librador del título y ejecutado fuera consumidor de un crédito para consumo y su domicilio real estuviera indicado en el cartular, sin que -por las mismas razones- una cadena ininterrumpida de endosos pueda justificar una solución distinta (arg. art. 18 del dec-ley 5965/63) (SCJBA, voto del Dr. Pettigiani, en causa "Cuevas Eduardo Alberto c/ Salcedo Alejandro René", del 1.09.10, publicado en La Ley del 14.09.10).-

Bien se ve que, en esta materia, se encuentran en pugna disposiciones de parecida naturaleza que tienen por misma función la atribución de competencia con fundamento en el territorio; una, prevista en ley material (LDC), que prohíbe y reputa nula su prórroga con independencia de la naturaleza económica del vínculo, y las otras (arts. 1 y 4 del Código Procesal) que en casos de esa índole admiten el pacto de foro prorrogando y vedan la declaración de incompetencia de oficio. En estas condiciones, una prudente ponderación de ellas –y, agrego, de las consecuencias de la interpretación que aquí sostengo- me persuaden acerca de la conveniencia de admitir la declaración oficiosa de la incompetencia, solución que se ajusta, en mi opinión, a la interpretación principista que sienta el art. 3 de la LDC y que refuerza, en materia contractual, la parecida disposición del art. 37 de ese cuerpo legal.-

12°) No ignoro la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Compañía Financiera Argentina SA c/ Toledo Cristian Alberto s/ cobro ejecutivo" del 24.08.10.-

Sin embargo, con el debido respeto a la autoridad moral e intelectual que deben los tribunales inferiores a ese Alto tribunal, me veo en la obligación de disentir con la decisión recaída en ese precedente. Ello, al fin y al cabo, no deja de ser un deber en el ejercicio de la función jurisdiccional. Entre nosotros rige el sistema de control judicial, que es difuso, en tanto tal custodia está depositada en el quehacer de todos y cada uno de los jueces; es elemental en nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia, de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentran en oposición con ella (Fallos 331:1664).-

Desde dicha perspectiva no advierto que se altere el orden constitucional con la decisión que pronuncio, pues el art. 36 de la LDC no es más que la reglamentación de la garantía que consagra el art. 42 de la Constitución Nacional, que guarda debida proporcionalidad con los fines previstos por el legislador.-

En esta línea, se descalificó el fallo que se aparta de los precedentes de la Corte sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por ésta, en su carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional y las leyes dictadas en su consecuencia (Fallos; 307:1094). Posteriormente se delineó con mayor precisión tal habilitación: el juez inferior podrá apartarse, pero no sin justificación expresa y con nuevos fundamentos distintos a los evaluados por la Corte (ED 136-453).-

Estimo haber dado a la posición disidente con aquella doctrina que volqué en este voto, adecuada y suficiente fundamentación para justificar el apartamiento de la solución alcanzada en aquél fallo.-

13°) Por las consideraciones vertidas, respondo a la segunda cuestión también afirmativamente.-

14°) En consecuencia, sugiero fijar como doctrina legal que en las ejecuciones de títulos cambiarios dirigidas contra deudores residentes fuera de la jurisdicción del tribunal, cabe inferir de la sola calidad de las partes que subyace una relación de consumo en los términos previstos en la ley N° 24.240 de Defensa del Consumidor, prescindiendo de la naturaleza cambiaria del título en ejecución y que corresponde declarar de oficio la incompetencia territorial del tribunal, con fundamento en lo dispuesto en el art. 36 de la Ley de Defensa del Consumidor.-

I. D.- La señora juez Isabel Míguez adhiere al voto formulado por el señor juez Pablo D. Heredia.-

I. E.- Fundamentos del doctor Alfredo Arturo Kölliker Frers:

(1.) Anticipo que votaré por la afirmativa a los dos (2) interrogantes que plantea el plenario que nos convoca, en razón de compartir -en líneas generales- las conclusiones a que arriban los distinguidos Colegas que -en sus distintas versiones- suscriben el voto de la mayoría en este Acuerdo, así como las motivaciones que las sustentan. Ello así, porque, con independencia de los sólidos argumentos desarrollados por varios de ellos en sus respectivos votos individuales, que -no todos, pero sí, en gran medida-, comparto, no es mucho lo que se puede aportar de "novedoso" a lo dicho por los mencionados Colegas para contribuir a sustentar la solución mayoritaria, a la que, de algún modo u otro, y con alguna variante, adhirieron los Doctores Míguez, Monti, Garibotto, Heredia, Dieuzeide, Sala, Bargalló, Caviglione Fraga, Tévez, Ojea Quintana y Barreiro.-

En síntesis: Interpreto, en consonancia con el pensamiento de mis distinguidos Colegas precedentemente nombrados, que una recta hermenéutica de las normas legales en conflicto, sólo puede conducir a postular la prevalencia del art. 36 LDC -luego de su reforma por la ley 26.361-, en su carácter de norma de derecho federal de naturaleza imperativa (debido a la calificación de orden público que la propia ley le asigna), por sobre las restantes normas anteriores que no revisten esa condición, y que, en su mayoría, son meros preceptos de naturaleza procesal, algunos de ellos -incluso- de carácter "local", como es el caso de los arts. 4 y 5, incisos 3° y 5° CPCC, y otros que, si bien -"formaliter"- no son tales sino "derecho común" (debido a su inclusión en los Códigos de fondo), no dejan de ser también normas de derecho adjetivo, como las que regulan la competencia en materia de acciones personales, y específicamente, las de naturaleza cambiaria contenidas en el Código de Comercio (del que, no está demás recordarlo, forman parte tanto el dec. ley 5965/63 -regulatorio de la letra de cambio y el pagaré-, como la ley 24452 -que actualmente regula el régimen del cheque-).-

Ello, con la lógica consecuencia que se deriva de tal supremacía, cual es el reconocimiento a los jueces de la facultad de declarar de oficio -no obstante la prohibición del CPCC:4-, la incompetencia territorial por aplicación del art. 36 LDC, en tanto norma federal posterior -y especial- de carácter imperativo, además de jerárquicamente superior- a la nombrada en primer término (cfr. arts.31, 42, 43 y 75, inciso 12, C.N.). Aspecto éste (el de la distinta jerarquía de las normas involucradas) del que no se hace cargo debidamente la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente "Compañía Financiera Argentina S:A: c. Toledo Cristian Alberto" del 24.8.10, donde el Alto Tribunal, a través de una simple remisión al dictamen del Señor Procurador General de la Nación, se limitó a señalar como obstativa a la declaración de incompetencia la prohibición contenida en el citado art. 4 CPCC, sin hacer referencia alguna a la incidencia que sobre esa prohibición proyecta la nueva directiva contenida en el art. 36 LDC, luego de su reforma por la ley 26.361, ni a la eventual supremacía jerárquica de esta última sobre la primera.-

Señalo- por otra parte- que la solución propugnada resulta congruente, además, con la ya adoptada -al margen del plenario- por las distintas Salas del Tribunal -en general- en relación a títulos ejecutivos no abarcados por la disciplina cambiaria, como contratos prendarios, certificados de saldo deudor en cuenta corriente bancaria, contratos de mutuo, etcétera, en todos los cuales se ha reconocido uniformemente la supremacía precedentemente aludida, conforme podrá ser apreciado con mayor profundidad en el análisis al que me abocaré en el apartado 4.) subsiguiente.-

Coincido también -por último- con mis Colegas de la mayoría en que dicha potestad inhibitoria de los jueces también procede puntualmente en las ejecuciones cambiarias -no obstante las reglas de la "abstracción" y autonomía" que rigen a los títulos cartáceos-, en la medida en que se trate de una acción entablada entre el propio beneficiario y el librador del documento, y siempre también, que la existencia de una "relación de consumo" entre tales sujetos surja manifiesta, ya sea de la calidad de las partes, o bien de las constancias del propio título y/o de los restantes elementos de juicio aportados con la demanda.-

No dejo de apreciar -por supuesto- el notable esfuerzo hecho por los jueces que conforman la minoría (Doctores Uzal, Díaz Cordero, Piaggi, Ballerini y Vassallo) para sustentar, mediante una muy meritoria argumentación, la postura contraria en pos de defender un espacio que nuestro corazón mercantilista se resiste a conceder, pero que, desde mi perspectiva, y a la luz de las nuevas normas -particularmente luego de la sanción de la ley 26.361- no hay más remedio

que hacerlo. De ese modo, así como "pari passu" con una expresión popular, que -por vulgar- no deja de ser contundente por el mensaje que transmite, según la cual: "billetera mata galán", no es posible controvertir que *lex posteriori*, aunque sea de carácter general, y más si es de orden público, *derogat priori*, en aquello que es *lex specialis* respecto de esta última. Mucho más aún, cuando el conflicto se plantea entre normas de derecho federal y/o común (y con mayor razón todavía si éstas son de carácter imperativo) y otras que, disfrazadas o no de normas de derecho común, no dejan de ser de naturaleza netamente procesal, y por ende de índole "local" a los efectos de juzgar su jerarquía constitucional dentro del marco de la pirámide normativa consagrada por el art. 31 de la Constitución Nacional, que el art. 21 de la ley 48 manda a los jueces respetar.-

Y esta solución es predicable aún cuando lo que esté en juego sea la ejecución de un título cambiario, que es el aspecto medular que dio motivo a la convocatoria de este plenario y aquel que ha motivado el foco de mayor resistencia por parte de los Colegas que se han alineado con la posición que terminó siendo minoritaria. Pienso de este modo, porque tanto la regla de la "autonomía" como la de la "abstracción", que dichos Colegas consideran como una valla insalvable para "perforar" la dimensión cartular e introducirse en el mundo "causal" subyacente, carecen, a mi juicio, de una entidad tal como para que no pueda(n) ponderarse -y por ende haya que "prescindir" de (para utilizar las palabras empleadas en el temario de la convocatoria)- todos aquellos elementos de juicio de índole causal provenientes de la calidad de las partes, el relato de los hechos efectuado en la demanda o el propio título que, de algún modo u otro, lleven a la convicción que se está ante una "relación de consumo" en los términos de la LDC, con la consiguiente pertinencia de la aplicación del nuevo art. 36 del respectivo ordenamiento legal.-

Cabe recordar que "abstracción" es el fenómeno por el cual una determinada obligación emergente de un negocio jurídico (al que se lo nomina como "relación causal o fundamental") se escinde o se abstrae de esta última relación, cobrando una virtualidad propia independientemente de la que tenía en el marco de la relación primigenia. En cambio, la "autonomía", en materia de títulos de crédito, apunta a la condición de independencia de que goza el derecho de que es titular el poseedor del documento en relación a un anterior poseedor o titular. Pero, como bien lo advierte Legón, ese derecho es "autónomo", no precisamente porque se halle desvinculado del negocio jurídico que le dio nacimiento (que es justamente lo que caracteriza a la "abstracción"), sino porque esa independencia o desvinculación se manifiesta en relación al anterior titular (Legón Fernando, "Letra de cambio y pagaré", Ed Ediar, 1966, pág.12/3).-

Pues bien, dado que en los supuestos del "sub examine" la acción ejecutiva cambiaria aparece "ex hipótesis" deducida entre obligados cambiarios inmediatos, como lo es la relación anudada entre librador y beneficiario, no advierto que esté en juego aquí el carácter "autónomo" de los derechos del portador como obstáculo para la invocación de la LDC, desde el momento que, según la ley cambiaria, no media impedimento alguno para que sujetos ligados por una relación cambiaria inmediata oponga excepciones fundadas en relaciones personales, ya que la invocación de esas defensas sólo se halla vedada cuando la relación cambiaria es "mediata", o sea cuando quien promueve la acción es un tercero portador, distinto del sujeto con el cual se anudó la relación cambiaria (dec.ley 5965/63: 18).-

A su vez, tampoco es óbice para la aplicación del régimen de la LDC el principio de "abstracción" cambiaria. Ello así porque, tal como lo demuestran las consideraciones que se vuelcan en el apartado 4.), la escisión que la abstracción conlleva entre el negocio base y la obligación cartular no se reduce a los elementos esenciales de esa obligación sino que abarca todos aquellos aspectos que aparecen trasladados al texto formal del título, fusionándose en este punto con la idea de la "literalidad", de manera que, en la medida que aparezcan reflejados en el tenor literal del documento, no existe óbice alguno -desde el punto de vista cambiario- para que se reconozca virtualidad a elementos extra-cartulares provenientes de la causa de la obligación. Ahondaré un poco más acerca de ese aspecto en el apartado 4.) subsiguiente.-

Postularé -en suma- en sintonía con los restantes Jueces que componen la mayoría -y más allá de la limitación geográfica y demás salvedades a las que aludiré infra-, que: "Corresponde declarar de oficio la incompetencia territorial del tribunal en un juicio ejecutivo con fundamento en lo dispuesto por el art 36 LCD, aún cuando el título base de la ejecución reúna naturaleza cambiaria, siempre que la existencia de la relación de consumo surja de la calidad de las partes, del título mismo o de los demás antecedentes del caso resultantes del litigio".-

Esta conclusión, que implica -en definitiva- votar por la afirmativa en este plenario, no obsta a que deba efectuar una serie de precisiones que entiendo conducentes a efectos de situar en su justo punto -cuanto menos desde la perspectiva del suscripto- los alcances de la doctrina legal aquí fijada, temática que procuraré abordar en los apartados subsiguientes.-

(2.) En efecto. Son varias las precisiones que, en mi opinión, es menester efectuar para situar este voto en el contexto adecuado, precisiones algunas de las cuales tienen una entidad tal que podría aseverar que, como fruto de ellas, el sentido último de esta ponencia no sería -en definitiva- un sí categórico, sino más bien un sí condicionado (un verdadero "sí, pero...."), sujeto -en última instancia- a ciertos condicionantes que conducirían a que dicha doctrina tuviera un ámbito espacial determinado en directa vinculación con la distancia que, respecto de la sede del tribunal, tiene el domicilio del "demandado-consumidor", según lo explicaré más abajo.-

Todo ésto, más allá de poner de relieve (y ésta sería una última aclaración adicional que se suma a las anteriores) que el sentido de este voto no implica hacer valoración alguna sobre la conveniencia de la solución desde una perspectiva económica y/o financiera de la materia en conflicto, aspecto en el que no dejo de advertir como una consecuencia secundaria y -si se quiere- no deseada de la solución propuesta, el natural encarecimiento del crédito que previsiblemente sobrevendrá como consecuencia de la necesidad de los bancos y las entidades financieras de demandar a

sus clientes en jurisdicciones lejanas. No es ésta –sin embargo- la evaluación que este magistrado está llamado a realizar en este plenario, en el que sólo es dable pronunciarse –dentro del plano estrictamente jurídico- sobre la pertinencia –dentro del actual marco normativo resultante a partir de la sanción de la ley 26.361- de declarar de oficio la incompetencia territorial del tribunal por aplicación del art. 36 LDC en las ejecuciones de títulos cambiarios.-

Sólo resta entonces pasar a explicarme acerca de las precisiones precedentemente anticipadas, a las que dedicaré los párrafos subsiguientes, procurando no extenderme demasiado acerca de cada uno de los tópicos involucrados.-

(3.) En primer lugar, no puedo dejar de referirme a las dificultades interpretativas que suscita el modo en que finalmente quedó redactado el temario que fijó las cuestiones sometidas a la decisión del Pleno, conforme he podido advertirlo luego de haber reflexionado un poco más profundamente sobre ese particular. Véase que, según ese cuestionario, aparecen plasmados indirectamente –como límites del temario propuesto- dos (2) condicionamientos que –a mi entender- no se hallan necesariamente involucrados en la problemática debatida en los casos que provocaron la convocatoria, y que acotan injustificadamente el ámbito de vigencia de la solución que se adopte, cuales son: (i) que la subyacencia de la relación de consumo provenga (o pueda ser inferida) de la "sola calidad de las partes" y (ii) que la aprehensión de esa realidad se haga "prescindiendo de la naturaleza cambiaria del título en ejecución".-

Interpreto que esta delimitación de la materia "decidendi" no se compadece exactamente con el sustrato fáctico que se encuentra presente en la gran mayoría de los procesos afectados por la convocatoria que nos ocupa, en los que se advierte que la condición de consumidor no sólo aparece inferida por los jueces de la "calidad" de las partes, sino de otros aspectos –no menos relevantes- de la relación obligacional, como su objeto u otras referencias causales emergentes del propio título o de la demanda misma, en las que –con cierta frecuencia- se hace alusión a los motivos determinantes de la emisión del –o de los- título(s) cambiario(s) de cuya ejecución se trata (como puede ser, por ejemplo, el hecho de estar ante un mutuo o préstamo de consumo de índole civil, o la compra de un automóvil particular, o la de un electrodoméstico, entre muchos otros supuestos). Siguese de todo esto que el condicionamiento de circunscribir a la "sola calidad de las partes" la posibilidad de detección de un supuesto alcanzado por el art.36 LDC (luego de su reforma por la ley 26.361) reduce innecesariamente el espectro abarcado por la problemática del plenario, dejando afuera de su ámbito de aplicación a un número importante de casos en los que la presencia de una situación regida por la LDC aparece exteriorizada por circunstancias diversas de la "calidad de las partes", como por ejemplo, el objeto de la obligación u otros antecedentes causales denunciados por el ejecutante en el escrito de demanda.-

(4.) A su vez, y con independencia del tópico abordado en el punto anterior, tampoco veo que sea necesario "prescindir de la naturaleza cambiaria del título en ejecución" para llegar a concluir que están involucrados derechos de consumidores en una determinada relación jurídica de origen cambiario. En efecto, bien puede darse el caso de que, sin prescindir de esa naturaleza y –aún asumiéndola-, igualmente cupiera hacer aplicación de las mencionadas normas de la LDC, si se tiene en cuenta que –en más de una ocasión- el carácter de "consumidor" del deudor cambiario surge del título mismo, con lo que no sólo no es necesario "prescindir" de él, sino que incluso es menester "acudir" a él –valga el juego de expresiones- para arribar a esa convicción.-

En otras palabras, la naturaleza cambiaria de la obligación que es materia de ejecución no es de por sí obstativa a la aplicación de la LDC, aún cuando es evidente que la conjunción del carácter "abstracto" del título con la prohibición ritual que la ley adjetiva establece en orden a la posibilidad de discutir la causa de la obligación en el juicio ejecutivo (CPCC:544:4), constituye una limitación ciertamente relevante para determinar si una obligación cambiaria fue –o no- constituida en el marco de una relación de "consumo" en los términos de la mencionada ley. Pero una cosa es que la abstracción cambiaria limite o acote las posibilidades de cognición causal acerca del origen del crédito con particular referencia a si proviene o no de una "relación de consumo" en los términos de la LDC y otra muy distinta es que esa abstracción impida por completo ese análisis. Corolario de todo ello es que la naturaleza cambiaria del título en ejecución no resulta "determinante" (sino solamente un mero "condicionante") para juzgar si concurre –o no- una relación de consumo a los efectos de la LDC. Lo que en cualquier caso está claro es que –ciertamente- no la excluye y nada hay en la naturaleza del título cambiario que obste a que la obligación emergente de él pueda ser encuadrada como una "relación de consumo" a los fines que aquí interesan.-

En ese orden de ideas, la Sala A, que integro, ha venido reconociendo virtualidad en el plano cartáceo a todas aquellas expresiones que las partes de la relación cartular han querido volcar dentro del cuerpo del documento, en la medida que la interpretación de las respectivas manifestaciones causales se encuentre sustentada en el tenor literal del título mismo y siempre que no requiera una hermenéutica incompatible con las limitaciones cognoscitivas propias de la ejecución cambiaria. Y, bajo ese paraguas conceptual, la Sala mencionada ha venido juzgando situaciones que tienen que ver con aspectos conflictivos suscitados en el ámbito cambiario, a través de los cuales consideró pertinente ingresar en el tratamiento de cuestiones causales vinculadas con la obligación cartular, sin entender estar afectando con ello el principio de abstracción cambiaria, en la medida que ellas surjan del propio título o de la descripción de los hechos suministrada por las partes intervinientes en el litigio. Ese fue el criterio que se ha venido aplicando, por ejemplo, en materia de embargabilidad –o no- de los sueldos de los empleados públicos a la luz de las directivas provenientes del decreto-ley 6754/43 en los procesos ejecutivos en los que se ventila un crédito cambiario.-

En ese sentido, la Sala "ut supra" citada ha expresado que, debido a que el citado decreto-ley 6754/43 disponía que eran "inembargables los sueldos, salarios, pensiones y jubilaciones de obreros de la administración nacional, provincial y municipal, y de las entidades autárquicas por obligaciones emergentes de préstamos de dinero o de compra de mercaderías(...)", esa circunstancia tornaba imperativo, para llegar a determinar si en un supuesto en particular un

suelo era embargable o no, analizar los motivos determinantes de la creación del documento ejecutado para verificar si respondía o no a los supuestos contemplados en el régimen legal; o, dicho en otras palabras, que, a los fines de determinar si se dan o no los supuestos de excepción previstos por el referido decreto-ley, debía analizarse la causa de la obligación, puesto que dicho régimen de excepción sólo operaba cuando ésta última se origina o bien en "préstamos de dinero" o bien en "compra de mercaderías".-

Fue precisamente por ese motivo que la Sala concluyó que ese análisis no sólo podía -sino que debía- hacerse aún cuando se tratara de un juicio ejecutivo -o de una ejecución cambiaria-, y con independencia de la prohibición contenida en el CPCC:544:4, siempre que los antecedentes obrantes en el proceso -o en el título mismo- fueran suficientes -a criterio del órgano jurisdiccional- para establecer que el origen de la deuda materia de ejecución obedecía a alguno de los conceptos antes señalados. En esa línea de razonamiento, la Sala ha admitido la aplicación del mencionado régimen de inembargabilidad salarial -pese al principio de abstracción cambiaria- en supuestos de ejecución de pagarés en los cuales el beneficiario del documento era una compañía financiera y en el título había -además- una alusión a un préstamo dinerario (cfr. esta C.N.Com., Sala A, 19.12.06, "Banco de la Ciudad de Buenos Aires c. Lafalce Domingo s. ejecutivo"; íd., 11.10.07, "Cooperativa de Crédito Vivienda y Consumo Ya Ltda. c. Domínguez Cesar s. incidente de apelación"; íd., 28.08.09, "Fevre María c. Castro Graciela s. ejecutivo"; íd., 26.11.09, "GE Compañía Financiera SA c/ Alderete Juan Manuel s/ ejecutivo", entre muchos otros).-

De su lado, en lo que hace a las menciones causales contenidas en los documentos cartulares, y, particularmente, en lo que se refiere a la llamada "cláusula valuta", ha interpretado ese Tribunal: "...que la literalidad, común a todos los títulos circulatorios, implica que el contenido, extensión, modalidades de ejecución y todo otro posible elemento principal o accesorio del derecho cartular sean únicamente los que resultan de los términos en que están concebidos los instrumentos, pues la referencia a la relación causal es la que fija los límites dentro de los cuales ésta puede influir en la relación cartular. Por ello, desde esta óptica estricta que rige para estos títulos, tales elementos extracartulares únicamente valdrán cuando se hace mención de ellos en el título y en los términos de dicha mención (véase Gualtieri-Winitzky, "Títulos Circulatorios", pág.85)..." (esta C.N.Com., Sala A, 17.06.08, "Galindo Cáceres José Manuel c. Córdoba 602 S.A. s. ejecutivo"; ídem, 02.12.10, "Servicio Electrónico de Pago S.A. c. Tripodi Paula María s. ejecutivo; etcétera).-

En otros términos, no existe óbice legal alguno -a mi juicio- proveniente del derecho cambiario que impida que aspectos extra-cartáceos originados en la llamada relación fundamental determinante del libramiento del título cartular sean valorados y/o ponderados en la ejecución cambiaria para determinar los alcances de la obligación cartular, siempre -claro está- que esos aspectos resulten del documento mismo; motivo por el cual no se advierte que -para la aplicación de la normativa en cuestión- haya que "prescindir" del plano cambiario ni del principio de abstracción cambiaria, en particular.-

Véase -por caso- que, tanto para ponderar la embargabilidad del salario del deudor cambiario -empleado público- como para resolver cuestiones que tienen que ver con aspectos de la obligación cambiaria que aparecen contemplados en la "cláusula valuta", el Tribunal ha juzgado pertinente sustentar su decisión en factores causales extraños a la relación cambiaria en sí misma, bien que sustentados en antecedentes que surgían del título mismo, o cuanto menos, en el primer supuesto, en la relación de hechos efectuada por el actor en su demanda; circunstancia que pone en evidencia que la "abstracción" cambiaria no constituye un obstáculo insalvable para la consideración de aspectos provenientes de la relación fundamental a la hora de juzgar temas atinentes al plano cambiario, en la medida que esos aspectos surjan del título mismo o -cuanto menos- de la relación de hechos efectuada por el propio pretensor en su demanda.-

Análogo criterio han seguido también -en general- las distintas Salas de esta Cámara en temas íntimamente vinculados a los que aquí se consideran (o sea los relativos a la aplicación oficiosa del art.36 LDC), pero referidos a títulos ejecutivos que, si bien no tienen origen cambiario, participan con éstos de algunas de sus características, particularmente las atinentes a la idea de la "abstracción" debido a la prohibición establecida en el plano ritual por el CPCC:544:4 de indagar la causa de la obligación más allá de lo que resulta del propio título. Ejemplo de lo que estoy afirmando son los múltiples fallos dictados por el Tribunal admitiendo o no la aplicación del art. 36 LDC sobre la base de valoraciones que implican considerar aspectos causales resultantes del título mismo o de expresiones vertidas en el escrito de demanda para decidir acerca de la competencia para conocer en acciones ejecutivas sustentadas en títulos de naturaleza diversa a la cambiaria, como lo son, vgr., los contratos de prenda con registro (cfr. esta C.N.Com., Sala A, 29.6.10, "Capcredit S.A. c. Kynast Mariano Pablo José s. ejec. prendaria", ídem, 3.4.11, "Banco de la Provincia de Buenos Aires c. Alonso Diego Gonzalo s. ejec."; id. Sala D, 9.10.10, "Gotelli María Luisa c. Ríos Angel Fernando s. ejec."; etcétera), los de leasing (esta C.N.Com., Sala A, 28.12.10, "Phenix Leasing S.A. c. Santander Daniel Joaquín s. ejec."; etcétera), los de cuenta corriente bancaria (cfr. esta C.N.Com., Sala A, 29.6.10, "Banco Itaú Buen Ayre S.A. c. Moragues Edit Elisabet s. ejec"), los reconocimientos de deuda (esta C.N.Com., Sala A, 30.6.10, "Arraña Patricio Carlos c. Moreira Juan Luis s. ejec.") y los certificados de deuda emitidos por ART (esta C.N.Com., Sala A, 10.12.10, "Asociart ART c. Macizos S.R.L. s. ejec."), o las provenientes de préstamos personales (esta C.N.Com., Sala A, 3.3.11, "Banco de la Provincia de Buenos Aires c. Alonso Diego Gonzalo s. ejec.", entre muchos otros). Incluso se ha dado el caso de haberse considerado inaplicable la solución consagrada por la LDC:36 a la ejecución de un pagaré en un juicio donde quien accionaba era una sociedad comercial y la demandada una distribuidora de electricidad, por no surgir del título -ni de la demanda- elemento de juicio alguno del que pudiera inferirse que la obligación se había originado en una relación de consumo (cfr. esta CNCom, Sala C, 15.4.11, "Faraday S.A. c. Edecat S.A. Emp. Distrib. de Electricidad de Catamarca S.A. s. ejec.").-

Dejo expresamente afuera de esta enumeración a los secuestros prendarios, toda vez que, en mi opinión, por tratarse de actuaciones judiciales que no implican la participación del deudor y se agotan con la prestación del auxilio jurisdiccional para la materialización del secuestro del bien afectado a la garantía, no es predicable respecto de ellos la eventual

aplicación de la LDC:36 (cfr, esta CN.Com., Sala A, 18.5.10, "Banco Comafi S.A. c. Moyano Luis Aníbal s. secuestro prendario"; íd. 17.12.10, "Ford Credit Compañía Financiera S.A. c. Claramonte Gloria del Valle s. Secuestro Prendario"; íd. 17.03.11, "Banco Comafi S.A. c. Rodríguez José Alberto s. secuestro prendario"; íd. Sala C, 10.12.10, mi disidencia en "Hsbc Bank Argentina S.A. c. Arabena Sonia Graciela s. secuestro prendario"; íd. 23.03.11, "Banco Comafi S.A. c. Luna Lorena Natalia s. secuestro prendario"; íd. 01.04.11, "Toyota Compañía Financiera de Argentina S.A. c. Montenegro Mauricio Andrés s. secuestro prendario"; entre otros).-

Incluso la propia Corte ha señalado que la abstracción del título ejecutivo sólo impide, por la naturaleza y finalidad de esta clase de procesos, el planteamiento de cuestiones fundadas en la relación fundamental que constituyó el antecedente de la emisión de ese título, mas sin alcanzar a estipulaciones que no conciernen específicamente a la causa de la obligación, sino a la determinación de los tribunales competentes para conocer en las controversias que pudieren plantearse (cfr. C.S.J.N., 23.5.06, "Provincia Aseguradora de Riesgos del Trabajo c. Mendoza Provincia de s. amparo").-

En suma, nada hay en el principio de abstracción cambiaria que obste completamente a la eventual aplicación de la LDC:36, por lo que tampoco hay motivo ni necesidad alguna de prescindir de la naturaleza cambiaria del título en ejecución para llegar a admitir la aplicación de dicha normativa.-

Como corolario de todo lo hasta aquí expresado, entiendo que tal vez hubiese sido más conveniente no sujetar el cuestionario del plenario con condicionamiento de ningún tipo en orden a la "calidad" de las partes o a la necesidad de tener que "prescindir" -o no- de la naturaleza cambiaria del título en ejecución.-

(5.) Superados los aspectos precedentemente señalados, que no dejan de ser -después de todo- cuestiones meramente formales que no hacen a la esencia misma de la temática en debate, sólo me resta aludir a un único condicionante -o limitación- que le encuentro a la doctrina emergente de este plenario, y este sí es un aspecto sustancial de la cuestión, que tiene que ver con el ámbito espacial de aplicación de la presente doctrina plenaria. Me refiero concretamente a que el conflicto que este Acuerdo procura resolver entre las disposiciones cambiarias y procesales que establecen las reglas de competencia territorial para accionar contra deudores de origen cambiario y las normas de orden público de la LDC que imponen que aquél deba ser necesariamente demandado ante los jueces de su domicilio, sólo puede tener virtualidad -a mi juicio-, siempre que se juzgue la situación desde un plano de estricta razonabilidad, como -según entiendo- corresponde hacerlo, cuando la cuestión se plantea respecto de sujetos que se encuentran verdaderamente distantes de esta sede para el ejercicio de sus derechos.-

En este sentido, no está exactamente en la misma situación un deudor cambiario (subsumible en la noción de "consumidor" en el marco de la LDC) que, residiendo en Santa Cruz, Tierra del Fuego, Mendoza, Salta, Santiago del Estero, Córdoba, Corrientes, Misiones, el interior de la Provincia de Buenos Aires o cualquier otro lugar del país, es demandado en Capital Federal por aplicación de las reglas que determinan el juez competente en materia cambiaria -o porque así lo establece una cláusula de prórroga de la competencia expresamente convenida entre las partes-, que la de un deudor -también consumidor- que reside dentro del radio de las localidades que circundan a la Ciudad de Buenos Aires y que conforman lo que se ha dado en llamar el Primero y Segundo Cordón del Gran Buenos Aires o Conurbano Bonaerense y/u otras jurisdicciones próximas aledañas a ellas y también es demandado en dicha sede.-

En efecto. El fundamento de la disposición legal contenida en el art. 36 LDC, en cuanto prescribe que el juez competente para entender en los litigios relativos a los contratos que involucran derechos de los consumidores es aquel que corresponde a la del domicilio real del deudor, finca en resguardar el derecho a la defensa en juicio del demandado que -ex hypothesis- aparece como "consumidor", en el entendimiento de que la necesidad de asumir su defensa en una jurisdicción remota (como lo sería para un residente de Salta o Santa Cruz venir a defenderse en Buenos Aires) le dificultaría de tal modo el ejercicio de ese derecho que virtualmente se lo impediría, violentándose de ese modo la garantía constitucional consagrada por el art.18 C.N.-

Ahora bien, esa situación no es predicable respecto del deudor que habita en el llamado "Gran Buenos Aires". Quien reside en barrios como Burzaco, Monte Grande, Bernal, La Matanza, Tres de Febrero, Florencio Varela, Lomas de Zamora, Lanús, Quilmes, Avellaneda, Merlo, Moreno, San Martín, Vicente López, Florida, Olivos, Carapachay, San Isidro, Villa Adelina, San Fernando, Tigre o Malvinas Argentinas, entre muchas otras localidades del Gran Buenos Aires, o en otros distritos no tan lejanos como Lobos, Junín, Luján, San Andrés de Giles, San Antonio de Areco, Mercedes, Chascomús o La Plata, no está en peor situación que alguien que se domicilia en la Capital Federal para ejercitar su derecho a la defensa en juicio en esta última jurisdicción. A tal punto es esto así que el CPCC sólo amplía el plazo para contestar la demanda para los juicios promovidos en este distrito a partir de un radio de los 200 km de la Capital Federal y a razón de un (1) día por cada 200 km adicionales o fracción que no baje de 100 km (CPCC:340, 342 y 158), regla que se aplica también a los juicios ejecutivos y, por ende también, a las ejecuciones cambiarias (CPCC:526 y 542).-

Esta circunstancia pone en evidencia que no habría afectación al derecho a la defensa en juicio en relación a las personas que residen en las localidades comprendidas dentro de ese radio por el solo hecho de vivir en esos lugares y ser demandadas en esta Ciudad, puesto que no es dable suponer que la ley adjetiva consagraría una solución que afecte el derecho a la defensa en juicio del potencial demandado. Por otra parte, no he escuchado en todos estos años que lleva de aplicación el actual CPCC -sancionado, cabe recordarlo, hace ya más de 40 años (1968)- ninguna voz que cuestionara por exiguos los plazos precedentemente señalados. Se sigue de esta apreciación -entonces- que la supuesta afectación al derecho a la defensa en juicio resultante de demandar al "deudor-consumidor" fuera de la jurisdicción que corresponde a su domicilio sólo puede ser predicada válidamente respecto de aquellas personas que residen fuera del mencionado radio

de 200 km alrededor de la Capital Federal, no así respecto de las personas que viven dentro de ese radio.-

Esto implica que la supremacía que cabe reconocer a la normativa de orden público que la LDC encarna por sobre las procesales y cambiarias que regulan la materia sólo aparece "prima facie" justificada para los supuestos de deudores (llamémoslos así) "remotos", mas no así respecto de los que podríamos denominar "próximos", por más que no residan en la Capital Federal, puesto que respecto de estos últimos no concurriría una motivación suficiente o un fundamento normativo válido para sustentar esa prevalencia. Se muestra entonces como razonable, en ese contexto, que esa supremacía quede acotada a lo estrictamente necesario para asegurar el logro de la finalidad perseguida por el legislador, manteniendo la validez de las restantes normas en todo aquello que no colisionan con la norma de orden público y su finalidad. Se obtendría de esa forma un resultado compatible con un criterio de interpretación armónico de todas las disposiciones que aquí se hallan en juego, respetando al mismo tiempo el propósito -explícita o implícitamente- perseguido por el legislador al establecerlas.-

Por supuesto que no se me escapa que no es fácil poner un límite geográfico a la aplicación de este plenario que no sea catalogado de arbitrario y/o discrecional. Sin embargo, peor es poner en la misma bolsa al deudor que vive en Burzaco que al que reside en Las Lomitas, Formosa, cuando es evidente que uno y otro no están en la misma situación a los efectos del ejercicio de sus derechos en nuestra querida Buenos Aires. Lo mismo es predicable respecto del que vive en Purmamarca, Ushuaia o Calafate versus aquel que reside en Florida, Lanús o La Matanza, en la Provincia de Buenos Aires. Esto me lleva a postular que debe ponerse un límite espacial a la doctrina emergente de este plenario y ese límite no puede ser otro que el que el propio Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCC) establece para el ejercicio del derecho de defensa en este distrito a través del plazo para contestar la demanda y su eventual ampliación en razón de la distancia (CPCC: 340, 342 y 158).-

Propongo, por ello, que la doctrina emergente de este plenario sólo sea aplicable a aquellos deudores demandados (que a la vez sean susceptibles de ser reputados "consumidores") que residan en localidades situadas fuera del radio precedentemente mencionado (200Km). Ello, en función de que -debidamente interpretados los preceptos legales en juego- no es apreciable que exista una verdadera colisión entre el art. 36 LDC y las normas de derecho común y procesal que autorizan la prórroga de la competencia en cuestiones meramente patrimoniales en relación a deudores que se domicilian dentro de esa órbita territorial (por el solo hecho de ser demandados en esta jurisdicción) ni con las normas de derecho cartular que regulan el domicilio de pago y la competencia para el ejercicio de las acciones cambiarias en razón del territorio por esa misma circunstancia. Sustento -además- esta afirmación en el hecho de que si nuestra ley adjetiva considera razonable -sin que se afecte el derecho a la defensa en juicio- que alguien (cualquiera sea él y que, perfectamente, puede ser un "consumidor" en los términos de la LDC) sea demandado en esta sede, aun viviendo a 200 km de Buenos Aires -a punto de no concederle por esa circunstancia una ampliación de plazo en razón de la distancia-, no advierto por qué motivo habría que adoptar ese criterio en los supuestos abarcados por este plenario, cuando es evidente que no estaría en juego allí la finalidad tuitiva subyacente en el ya aludido art. 36 LDC.-

Una interpretación contraria a la que propongo implicaría consagrar para quienes residen dentro del radio antes aludido una suerte de régimen diferenciado entre "consumidores" y quienes no lo son, sin que concurra un motivo justificado para esa distinción y sin que se de el presupuesto que la ley ha contemplado para justificar la supuesta distinción de tratamiento entre uno y otro (esto es, la potencial afectación de su derecho a la defensa en juicio del consumidor frente a la parte económicamente "fuerte" del contrato). Ello así, también, dentro de un marco en el que -además- no puede perderse de vista la innecesaria afectación que se estaría irrogando a una regla cardinal de nuestro derecho civil y del derecho internacional privado en asuntos patrimoniales, cual es la que pregona la validez de las cláusulas de prórroga de la competencia en materia territorial por voluntad de las partes, regla que, además de contribuir a una mayor seguridad del tráfico mercantil y a una más eficiente circulación del crédito, tiene como único límite el orden público y las buenas costumbres, límite que, como ya se ha dicho, no se halla afectado en lo más mínimo por el hecho de que un deudor domiciliado fuera de la Capital Federal, pero residente dentro de un radio no mayor a los 200 Km de dicho distrito, sea demandado en esta jurisdicción, aún cuando pueda ser considerado "consumidor" en los términos de la LDC.-

Dicho en otros términos, si -como lo prescribe el art. 1197 CC- "las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma", con el único límite que consagra el art. 21 de ese mismo cuerpo legal en orden a que "las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres", no parece que el límite que una norma de orden público -como la del art. 36 de la LDC- le impone a los particulares pueda ser llevada más allá del presupuesto fundante de esa limitación, que, en el caso del citado art. 36 LDC no es otro que la protección del derecho a la defensa en juicio del "consumidor". Se infiere de esto que, no siendo apreciable afectación alguna a esta garantía constitucional por la circunstancia de que este último, en tanto residente dentro del radio 'ut supra' aludido, sea demandado en este distrito, no advierto que la prevalencia de la norma de orden público pueda tener un ámbito de actuación mayor al fundamento que determina su vigencia. Por consiguiente, no estando presente la posibilidad de un verdadero agravio a la mencionada garantía constitucional, esa prevalencia debe ceder, recobrando virtualidad las normas habituales que regulan la jurisdicción en materia cambiaria, así como las que emergen de eventuales cláusulas de prórroga de la competencia en el plano territorial.-

No debe olvidarse que, de acuerdo con un criterio invariablemente sustentado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a través de reiterados fallos, la primera regla de interpretación de las leyes es dar pleno efecto a la intención del legislador y ese propósito no debe ser obviado por los jueces con motivo de las posibles imperfecciones técnicas de su instrumentación legal que dificulten la consecución de los fines perseguidos por la norma, de tal suerte que la

contradicción entre los términos de la ley y la clara finalidad que ella persigue debe resolverse evitando darle un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras y adoptando como valedero el que las concilie y deje a todas con valor y efecto (CSJN, 1.1.82, "Montarsa Montajes Argentinos SA.", Fallos:304:1403; entre muchos otros).-

(6.) Como consecuencia de todo lo hasta aquí expuesto, entonces, habré de acompañar el voto de la mayoría, con las prevenciones expresadas en los apartados (3.) y (4.) de esta ponencia y la limitación explicitada en el apartado (5.). Con esas salvedades, voto –pues- por la afirmativa en las dos (2) cuestiones sometidas a la consideración de este Pleno, o sea en el sentido de que: "Corresponde declarar de oficio la incompetencia territorial del tribunal en un juicio ejecutivo con independencia de que el título base de la ejecución reúna naturaleza cambiaria, siempre que: (a.) la relación de consumo surja de la calidad de las partes, del título mismo, o de los demás antecedentes del caso resultantes del litigio; y (b.) que el demandado resida en un radio que exceda de los 200 km de la Capital Federal, según las previsiones contenidas en los arts. 340, 342, 158, 526 y 542 CPCC.".-

I. F.- Fundamentos de los doctores José Luis Monti y Alejandra N. Tevez:

1. A iniciativa de la Sala C del Tribunal, esta Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial dispuso la presente auto convocatoria a Acuerdo Plenario con el propósito de unificar los criterios de las distintas Salas respecto de la pertinencia de declarar de oficio, en las ejecuciones de títulos cambiarios dirigidas contra deudores residentes fuera de la jurisdicción del Tribunal, la incompetencia territorial, con fundamento en lo dispuesto en el art. 36 de la ley de defensa del consumidor (LDC, texto según ley 26.361). Con ese alcance se han formulado los interrogantes que hemos sido llamados a responder.-

2. La primera cuestión planteada, concerniente a si corresponde inferir de la sola calidad de las partes involucradas en las mencionadas ejecuciones, que subyace una relación de consumo en los términos previstos en la LDC, será contestada afirmativamente.-

Sin pasar por alto ciertas observaciones que señala en su voto el Dr. Kölliker Frers en cuanto al modo en que ha sido formulado el interrogante para este Acuerdo, cabe entender que el sentido de la pregunta se orienta, precisamente, a un supuesto de hecho en el que, al menos en el momento liminar del proceso, no se cuenta con otros elementos indicativos que los enunciados, esto es: la ejecución de un título de crédito, iniciada por una entidad financiera contra una persona física. No se descarta que pueda haber otros datos que confirmen la existencia de una relación de consumo, en cuyo caso nuestra respuesta afirmativa resultaría fortalecida. Pero en cuanto aquí interesa, tal respuesta significa que en virtud de la condición de los sujetos involucrados en la ejecución sustentada en un título de crédito es posible presumir ya la prestación de un servicio financiero que de manera profesional efectúa la entidad demandante, actividad financiera que queda comprendida en el ámbito de la relación de consumo definida por el art. 3° de la ley 24.240 (texto introducido por la ley 26.361).-

En efecto, la entidad financiera ejecutante es una persona jurídica que se dedica con profesionalidad a proveer de crédito al público en general y, en cuanto tal, encuadra en el concepto de "proveedor" contenido en el art. 2° de la LDC. De su lado, la ejecutada es una persona física con las características que el art. 1° de la citada ley requiere para estar en presencia de un "consumidor" o "usuario".-

Tales antecedentes, esto es, la actividad financiera que desarrolla la actora y la circunstancia de que el demandado sea una persona física, permiten encuadrar prima facie el vínculo jurídico establecido entre las partes en litigio en el marco de las relaciones de consumo a que se refieren los arts. 1°, 2° y 36 de la ley 24.240, según ley 26.361 (ver dictamen de la Procuradora Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación del 29.11.09, en autos "Compañía Financiera Argentina S.A. c/ Monzón, Mariela Claudia s/ ejecutivo").-

Es cierto que para que cobre operatividad la tutela que dispensa la LDC, el consumidor o usuario ha de ser el destinatario final de la prestación efectuada por la entidad financiera (conf. art. 1°, segundo párrafo, de la ley), pero este es un extremo que en el supuesto de hecho de que se trata no requiere acreditación previa y que no cabe poner en tela de juicio, a menos que la entidad demandante lo haga. Y en ese caso, a ella incumbe la carga de acreditar que el ejecutado se halla fuera del alcance de la normativa de que se trata (conc. art. 37, inc. 'c', LDC).-

En ese sentido, no es ocioso destacar que la entidad financiera ejecutante, como predisponente de las condiciones a las que se encuentran sujetos los clientes destinatarios de su actividad, es quien se encuentra en mejor posición para aportar los elementos probatorios tendientes a desvirtuar la presunción de que la relación que subyace entre las partes sea una relación de consumo y, como tal, comprendida dentro de los supuestos previstos por la ley de la materia. Es más, de conformidad con las "normas del proceso" contenidas en el art. 53 LDC, corresponde a los proveedores la carga de aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio. De modo que, sin desatender las disposiciones sobre carga de la prueba que rigen en el ámbito de los juicios ejecutivos (art. 549, segundo párrafo, CPCC), a los fines de la determinación de la competencia en los casos que nos ocupan, no podría soslayarse el deber de colaboración que esa norma impone a los proveedores.-

En el contexto descrito, ante la carencia de demostración de circunstancias excluyentes por parte de la entidad financiera ejecutante, deviene aplicable la regla contenida en el art. 3° de la LDC. Y si existiera alguna duda respecto del

encuadramiento del caso en el marco de la ley 24.240, se impone la interpretación en favor del consumidor (art. 3º, segundo párrafo y 37, segundo párrafo, de la LDC); directiva que no es sino reiteración del principio general contemplado en la legislación mercantil por el art. 218, inc. 7º del Código de Comercio, que impone interpretar las cláusulas contractuales ambiguas o dudosas en favor del deudor.-

Consecuentemente con lo expuesto, concluimos que en una ejecución iniciada con base en un título de crédito por una entidad financiera contra una persona física, es válido presumir que el vínculo que subyace se encuentra comprendido dentro de los supuestos previstos por la ley de defensa del consumidor; más precisamente: cabe inferir que se trata de una "operación de crédito para consumo" regida por el artículo 36 de la ley.-

En los términos expresados, damos respuesta afirmativa a la primera cuestión propuesta a este Acuerdo Plenario.-

3. La respuesta afirmativa a la primera cuestión nos conduce, ahora sí, al planteo del tema sustancial propiamente dicho, vale decir, si en estas ejecuciones de títulos cambiarios "corresponde declarar de oficio la incompetencia territorial del tribunal con fundamento en lo dispuesto en el art. 36 de la Ley de Defensa del Consumidor".-

Respondemos también afirmativamente a esta segunda cuestión con sustento en los argumentos que seguidamente se expondrán.-

4. En lo que interesa a los fines que aquí se debaten, cabe recordar, a modo de introducción, que la ley 26.361, publicada en el Boletín Oficial el 7 de abril de 2008, sustituyó, por medio de su art. 15, el art. 36 de la ley 24.240. Ese art. 36, contenido en el Capítulo VIII titulado "De las operaciones de venta de créditos", luego de enunciar los requisitos que debe contener el documento en el cual se instrumenten las operaciones financieras para consumo y las de crédito para el consumo, establece en su último párrafo que "...Será competente, para entender en el conocimiento de los litigios relativos a contratos regulados en el presente artículo, siendo nulo cualquier pacto en contrario, el tribunal correspondiente al domicilio real del consumidor".-

Esa regla no es nueva en el ámbito de las contrataciones bancarias y de crédito. Ya la ley que regula las relaciones derivadas del uso de tarjetas de crédito (ley 25.065) había incorporado un principio análogo al establecer la nulidad de las cláusulas "que importen prórroga a la jurisdicción establecida..." en esa ley (art. 14, inc. i), que no es otra que la del domicilio del titular o fiador (art. 52).-

Por lo demás, no cabe dudar que los eventuales pactos de prórroga de la jurisdicción territorial hacia un tribunal distinto del correspondiente al domicilio del consumidor, que el nuevo art. 36 invalida, igualmente hubieran sido susceptibles de encuadrar en los supuestos de cláusulas abusivas e ineficaces que la misma ley ya contemplaba en su versión original. El art. 37 de la LDC, que no sufrió modificaciones, dispone que cabe tener por no convenidas las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones (inc. a) o que importen renuncia o restricciones de los derechos del consumidor o amplíen los de la otra parte (inc. b).-

5. En tanto la ley de defensa del consumidor es calificada en su mismo texto como de orden público (art. 65), no cabe dudar respecto de la invalidez de eventuales pactos de prórroga de la jurisdicción territorial que importarían su desplazamiento hacia un tribunal distinto del correspondiente al domicilio del consumidor, pues ello vendría a transgredir la expresa pauta de atribución de competencia prevista en el art. 36 de la ley.-

Con miras a procurar una necesaria armonización entre las normas procesales y sustanciales, es preciso tener en cuenta que la ley de defensa del consumidor integra nuestro derecho sustantivo (art. 65: rige en todo el territorio nacional), como complementaria de los códigos civil y de comercio (art. 75 inc. 12, CN), a la vez que reglamentaria de la cláusula constitucional contenida en el art. 42 de la CN (en cuanto contempla la protección de los derechos de usuarios y consumidores en lo que denomina la relación de consumo). Se impone así la primacía del estatuto del consumidor por sobre las previsiones de los ordenamientos procesales locales y, en particular, los arts. 1º y 2º del CPCC, en cuanto prevén que en el proceso civil la competencia territorial en los asuntos exclusivamente patrimoniales es prorrogable, expresa o tácitamente (conf. art. 31 CN).-

Cabe señalar que no es óbice para esa preeminencia del art. 36 LDC, la circunstancia de que regule un aspecto procedimental que, como regla, estaría reservado a las legislaturas locales (arts. 121 y ss. CN), en tanto se trata de una norma –como otras del mismo carácter insertas en los códigos de fondo– directamente vinculada con la tutela de los derechos a que se refiere la misma ley sustantiva de que se trata, cuyo propósito es dispensar un tratamiento unificado a esos derechos en todo el ámbito nacional (doctrina de Fallos: 178:31, CSJN).-

Desde otra óptica, si bien como principio es válido el pacto de prórroga de jurisdicción territorial, ello sólo es así en tanto no se afecten disposiciones de orden público, pues en tal hipótesis dicho pacto debe ceder ante una norma explícita de ese carácter. En cuanto aquí interesa, no cabe sino inteligir que la previsión específica que determina, en las operaciones financieras y de crédito para consumo, la competencia del juez que corresponda a la jurisdicción del domicilio real del consumidor, a la vez que establece la nulidad de cualquier pacto en contrario (art. 36 LDC), en tanto norma imperativa que la misma ley califica de orden público (art. 65 LDC), debe prevalecer sobre la normativa procesal.-

Hay otra razón que se añade a las anteriores para justificar esa preeminencia. Además de ley de orden público, la LDC es en este contexto una ley especial en cuya virtud se otorga al consumidor o usuario un régimen particular derivado de su condición de parte débil en la relación con el empresario o productor de bienes o servicios. Por eso sus normas son de aplicación preferente y deben considerarse modificatorias de la legislación sustancial y procesal cuando éstas puedan interferir en lo que específicamente es objeto de tutela. Así, la norma específica sobre competencia contenida en el art.

36, aplicable a este tipo de vínculo, tiende a resguardar el derecho de acceso a la justicia y la defensa en juicio de la parte débil en esa relación negocial, en la inteligencia de que el ejercicio pleno de esos derechos podría verse afectado si la causa judicial se aleja de los jueces del domicilio del consumidor. Con ese alcance, la citada norma incide inexorablemente en el régimen de competencia establecido en el sistema jurídico.-

6. Como corolario de lo expuesto, también ha de ceder ante la ya citada regla del art. 36 LDC, lo dispuesto por el art. 4 in fine del CPCC, en cuanto establece como principio que el juez carece de facultades para declarar de oficio su incompetencia en asuntos de naturaleza patrimonial, ya que al integrar aquella ley el derecho sustantivo y atribuir a sus estipulaciones carácter de orden público, tiene preeminencia sobre la aludida regla procesal (arts. 31 y 75 inc. 12 CN).-

Es la propia ley la que impone al magistrado examinar en forma oficiosa su competencia, a fin de resguardar, precisamente, los derechos de los consumidores. Frente al texto legal imperativo, los tribunales no pueden desatender ese mandato ni realizar interpretaciones que lo priven de contenido. Por consiguiente, la declaración de incompetencia de oficio en estos casos no sólo es procedente, sino que constituye un deber del tribunal para garantizar el derecho a una tutela judicial efectiva.-

Las normas en que está interesado el orden público no pueden ser dejadas sin efecto por las convenciones de las partes, y no podría aceptarse una renuncia anticipada de la prerrogativa que confiere el art. 36 LDC al consumidor para no ser demandado ante tribunales ajenos a su domicilio (arts. 21, 872 y conc. C. Civil, art. 37 inc. b, LDC). De modo que si el magistrado advierte que ha sido promovido un juicio contra el consumidor en una jurisdicción distinta a la que corresponde a su domicilio real, debe hacer respetar la disposición legal y declarar su incompetencia para entender en la pretensión de que se trate.-

La razón para que tal sea la solución legal se encuentra, en definitiva, en la situación de inferioridad negocial del consumidor frente al empresario, que justifica la intervención del legislador dirigida, precisamente, a evitar los abusos que tal situación podría provocar si se admitiera la validez de la renuncia de sus derechos, que seguramente le sería impuesta por quien se pueda prevalecer de dicha debilidad o inferioridad (Farina, Juan, Defensa del consumidor y del usuario, Astrea, 3ª edición, p. 629/630).-

7. Resta aún por analizar si esa atribución que incumbe a los jueces ex officio puede ser ejercida en la clase de procesos a los que alude la convocatoria a plenario, es decir, los juicios ejecutivos.-

A nuestro modo de ver, dada la actual redacción del art. 36 de la LDC, sus específicas disposiciones resultan enteramente aplicables aún para el supuesto de acciones de estrecho marco cognoscitivo como la que nos ocupa, puesto que la tutela ha sido establecida en términos generales, sin excepciones y sin restringir su ámbito de aplicación. Esta conclusión aparece de toda lógica, dado que se pretende restablecer el equilibrio entre las partes en una relación que, de por sí, exhibe al consumidor como la parte más vulnerable y, por tanto, destinatario de la tutela legal.-

En ese contexto, a los fines de determinar la competencia, no cabe soslayar que las normas que rigen el juicio ejecutivo son también, en definitiva, disposiciones de índole procesal, que deben ser armonizadas y coordinadas con todo el ordenamiento vigente (art. 31 CN y art. 34, inc. 4º del CPCC), respetando el orden jerárquico de las normas que ya ha sido señalado en los párrafos anteriores.-

Por otro lado, al calificarse a sí misma la ley 24.240 como de orden público y otorgar al consumidor un régimen especial derivado de su condición de tal en la relación con el empresario o productor de bienes o servicios, la disposición a que se hace aquí referencia resulta de aplicación imperativa en todos los casos –incluso en los juicios ejecutivos– pues de modo implícito sus efectos se extienden tanto al ámbito de la legislación sustancial (v. gr. en relación con el principio de abstracción) como al de la normativa procesal (v. gr. en lo referente a la limitación cognoscitiva del negocio causal). De manera que el acotado marco del juicio ejecutivo no podría conspirar para eludir la protección de la ley del consumidor.-

En rigor de verdad, no media óbice para que pueda efectuarse un examen meramente extrínseco de la obligación instrumentada en el título al sólo efecto de precisar la concurrencia del presupuesto de hecho que habilita la aplicación del art. 36 LDC a fin de determinar la competencia del tribunal que intervendrá en el juicio.-

Ello no implica, en modo alguno, avanzar sobre aspectos causales o desvirtuar el limitado ámbito de conocimiento del juicio ejecutivo, ni, por lo tanto, vulnerar la abstracción procesal establecida por el art. 544 del CPCC, en tanto el análisis se dirige a un plano diverso al de la indagación causal, sólo vedada en el marco de la excepción de inhabilidad de título (inc. 4º). Como expresó la Procuradora Fiscal ante la Corte Suprema en el dictamen ya citado, no resulta óbice para sostener la aplicabilidad de la norma imperativa de determinación de la competencia contenida en el art. 36 LDC la particularidad de que la operación de crédito en cuestión se haya documentado en un título de crédito y que, por ende, se trate de un juicio ejecutivo, ya que el problema excede de los caracteres y naturaleza de esa categoría de títulos, y conduce al estudio de aspectos preferentemente vinculados con la tutela del consumidor regulada por una normativa de orden público.-

Es preciso insistir en que la calificación de la obligación instrumentada en el título como derivada de una relación de consumo, resulta patente por la sola calidad de las partes, por lo que, a los efectos de decidir la incompetencia, basta con atender a los aspectos ya señalados. Y en tanto ellos no aparecen vinculados con un debate causal, no pueden considerarse vedados al conocimiento del juez en estos juicios. No se requiere, en fin, entrar en los pormenores fácticos

de la relación de consumo, sino sólo reconocerla como tal. Ese reconocimiento, que surge de la ley, se vincula con el primigenio deber del magistrado de calificar jurídicamente las pretensiones que se deducen en juicio.-
Se trata, simplemente, de aplicar la ley 24.240, cuya directiva en este punto resulta prioritaria como medio para preservar el derecho de defensa en juicio de los consumidores.-

8. Una cuestión que no cabe soslayar porque aparece como uno de los óbices que se invocan para sustentar un parecer distinto al que se ha venido exponiendo, radica en el peculiar carácter que las normas que regulan los títulos de crédito atribuyen a esos documentos y a las obligaciones contenidas en ellos. Se habla así de los consabidos principios que tipifican a las deudas emergentes de esa clase de títulos, esto es, abstracción, literalidad, autonomía del derecho cartular, etcétera. Y razonando sobre esa base, se piensa que no sería posible apartarse de la literalidad cuando el domicilio de pago consignado en el documento indica el del acreedor, o que no se podría avanzar sobre esa abstracción y autonomía, para presuponer que el negocio subyacente encuadra en una relación de consumo, regida por el art. 36 LDC.-
El argumento es sólo aparente.-

En primer lugar, el argumento basado en la literalidad para sostener la eficacia del lugar de pago expresado en el documento como medio de atribuir competencia a un lugar distinto del domicilio del ejecutado, incurre en una petición de principio, ya que es sobre esa indicación que recae, precisamente, la norma imperativa del art. 36 in fine de la LDC, en cuanto establece su invalidez; de modo que en el contexto que aquí se analiza no podría ser invocable.-

En segundo lugar, cabe recordar que desde antaño, sobre todo a partir de los aportes de quienes comenzaron comentando la ley uniforme de Ginebra, se sabe con certeza que los principios que tipifican las obligaciones cambiarias rigen únicamente cuando el título ha circulado, de conformidad con las reglas de circulación propias de cada tipo. Dicho de otro modo, esos principios no se aplican tratándose de sujetos que se encuentran en una relación de inmediatez uno respecto del otro, como el librador y tomador en el pagaré o letra de cambio, o endosantes inmediatos, vale decir: tradens y accipiens del título (conf. Giuseppe Gualtieri e Ignacio Winizky, *Títulos circulatorios*, actualizado por Teresa Berenstein y María E. Uzal, Abeledo Perrot, B. Aires, 1984, p. 86; Osvaldo R Gómez Leo, *Ley cambiaria sobre pagaré y letra de cambio*, Lexis Nexis, 2006, p. 229).-

Cuando se da esa circunstancia, no rigen los mencionados principios (art. 18 DL 5965/63) y no hay limitación en las excepciones oponibles (conf. Tullio Ascarelli, *Iniciación al estudio del derecho mercantil*, trad. Evellio Verdera y Tuller, ed. Bosch, Barcelona, 1964, p. 357; Francesco Messineo, *Manual de derecho civil y comercial*, trad. Santiago Sentís Merlendo, EJEA, B. Aires, 1979, tomo VI, p. 241). En tales hipótesis, pues, el argumento tampoco es válido porque la relación se rige por las normas generales, integradas naturalmente con las normas imperativas de la LDC. Demás está decir que la denominada abstracción procesal que acompañaría a estos documentos carece de relevancia por las razones indicadas en los apartados precedentes.-

Si bien en la abrumadora mayoría de los casos llegados a los tribunales del Fuero ése es el escenario, podría pensarse en situaciones en las cuales, por haber circulado el título, fuesen invocables los aludidos principios. Sin embargo, de ser ese el caso, nuevamente aquí sería necesario integrar las normas respectivas (art. 18 DL 5965/63) con las contenidas en la LDC y de proceder así, ha de advertirse que, como fue dicho desde el comienzo, las características propias de los sujetos involucrados en el litigio pondría en evidencia que la emisión está originada en una relación de consumo, extremo deducible del carácter del acreedor (entidad financiera) y del deudor (persona física). En tal hipótesis, la circunstancia de tratarse de una obligación cambiaria no altera la aplicación preeminente de la regla imperativa contenida en el art. 36 LDC, cuya incidencia, vale recalcar, no avanza en los aspectos atinentes a la relación sustantiva, sino que se circunscribe a la competencia del tribunal que ha de conocer en el caso.-

Resta, por último, destacar que la solución que propiciamos para la cuestión propuesta a este tribunal plenario se encuentra corroborada en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (1.9.2010, "Cuevas, Eduardo Alberto c. Salcedo, Alejandro René").-

9. En atención a los argumentos expuestos, damos respuesta afirmativa también a la segunda cuestión propuesta en esta convocatoria.-

I. G.- El señor juez Juan José Dieuzeide adhiere al voto formulado por el señor juez Pablo D. Heredia y agrega:

Que respondo afirmativamente a las dos preguntas formuladas en la convocatoria a este fallo plenario, adhiriendo a los exhaustivos fundamentos del voto del señor juez Heredia, formulando únicamente dos aclaraciones.-

1.- La primera, concierne al punto 15, tercer párrafo de los considerandos del voto a cuyos fundamentos adhiero, en cuanto se señala que "el análisis económico del derecho... no puede servir para convalidar, por certero que sea, el fraude a la ley". En rigor, considero ilustrativo ampliar tal consideración, puesto que el Análisis Económico del Derecho – entendido como disciplina científica- en modo alguno puede convalidar el fraude a la ley, al menos por tres razones:

a) En primer lugar, porque se limita a predecir las conductas que provocarán las nuevas normas jurídicas –en este caso la que resulte de una interpretación obligatoria de la ley-, pero sin postular en modo alguno que la eficiencia económica sea el único valor digno de ser promovido. Por el contrario, la preocupación por el exceso igualitario a la justicia que subyace en este fallo plenario es mencionado expresamente por la calificada doctrina especializada en la cuestión que individualizará infra. El Análisis Económico del Derecho predica simplemente que conocer los beneficios y costos que provocará una norma tomando como parámetro la Economía entendida como una ciencia que estudia la conducta humana con el modelo de acción racional de modo preciso y confiable, es indispensable para obtener cualquier resultado

socialmente valioso, puesto que de otra forma los legisladores y jueces pueden provocar efectos no queridos y a veces contrarios a los buscados (v. Spector, H. y otros, Elementos de Análisis Económico del Derecho, ed. 2004, cap. I, págs. 19/23). Este conocimiento específico se enmarca a mi modo de ver en la pauta hermenéutica general enunciada por el entonces Procurador General de la Nación Sebastián Soler –en dictamen cuyos fundamentos la C.S.J.N. hizo suyos en el fallo del 3.4.56 "Grisolia, Francisco Mariano", Fallos 234:483- según la cual "las consecuencias que naturalmente derivan de un fallo, ...es, ...uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de la interpretación que se efectúa". Tal pauta hermenéutica, se vincula directamente con la ponderación a la que alude el señor juez Heredia en la frase inicial del considerando nro. 15 de su voto a la que me referiré infra 1.b.-

b) En segundo lugar, porque la hipótesis de que la interpretación obligatoria que se propicia pudiera ser contraria al Análisis Económico del Derecho, surge de la preocupación de que podría provocar un eventual aumento de las tasas de interés en los créditos para el consumo como consecuencia del aumento de los costos de las entidades financieras cuando deban ejecutar los títulos de sus créditos en los tribunales del domicilio del deudor. Ahora bien, según lo entiendo, desde el punto de vista del Análisis Económico del Derecho debe medirse la eficiencia de una solución jurídica al margen de la asignación del derecho a uno u otra parte (v. Spector, H. y otros, op. cit., cap. I, pág. 15). Considero entonces que la aplicación de tal principio a este fallo plenario supone ponderar si la decisión mayoritaria tendrá como consecuencia una variación o no en los costos totales de todos los agentes económicos involucrados actualmente o en el futuro en el ámbito alcanzado por dicho fallo, y no únicamente en los de las entidades financieras. En tal sentido, en los fundamentos a los que adhiero, se tuvieron en cuenta los mayores costos que se provoca actualmente a los consumidores de créditos al obligarlos a demandar en el ámbito de competencia territorial del tribunal correspondiente al domicilio de la casa central del proveedor (considerando 6to.), los que evidentemente disminuirán si se impone la respuesta afirmativa a las preguntas formuladas al ser convocado este fallo plenario, incidiendo de tal modo en los costos totales de todos los agentes económicos involucrados y por consiguiente en la eficiencia del sistema.-

c) En tercer y último lugar, también entiendo que:

(i) Las preocupación que recoge el considerando nro. 15 del voto a cuyos ilustrados fundamentos adhiero –según la cual las entidades financieras podrían afrontar mayores costos que incidirán en la tasa de interés en los créditos para el consumo- tiene como presupuesto en mi opinión que la oferta de crédito en el ámbito de otras competencias territoriales es brindada única o mayoritariamente por entidades financieras con domicilio y sede en el Ámbito de la competencia territorial donde será aplicable este fallo plenario –la Capital Federal de la República Argentina-. En ese caso, el aumento de costos de aquellas podría determinar necesariamente el correlativo aumento de tasas de interés en cada jurisdicción territorial en la que actúan –a menos que después de un análisis integral de costos y beneficios las entidades financieras afectadas concluyan en que les resulta aún conveniente absorber los primeros aunque se incrementen-. Pero entiendo también que al ser pronunciado este fallo el tribunal no conoce datos objetivos que permitan tener como válido tal presupuesto de hecho –como tampoco lo registra en experiencias de otros países la doctrina citada en el voto al que adhiero-, por lo cual en el mejor de los casos constituye solamente una hipótesis a la que con razón el señor juez Heredia califica como "juicio conjetural" (v. considerando nro. 15). Y aunque esta hipótesis fuera cierta, no hay elementos de juicio que permitan predecir si esa oferta de crédito puede o no ser sustituida total o parcialmente de modo eficiente –con resultado neutro para las tasas de interés- por entidades financieras con sede en otras jurisdicciones territoriales locales, coincidentes o cercanas al domicilio real de los tomadores de crédito, teniendo siempre en cuenta el universo restringido y específico del que se trata, limitando a líneas de crédito para el consumo y no para la inversión.-

(ii) Tampoco se puede dejar de ponderarse si habrá una variación positiva en la demanda de crédito por parte de los consumidores con capacidad de hacerlo en jurisdicciones territoriales distintas a las de los domicilios sociales de entidades financieras que lo tienen en esta Capital Federal, ante la seguridad jurídica derivada de un acceso a la justicia real y no sólo formal que les permita eventualmente defenderse ante todo exceso en que pudieran incurrir los oferentes de crédito.-

(iii) Por lo tanto, considero que el tribunal no cuenta con elementos de juicio suficientes para evaluar si una respuesta afirmativa a la convocatoria a plenario será contraria no ya a los postulados del Análisis Económico del Derecho, sino siquiera a la mayor eficiencia de los agentes económicos considerados en conjunto.-

d) Estas aclaraciones las formulo con el solo propósito de procurar demostrar que los sólidos fundamentos y la conclusión del voto al que adhiero, no se encuentran en colisión con los postulados básicos de una respetabilísima y útil escuela jurídica como la del Análisis Económico del Derecho.-

2.- El segundo aspecto que juzgo de interés destacar, concierne al punto 8 de los mencionados considerandos, señalando que la interpretación que se propicia no sólo concuerda con los precedentes del derecho comparado reseñados por el señor juez Heredia en cuanto a la declaración de oficio de la incompetencia territorial con fundamento en lo dispuesto por el art. 36 de la Ley de Defensa del Consumidor, sino también con el Proyecto de Ley ingresado bajo el número S-1322/10 el 13.5.2010 en el Honorable Senado de la Nación, en cuanto propone sustituir el actual párrafo tercero del art. 4to. del c.p.c. por el siguiente "...En los asuntos exclusivamente patrimoniales no procederá la declaración de incompetencia de oficio, fundada en razón del territorio, excepto cuando medie una relación de consumo en los términos de la ley de Defensa del Consumidor".-

I. H.- El señor juez Juan Manuel Ojea Quintana adhiere al voto formulado por el señor juez Rafael F. Barreiro.-

II. A las dos preguntas formuladas, los señoras jueces María Elsa Uzal, Matilde E. Ballerini, Ana I. Piaggi y María Lilia Gómez Alonso de Díaz Cordero responden de modo negativo; el doctor Gerardo G. Vassallo responde a la primera cuestión de modo negativo considerando abstracto expedirse sobre la segunda cuestión propuesta en la presente convocatoria. Todo ello, por los fundamentos de los votos que se exponen a continuación:

II. A.- Fundamentos de las doctoras María Elsa Uzal, Matilde E. Ballerini, Ana I. Piaggi, María Lilia Gómez Alonso de Díaz Cordero y Gerardo G. Vassallo, este último, con los alcances establecidos en su ampliación de fundamentos

1. Existe discordancia entre algunas de las Salas que integran este Tribunal de Alzada en lo atinente a la pertinencia de declarar de oficio la incompetencia en razón del territorio en las ejecuciones de títulos cambiarios -dirigidas contra deudores residentes fuera de la jurisdicción del tribunal-. Frente a ello, la Sala C de esta Cámara solicitó, en ejercicio de la facultad conferida por el art. 302 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, la presente convocatoria a plenario.-

Así, con el objeto de zanjar la apuntada divergencia de soluciones y de establecer un criterio unívoco obligatoriamente aplicable para todos los jueces que componen el fuero (art. 303 del Código Procesal), esta Cámara, admitió, mediante Acuerdo del 30 de septiembre del 2009, punto V, la "autoconvocatoria" a reunión plenaria.-

2. La cuestión a resolver por el Tribunal en pleno, ha sido formulada en los siguientes términos: "En las ejecuciones de títulos cambiarios dirigidas contra deudores residentes fuera de la jurisdicción del tribunal: 1. ¿Cabe inferir de la sola calidad de las partes que subyace una relación de consumo en los términos previstos en la ley N° 24.240 de Defensa del Consumidor, prescindiendo de la naturaleza cambiaria del título en ejecución? 2. En caso afirmativo: ¿Corresponde declarar de oficio la incompetencia territorial del tribunal con fundamento en lo dispuesto en el art. 36 de la Ley de Defensa del Consumidor?"

3. Adelantamos nuestra respuesta a la primera cuestión propuesta: en las ejecuciones de títulos cambiarios, la sola calidad de las partes no autoriza a presumir que subyace una relación de consumo en los términos previstos en la ley N° 24.240 de Defensa del Consumidor.-

Expondremos a continuación los motivos que sustentan nuestra posición:

A fin de dar adecuada respuesta a la cuestión aquí planteada, se recuerda que se trata en la especie de la ejecución de un título de crédito y que en ese documento hay una declaración de voluntad constitutiva: el derecho contenido en el título se constituye con el mismo, nace con él y viene dentro de él (Yadarola, Mauricio L., "¿La letra de cambio es un contrato?", en Boletín de la Facultad de Derecho de la Universidad de Córdoba, N° 4, año 1941). De allí, entonces, que algunos de sus caracteres esenciales estén conformados por la literalidad, autonomía y la abstracción propios de los instrumentos negociables, cuyas obligaciones nacen derivadas, precisamente, de esa naturaleza.-

Resulta insoslayable recordar que la literalidad, común a todos los títulos circulatorios, implica que el contenido, extensión, modalidades de ejercicio y todo otro posible elemento principal o accesorio del derecho cartular son únicamente los que resultan de los términos en que está redactado el instrumento. Dicho de otro modo, el derecho que lleva el título es literal pues su contenido y medida están determinados por el tenor del mismo (véase: Vivante, César, "Tratado de Derecho Mercantil", Editorial Reus, Madrid, t. III, pág. 136).-

En efecto, tal literalidad impide al acreedor invocar derechos y al deudor oponer excepciones al poseedor que no estén contenidos, exclusivamente, en el texto del documento, pues al ser la promesa contenida en el título de crédito una promesa literal, queda vedada toda posibilidad para el deudor de acudir a otros elementos que sean extraños al instrumento o que, al menos, no estén expresamente indicados en él.-

En esta línea de pensamiento se ha expresado también, que los derechos y obligaciones que surgen de los títulos de crédito han sido regulados en el sistema cartular de tal modo que cualquier modificación, disminución o mutación de ellos sólo puede resultar de los términos textuales del cartulario y en tanto esa relación obligacional debe, por fuerza, ser formalmente expresada queda relegada toda posibilidad de valerse, en ese ámbito específico, de otros instrumentos o documentos que puedan contener derechos u obligaciones fuera del título mismo (véase: Gómez Leo, Osvaldo R., "Instituciones de Derecho Cambiario. Títulos de crédito", Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1982, t. I, págs. 110 y 111).-

Es que el principio de literalidad implica que los derechos del poseedor del instrumento se rigen en lo que respecta a su cuantía, modalidades o eficacia, por el tenor del título y nada que no esté allí expresado o relacionado puede serle opuesto al poseedor para alterar, disminuir o, de cualquier modo, modificar su derecho. Adviértase entonces que el carácter referenciado, cuyo alcance primigenio apunta a destacar la irrelevancia de convenciones extrañas a las expresiones vertidas en el instrumento cartular. Aunque ello no impide que, en determinados casos, el documento esté relacionado con elementos, también documentales, externos al propio título, pero a los que éste remite.-

En tal caso, será la referencia a la relación causal en el texto del título la que fijará los límites dentro de los cuales ésta podrá influir sobre la relación cartular. Por ello, los elementos extradocumentales únicamente valen en cuanto en el título se haga mención de ellos y en los límites de esa mención (véase: Gualtieri-Winitzky, "Títulos Circulatorios", Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1984, pág.85).-

Por su lado, el carácter autónomo del derecho cartáreo contenido en un título de crédito importa que cada sucesivo titular adquiere un derecho originario, no derivado de su antecesor, pues el derecho emana del documento y no del "tradens".-

Cambiariamente, cada poseedor adquiere ex novo el derecho incorporado al documento originariamente y, por ende, cada adquisición aparece desvinculada de las relaciones existentes entre el deudor y los poseedores anteriores.-

En razón de la autonomía, para el tercero de buena fe es jurídicamente irrelevante cuál fue el origen de la obligación incorporada literalmente al documento y éste, en manos del tercero adquirente, constituye el título idóneo para exigir el cumplimiento de la prestación prometida, con prescindencia de los derechos que los anteriores poseedores tuvieron contra el deudor.-

En síntesis, la autonomía implica que el derecho documental, en cuanto corresponde al portador sólo por efecto de su relación jurídica con el documento, independientemente de las relaciones que puedan haber existido con los portadores precedentes, constituye un derecho originario y no derivado y, por ende, inmune a las excepciones oponibles a los portadores precedentes (conf. Williams, Jorge Nicanor, "Títulos de crédito", Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1981, pág. 235).-

Finalmente, la atribución patrimonial también es abstracta, es decir, desvinculada de la relación causal originaria que motivó la creación o circulación del título. En consecuencia, éste no representa una deuda antigua o un documento que reemplaza otro nexa originario, sino que contiene una obligación nueva y autónoma (Cámara, Héctor, "Letra de cambio y Vale o Pagaré", Ediar, Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires, 1970, t. I, pág. 202).-

La abstracción es un concepto jurídico en virtud del cual la ley se limita a prescindir de la causa del título, con miras a lograr una mayor celeridad y seguridad en la circulación (Quintana Ferreyra, Francisco "El problema de la causa en los títulos de crédito y en particular en la letra de cambio" en "Cuaderno del Instituto de Derecho Comercial", Imprenta de la Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 1960, N° 1, pág. 36).-

Esa desvinculación respecto de la relación causal facilita y asegura la adquisición y transmisión del documento abstracto –y del derecho a él incorporado–, con el fin de evitar que su causa entorpezca el ejercicio de los derechos emergentes del título.-

4. Es en virtud de las apuntadas características de los títulos de crédito que nuestra tradición legislativa, doctrinaria y jurisprudencial ha consagrado, como principio básico en la materia, la inoponibilidad en la ejecución cambiaria de las cuestiones extracartulares, es decir, aquéllas que no resultan del título mismo, las que sólo podrían ser ventiladas en un proceso de conocimiento con amplitud de prueba. Y ello no sólo respecto de los terceros tenedores sino también cuando se enfrentan el beneficiario con el librador de la letra o suscriptor del pagaré (Fernández, Raymundo L, "Ejecución Cambiaria", LL, 1970, t° 139, pág. 945).-

Ergo, el proceso de ejecución tiene un trámite rápido porque ello resulta esencial a fin de asegurar la eficacia de los documentos comerciales, en consecuencia, la introducción de cuestiones relativas a la causa de la obligación conduciría, indirectamente, al deterioro de institutos que comprometen la seguridad del tráfico jurídico.-

No parece un tema menor poner en evidencia la importancia del aspecto circulatorio en los negocios cambiarios pues, en definitiva, la oponibilidad, o no, de excepciones causales frente a una acción cambiaria ejecutiva es cuestión decisiva para la seguridad del tráfico mercantil de estos títulos-valores (véase: Ascarelli, T., "L'astratezza nei titoli di credito", Riv. de Dir. Com., año 1932, citado en Bonfanti, Mario- Garrone José Alberto, "De los Títulos de Crédito", Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1982, pág. 561).-

Tampoco debe perderse de vista que existe una separación neta entre el derecho cartular y el derecho común; el título, creado por las necesidades de las transacciones económicas, reconocido y regulado por el legislador, está sujeto a un régimen especial: el derecho cambiario, completamente distinto de las normas comunes y tradicionales del derecho civil y comercial y pretender traspolar situaciones y aplicar al título referido las normas y principios jurídicos concebidos para otras instituciones lleva a adoptar soluciones reñidas con la práctica y las necesidades del comercio.-

Precisamente, la ley cambiaria sólo se ocupa, como es lógico, del régimen cambiario y de los derechos y obligaciones que resultan del título; todo lo que es anterior al mismo es ajeno al régimen: el negocio fundamental y el acuerdo de voluntades que determinaron la creación y entrega del documento son cuestiones extracambiaras y, por lo tanto, no pueden traerse a colación en la ejecución basada en un título de esta naturaleza (Véase: Fernández Raymundo L., ob. cit. supra).-

Así pues, todas las defensas fundadas en el negocio subyacente, en virtud del cual el deudor entregó el título al acreedor, son ajenas al régimen cambiario y quedan excluidas de la acción ejecutiva basada en él, siendo oponibles, únicamente, en el juicio ordinario posterior al ejecutivo o en la acción causal, en los que caben todas las defensas del deudor.-

Asimismo, el intérprete cambiario no podría soslayar que, en tanto no se ha regulado en detalle el proceso de ejecución de títulos cambiarios, el mismo ha quedado librado a la ley procesal, la que, lejos de contrariar su régimen, lo secunda, pues sus disposiciones conservan la eficacia de tales documentos sin afectar la defensa del deudor. En este marco, la "ordinarización" de la ejecución de estos documentos importa, necesariamente, desnaturalizar por completo el régimen cambiario, cuyas normas tienden a simplificar y abreviar trámites para hacer efectivo, tanto privada como judicialmente, el derecho del tenedor, permitiéndole un rápido cobro.-

Es por demás evidente que la acción cambiaria ejecutiva, regida por el art. 60 y ctes. del Decreto-Ley 5965/63, sólo admite un marco reducido de defensas extrañas a la relación causal subyacente que dio origen a la emisión del título y que se basan en el título mismo.-

En síntesis, resulta indudable que la admisión de defensas causales en el contexto de estos procesos, conspira contra la abstracción y literalidad que son los pilares en los que asienta la doctrina cambiaria, ya que el cobro mediante juicio ejecutivo no es otra cosa que la herramienta que el legislador brinda al poseedor del título para una segura y rápida realización de su acreencia.-

5. Sentado lo expuesto, estimamos que cabe sin más dar respuesta negativa a la primera cuestión propuesta a este Acuerdo Plenario.-

De este modo, es claro que para concluir en que en la ejecución de un título cambiario, se está ante una relación de consumo resulta, *conditio sine qua non*, acceder a la causa determinante del libramiento del documento, saltando por sobre su naturaleza. Es que, establecer la existencia de una relación de consumo en el contexto apuntado, como circunstancia determinante para que se torne aplicable la Ley de Defensa del Consumidor, implica de modo insoslayable ahondar en la relación causal subyacente, en el negocio que le dio origen, lo que resulta totalmente ajeno a la naturaleza del título de que se trata y a la acción cambiaria promovida, es más, está vedado por ellos.-

Por ende, al habilitarse por obra de meras inferencias presuntivas la atención de relaciones causales en el marco de ejecuciones de títulos cambiarios, se violentarían gravemente principios elementales de derecho cambiario y del ordenamiento ritual y, so pretexto de la sola invocación del derecho del consumidor, se tendería a constituir una especie de "superderecho" al margen de las relaciones económicas, posponiendo las estructuras jurídicas que gobiernan el derecho privado en sus diversas ramas -contratos, títulos de crédito, seguros, etc.- con la sola y alegada presunción de abusos y desmesuras. Debe recordarse que las normas del derecho privado ya contemplan correctivos para mantener el equilibrio de cada una de esas instituciones y no admiten, sin más, un ejercicio a ciegas de ciertas inferencias.-

No obstante, aunque las relaciones de consumo no parecerían necesitar, en principio, de un derecho especial al margen de las previsiones civiles o comerciales propias del contrato de compraventa, o de la prestación o servicio de que se trate, han evidenciado, sin embargo, un dispar poder negociador efectivo, como consecuencia de la incidencia del desigual poder económico, en términos reales, entre proveedores y consumidores. Así es que este fenómeno social, ha conducido a la generación de una nueva categoría de relaciones jurídicas dentro de las cuales emerge como caracterizante el elemento personal, dado por la existencia de un sujeto vulnerable -el consumidor- como parte típicamente débil en la relación negocial y cuya protección resulta justificada, en la medida en que se convierte en el objetivo final y funcional de ese *ius mercatorum* especial, al que se denomina derecho del consumidor.-

Pese a lo expresado, no cabe ignorar las estructuras jurídicas que gobiernan el derecho cambiario recurriendo a meras inferencias derivadas de la calidad de las partes involucradas, pues al atribuir ligeramente a relaciones que no resultan debidamente configuradas como de consumo el carácter de tales, aplicando indiscriminadamente a éstas últimas la alegada "protección del consumidor", lejos de favorecer, puede llegarse incluso a perjudicar a aquellos a quienes se intenta proteger, interfiriendo severamente, si se piensa en el juego de las relaciones macroeconómicas, en la circulación del crédito y en la actividad financiera y bancaria, sin que se advierta en ello un auténtico interés de orden público involucrado. En efecto, no podría soslayarse al concluir de este modo que se encuentran en juego los intereses tutelados por la disciplina cambiaria, con grave afectación de la seguridad, que es consustancial al tráfico mercantil.-

Ahora bien, casi innecesario es aclarar que no puede dudarse respecto de la aplicabilidad de la Ley de Defensa del Consumidor, en tanto norma coactiva de orden público interno (art. 65), a aquellos supuestos en los cuales se encuentran configurados los requisitos legales. Así, cuando el título de crédito en ejecución contiene elementos explícitos sobre aspectos causales de la operatoria habida entre las partes y queda evidenciada una relación jurídica que tiene como causa-fin el consumo, en tanto la configuración de la relación de consumo aparece manifiesta, la mencionada ley devendrá aplicable inexorablemente.-

En esta línea, al expresar el art. 36 LDC la regla improrrogable de atribución de competencia en favor de los Tribunales correspondientes al domicilio real del consumidor, entendemos se refiere a los litigios relativos a los contratos regulados por dicho artículo, es decir, a los conflictos suscitados en ocasión de "operaciones financieras para consumo" y "de crédito para consumo".-

En mérito a lo expuesto, es evidente que el marco de aplicación del aludido art. 36 exorbita el ámbito de conocimiento de las ejecuciones de títulos cambiarios, en tanto dicha regulación se halla prevista para cuestiones en las que sea debatida la debida configuración de una relación de consumo entendida como las adquisiciones de cosas, bienes o servicios para uso personal o familiar, que tienen por destino una utilización que agota la circulación de la prestación objeto de la adquisición, al respecto el propio art. 36 en su apartado a) exige que en los instrumentos propios de estas relaciones se describa el bien o servicio objeto de la compra o contratación, para los casos de bienes o servicios. Es claro pues, que el objeto de la ley apunta "bajo pena de nulidad" sólo a las precisas relaciones determinadas, en el marco de situaciones fácticas delimitadas.-

6. Encontramos aún, un último argumento para dar respuesta negativa a la primera cuestión que ha sido propuesta a esta

convocatoria.-

Es que, aún si no se atendiese a que cualquier inferencia presuntiva respecto de la causa de la obligación que subyace a un título cambiario abstracto objeto de ejecución está vedada tanto por la propia naturaleza del documento como por la del juicio ejecutivo, tampoco podría derivarse ab initio de la sola calidad de las partes (de un lado, entidad financiera o bancaria y, del otro, persona física) la existencia de una relación de consumo que encuadre en la caracterización del art. 1°.-

En efecto, si bien la empresa prestadora de un servicio financiero desarrollado de manera profesional encuadra indudablemente dentro del concepto de "proveedor" a que alude el art. 2° de ley citada, no siempre el cliente de esa operación financiera es el destinatario final de la prestación efectuada, por lo que no necesariamente encuadra en el concepto que de "consumidor" brinda el art. 2° de la mencionada normativa.-

La aplicabilidad de la LDC está supeditada a que se configure alguno de los supuestos de hecho previstos en los arts. 1° y 2°; ésto es, en la medida en que el bien o servicio haya sido adquirido o utilizado por su destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Y, por oposición, quedará excluida la aplicación de la norma a aquellos supuestos en que los bienes sean adquiridos o los servicios prestados para integrarlos en un proceso de producción, transformación o comercialización.-

Bastan las precedentes consideraciones para fundar nuestra respuesta negativa a la primera cuestión propuesta en esta convocatoria a plenario.-

7. En rigor, por los propios términos de la formulación del temario que suscita esta reunión del Tribunal en pleno, la respuesta desaprobatoria a la primera cuestión propuesta no requeriría de más consideraciones.-

Es que, en mérito de lo expuesto y toda vez que hemos afirmado que no corresponde, por obra de meras inferencias presuntivas, atender en el proceso ejecutivo a elementos extracambiaros, es evidente que también exorbita el ámbito de conocimiento de esos procesos lo relativo al marco de aplicación de la pauta de atribución de jurisdicción establecida en el art. 36 de la LDC.-

Sin embargo, consideramos necesario señalar brevemente algunos aspectos que, en nuestro entender, brindarán acabada noción de las implicancias que acarrearía dar respuesta afirmativa a la cuestión relativa a la pertinencia de declarar de oficio la incompetencia territorial del tribunal en las ejecuciones de títulos cambiarios dirigidas contra deudores residentes en extraña jurisdicción.-

Ha de observarse, en primer lugar, que en la atribución de la jurisdicción directa, ésto es, la jurisdicción de los Tribunales del propio Estado, la distribución de la potestad de juzgar entre los distintos órganos se lleva a cabo mediante la aplicación de diversos criterios. Así, mientras el criterio objetivo tiene en cuenta la naturaleza jurídica de las cuestiones debatidas en el proceso, el criterio territorial atiende a los problemas emergentes de la extensión geográfica del territorio y procura solucionarlos a través de reglas que dividen a éste en distintas circunscripciones judiciales y se asigna el conocimiento de los asuntos al órgano más próximo al lugar en que se encuentra ubicado alguno de los elementos más significativos de la pretensión que constituye el objeto del proceso. Ahora bien, por su lado, las reglas atributivas de competencia por razón de la materia propenden, fundamentalmente, a asegurar la eficiencia de la administración de justicia y se basan en consideraciones de índole general, mientras que, desde otro sesgo, las reglas que fijan la competencia en razón del territorio atienden, ante todo, a facilitar la actuación procesal de las partes y se hallan establecidas, por ende, en el presunto interés individual de éstas (Palacio, Lino Enrique, "Derecho Procesal Civil", Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, t° II, pág. 367 y ss.).-

Despréndese de lo expuesto que, como solución legal, si se halla afectada la competencia en razón de la materia, el órgano judicial se encuentra habilitado para desestimar in limine la petición que no se ajuste a ella con prescindencia de cualquier manifestación de las partes o de los peticionarios, incluso, formulada de común acuerdo. Es que la competencia derivada del criterio objetivo y funcional reviste carácter improrrogable, es decir, que la incompetencia del órgano judicial en el supuesto de ser requerido para satisfacer una pretensión cuyo conocimiento no le ha sido asignado por razón de la materia es absoluta y de orden público.-

De otro lado sin embargo, la competencia territorial se sujeta a diferentes reglas y, conforme a ellas, por aplicación de lo dispuesto por el art. 1°, primera parte, del CPCC, la jurisdicción territorial, en cuestiones de índole patrimonial, es esencialmente prorrogable por conformidad de los interesados. Así las cosas, constituye un principio indisputable que la competencia territorial, en cuanto comprende pretensiones de interés privado de orden patrimonial, es prorrogable por voluntad de los litigantes y que el convenio de prórroga expresa se configura cuando, en el acuerdo de voluntades que enlaza a las partes, existe un "pacto de foro prorrogando" mediante el cual las partes someten a la decisión de los órganos de determinada jurisdicción toda cuestión que se suscite a raíz del mismo (CNCom., Sala A, 05.02.08, "Salvarezza Migual Angel c. Paez Feliz Rubén y Otro s. Medida Precautoria"; íd., 11.03.08, "Banco de la Ciudad de Buenos Aires c. Montalvan Alfredo Antonio y Otros s. Ordinario"; íd., Sala B, 8/11/02, "Banco de Italia y Río de la Plata SA c/Banco Pan de Azúcar SA s/diligencia preliminar"; íd., 27.8.09, "HSBC Bank Argentina S.A. c/Domínguez, Juan Federico s/ejecutivo", entre muchos otros).-

En el reconocimiento de esta facultad a las partes también se encuentran involucrados principios de orden público que informan nuestro ordenamiento jurídico, derivados del art. 1.197 y cc. CCiv. y es por ello, precisamente, que nuestro ordenamiento procesal consagra de modo dirimente, como principio, que los jueces tienen vedado declarar de oficio la

incompetencia territorial y así lo dispone, expresamente, el art. 4 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.-

En el supuesto que nos ocupa, cuando se trata de una acción cambiaria ejecutiva regida por el art. 60 y cctes. del Decreto-ley 5965/63 -en tanto acción personal- por expresa atribución legal, corresponde su conocimiento al Tribunal del lugar convenido para el pago, expresa o implícitamente establecido (art. 5, inc. 3° CPCC y arts. 1°, inc. 5°; 2°, tercera parte-, 101, inc. 4° y 102 in fine, Decreto-Ley 5965/63), lo cual resulta concordante con lo establecido por los arts. 101 y 102 CCiv.-

En suma, como principio, los jueces del lugar de cumplimiento de la obligación -forum solutionis- cualquiera fuere el domicilio real del obligado o de los deudores perseguidos -forum domicilii- son competentes para conocer en las ejecuciones de títulos cambiarios. Esta solución halla su fundamento en la necesidad de establecer un lugar determinado para el cumplimiento voluntario de la prestación por el deudor principal, considerándola extensiva al cumplimiento forzado por vía judicial. Es así que se ha dicho que el juez del lugar de cumplimiento es el único que puede satisfacer al acreedor exactamente en la forma prometida (véase: Cámara, Héctor, ob. cit., t. III, págs. 286/288).-

En este marco procesal, el domicilio del demandado en extraña jurisdicción no es el foro principal y sólo podría ser admitido como foro concurrente alternativo por voluntad del actor, en los términos del art. 5, inc. 3°, CPCC. No siendo ese el caso, tampoco puede predicarse, sin adentrarse en el fondo de la causa, sobre la existencia de una prórroga en su perjuicio por abuso de posicionamiento dominante, máxime si el juez interviniente es el órgano legalmente competente, por ser aquél del lugar del cumplimiento de la obligación.-

8. Finalmente, la conclusión de que la declaración de oficio de la incompetencia por razón del territorio en las ejecuciones de títulos de naturaleza cambiaria, fundada en que se hallan dirigidas contra deudores residentes fuera de la jurisdicción del tribunal, contraviene claramente la regla procesal que veda la declaración oficiosa de incompetencia por el territorio en asuntos exclusivamente patrimoniales (art. 4 CPCC) se ve corroborada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sentada in re Comp. 231. XLVI. "Compañía Financiera Argentina S.A. c/ Toledo, Cristian Alberto s/cobro ejecutivo", sentencia del 24 de agosto de 2010. Allí se dijo, con remisión al dictamen del Procurador General de la Nación, que esa facultad está restringida en forma expresa por el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y que "...por aplicación de lo establecido en el artículo 4°, tercer párrafo, del mencionado código de rito, el juez no puede declarar de oficio su incompetencia en asuntos exclusivamente patrimoniales cuando ella se funda en razón del territorio, pues ella puede ser prorrogada por las partes (conf. artículo 1°, segundo párrafo)...". Asimismo se expresó que, a la luz de una interpretación armónica de los arts. 1°, segundo párrafo y 4°, tercer párrafo, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, cuando el objeto del juicio es de índole exclusivamente patrimonial, "...la incompetencia decretada de oficio por el magistrado nacional, es improcedente..."-.

Corresponde señalar, para una más clara comprensión del tema que al expedirse el Procurador General, el 27.11.09, en autos Comp. 623. XLV. "Compañía Financiera Argentina S.A. c/ Monzón, Mariela Claudia s/ejecutivo", adentrándose en la relación que vinculaba a las partes en una ejecución, calificándola como "de consumo", lo hizo en el marco de una inhibitoria promovida por la demandada, donde se penetró en la naturaleza del contrato; caso manifiestamente ajeno al presupuesto de la declaración de incompetencia de oficio que es materia de este plenario, extremo que se dejó expresamente consignado, señalando la diferencia, en el mentado dictamen producido por ese Ministerio in re Comp. 231. XLVI. "Compañía Financiera Argentina S.A. c/ Toledo, Cristian Alberto s/cobro ejecutivo".-

9. Por todo ello, votamos por la negativa.-

II. B.- El señor juez Gerardo G. Vassallo agrega:

(i). Por los fundamentos desarrollados en el voto precedente, en cuya elaboración he intervenido junto con mis colegas, respondo negativamente al primer interrogante de los dos propuestos al Cuerpo en esta autoconvocatoria.-

Ello no importa, bien que como principio general y por lo que diré en circunstancias harto excepcionales, entender inaplicable el derecho del consumidor a los títulos de crédito. Pero ello sólo puede ocurrir de darse una situación infrecuente: que el documento refleje la "relación fundamental" que dio causa al negocio subyacente o que el portador de la cambial revele en su escrito de demanda tal extremo.-

Pero lo que descarto absolutamente es que por la sola calidad de las partes pueda inferirse, sin más, una relación de consumo.-

Definida esta respuesta, primera del doble interrogante propuesto, entiendo innecesario pronunciarme respecto de la segunda.-

Es que desechada la premisa inicial, la restante cuestión, de naturaleza procesal, se vuelve de abstracto tratamiento.-

Aclarado ello debo señalar que aún cuando los fundamentos desarrollados en el voto que comparto con mis distinguidas colegas las Doctoras María L. Gómez Alonso de Díaz Cordero, María Elsa Uzal, Matilde Ballerini y Ana I. Piaggi, son suficientes para abonar técnicamente la respuesta que he adelantado, siento necesario referirme sobre ciertos aspectos,

en algún caso coyunturales, que colaboran a mi juicio con la solución ya expresada.-

(ii). Comparto con muchos de mis colegas, tal vez con la totalidad de los señores Jueces de este Tribunal, que la nueva redacción que la ley 26.361 otorgó al artículo 36 de la ley 24.240, (en particular su último párrafo), constituye un avance trascendente en pos de allanar el acceso a la Justicia del ciudadano, prerrogativa esencial en un Estado de Derecho.-

Pero no debe olvidarse, como presupuesto de todo análisis ulterior, que tal regla se enmarca en una ley que específicamente se dirige a la protección de los consumidores; sujeto tradicionalmente postergado y particularmente vulnerable frente a la contratación, habitualmente en masa, que propician las empresas proveedoras, que en tal situación imponen las condiciones de contratación, frente a lo cual el usuario sólo puede adherir o rechazar esa oferta (CN 42; SCBA, 1.9.2010, "Cuevas, Eduardo A. c/ Salcedo, Alejandro R., LL 14.9.2010).-

Por tanto cabrá determinar, como insumo necesario para luego decidir la concreta aplicabilidad de la regla establecida en el último párrafo del artículo 36 (redacción ley 26.361) al supuesto de obligaciones cambiarias, si esta última encubre una relación de consumo.-

Es que sólo en este último caso resulta de aplicación el sistema consumeril.-

A su vez, y a la luz de la cuestión planteada, deberá definirse si tal conclusión puede ser derivada de la "...sola calidad de las partes..." que intervienen en tal relación cambiaria.-

A. En breve explicación diré que el artículo primero de la ley 24.240, en su redacción original, definió como usuario o consumidor a "...las personas físicas o jurídicas que contratan a título oneroso para su consumo final o beneficio propio o de su grupo familiar o social..."-.

Este concepto genérico fue luego acotado a los específicos negocios que detalló en el párrafo siguiente.-

La reforma de la ley de Defensa del Consumidor dispuesta por la ley 26.361 amplió el concepto de "usuario o consumidor" al considerar como tal "...a toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social..."-.

Como complemento de la definición anterior, derogó el segundo párrafo del artículo 2 original que restringía el concepto en tanto descartaba tal calidad a "...quienes adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios para integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros..."-.

La actual redacción orienta nítidamente tanto el concepto de consumidor como el de usuario a su calidad de destinatario final del bien adquirido o el servicio recibido. Pauta que también es utilizada por el Código Brasileño de Defensa del Consumidor, que en su artículo segundo dispone que "Consumidor es toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza productos o servicios como destinatario final"-.-

Resulta objetivamente claro entonces, que tanto las personas físicas como las jurídicas pueden ser calificadas como consumidores. Así ha sido precisado por la ley, tanto en su actual redacción como en la anterior.-

Pero para que tal calidad pueda ser otorgada en los hechos, tanto el texto original de la norma como su redacción actual requiere, como lo he dicho, que sea la persona física como la jurídica, adquiera o utilice "...bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social..."-.

Esta exigencia importaba (e importa), encuadrar como "consumidor" a la persona física que adquiera un producto o contrate específicos servicios con destino a un uso esencialmente privado; mientras que en el caso de las personas jurídicas, el acto podría ser interpretado como de consumo cuando los bienes o los servicios adquiridos no se relacionen de manera específica con el ciclo productivo o, dicho de otro modo, con su particular competencia profesional (Hernández C., La noción de consumidor y su proyección sobre la legitimación para accionar, página 264, en Consumidores, Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2009-I).-

Los conceptos transcriptos, que fueron desarrollados por el autor en vigencia de la ley 24.240 en su redacción original, permanecen incólumes luego del dictado de la ley 26.361. En este sentido ha dicho que "...la fórmula legal conserva el criterio amplio de considerar como consumidores a las personas físicas y a las jurídicas, en la medida que actúen fuera del ámbito de su actividad profesional, que en el caso de las últimas supone obrar fuera de su objeto social o giro comercial específico (Hernández C., obra citada, página 269).-

Va de suyo que tal precisión, o con mayor propiedad, tal rasgo distintivo que excluye a la persona jurídica de la categoría de consumidor (el uso profesional del bien o servicio), provocó un debate sobre sus límites, los cuales aparecen más concretos al referirnos a personas físicas (Picasso S. y Vázquez Ferreyra R., Ley de Defensa del Consumidor – Comentada y Anotada, T. I, página 32). Es que resulta más sencillo identificar el uso personal o doméstico del bien o servicio en una determinada persona física; mientras que para identificarlo en la persona jurídica es necesario conocer previamente su giro comercial o profesional para luego definir si la prestación tuvo por destino final a la empresa y si fue incorporado a su giro comercial o profesional, o a una función ajena a su objeto.-

B. Como fue dicho en el voto que comparto con mis distinguidas colegas, el sistema cambiario tiene una particular

regulación que ha sido construida a través de los años, teniendo en mira la función económica de estas cartulares.-

Es que utilidad y enorme influencia en la vida económica reposa en su aptitud para movilizar el crédito; finalidad que sólo puede ser cumplida bajo las garantías de certeza en su existencia y seguridad de su realización (Yadarola, M., Títulos de crédito, página 10). Recuérdese que el germen de este derecho lo constituyó el peligro que representaba a los comerciantes el transporte de la moneda entre diversas plazas y que, en algunos casos, los signos monetarios de un país no tenían fácil curso en otros (Muñoz, L., Títulos Valores Crediticios, página 16; Cámara, H., Letra de Cambio y Vale o Pagaré, T. I., páginas 14/15), lo cual los llevó a crear ciertos instrumentos que constituían virtuales sustitutos del dinero.-

En esta línea, Cesare Vivante, quien inició la tarea de generalizar y sistematizar este instituto, expuso una teoría general de los títulos de crédito que sustentó en lo esencial, en el carácter autónomo del derecho que ellos transfieren a cada sucesivo adquirente y cuyo carácter resulta de la estructura del mismo documento, es decir de sus elementos constitutivos: forma, posesión del documento y literalidad (Yadarola M., obra citada, página 10/11).-

No explicaré cada una de los elementos constitutivos de los títulos de crédito pues amén de ser referidos en el voto principal, prolongaría innecesariamente este discurso complementario.-

Pero destacaré, nuevamente apoyándome en Yadarola, que dada su utilidad de hacer circular el crédito, al emitir estos documentos, "...una relación estrictamente personal como es la que se establece entre deudor y acreedor se despersonaliza, atenúa su carácter de vínculo personal para transformarse en una relación objetivada en un rectángulo de papel y así entra en la circulación económica con la misma eficacia circulatoria que las cosas muebles, pero con mayor seguridad jurídica, desvinculando a cada acreedor-poseedor del título, de las relaciones que los anteriores acreedores tuvieron con el deudor; y asegurando la legitimidad de una adquisición a non domino aun si el título hubiera sido robado o perdido" (Yadarola, M., obra citada, páginas 12/13).-

Como describe la doctrina clásica, la materia cambiaria se orientó hacia la progresiva objetivación en la concepción del derecho que, expresado en el título de crédito, es objeto de circulación; la consiguiente aproximación a las reglas que disciplinan la circulación de las cosas muebles, y por este camino la conquista del principio de autonomía del tercero adquirente y de su invulnerabilidad a las excepciones (Ascarelli, Tullio, Panorama del Derecho Comercial, página 70, Ed. Depalma 1949).-

Los principios de literalidad y autonomía permiten que quien adquiere un título de crédito en el curso de su circulación, tenga la certeza que el derecho que allí se encuentra incorporado es el estrictamente descrito en el documento, sin que puedan serle opuestas defensas que se podrían hacer valer respecto de otros obligados cambiarios, en tanto tratarse de un derecho originario y no derivado. Esto último otorga, a su vez, seguridad al portador legitimado respecto del ejercicio de tal derecho.-

A ello se suma, cuanto menos en el título esgrimido en los numerosos pleitos que han provocado esta autoconvocatoria (pagaré), el principio de la abstracción en tanto la obligación cambiaria existe desvinculada a su causa, entendida esta última como relación fundamental o negocio subyacente.-

Un eventual vínculo explícito entre el negocio y la emisión del pagaré perjudicaría el cumplimiento de su finalidad, pues obligaría a trasparentar aquella causa en el título, lo cual posiblemente necesitaría de instrumentos complementarios, y abriría un eventual debate sobre cuestiones atinentes a la operación subyacente alejándolos de las discusiones eminentemente formales que habilita hoy la legislación específica.-

Por el contrario, la normativa vigente se enmarca en la triple perspectiva que deriva del concepto de rigor cambiario.-

Ello en cuanto: 1) a sus formas pues la ley le exige estrictas precisiones documentales a que se halla sujeta la letra de cambio, como también el pagaré, para ser considerada tal, así como los requisitos extrínsecos, que a la luz de los artículos 1 y 101 del decreto ley 5965/63, tienen carácter constitutivo (arg. Artículo 2 de igual norma); 2) el rigor cambiario sustancial, que el sistema establece respecto de cómo puede exigirse el derecho subjetivo (cambiario) contenido en la letra, y los deberes o cargas que, como correlato, debe cumplimentar su portador; 3) por último, como complemento necesario de lo anterior, el rigor procesal establecido para demandar en justicia el referido derecho subjetivo cambiario, mediante un procedimiento rápido y eficaz (juicio ejecutivo), el cual presenta una clara limitación en las defensas oponibles por parte de los sujetos pasivos que garantizan solidariamente el pago de la cambial (Gómez Leo, Osvaldo R., La Letra de Cambio y el Pagaré, página 107, Ed.: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1980).-

De allí que, para aplicar la norma que determina la competencia en la materia, debería verificarse que el título en ejecución encubra una relación de consumo. Reitero, calidad que debería ostentar la "relación fundamental", concepto eminentemente distinto al del derecho incorporado al documento cambiario.-

Malgrado esta decisiva diferencia, la abstracción como elemento o calidad determinante del título de crédito, complica claramente aquella identificación pues la causa no está reflejada en el documento.-

Y, conforme el rigor procesal que complementa el régimen específico del derecho cambiario, la acción ejecutiva que habitualmente constituye el cauce de la acción de cobro, impide indagar en los aspectos causales.-

C. La señora Fiscal de Cámara, en los dictámenes que suscribió a partir del caso "Compañía Financiera Argentina S.A. c/ Heredia, Rodolfo Martín s/ ejecutivo" (17.4.2009), ha sostenido que la obligación incumplida allí esgrimida, e instrumentada mediante un pagaré, deriva de una "...operación de crédito para el consumo...". Así lo afirmó al interpretar que de las constancias de la causa resultaba "manifiesto" el referido origen negocial.-

Ello por cuanto "La parte actora es una compañía financiera que viene a ejecutar un pagaré por \$ 22.257,95 contra una persona física que se desempeña como dependiente de la Gendarmería Nacional en Tartagal, Provincia de Salta, donde reside (ver fs. 9). Las circunstancias personales de las partes y las características de la operación de crédito instrumentada en el pagaré ejecutado ponen de manifiesto que nos hallamos ante una dación de crédito para el consumo en los términos del nuevo artículo 36 LDC. En efecto, de las constancias de autos surge que el demandado es destinatario final de la prestación de un crédito 'en beneficio propio o de su grupo familiar o social' lo que encuadra en la categorización de los artículos 1 y 36 LDC".-

La afirmación que acabo de transcribir es complementada con una cita de Farina, donde el autor sostiene que debe "presumirse" una relación de consumo en circunstancias análogas a las reseñadas por el Ministerio Público.-

En igual sentido se pronunció la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires al aceptar la aplicación de la regla prevista en el artículo 36 LDC frente a ejecuciones cambiarias, por concluir que el negocio subyacente constituía una relación de consumo pues, refiriendo a lo actuado por el Juzgado de Primera instancia quien al resolver de modo coincidente con lo que después autorizaría el Alto Tribunal, "...exteriorizó razones justificadas para resolver de ese modo, advirtiendo –con un criterio realista- la multiplicidad, por un lado, de procesos de idéntico tenor iniciados por la empresa Katefa S.A. (cedente), dedicada de modo profesional al préstamo de dinero para consumo, de conformidad con el objeto social y, por el otro, la circunstancia de que los demandados en autos son personas físicas destinatarias finales del crédito" (SCBA, 1.9.2010, "Cuevas, Eduardo A. c/ Salcedo, Alejandro R., LL 14.9.2010).-

Parecería entonces que los elementos comunes de ambos pronunciamientos y la doctrina citada, que los habría llevado a concluir que cierta obligación cambiaria instrumenta una operación de consumo, serían la confluencia de un prestamista profesional (entidad bancaria) como tomador y una persona individual como suscriptor del pagaré (en igual sentido CNCom Sala E, 26.8.2009, "Compañía Financiera Argentina S.A. c/ Castruccio, Juan Carlos"; íd CNCom Sala C, 9.6.2009, "GE. Compañía Financiera S.A. c/ Pizarro, Luís"; Zenter, Diego Hernán, La protección del consumidor en las operaciones de crédito, LL DJ 23.6.2010).-

Sin embargo, todos estos fallos y el trabajo citado, sostienen que los apuntados elementos le permiten presumir (el subrayado me pertenece), que se trataría de una operación de consumo, conclusión algo más prudente que la del Ministerio Público que, con iguales elementos, considera que tal negocio aparece "manifiesto".-

Pero en uno o en otro caso, tratase de una mera inferencia que, como fue dicho en el voto principal, no es suficiente para sortear la abstracción cambiaria, como la inaudibilidad procesal de excepciones causales en juicio ejecutivo, para concluir la aplicación de la ley de Defensa del Consumidor.-

Por el contrario, afecta de modo terminal al sistema cambiario al restarle la certeza y seguridad que exige el mercado para tomar al título de crédito como un elemento idóneo tanto para instrumentar una acreencia destinada a circular, como para contar con un elemento que garantiza al acreedor un rápido cobro.-

De abrirse esa caja de Pandora que representan las defensas causales en una acción cambiaria ejecutiva, no podrá garantizarse ni la circulación ni el sumario recupero del crédito, lo cual alejará a los actores del sistema financiero de esta herramienta varias veces centenaria, pero aún largamente vigente o, cuanto menos, los llevará a encarecer los mutuos por tener que prever mayores costos en eventuales ejecuciones.-

Es que admitir excepciones basadas en la relación fundamental, aunque más no fuera para determinar la competencia, "...desnaturaliza la finalidad económica de los documentos cambiarios, cuya literalidad y autonomía han sido establecidas no sólo para facilitar la circulación, sino para acordar al acreedor posibilidades de un cobro cierto y pronto a través del proceso ejecutivo" (TSJ Córdoba, Sala Civil y Comercial, 19.4.2004, "Kitroser Héctor c/ Dinia, César W.", LLC 2004, 901).-

No ignoro que, como sostuve al iniciar este voto complementario, el acceso a la Justicia constituye un valor que debe ser preservado en un estado de derecho. Y es evidente que la preservación de tal principio facilita al deudor su ingreso a un proceso judicial en tanto le evita incurrir en gastos que, muchas veces por el monto de las ejecuciones, tornaría inviable contratar un abogado para ser asistido.-

Pero este prioritario valor no debe ser amparado a cualquier costo. Tal como ocurre en el caso, pues una respuesta positiva a la cuestión planteada lesiona gravemente a un instituto de derecho como es el cambiario.-

Entiendo que la solución a este entuerto está en manos del legislador quien, por ejemplo, podría limitar la competencia en materia de acciones sustentadas en títulos de crédito, a los Tribunales con jurisdicción en el domicilio del deudor; u otorgar una solución específica para las operaciones de consumo que, como en otras legislaciones, vedan el uso de cambiales en esta materia (vgr. Ley francesa, 22/78, art. 25).-

O más sencillo aún, procurar que el Banco Central de la República Argentina, como lo ordena el mismo artículo 36 LDC, "adopte las medidas conducentes" (estimo algún tipo de reglamentación), para que sean cumplidas por las entidades financieras las exigencias que impone la norma. Quizás entre ellas podría disponerse que, en estos casos (créditos de consumo), se fije como radicación exclusiva y excluyente del eventual pleito, el que corresponda al domicilio del deudor.-

Resumiendo, comparto la opinión que, con suma claridad, ha desarrollado Junyent Bas en un artículo de reciente publicación al sostener que ambos institutos (el derecho del consumidor y los títulos de crédito) constituyen dos planos jurídicos diversos que no pueden confundirse.-

La relación de consumo se concreta mediante la negociación, habitualmente mediante contratos formularios o en masa, mediante los cuales el consumidor en forma explícita adquiere bienes o servicios para su consumo o el de su familia. Así la legislación consumeril se orienta a regular dichas relaciones negociales en pos de evitar la debilidad estructural del consumidor. En otro plano, en los títulos de crédito la eventual relación de consumo no se refleja directamente por la abstracción y autonomía que hacen a la esencia de la estructura cambiaria, en tanto incorporan el derecho personal al papel constituyendo 'el papel moneda de los comerciantes' (Junyent Bas, F., Los títulos de crédito y la relación de consumo, Revista de Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa, Año II, Número 1, página 81 y siguientes, Ed. La Ley).-

D. Amén de lo hasta aquí dicho, tanto en el voto principal como en este complementario o contribuyente del que califiqué como principal, en el punto que mereció mi adhesión, entiendo útil antes de concluir mi discurso, formular algunas disquisiciones sobre los riesgos que importa adoptar simples presunciones como modo de identificar las operaciones de consumo en instrumentos cambiarios.-

1. No puede asegurarse, con el simple argumento de ser el ejecutado el suscriptor del pagaré, que se trate del destinatario final de los fondos.-

Aún cuando admitiera que en buena parte de los casos podría así ocurrir, nada impide que el deudor aplique las sumas prestadas a alguna actividad productiva, lo cual alejaría el negocio financiero de la normativa específica atinente a los consumidores.-

Que se invoque que se trata de un "préstamo personal", con base en referir que el título indica un número de crédito, nada sólido predica a los fines aquí perseguidos.-

Los fondos bien pueden ser derivados a un mini emprendimiento comercial, destino que en nada obsta tratarse de un "préstamo personal", lo cual soslayaría la predicada y presumida relación de consumo.-

Como sostuve reiteradamente, los apuntados indicios que refieren las opiniones antes citadas para concluir que se trata de una operación de consumo (proveedor profesional de crédito y persona física deudora), no brindan elementos ciertos para sortear la abstracción.-

Es que tal resultado sólo podría admitirse frente a elementos sólidos y explícitos, calidades que no lucen los antes descriptos.-

2. Que el deudor sea una persona física no permite descartar que la misma sea comerciante. El título cambiario nada indica sobre tal calidad. Ello por no tratarse de un requisito exigido por la ley, amén que su omisión en nada incide jurídicamente en la validez de la obligación cartular.-

Nuevamente: entender que por tratarse de una persona física que ocurre ante un prestamista profesional a obtener un crédito estamos frente a una indubitable relación de consumo, constituye una conclusión sin la necesaria solidez para enervar los principios de literalidad, autonomía y, principalmente, el de abstracción.-

3. Si bien la jurisprudencia aquí citada, y buena parte de las ejecuciones que esperan este plenario para ser dirimidas, tienen como deudor a una persona física, el interrogante que definió la cuestión a resolver mediante este fallo plenario no quedó limitado a este tipo de sujeto.-

Y de tratarse de personas jurídicas, la presunción que esgrime el voto positivo resultaría aún más desdibujada.-

Como he referido en el punto II. A, de este voto, la ley de Defensa del Consumidor nomina como tal tanto a la persona física como a la jurídica.-

Empero, en ambos casos es definitorio para ser calificada como consumidora o usuaria, que adquiera u utilice "...bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social...". Se excluye así a quien obtiene los mismos para aplicarlos a su giro ordinario o a una operación productiva.-

Si bien existen personas jurídicas cuyo objeto no radica en el desenvolvimiento de actividades lucrativas, es notorio que la abrumadora mayoría responde a alguno de los tipos previstos por la ley 19.550.-

Y ese tipo de estructuras jurídicas tienen por definición, una finalidad claramente mercantil.-

El artículo 1 de aquel cuerpo normativo, que define a la sociedad comercial, exige a quienes integren el ente, "...se obliguen a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios participando de los beneficios y soportando las pérdidas".-

Esta definición engloba todo tipo de actividades económicas, tanto aquellas que importan la producción o intercambio de bienes como la de prestar servicios comerciales (Cabanellas de las Cuevas, G., Introducción al Derecho Societario, Derecho Societario, Parte General, T. I, página 220; Roitman, H., Ley de Sociedades Comerciales, T. I, página 54; Halperin, I., Sociedades Comerciales, Parte General, página 30/31; Vanasco, C., Sociedades Comerciales, T. 1, página 33; entre otros).-

Es de toda evidencia que el giro ordinario de dichas personas jurídicas se encuentra por demás alejadas del concepto de relación de consumo.-

Así, habría que reiterar lo dicho y ya transcripto en punto a que "...la fórmula legal conserva el criterio amplio de considerar como consumidores a las personas físicas y a las jurídicas, en la medida que actúen fuera del ámbito de su actividad profesional, que en el caso de las últimas supone obrar fuera de su objeto social o giro comercial específico (Hernández C., obra citada, página 269).-

No puede ignorarse que, como principio, la sociedad comercial derivará los bienes que adquiera o los servicios que contrate a su giro ordinario y productivo, conclusión que invalida totalmente la vía de las presunciones o indicios. Por el contrario, de aplicar las meras inferencias, el resultado debería ser contrario a entender, casi por defecto, que la obligación cambiaría asumida por una persona jurídica constituye una operación de consumo.-

Lo dicho evidencia cuanto menos el peligro, y diría la sensible imprecisión, que conlleva la vía propuesta por la postura contraria para inducir la presencia de una relación de consumo.-

4. No es posible exigirle a la institución bancaria, como lo ha requerido alguna jurisprudencia, que defina si el mutuo que ha concedido tiene destino de consumo o si los fondos serán derivados a la actividad productiva.-

Usualmente, tratándose de créditos personales, el Banco no indaga y menos actúa, el destino de los fondos.-

Quizás, como lo impone el nuevo artículo 36 de la LDC, será materia a considerar por el Banco Central de la República Argentina cuando cumpla la manda legal.-

5. Por último, comparto con la señora Fiscal que dar una respuesta negativa, como la que postulo, a la cuestión a resolver podría facilitar la infracción al principio legal en materia de competencia.-

Sin embargo, por lo hasta aquí dicho, ese indeseable resultado no debe ser evitado mediante la afectación, y quizás la destrucción, de un instituto jurídico como es el régimen cambiario.-

La solución no parece estar en manos de la Justicia, cuanto menos con las herramientas jurídicas vigentes, sino en el Poder Legislativo por vía, a modo de ejemplo, de la reforma al régimen legal que regula la competencia territorial en materia cambiaria o, algo que parecería más accesible, con el cumplimiento por el Banco Central de la República Argentina de la expresa recomendación que establece el ya citado artículo 36 LDC.-

E. Debo cerrar este voto con una aclaración que no parece trascendente a los fines de la solución propiciada.-

No comparto con mis distinguidas colegas la afirmación que "...las relaciones de consumo no parecerían necesitar, en principio, de un derecho especial al margen de las previsiones civiles y comerciales propias del contrato de compraventa, o de la prestación o servicio que se trate..."-.

En rigor, como sigue diciendo el voto, la presencia de "...un dispar poder negociador efectivo, como consecuencia del desigual poder económico..." , volvió necesario el dictado de una legislación que, en esta materia particular, aportó soluciones y creó principios específicos en materia del derecho del consumidor que, en alguna medida, modificó las reglas tradicionales del derecho contractual.-

De todos modos, como adelanté, la cuestión no resulta trascendente para la solución propiciada por el voto que antecede, al que adhiero en el primer interrogante, por lo cual lo aquí expresado debe ser interpretado como un comentario claramente tangencial.-

(iii). Como lo he adelantado, voto por la negativa al primer interrogante del plenario y no emito juicio sobre el restante pues la respuesta dada al anterior lo ha tornado abstracto.-

III .Por los fundamentos del acuerdo precedente, **se fija como doctrina legal que:**

"En las ejecuciones de títulos cambiarios dirigidas contra deudores residentes fuera de la jurisdicción del tribunal:

1. Cabe inferir de la sola calidad de las partes que subyace una relación de consumo en los términos previstos en la ley N° 24.240 de Defensa del Consumidor, prescindiendo de la naturaleza cambiaria del título en ejecución.-

2. Corresponde declarar de oficio la incompetencia territorial del tribunal con fundamento en lo dispuesto en el art. 36 de la Ley de Defensa del Consumidor".-

Firmado por: Pablo D. Heredia (Presidente), Miguel F. Bargalló, Rafael F. Barreiro, Isabel Míguez, Alfredo A. Kölliker Frers, María Elsa Uzal, Matilde E. Ballerini, Ana I. Piaggi, María L. Gómez A. de Díaz Cordero, José Luis Monti, Juan R. Garibotto, Gerardo G. Vassallo, Juan José Dieuzeide, Ángel O. Sala, Bindo B. Caviglione Fraga, Alejandra N. Tevez y Juan Manuel Ojea Quintana;; por ante nosotros: Hernán Monclá (Secretario de Coordinación General) y Claudia Rodríguez (Secretaria General).//-

EXTENSION DE QUIEBRA. Administración societaria. Pedido de extensión contra gerentes de una SRL. Configuración. Criterio restrictivo para su interpretación. Confusión patrimonial. Carga de la prueba. Falta de necesidad de requerir la autorización de los acreedores para promover la acción (art. 119, Ley 24522).

Textil Cohen S.R.L. s/Quiebra c/Cohen, Elías y Otros s/Ordinario” – CNCOM – SALA A – 06/03/2008

En Buenos Aires, a los 06 días del mes de marzo de dos mil ocho, se reúnen los Señores Jueces de Cámara en la Sala de Acuerdos, con asistencia de la Sra. Secretaria de Cámara, para entender en los autos caratulados “TEXTIL COHEN S.R.L. s/QUIEBRA” contra “COHEN, ELÍAS Y OTROS S/ORDINARIO” (Expte. n° 47.810, Registro de Cámara n° 6.102/2007)), originarios del Juzgado del Fuero Nro. 23, Secretaría Nro. 45, en los cuales, como consecuencia del sorteo practicado de acuerdo con lo establecido en el art. 268 C.P.C.C.N., resultó que debían votar en el siguiente orden: Doctora María Elsa Uzal, Doctora Isabel Míguez y Doctor Alfredo Arturo Kölliker Frers.//-

Estudiados los autos se planteó la siguiente cuestión a resolver:

¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada?

A la cuestión propuesta, la Señora Jueza de Cámara, Doctora María Elsa Uzal dijo:

I.- Hechos del caso

1) A fs. 20/29 el síndico actuante en la quiebra de “Textil Cohen S.R.L.” promovió acción de extensión de quiebra (art. 161 LCQ) contra los socios gerentes de la fallida, Sres. Elía Cohen, Alberto Cohen y contra el patrimonio del socio fallecido Ramón Cohen.-

Refirió que en oportunidad de iniciarse el concurso preventivo, la sociedad denunció un listado de maquinarias y bienes de uso valuados aproximadamente en pesos doscientos treinta y siete mil doscientos (\$237.200).-

Asimismo señaló que una vez declarada la quiebra por incumplimiento del acuerdo (28/11/2001), la sindicatura no pudo localizar ni los bienes ni la documentación necesarios para detectar el destino dado a los mismos, comprobando que la sociedad quebrada hacía tiempo que había dejado de funcionar.-

De su lado, denunció que del libro inventario entregado al órgano concursal, surgía que la fallida tenía pesos setenta y cuatro mil setenta y cinco pesos c/39 cvs. (\$74.075,39) por cobrar, sin que los demandados, en su condición de socios administradores, hubiesen puesto a su disposición los comprobantes necesarios para determinar cuál era la suerte de los créditos y -eventualmente- poder hacerlos efectivos para destinarlos entre los acreedores al momento de la liquidación.- Asimismo sostuvo que los accionados habían manifestado que algunas de las maquinarias habían sido retenidas por el locador del inmueble en el que la fallida desarrollaba su producción y otras, dadas en pago a empleados. Ello, pese a no contar con autorización alguna para disponer de los bienes en cuestión, ni mucho menos, con documentación que permitiese acreditar tal extremo.-

De ello dedujo el síndico interviniente que los demandados agravaron la situación patrimonial de la fallida.-

Agregó al respecto que en el informe general presentado por su parte en el expediente de la quiebra, había dejado constancia de la ausencia total de colaboración de los accionados a fin de permitir la reconstrucción de la situación de la empresa, como así para intentar revertir las deficiencias exhibidas por las registraciones contables.-

En el marco planteado estimó, finalmente, que a causa del accionar de los socios demandados se produjo una confusión de sus patrimonios con los de la fallida, configurándose el supuesto de extensión de quiebra previsto en el art. 161 inc. 3 LCQ. Adujo también que -atento a las particularidades del caso- se verificó la causal comprendida en el art. 161 inc. 1 LCQ, en razón de que los nombrados habían dispuesto de los bienes sociales como si fuesen propios, esto es, en beneficio propio.-

2) Efectuado el traslado de ley, a fs. 141/146, Alberto Cohen contestó demanda y requirió su rechazo, con costas.-

Preliminarmente articuló la defensa de falta de legitimación para obrar en la sindicatura, con sustento en que el referido funcionario no había obtenido la autorización mayoritaria requerida por el art. 119 LCQ que la a quo había exigido, confiriendo -erróneamente- al silencio de los acreedores la significación prevista por el art. 919 Cód. Civil.-

En otro orden de ideas, aseveró que su parte se había desempeñado como socio gerente de la fallida sólo hasta el mes de marzo de 1996, fecha en la que se desvinculó, cediendo la administración a sus hermanos.-

De su lado, negó que la ausencia de documentación que justificase qué destino se había dado a los bienes de la empresa, pudiera ser equiparada a la realización de los actos contemplados en el art. 161, inc. 1 LCQ.-

Al respecto, alegó que ni siquiera la carencia de activos era dable para conducir a tal conclusión, dejando en claro -además- que en todo caso el reproche debió dirigirse no contra su parte por haber sido socio administrador, sino contra los sujetos que habían llevado a cabo esos actos.-

3) A fs. 148/151 se presentó el letrado Jorge Bercholz en representación de Elía Cohen y del patrimonio del fallecido Ramón Cohen.-

Luego de efectuar la negativa ritual de los hechos invocados por la sindicatura, sostuvo que era incuestionable que no medió falta de colaboración por parte de los administradores sociales, pues -a modo de ejemplo- éstos habían acompañado los libros sociales, actualmente en poder del órgano falencial.-

Asimismo refirió que Elía Cohen no tenía maquinaria en su poder, destacando que, de todos modos, la misma carecía de

todo valor en razón de su antigüedad. Manifestó que dichas maquinarias habían sido retenidas por deudas derivadas de impuestos, servicios y alquileres por los propietarios del inmueble en el que estaban instaladas, y otras habían sido dadas en pago a algunos de los empleados de la fallida.-

De su lado, expresó que los bienes que integraban el activo de la nombrada se hallaban perfectamente escindidos de los bienes de los socios, lo que tornaba equivocado subsumir el caso en la figura del art. 161, inc. 3° LCQ.-

También rechazó la aplicabilidad del art. 161, inc. 1° LCQ, señalando que la figura de la apariencia para encubrir actos en interés personal no podía ser aplicada cuando, como en la especie, los socios sólo habían concretado actos de disposición no permitidos.-

II.- La sentencia recurrida

El fallo de primera instancia, obrante a fs. 249/265, acogió la demanda, decidiendo postergar la consecuente declaración de quiebra por extensión a los accionados, hasta tanto el pronunciamiento fuese consentido o ejecutoriado. Asimismo dispuso, respecto de los demandados, la prohibición de innovar y de contratar sobre sus bienes y relaciones.-

Para así decidir, la a quo desestimó, antes que nada, la procedencia de la excepción de falta de legitimación activa opuesta por el accionado Alberto Cohen.-

Desde esta perspectiva estimó que el recaudo contemplado en el art. 119 LCQ no fue reproducido por el legislador al regular la extensión de quiebra.-

Sentado ello, pasó a ocuparse del fondo de la cuestión.-

Refirió que si bien la acción por extensión de quiebra se presenta como una acción anómala o excepcional, siendo su otorgamiento de interpretación restrictiva, en el caso, encontró acreditados los presupuestos que la tornaban procedente.-

Ello, pues al decretarse la quiebra de la sociedad no pudieron hallarse ninguno de los bienes cuya existencia se había comprobado durante el trámite del concurso preventivo, ni se había entregado al síndico la documentación necesaria para cobrar los créditos que la fallida tenía a su favor, lo cual permitía presumir que tales créditos habían sido ya cobrados por los demandados.-

Desde esa perspectiva estimó que las explicaciones vertidas por los accionados carecían de seriedad, frente a la orfandad probatoria observada al respecto.-

Sobre esa base estimó que en tanto administradores de bienes ajenos, los demandados debieron dar cuenta de la suerte seguida por los que administraron. En tal sentido, aludió que este presupuesto de hecho habilitaba el encuadramiento de la cuestión en las hipótesis de la extensión falencial previstas en los incs. 1 y 3 del art. 160 LCQ, al no haberse podido hallar mejor justificación para quien aparecía como responsable de la “desaparición” de los bienes del fallido, sin brindar una explicación conducente.-

Asimismo tuvo presente que los dependientes laborales a quienes supuestamente se les habría entregado maquinarias como parte de pago de sus indemnizaciones, negaron que ello hubiese ocurrido.-

Por último, valoró como hecho agravante, la circunstancia de que los demandados no pusieron a disposición del síndico los libros societarios que debieron haber sido llevados en legal forma, lo que -indudablemente- hubiese permitido una reconstrucción de lo sucedido con los bienes “desaparecidos”.-

III.- El recurso

Contra dicho pronunciamiento se alzó el demandado Alberto Cohen (fs. 272), quien fundó su recurso en el memorial corriente a fs. 303/308.-

En su queja refirió que: i) correspondió acoger la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por su parte, y ii) por otro lado, no se configuró en la especie ninguno de los supuestos contemplados por el art. 161 LCQ para la procedencia de la extensión de quiebra, máxime cuando su parte se había desvinculado de Textil Cohen SRL en el mes de marzo de 1996, esto es, más de seis (6) años antes de que se decretase la quiebra del principal (24/11/2001).-

IV.- La solución propuesta

1) Trazado del modo expuesto el cuadro de situación de la controversia, y oída la Sra. Fiscal de Cámara, quien consideró que la sentencia recurrida debía ser revocada, luego de apreciar que la conducta de los accionados no era suficiente para acoger la procedencia de una acción de extensión de quiebra (véase dictamen obrante a fs. 311/313), aprecio que el thema decidendum reside -también en esta instancia- en determinar, luego de atender lo relativo a la excepción planteada, si se han verificado en la causa -o no- los requisitos de procedencia de las causales de extensión de quiebra previstas en los arts. 161, párrafos 1° y 3° de la ley 24.522.-

Efectuada dicha aclaración pasaré entonces a examinar las cuestiones sometidas a debate.-

2) En torno a la excepción de falta de legitimación opuesta por Alberto Cohen

El primer aspecto a resolver ronda en torno a la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por este demandado, al argüir que el síndico no contó con la mayoría exigida análogamente por el art. 119 in fine de la ley 24.522.-

Adelanto en tal sentido que la defensa opuesta por el accionado no tendrá favorable acogida.-

Como es sabido, los cuatro principales mecanismos concursales de responsabilidad patrimonial de terceros en caso de quiebra, con miras a la mejora del activo repartible, son:

i) Las ineficacias falenciales (art. 118 y ss. LCQ);;

ii) La llamada responsabilidad de representantes (art. 173 LCQ);

iii) La responsabilidad de otros terceros "representantes o no" (genéricamente llamada "responsabilidad de terceros en el art. 173, segundo párrafo, LCQ"); y

iv) La extensión de quiebra (art. 160 y ss. LCQ).-

Ello no obsta, por cierto, a que fuera de la ley concursal, en otros cuerpos normativos tales como el Código Civil y la ley 19.550 existen acciones de responsabilidad patrimonial que pueden ejercitarse contra terceros, siendo su sujeto activo la persona fallida. Por ende, el régimen general de dichas acciones (los presupuestos de ejercicio, la extensión del resarcimiento, los plazos de prescripción, etc.) es el que establecen las respectivas leyes específicas (cfr. Rouillon, Adolfo, "Código de Comercio comentado y anotado", t. IV-B, La Ley, Buenos Aires, 2007, p. 414).-

Como contrapartida, los presupuestos de ejercicio de las cuatro acciones concursales precedentemente citadas se hallan

definidos expresamente en la LCQ.-

Así pues, para las tres primeras (ineficacias falenciales por conocimiento de cesación de pagos y acciones de responsabilidad de representantes y de otros terceros) la ley concursal exige a los efectos de su promoción el régimen de autorización previa previsto en el art. 119, tercer párrafo, LCQ, consistente en la aprobación de la mayoría simple del capital quirografario verificado y declarado admisible (v. art. 174 in fine, LCQ).-

No obstante, tal recaudo no es de menester respecto a la petición de extensión de quiebra, toda vez que en el artículo pertinente simplemente se alude que puede ser pedida "por el síndico o por cualquier otro acreedor, después de la declaración de quiebra" (art. 163, primer párrafo, LCQ), mas nada se dice respecto al régimen de autorización previa.-

Es que -en concordancia con lo manifestado con la a quo- pretender supeditar la investigación de conductas fraudulentas a la autorización de los acreedores resulta asistemático, máxime cuando -reitero- la ley no lo exige. Súmase a ello que en la letra del artículo se especifica que no sólo el síndico, sino cualquier acreedor, se encuentran legitimados para promover la extensión de quiebra, por lo que si el legislador hubiese estimado conveniente establecer un régimen de autorización previa que limitare en cierto modo la acción de los sujetos habilitados, seguramente lo hubiese plasmado en la letra de la norma, tal como lo hizo respecto de los restantes mecanismos concursales de responsabilidad patrimonial de terceros en la quiebra.-

En esta línea, no cabe a los Tribunales fijar límites o añadir exigencias donde la ley no los puso, máxime cuando ninguna de las partes litigantes objetó la constitucionalidad de la norma aplicable.-

Si bien lo hasta aquí expuesto basta para sellar la suerte adversa de la excepción interpuesta por el apelante, no cabe tampoco perder de vista que en virtud de un criterio distinto al aquí sostenido, la magistrado de la anterior instancia estimó inicialmente aplicable al sub lite la autorización prevista en el art. 119, tercer párrafo, LCQ, fijando como punto de partida para el cómputo, que el silencio de los acreedores que no hubiesen presentado su conformidad expresa sería tenido como expresión de conformidad, en virtud de lo prescripto por el art. 919 Cód. Civil.-

Así las cosas, conforme surge de las constancias de la causa (fs. 120/124), y luego de efectuadas las sumatorias conforme a las pautas precedentes, se tuvo por prestada la conformidad en cuestión, por lo que incluso en este supuesto -construido sobre la base de una exigencia atípica- el síndico resultó habilitado para el inicio de la acción.-

No obstante, no puede obviarse que al tratarse de un recaudo innecesario, deviene abstracto el planteo en lo que aquí interesa, y por ende, sobreabundante ahondar en los efectos que cabría conferir al silencio de los acreedores, así como la crítica de que éstos habrían sido notificados en los domicilios constituidos con más de seis años de antigüedad, en el concurso preventivo (luego devenido en quiebra). Respecto a este último aspecto, sólo recuerdo que en principio, son válidas las notificaciones cursadas al domicilio constituido por los acreedores en el proceso principal (art. 273, inc. 6°, LCQ).-

Por lo hasta aquí dicho, la excepción deducida por la recurrente ha devenido de abstracto tratamiento, correspondiendo la imposición de costas de la incidencia por su orden (art. 71 CPCCN).-

3) La cuestión de fondo

Superado lo anterior corresponde adentrarnos ahora en lo concerniente al nudo de la cuestión sujeta a examen: si es procedente o no, en la especie, la extensión de quiebra al demandado Alberto Cohen de acuerdo a los parámetros vertidos en los incs. 1 y 3 del art. 161 LCQ.-

a) El supuesto de extensión de quiebra contemplado en el inc. 1º art. 161 LCQ alcanza a "toda persona que, bajo la apariencia de la actuación de la fallida, ha efectuado actos en su interés personal y dispuesto de los bienes como si fueran propios, en fraude a sus acreedores".-

Son presupuestos de este caso de extensión: (i) la quiebra principal de una persona física o jurídica; (ii) que otra persona -física o jurídica- haya inducido la actuación de la fallida, mediante la realización de actos de disposición de bienes, en interés personal y en fraude a los acreedores; y (iii) que exista relación de causalidad entre la conducta reprochable que funciona como detonante de la extensión falencial y la producción, mantenimiento, agravación o prolongación indebida de la insolvencia de la fallida principal (esta CNCom., esta Sala A, 04/10/2007, in re: "Cervecería Estrella de Galicia S.A. s/quiebra c. Cervecería Argentina San Carlos S.A."; conf. Rouillon, "Régimen de Concursos y Quiebras", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1998, pág. 248).-

El concepto de interés personal, en supuestos como el que se analiza, está íntimamente vinculado con otra exigencia de la ley: que se haya dispuesto de los bienes en perjuicio de terceros. La intención de defraudar a los acreedores ha de resultar objetivamente, de los propios actos realizados, sin que sea necesario probar el ánimo de defraudar, pues tal prueba casi siempre resulta imposible (cfr. García Martínez y Fernández Madrid J. "Concursos y quiebras", T.2, pág. 1021).-

También se ha dicho con relación al recaudo de la existencia de fraude a los acreedores, que éste se presume por la configuración de la quiebra antecedente, criterio que deja a salvo la posibilidad de producir prueba en contrario por parte del sujeto a quien se intenta propagar la falencia, el que deberá acreditar que su actuación ilícita puede conjurarse por medio de la reparación de daños y por no haber sido su actuación causa de la cesación de pagos de la fallida (cfr. Fassi - Gebhardt, "Concursos y Quiebras", Ed. Astrea, Buenos Aires, p. 434).-

Así pues, en este caso se ventila una forma muy lata de control abusivo, por el resultado y no por el método utilizado por parte del sujeto que abusa de su posición de poder respecto de la fallida. Al efecto, es determinante que el sujeto al cual se pretende extender la quiebra, hubiera dispuesto de los bienes de la fallida principal, en beneficio de aquél y en fraude a los acreedores de ésta. Esto indica que, posiblemente, el primer paso antes de decidir si se ha -o no- de promover una pretensión de extensión de quiebra fundada en el inciso bajo estudio, es esclarecer si hubo actos de disposición de bienes de la fallida principal, cuyo beneficio no lo recibió ella, sino un tercero (esta CNCom., Sala B., 25/02/2000, in re: "Expocristal S.A. s/quiebra", LL, 2000-E, 54). En tal sentido, tengo presente que no procede la extensión de quiebra en el caso bajo estudio si no se ha demostrado que el demandado procuró satisfacer intereses personales con disposición de bienes de la sociedad en fraude a los acreedores, no quedando satisfechos tales extremos con la insinuación de mera sospechas, extraídas de conexiones de hechos contingentes, que no constituyen prueba positiva y precisa de una actuación en nombre de la fallida, pero en interés personal, o disposición de bienes de aquéllas como propios (cfr. Fassi - Gebhardt, ob cit., p. 433).-

En este marco normativo, he de examinar si ha sido efectivamente acreditado que Alberto Cohen condujo la política de la sociedad empresarial de la sociedad concursada -luego fallida- en beneficio personal, con el consiguiente perjuicio para los acreedores, (es decir, si actuó como agente material o ideólogo de los actos encubiertos y fraudulentos) pues sólo en tal caso cabrá encuadrar su actuación, como pretende la sindicatura, en la solución prevista por el art. 161, inc. 1, LCQ.- Al respecto, aprecio que el propio órgano concursal se limitó a señalar genéricamente que los demandados ocuparon el cargo de socios gerentes y que, ante la desaparición de los activos, no supieron justificar el destino de los bienes, alegando que las maquinarias habían sido dadas como forma de pago a acreedores laborales y a los dueños de los inmuebles donde giraba la actividad de la fallida.-

Sin embargo, estimo que estos dichos -confirmados en su contestación de demanda por los accionados no apelantes, mas no por Alberto Cohen- resultan insuficientes para considerar que el aquí quejoso dominó a la fallida en beneficio personal y en perjuicio a los acreedores de la sociedad en quiebra.-

Obsérvese que en el caso sub examine se halla ausente la prueba de uno de los presupuestos requeridos para volver operativa la norma: la demostración de la actuación en interés personal bajo la apariencia de la actuación de la fallida, mediante el engaño a los terceros. Es que: i) por un lado, no se probó que las supuestas “desapariciones” de las maquinarias o cancelación de los créditos de la empresa hubiesen devenido en un beneficio personal para los demandados; por el contrario, según el propio síndico, se habrían aplicado los bienes, mediante su dación en pago, para desinteresar a acreedores laborales y al locador del inmueble que constituía la sede de la explotación, y ii) aún cuando hubiera actuado en interés personal -extremo no demostrado-, tampoco se probó que Alberto Cohen hubiese, por acción u omisión, engañado a terceros bajo la apariencia de la actuación de la fallida.-

Es claro de la regulación legal aplicable que no cualquier acto abusivo, utilización de fondos, empleo de bienes o del crédito de la fallida llevan inexorablemente a la extensión de la quiebra en los términos del art. 161 inc. 1º LCQ, toda vez que la norma presenta una forma típica, cuyos extremos deben cumplirse, y -por ende- ser probados.-

En efecto, el art. 377 CPCCN pone en cabeza de los litigantes el deber de probar los presupuestos que invocan como fundamento de su pretensión, defensa o excepción, y ello no depende sólo de la condición de actor o demandado, sino de la situación en que cada litigante se coloque dentro del proceso, y de los deberes procesales que ello impone.-

Así, la obligación de afirmar y de probar se distribuye entre las partes, en el sentido de que se deja a la iniciativa de cada una de ellas hacer valer los hechos que quieren que sean considerados por el Juez y que tienen interés que sean tenidos por él como verdaderos (cfr. esta CNCom., esta Sala A, 27/11/2007, in re: “Labsys S.A. Ingeniería Informática c. Banco Piano”; idem, 14/06/2007, in re: “Delpech, Fernando Francisco c. Vitama S.A.”; id., esta Sala A, 29/12/2000, in re: “Conforti, Carlos Ignacio y otros c/B. G. B. Viajes y Turismo S.A.”, entre muchos otros; Chioyenda, Giuseppe, “Principios de Derecho Procesal Civil”, t. II, pág. 253).-

La consecuencia de la regla enunciada es que quien no ajuste su conducta a esos postulados rituales debe necesariamente soportar las inferencias que se derivan de su inobservancia, consistentes en que el órgano judicial tenga por no verificados los hechos esgrimidos como base de sus respectivos planteos (CNCom., esta Sala A, 12/11/1999, in re: “Citibank NA c. Otarola, Jorge”; id, esta Sala A, 06/10/1989, in re: “Filan SAIC c. Musante Esteban”; id., Sala B, 16/09/1992, in re: “Larocca, Salvador c. Pesquera Salvador”; id., Sala B, 15/12/1989, in re: “Barbara Alfredo y otra c. Mariland SA y otros”; id., Sala E, 29/09/1995, in re: “Banco Roca Coop. Ltda. c. Coop. de Tabacaleros Tucumán Ltda.”, entre muchos otros; en igual sentido, CNCiv., Sala A, 01/10/1981, in re: “Alberto de Río, Gloria c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, id., Sala D, 11/12/1981, in re: “Galizzi, Armando B. c. Omicron S.A.”; id., Sala D, 03/05/1982, in re: “Greco José c. Coloiera, Salvador y otro”).-

La carga de la prueba actúa, entonces, como un imperativo del propio interés de cada uno de los litigantes y quien no acredita los hechos que debe probar arriesga su suerte en el pleito.-

En tal sentido, del examen de la prueba ofrecida en autos, resultan las testimoniales brindadas por dos (2) ex-dependientes de la fallida que señalaron no haber recibido maquinarias de Textil Cohen S.R.L. como forma de pago por sus indemnizaciones (v. fs. 235/236). Así pues, en el sub lite no se deslizó ninguna otra probanza que permitiese crear convicción respecto a la supuesta intervención de Alberto Cohen en interés personal bajo la apariencia de la actuación de la fallida.-

Bajo ese encuadramiento concluyo en que, no habiendo la sindicatura cumplido con la carga del art. 377 CPCCN, no procede acoger la extensión de quiebra mentada en el inciso 1º del art. 161 LCQ.-

b) En cuanto a la causal prevista en el inciso 3 del citado art. 161 LCQ -también invocada como aplicable por el órgano falencial actuante-, que contempla la extensión de la quiebra principal a “toda persona respecto de la cual existe confusión patrimonial inescindible, que impida la clara delimitación de sus activos y pasivos o de la mayor parte de ellos”, opera cuando varios patrimonios supuestamente diferenciados son administrados como si fueran uno, en sus relaciones con terceros, sin que exista autonomía, ni en las estructuras, ni en la conducta de los sujetos involucrados (conf. García Martínez, Roberto, “Derecho Concursal”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997, pág. 422).-

El elemento fundamental para la procedencia de esta causal de extensión de quiebra está dado por el manejo promiscuo tanto de los activos como de los pasivos, o de la mayor parte de ellos, no resultando subsumible en tal supuesto la promiscuidad de uno solo de esos elementos cuando el restante se mantiene perfectamente delimitado, o bien cuando afectan porciones del activo y del pasivo que, cuantitativamente, no comprenden porciones sustanciales (conf. CNCom., Sala A, 02/11/2001, in re: “Donomarca S.A. s/ quiebra s/ inc. de extensión de quiebra”, según fundamentos del dictamen de la Sra. Fiscal de Cámara n°87245, del 15.10.01).-

Por prescindir de toda noción de ilicitud o abuso, la causal referida se justifica únicamente cuando la confusión de los activos y pasivos impide hacer efectiva la idea de que el patrimonio es prenda común de los acreedores (conf. Bergel, citado por Rivera, Julio C., “Instituciones de derecho concursal”, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, T.2, pág. 308).-

Así pues, la solución legal de la ley 24.522 resulta impuesta por la necesidad de manejar el complejo patrimonial resultante de la confusión de bienes y deudas que se ha tornado inescindible y se ha dicho, incluso, que es irrelevante la situación de control en la administración o la existencia de abuso, fraude, simulación o la ausencia de éstos. Cabe

destacar, en esta línea, que esta causal tiene un carácter objetivo, “en el sentido de que se funda en una circunstancia material apreciada en el objeto de observación constituido por el patrimonio confundido de dos o más sujetos formaliter autónomos y no en la estructura jurídica de tales sujetos ni en la conducta de ellos” (confr. Quintana Ferreira Alberti, “Concursos”, T III, Ed. Astrea, Buenos Aires, pág. 113 y ss.).-

Ante la regla general, emanada de la existencia de personas diferenciadas, que predica que cada sujeto de derecho cuenta con su propio patrimonio, el supuesto de confusión patrimonial es de interpretación necesariamente restrictiva (conf. CNCom., Sala B, 09/10/1985, in re: “Tombut S.A s/ quiebra”). Por ende, cabe concluir en su existencia sólo cuando concurren situaciones en las cuales no pueda determinarse a quién pertenecen (la mayor parte de) los bienes que componen el activo y a quién (la mayor parte de) las deudas asumidas, generalmente por el manejo promiscuo de estos activos y pasivos (conf. Rivera, ob. cit., pág. 308).-

En este marco normativo, ha de advertirse que, tal como surge del análisis de los antecedentes del caso detallados supra, no se ha probado la existencia de una confusión inescindible del patrimonio de la sociedad fallida con el del quejoso, no bastando la mera invocación para acoger la pretensión.-

Repárese en que si se extendiera la quiebra de la fallida al apelante, en mera virtud de las conductas abusivas en las que aparentemente incurrió, se podría perjudicar, grave e injustificadamente, a los acreedores de Alberto Cohen, sin que se haya configurado causal legal que lo autorice. Siendo el patrimonio del deudor la prenda común de los distintos acreedores, una solución de esta índole implicaría un grave perjuicio para los intereses de la masa pasiva a la que el recurrente podría dar origen. En efecto, los acreedores tienen en su favor el derecho a la liquidación de los activos de su deudor, que no pueden ser menoscabados por la situación de otras personas, en principio ajenas, aún cuando ellas pertenezcan a un mismo grupo económico. De allí que la solución prevista por el art. 161, inc. 3º, LCQ deba ser aplicada, restrictivamente, solamente en aquellos supuestos en los que, la imposibilidad de diferenciar un patrimonio de otro, exija la conformación de una masa única.-

Lo señalado obliga a concluir, entonces, que la extensión de quiebra por confusión patrimonial inescindible peticionada tampoco constituye la vía idónea para remediar las conductas presuntamente ilícitas que se atribuyen al demandado frente a la supuesta desaparición de los bienes de la sociedad fallida, sin que ello obste a que ulteriormente pudiere perseguirse la aplicación de sanciones emergentes de las responsabilidades penales y/o societarias que cupiesen a la conducta del apelante, de hallarse demostrados los extremos legales de menester.-

V.- Conclusión

Por las razones expuestas propongo a este Acuerdo:

a.- Rechazar la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por Alberto Cohen.-

b.- Hacer lugar parcialmente al recurso interpuesto por la recurrente y, en consecuencia, revocar en lo pertinente la sentencia de la anterior instancia, rechazando la demanda de extensión de quiebra incoada contra Alberto Cohen.-

c.- En atención a la suerte del recurso, imponer las costas de ambas instancias a la accionante sustancialmente vencida (arts. 68 in fine, y 279 CPCCN), con excepción de las relativas a la excepción de falta de legitimación pasiva deducida por Alberto Cohen, que serán afrontadas por su orden (art. 71 CPCCN).-

He aquí mi voto.-

Por análogas razones la Señora Juez de Cámara Doctora Isabel Míguez y el Señor Juez de Cámara Doctor Alfredo Arturo Kölliker Frers adhieren al voto precedente.-

Con lo que terminó este Acuerdo que firmaron los Señores Jueces de Cámara Doctores: María Elsa Uzal, Isabel Míguez y Alfredo Arturo Kölliker Frers. Ante mí, María Verónica Balbi. Es copia del original que corre a fs.- de los autos de la materia.-

Buenos Aires, marzo 06 de 2008

Y VISTOS:

Por los fundamentos del Acuerdo precedente, se resuelve:

a.- Rechazar la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por Alberto Cohen.-

b.- Hacer lugar parcialmente al recurso interpuesto por la recurrente y, en consecuencia, revocar en lo pertinente la sentencia de la anterior instancia, rechazando la demanda de extensión de quiebra incoada contra Alberto Cohen.-

c.- En atención a la suerte del recurso, imponer las costas de ambas instancias a la accionante sustancialmente vencida (arts. 68 in fine, y 279 CPCCN), con excepción de las relativas a la excepción de falta de legitimación pasiva deducida por Alberto Cohen, que serán afrontadas por su orden (art. 71 CPCCN).//-

Fdo.: María Elsa Uzal, Isabel Míguez y Alfredo Arturo Kölliker Freís

“Cortina Carlos Gustavo c/ Esso Petrolera Argentina S.R.L. s/ despido” – CNTRAB – SALA VIII – 27/08/2010

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a los 27 días del mes de agosto de 2010, se reúnen en acuerdo los jueces de la Sala VIII de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo para dictar sentencia en la causa del epígrafe, y, de acuerdo con el resultado del sorteo realizado, proceden a votar en el siguiente orden:

EL DOCTOR JUAN CARLOS E. MORANDO DIJO:

I.- La sentencia de primera instancia hizo lugar en parte a la pretensión de reliquidación de los créditos percibidos por el actor como consecuencia de su despido ad nutum y ha sido apelada por ambas partes, a tenor de las memorias de fs. 1262/1269, por el actor, y fs. 2176/99, por la demandada.// - El pretensor fue, durante veinte años, empleado jerárquico de la empresa petrolera demandada. Trabajó en la República Argentina -lugar de celebración del contrato-, en España, en Uruguay y Paraguay. En estas dos repúblicas latinoamericanas, fue presidente del directorio de las sociedades locales que componen el grupo internacional. Esas misiones en el exterior las cumplió en calidad de agente “expatriado”, conforme a la regulación -reglamento parcial de empresa- dictada por el empleador. Como radicado en la República Argentina, su categoría era la de gerente.- En circunstancias en que ejercía las funciones ya indicadas en Asunción (Paraguay), sobrevino su despido. La liquidación final ascendió a \$ 543.000.-, incluyó el recargo del artículo 16 de la Ley 25561 y no se aplicaron topes a la indemnización del artículo 245 L.C.T.- La sociedad demandada dedujo excepciones de prescripción y litispendencia -ésta, por haber demandado en Paraguay los mismos créditos cuyo pago persigue en este caso-, que fueron desestimadas.-

II.- Se ha discutido -aún se discute- la naturaleza remuneratoria de algunas de las prestaciones a cargo de la demandada. Con sano criterio que he postulado reiteradamente, la señora Jueza a quo estableció el correcto marco de análisis de tales controversias: en principio, todo lo que el trabajador percibe de su empleador como consecuencia del contrato de trabajo es remuneración (regla del artículo 103 L.C.T.), al menos en sentido amplio. Así, los “impuestos al trabajo”, en cuanto califican al trabajador para obtener prestaciones de la seguridad social, actuales o futuras, son “remuneración indirecta”, o en sentido amplio;; lo son en sentido estricto las asignaciones monetarias que retribuyen directamente la prestación de servicios, cuantitativa o cualitativamente. Lo relevante, reitero: en casos en los que se discute la pertinencia de liquidaciones de créditos diversos con motivo de la extinción de la relación, es cuáles de ellas deben ser computadas en la base de cada una de las partidas examinadas. La sentenciante de grado admitió que las partidas denominadas “expats premio” y “expats adicional especial” debieron ser computadas en la base de las indemnizaciones, no () así, las llamadas “diferencia entre IC&S y C&S”; “travel assistance allowance” y “housing assistance”. Las inclusiones son resistidas por la demandada; las exclusiones, por el pretensor.- Estimo parcialmente procedente el recurso de la demandada: las dos clases en que la sentencia dividió y agrupó las partidas en discusión tienen en común que, sin duda remuneratorias, no son computables a los efectos del artículo 245 L.C.T., en cuanto no pueden ser calificadas como normales ni habituales, ya que son percibidas sólo en situaciones de “expatriación”, en las que, vale hacer notar, la prestación de servicios no beneficia a la sociedad nacional demandada, sino a la constituida y operante en el exterior, en el caso, en Paraguay, de cuyo directorio el propio actor era presidente, y dejaban de operar con la finalización de la gestión en el exterior. Respecto del contrato extinguido, cuyas consecuencias se discuten, no eran, pues, normales, ni habituales. Esta circunstancia resulta claramente de las reglas -reitero: emanadas de la voluntad unilateral del empleador, en ejercicio de las facultades de organización y dirección (artículos 64 y 65 L.C.T.), operando en un plano reglamentario lícito, en cuanto diseñan un complejo más favorable para el trabajador que las legales o convencionales- de la Sinopsis de la Política para Expatriados, aplicables a las asignaciones en el exterior de un año o más de duración. Así, la “introducción” (fs. 188), explica que las previsiones allí contenidas no deben ser consideradas, y no son, estipulaciones contractuales y, aplicables a asignaciones en el exterior de duración no inferior a 12 meses, tienen por objeto pagar un premio libre de impuestos como incentivo para aceptar una asignación en el exterior y equilibrar el ingreso básico y los gastos del empleado, aproximadamente en el nivel que podría ser esperado en su país de residencia, sin consideración por los costos e impuestos del lugar de destino (fs. 199: 176 de la traducción).- De los recibos acompañados por el actor (fs. 230 y 254 vg.), se advierte que los conceptos aquí discutidos eran pagados en el país de destino y que los aportes previsionales correspondientes a la legislación argentina se limitaban a la remuneración básica pre-asignación.-

III.- Establecido el marco en el que, a mi juicio, se debe dilucidar la controversia, es pertinente analizar los argumentos de la sentencia y los agravios que han sido expuestos. Con criterio que comparto, la a quo excluyó del cómputo las asignaciones “travel assist allowance”, “housing allowance” y “diferencia entre IC&S y C&S”, que no se deben como recompensa por el trabajo prestado, sino como compensación tarifada al trabajador expatriado por los eventuales gastos en que esa situación acarrea, en concepto de pasajes de viajes al país de radicación y por el alquiler de vivienda en el de destino. Como bien dijo la a quo su función es compensatoria por los mayores gastos que implica residir temporalmente en un país extranjero, independientemente de las tareas cumplidas. Esto es, no retribuyen la cantidad o calidad del trabajo prestado, ni, aún, la puesta a disposición del empleador de la propia capacidad de trabajo (artículo 103 L.C.T.), notas que caracterizan al salario en sentido estricto. No son pertinentes las citas del artículo 105 L.C.T., y de la doctrina de la C.S.N. en [“Pérez, Anibal c. Disco S.A.” \[Fallo en extenso: elDial.com - AA562D\]](#) (01.09.09.). La primera, porque la enumeración del artículo no pretende agotar los innumerables supuestos que la realidad pone de manifiesto

cotidianamente de ingresos, en dinero o en especie, que trabajadores de diversas actividades perciben como “prestaciones complementarias” o “beneficios marginales”, sino que dispone concretamente ciertas excepciones, que no necesariamente son las únicas, ya que sólo por la vía de la analogía es posible extraer otras del aparentemente cerrado elenco. Tampoco es relevante el argumento que utiliza como pauta de razonamiento el “beneficio personal”, que el trabajador puede derivar de alguna de dichas prestaciones, ya que cualquiera de las posibles, en la medida en que sustituye un gasto, o lo sufraga en exceso, implica tal beneficio. Por ello, estimo que el razonamiento correcto parte de distinguir entre remuneración en sentido amplio (primera parte del artículo 103), asimilable al costo del factor “trabajo” desde la perspectiva de la economía, y en sentido estricto, como contraprestación de la prestación laboral, esto es, de la efectiva participación en el proceso productivo o la disposición a hacerlo. Nada de ello es predicable de las asignaciones en examen. La segunda, porque la Corte analizó, en el caso [“Pérez” \[Fallo en extenso: elDial.com - AA562D\]](#), la cuestión de los llamados “vales alimentarios”, en el marco del artículo 103 bis L.C.T. y a la luz del Convenio 105 de la O.I.T., esto es, un aspecto circunscripto de la alegada colisión entre una norma positiva de derecho nacional y ciertas reglas programáticas de fuente internacional, y sostuvo que ésta debía prevalecer, sin promulgar doctrina susceptible de seguimiento respecto de cualesquiera otras situaciones que podrían presentarse frente a casos genéricos, homologables o no con los “vales alimentarios” –que fue el tema central de la discusión en ese caso, u otros de los vagamente denominados “beneficios sociales” en el contexto de una legislación ad hoc. Las similitudes superficiales que podrían ser detectadas entre la “house allowance” y el supuesto del modificado inciso “d” del artículo 105 (cfr. Ley 24700), ceden en cuanto se incorpora al análisis la circunstancia de que, a los efectos de la ejecución de un tramo temporal del contrato, el trabajador y su familia deben fijar su residencia en el exterior, y esa asignación constituye la compensación, preordenada, de gastos necesarios para la ejecución de la prestación laboral, que el empleador debe suplir, conforme al artículo 76 L.C.T.-

Sin embargo, el denominado “expats premio” (y, a falta de definiciones concretas, el “expats premio adicional especial”), que, según el instrumento de fs. 19 “se considera el único beneficio neto de la asignación” en el exterior, retribuye, y estimula, una conducta concreta del trabajador, engarzada en el contexto de la ejecución del contrato en el país y que retribuye el asentimiento a aceptar, no ya desarraigarse, sino renunciar a retener un elemento estructural del contrato –el lugar de la prestación de los servicios – digno de ser retribuido con una prestación que, a diferencia de las demás, no tiende a mantener el nivel de ingresos habitual mediante su adecuación a las variables económicas del lugar de la asignación, sino el “beneficio neto” que ella significa para quien acepta el sacrificio del desarraigo. La incidencia de estas partidas en las bases de cálculo de los créditos involucrados en la polémica, debe ser mantenida

IV.- La demandada sostiene la tacha de inconstitucionalidad del Decreto 246/02, sin hacerse cargo de que la voluntaria sumisión a un régimen jurídico determinado obsta a la admisión de su impugnación con fundamento constitucional. Se debe excluir el recargo del artículo 16 de la Ley 25561, en aplicación de la doctrina del [Plenario N° 316 \[Fallo en extenso: elDial.com - AA4337\]](#), obligatoria para la a quo y para esta Sala (artículo 303 C.P.C.C.N.). Lo dicho da cuenta del primero de los agravios del pretensor.- También objeta la condena al pago de la “liquidación final de expatriado”, que, sostiene, no es debida en todos los casos, ni lo es respecto de algunos de sus componentes, enfoque que es perfectamente razonable y que no resulta de las actuaciones que no haya sido tenido en cuenta en la demanda y en la sentencia. En ambos casos, se analizó y decidió la procedencia de cada uno de los ítems susceptibles de integrarla y del mismo modo se debe proceder en el tratamiento de los agravios. (a) el relacionado con el “cash allowance” es admisible, porque es aplicable en los supuestos de extinción de la relación durante el lapso de expatriación, circunstancia que no concurre en el caso del actor; (b) el “terminal allowance” fue objetado, con razón, sólo en su monto, que, en cuanto proporcional a la duración de la expatriación, debe ser fijado en \$ 5.350.-; (c) el “premium vacation payment supplement”, cuya definición no lo excluye en caso de percepción por el trabajador de una prestación del tipo de la prevista por el artículo 156 L.C.T., exclusión en principio incompatible con su naturaleza de suplemento, debe ser mantenido; (d) el “car disposition” por dos vehículos requiere una distinción. La primera, que en cuanto uno de los automóviles resultó destruido en el accidente que sufrió el pretensor en Paraguay, e indemnizado por el asegurador por su valor total, no existe la posibilidad de que, repatriado, pierda parte de su valor de mercado, que deba ser objeto de compensación. La segunda, que la reglamentación alude a “uno o dos” rodados, según los destinos, y la apelante, autora de las diversas normas, no ha explicado, ni lo pretende, que rijan, para Paraguay, la regla que incluye un sólo vehículo. También es verdad que la compensación está fijada en el 20% del valor en el país, conforme a la categoría del automóvil, y que nada se ha probado respecto de estos extremos. Ello conduce a admitir la compensación por un rodado, y estimar su monto, que sugiero se fije en \$ 14.700.-, que, aunque luce elevada, ha sido aceptada expresamente por la apelante; (e) el agravio relacionado con la partida interim living in host country” ha sido objetada con fundamento en que se otorgó vivienda en Paraguay al actor y su familia durante tres meses después de su desvinculación, sin referenciar esta circunstancia con constancias de la causa; (f) en cuanto al adicional por “shipment”, o mudanza, la queja modula sobre el monto acordado, que pudo haber sido adecuadamente establecido mediante el procedimiento de comparación de precios previsto en la reglamentación. La omisión de este recaudo obsta a la estimación racional de su monto y a la desestimación del agravio, ya que los precios, en 2002, de mudanzas de contenido y a través de medios de transporte indeterminados, entre Asunción y Buenos Aires, distan de constituir una información de conocimiento general; (g) la bonificación por transferencia es razonablemente equivalente al 25% del salario anual que resulta de la remuneración fijada en la sentencia y la apelante no ha explicado cuál sería el valor del monto anual asignado a su categoría interna, que sería la base de cálculo de la prestación, que postula.- Los términos del escrito de réplica –punto II-F de fs. 2191 vta.- revelan que no ha mediado demanda de reintegro del impuesto a las ganancias indebidamente retenido y que, al pronunciar condena al efecto, la a quo excedió los términos de la litis (artículo 163, 5º, 6, C.C.C.P.N.). A mayor abundamiento, esta Sala en “Dalle Carbonara, Federico c. Merial Argentina S.A. s. Despido”, sentencia definitiva n° 31.292 del 30.06.03 sostuvo: “que el actor podría ser titular de un crédito fiscal que deberá reclamar ante el organismo recaudador y, en consecuencia, no corresponde deferir a condena”.- Como es sabido, el Alto Tribunal –en la causa [“Vizzoti, Carlos Alberto v. AMSA S.A.” \[Fallo en extenso: elDial.com -](#)

AA2400] -cuya aplicación solicita la demandada- sin dejar de sostener la validez constitucional de un régimen tarifado de indemnizaciones por despido sin justa causa, ha introducido ciertas calificaciones emparentadas con la razonable proporción que dicha tarifa debe guardar con los elementos fácticos que el legislador eligió como significativos para calcular la prestación. Erigió un sistema aplicable a los supuestos que el apartamiento de la realidad sobrepase ciertos límites cuantitativos. Específicamente, cuando el monto final de la indemnización es inferior al 33%, que resultaría del producto puro entre los dos factores de determinación. Sigo pensando que el artículo 14 bis de la Constitución Nacional deja librado a los criterios de oportunidad y conveniencia propios de la actividad legislativa la elección del régimen de protección contra el despido arbitrario. Dejo a salvo mi opinión y acato lo resuelto por la Corte, aplicable en la especie, por ser el tope inferior al 67% de la base de cálculo. Consecuentemente, en el caso, la mejor remuneración mensual, normal y habitual del actor que llega firme fue de \$13.427 .-, su antigüedad computable era de 20 años (artículos 245, primer párrafo, de la L.C.T. y 386 y 477 del C.P.C.C.N.). El producto de dichos factores es \$ 268.540.-, cuyo 67 %, límite admisible de la reducción en razón del tope es \$ 179.922-. Toda vez que el demandante percibió en concepto de indemnización por antigüedad una suma mayor no existe en esta instancia agravio que reparar. La misma suerte ha de correr la partida denominada “f) vacaciones año 2002 (35 días)”.- La queja relacionada con la condena al reintegro de la retención de impuesto a las ganancias es procedente. En el caso, el actor podría ser titular de un crédito fiscal que deberá reclamar ante el organismo recaudador y, que en consecuencia, no corresponde deferir a condena (sentencia definitiva n° 31292 del 20.06.03 en autos “Dalle Carbonara c.Merial Arg. s. Despido”). En consecuencia, sugiero detraer del capital nominal de condena la suma de \$ 63.930,01.- (suma descontada en concepto de impuesto a las ganancias).-

V.- El agravio respecto de las diferencias por pesificación, fundado en que, según informe de Esso Standard Paraguay S.A. (fs. 64 del Exhorto N° 169 del anexo n° 3787 agregado por cuerda) ésta sociedad pagó el alquiler de la vivienda ocupada por el actor durante tres meses posteriores al cese de la asignación, excluye la pertinencia de la partida anotada.-

VI.- El actor cuestiona el rechazo de la condena al pago de la indemnización derivada de los artículos 208/213 LCT . A las fundadas razones expuestas por la sentenciante de grado –que comparto- cabe agregar que las enfermedades o accidentes inculpables son aquellas contingencias ajenas a la responsabilidad del empleador. En el caso, la incapacidad del accionante derivó en el accidente que sufriera en ocasión de trabajo. El régimen legal aplicable a los accidentes o enfermedades derivados del trabajo es bien diferente y se encuentra regulado por la ley 24557 y se encuentra acreditado en la causa que les fueron abonadas las prestaciones dinerarias en dicha normativa. Lo resuelto se encuentra al abrigo de revisión.-

VII.- La parte demandada debe entregar los certificados previstos en el artículo 80 L.C.T. ajustados a lo resuelto en la presente causa. Tendrá para ello un plazo de treinta días desde que la liquidación se encuentre firme. En caso de demora, se aplicarán astreintes a fijarse en esa etapa.-

VIII.- La queja relacionada con la multa del artículo 2° de la Ley 25323 es improcedente. Las indemnizaciones derivadas del despido, que son las que contempla la norma fueron abonadas, la posterior discusión en torno a su quantum no conduce automáticamente a la procedencia la multa prevista en el artículo 2° de la Ley 25323.-

IX.- Por lo expuesto y argumentos propios de la sentencia apelada propongo se la confirme en lo principal que decide; se fije el capital nominal de condena en \$ 136.115,58.- al que accederán intereses en la forma establecida; se condene a la demandada a la entrega de los certificados del artículo 80 de conformidad a lo establecido en el considerando VII, se confirmen los pronunciamientos sobre costas y honorarios; se impongan las costas de alzada por el orden causado, y se regulen los honorarios de las representaciones letradas del actor y de la demandada, por la totalidad de los trabajos cumplidos en ambas instancias, y los del perito contador, en el 16%, 14%, y 6%, respectivamente, de la suma de capital más intereses (artículos 68, 71 y 279 C.P.C.C.N.; 6°, 7° 8°, 14 y 19 de la Ley 21839; 3° del D.L. 16638/57).-

EL DOCTOR LUIS ALBERTO CATARDO DIJO:

Que, por compartir sus fundamentos, adhiere al voto que antecede.-

Por ello, el TRIBUNAL RESUELVE:

- 1) Confirmar la sentencia apelada en lo principal que decide, y fijar el capital nominal de condena en \$ 136.115,58 al que accederán intereses en la forma establecida;
- 2) Condenar a la demandada a la entrega de los certificados del artículo 80 de conformidad a lo establecido en el considerando VII;
- 3) Confirmar los pronunciamientos sobre costas y honorarios;
- 4) Imponer las costas de alzada por el orden causado;;
- 5) Regular los honorarios de las representaciones letradas del actor y de la demandada, por la totalidad de los trabajos cumplidos en ambas instancias, y los del perito contador, en el 16%, 14%, y 6%, respectivamente, de la suma de capital más intereses.-

Regístrese, notifíquese y, oportunamente, devuélvanse.//-

"Banco de Galicia y Buenos Aires SA y Otros c/UIF-RESOL 36/10 (EXPTE 68/10)" – CNACAF – SALA I - 16/08/2011

Buenos Aires, 16 de agosto de 2011.-

Y VISTOS;; Y CONSIDERANDO:

I. Que por escrito de fs. 2/71vta, el "Banco de Galicia y Buenos Aires Sociedad Anónima" y los señores E.M.G.O. y E.A.F., todos ellos mediante apoderados judiciales, dedujeron formal recurso directo por ante esta Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, en los términos de los artículos 25 de la ley N° 25.246 y 25 del decreto N° 290/2007, a fin de que se declare la nulidad de la resolución N° 36 de la Unidad de Información Financiera, dictada en fecha 25 de febrero de 2010, en el marco del expediente sumarial N° 68/2009.//-

En tales actuaciones administrativas se investigó un total de treinta y un (31) operaciones de compra y venta de moneda extranjera en cantidades significativas, calificadas como sospechosas por la Dirección de Análisis de la Unidad de Información Financiera, realizadas entre los meses de diciembre de 2003 y septiembre de 2007, por el señor V.H.M. con el "Banco de Galicia y Buenos Aires Sociedad Anónima actuando los señores F. y G. O. como sus oficiales de cumplimiento.-

La resolución cuestionada en esta causa impuso, en sus artículos 1º, 2º y 3º, sanción de multa, tanto al "Banco de Galicia y Buenos Aires Sociedad Anónima" -con sustento en el inciso 2º, del artículo 24, de la ley 25.246 y que asciende a la suma total de PESOS DOS MILLONES DOSCIENTOS CUARENTA Y UN MIL DOSCIENTOS NOVENTA Y TRES (\$ 2.241.293,00)-, como a los agentes F. -con fundamento en el inciso 1º, del artículo 24, de la ley 25.246 y de un valor total de PESOS OCHOCIENTOS DOCE MIL DOSCIENTOS DOCE (\$ 812.212,00)- y G. O. -con base normativa en el artículo 24, inciso 1º, de la ley 25.246 y fijando un monto de PESOS UN MILLÓN CUATROCIENTOS VEINTINUEVE MIL OCHENTA Y UNO (\$ 1.429.081,00)- y en su artículo 5º -citando al efecto el artículo 25 de la ley 25.246 y el artículo 25 del decreto N° 290/2007-, les comunicó que las multas podrían ser recurridas directamente por ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, mediante un recurso que debería interponerse en sede judicial y fundarse sólo en razones de ilegitimidad, dentro de los treinta (30) días de notificados de dicho acto.-

Con el escrito de inicio, acompañaron prueba documental y ofrecieron informativa, efectuando reserva del caso federal.-

II. Que corrido el traslado del recurso (fs. 122), se presentó la Unidad de Información Financiera, a través de su representación legal y con patrocinio letrado, y lo contestó solicitando su oportuno rechazo, con expresa imposición de costas.-

Acompañó prueba instrumental y ofreció la de informes, planteando la reserva del caso federal.-

III. Que a fs. 151 se llamó la causa al Acuerdo para dictar sentencia.-

IV. Que el artículo 25 de la ley 25.246 prevé que las resoluciones de la Unidad de Información Financiera previstas en el Capítulo IV de esa ley -como las sanciones de autos, aplicadas todas con fundamento en el artículo 24-, denominado "Régimen Penal Administrativo", serán recurribles por ante la Justicia en el fuero Contencioso Administrativo, aplicándose en lo pertinente las disposiciones del decreto-ley N° 19.549/1972 de Procedimientos Administrativos.-

Por su parte, el decreto reglamentario de aquella ley (decreto N° 290/2007), también en su artículo 25, establece que las resoluciones previstas en el citado artículo 25 de la ley 25.246, podrán recurrirse en forma directa por ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal -debiendo el recurso interponerse y fundarse en sede judicial dentro de los treinta (30) días contados a partir de la fecha de su notificación- y que serán de aplicación las normas de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos N° 19.549, y sus modificatorias, su decreto reglamentario N° 1759/1972 (t.o. 1991) y el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.-

En tales condiciones, se advierte que la norma de fuente legal, por un lado, prescribe la "recurribilidad" de los actos por "ante la Justicia en el fuero Contencioso Administrativo", mientras que, por otro lado, la disposición reglamentaria lo faculta al administrado para recurrirlos "en forma directa por ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal".-

IV. Que por mandato constitucional (artículos 18, 75 -inciso 2º-, 116 y 117 de la Constitución Nacional), es el Honorable Congreso de la Nación el que crea a los tribunales inferiores de la Nación, fijando su competencia por intermedio de leyes que organizan la estructura judicial y regulan los aspectos formales de los juicios.[1]-

Dentro de la normativa vigente para este fuero Contencioso Administrativo Federal, la competencia originaria en los procesos judiciales, en principio, corresponde a los Juzgados de primera instancia, actuando esta Cámara de Apelaciones como el órgano de Alzada de aquéllos, por haber sido así establecido por ley formal (artículo 4º de la ley 21.628).-

Por ello, la instancia judicial originaria sólo puede aceptarse, como excepción al principio general de la doble instancia como medio de control de las decisiones judiciales -cuya fuente es la ley formal-, cuando ello ha sido expresamente

dispuesto por el Poder Legislativo en ejercicio de la facultad que le confiere el artículo 117 de la Constitución federal, instituyendo por disposición expresa[2] lo que se ha dado a conocer como recursos directos o acciones de instancia única[3].-

V. Que en la plataforma normativa descripta, si el Congreso hubiera querido establecer la impugnación directa de las sanciones objeto de autos ante esta Cámara de Apelaciones, así lo habría dispuesto en forma expresa el artículo 25 de la ley 25.246, pues no es dable suponer en el legislador la inconsecuencia o la falta de previsión (CSJN, Fallos 303:794; 304:1820; 307:518; 314:1849; 316:2624, entre muchos otros)[4].-

VI. Que fijado lo anterior, dado el estado del proceso y el recurso directo instituido por el artículo 25 del decreto N° 290/2007 -en cuanto, al reglamentar el artículo 25 de la ley 25.246, establece que las sanciones en cuestión podrán ser recurridas en forma directa por ante esta Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal-, debe recordarse que ya la Excelentísima Corte Suprema de Justicia de la Nación, en cuanto a su jurisdicción apelada, ha dicho que el principio según el cual el contralor de la validez de los actos de los demás poderes no () puede ejercerse de oficio por los jueces de la Nación, admite excepción en el supuesto de que la reglamentación exceda los límites constitucionales de sus atribuciones jurisdiccionales y en la medida para determinar su competencia (CSJN, Fallos 143:191; 185:140; 238:288; 306:303 -voto de los doctores Belluscio y Fayt-; 317:1548 -voto del doctor Fayt-).-

El señor Fiscal General en lo Civil y Comercial Federal y en lo Contencioso Administrativo Federal recientemente se inclinó por sostener la inadmisibilidad del recurso del artículo 25 del decreto N° 290/2007 como directo ante esta Cámara de Apelaciones, sin perjuicio de reconocer el derecho del recurrente a acudir a las vías procesales correspondientes (dictamen del día 16 de marzo de 2011, emitido en la causa "BBVA Banco Francés SA c/ UIF- Resol 169/10 (Expte. 1551/09)").-

Así las cosas, no cabe sino concluir que el artículo 25 del decreto N° 290/2007 se excedió en su reglamentación del artículo 25 de la ley 25.246, al violentar la garantía del juez natural limitando el control judicial a un recurso directo por ante esta Cámara de Apelaciones -que sólo podrá fundarse en la ilegitimidad de la resolución cuestionada- y, por lo tanto, debe ser declarada de oficio en autos su inconstitucionalidad, de conformidad a la jurisprudencia citada de la Corte federal -aplicable al caso por analogía- y como condición para poder disponer la incompetencia de este Tribunal y la remisión de la causa a primera instancia.-

Más aún, si se tiene en cuenta que las leyes sobre procedimiento y competencia son de orden público (CSJN, Fallos 181:288; 274:64; 295:62; 306:1223, 1615 y 2101; y 316:2695; CNACAF, Sala II, in re "Compañía Integral de Montajes SA" del 22 de octubre de 2002; Sala III, in re "Gatti Miguel" (elDial.com - AH164E) del 18 de octubre de 1996 y "Cía Argentina de Seguros ANTA SA" del 30 de junio de 2008, y Sala IV in re "Grunmaum Rico" del 2 de octubre de 2001).-

VII. Que el estado del proceso judicial no resulta óbice para la declaración de incompetencia que aquí se resuelve, dados los fundamentos de orden constitucional que la motivan y los fines tendientes a una recta administración de la Justicia que la inspiran.-

Sin perjuicio de lo anterior y en tanto se juzga que cumplimentan la totalidad de los requisitos exigidos por los artículos 330 y 356 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, con los escritos de fs. 2/71vta y 128/150vta corresponde -por elementales principios de economía procesal- tener por interpuesta y contestada, respectivamente, la demanda, debiendo el Juez que resulte sorteado obrar de conformidad con el artículo 359 y siguientes de dicho Código.-

VIII. Que en función de todo lo expuesto y oído el señor Fiscal General de Cámara, este Tribunal RESUELVE: Declarar su incompetencia para entender en estas actuaciones, debiendo ser remitidas a los Juzgados de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal para su tramitación de conformidad a lo dispuesto en el Considerando VII; a cuyo efecto, firme o consentida que sea la presente, se pasará la causa a la Oficina de Asignación de Causas para que se practique el sorteo pertinente. ASÍ SE DECIDE.-

Se hace constar que suscriben la presente dos Vocales por encontrarse vacante la tercer vocalía (artículo 109 del R.J.N.).-

Regístrese, notifíquese -al señor Fiscal General en su Público Despacho- y, firme o consentido que sea, remítase en la forma ordenada.//-

Fdo.: Néstor Horacio Buján – Clara María Do Pico

Fdo.: Cristina C. de Gregorio, secretaria.

"WWW. DEREMATE.COM.AR s/recurso de casación." - SALA I - CNCP - 11/05/2010

En la ciudad de Buenos Aires, Capital Federal de la República Argentina, a los 11 días del mes de mayo de 2010, se reúne la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal, integrada por el doctor Juan E. Fégoli como Presidente, y los doctores Juan C. Rodríguez Basavilbaso y Raúl R. Madueño como Vocales, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto por el pretense querellante en esta causa N/ 9683, caratulada: "WWW.DEREMATE.COM.AR s/recurso de casación", de cuyas constancias RESULTA:

1) Que la Sala VII de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de esta ciudad confirmó el punto I del decreto obrante a fs. 23/vta. del legajo principal que no había hecho lugar a la pretensión del doctor Christian Juan José Ameijeiras Biniat de ser tenido como parte querellante, en representación de la firma extranjera "Microsoft Corporation" (cfr. fs. 51/52 del presente incidente)./-

Contra dicha decisión interpuso recurso de casación el pretense querellante;; concedido, fue mantenido en esta instancia (fs. 94/106, 109 y vta. y 113, respectivamente).-

2) Que el recurrente estimó procedente el recurso de casación en virtud de lo establecido en el artículo 456, inciso 1 del C.P.P.N. Sostuvo que "...la aplicación a una sociedad extranjera de requisitos que son propios de las sociedades nacionales resulta en una errónea aplicación de las disposiciones del art. 118 de la ley 19.550 e inobservancia de las disposiciones del art. 12 del Código Civil..." ya que "...es la ley extranjera la que rige el acto constitutivo de la sociedad, su personalidad jurídica y su capacidad de actuación, y por ende también rige los mandatos que la sociedad otorga..." (fs. 99vta./100).-

Explicó que "...MICROSOFT es una sociedad comercial constituida en el extranjero que me ha otorgado, en el estado de Washington, Estados Unidos de América, mediante una persona legalmente autorizada para ello, y ante un notario público, un poder especial para querellar, de acuerdo a las normas legales allí vigentes, habiéndose incluido la apostilla de conformidad con lo dispuesto por la Convención de La Haya de 1961..." (fs. 102).-

Puntualizó seguidamente que se han cumplido con todos los recaudos exigidos por el art. 83 del C.P.P.N. y que el a-quo efectuó una errónea interpretación del precedente "Microsoft Corporation s/recurso de casación" resuelta el 4/6/2002 por la Sala II de esta Cámara en tanto estimó que en dicho precedente "...no es la presentación de dicha documentación [estatuto de MICROSOFT y el certificado original del secretario corporativo de MICROSOFT] lo que motivó la resolución de tener por constituido a MICROSOFT como parte querellante en la causa, sino el principio que establece que las sociedades extranjeras son regidas en lo referente a su representación por la ley del lugar de constitución..." (fs. 103vta.).-

Finalmente, acompañó a la deducción del presente recurso, y "...con el propósito de evitar mayores retrasos en la constitución de esta parte como querellante en la causa...", copia certificada del estatuto de Microsoft Corporation (Amended and Restated Articles of Incorporation of Microsoft Corporation), traducido y legalizado, y copia simple del certificado del secretario corporativo (Certificate of Assistant Secretary) de Microsoft Corporation, suscripto por Keith R. Dolliver, que certifica que el Sr. Orndorff ha sido designado y desempeña el cargo de secretario adjunto de la sociedad, y tiene plena potestad para firmar documentos en nombre de la sociedad, incluyendo pero sin limitarse a poderes y demandas, entre ellos, el poder otorgado a los Sres. Cardinali, Biniat, Bethular y Terán Frías, para presentarse como querellantes en nombre de MICROSOFT en la causa que nos ocupa. Ambos documentos poseen sus respectivas apostillas y certificaciones por notario público y por el secretario del Estado de Washington (fs. 104vta./105).-

3) Que, superado el trámite previsto por el art. 468 del C.P.P.N. con la presentación por parte del pretense querellante de las breves notas adjuntadas a fs. 129/131vta, las actuaciones quedaron en condiciones de ser resueltas. Efectuado el sorteo de ley para que los señores jueces emitan su voto, resultó el siguiente orden sucesivo de votación: doctores Juan E. Fégoli, Raúl R. Madueño y Juan C. Rodríguez Basavilbaso.-

El doctor Juan E. Fégoli dijo:

I.- Corresponde señalar que el juicio de admisibilidad que prevé el art. 444 del C.P.P.N. no () es definitivo y si se considera que el recurso es formalmente improcedente y ha sido mal concedido podrá desecharse sin que medie pronunciamiento sobre el fondo en cualquier momento, ya sea antes o después de la audiencia para informar o al tiempo de dictar sentencia (Cfr. De la Rúa, Fernando - "La casación penal. El recurso de casación penal en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación", págs. 241/242, Ed. Depalma).-

Al respecto la Suprema Corte de Mendoza resolvió que: "...No hace cosa juzgada la admisión previa declarando procedente el recurso de inconstitucionalidad o casación, es decir que al entrar a decidir en definitiva sobre el acogimiento o no del recurso, puede el tribunal, mediante un nuevo examen de la cuestión, llegar a la conclusión de que no reúne alguno de los requisitos formales exigidos por la ley procesal..." (Cfr. "Instituto del Seguro Agrícola de Mendoza v. Bodegas, Viñedos y Frutales San Javier de Erasmo Hnos., S.R.L." del 12/4/61 publicado en J.A. 1963-III, p.11, n°42).-

II.- Sentado ello, he de señalar que resulta acertada la decisión adoptada por el a-quo en tanto "...del contenido del documento agregado a fs. 14/18 de la causa, lo único que se advierte es la voluntad expresada por Benjamín O. Orndorff ante la fedataria norteamericana de instituir a los doctores Juan Pablo María Cardinal, Christian Juan José Ameijeiras Biniat, Gustavo Adrián Bethular y Luis María Terán Frías como apoderados de la firma 'Microsoft Corporation' con el objeto de ejercer la querrela en las presentes actuaciones..." y que "...en ningún momento la notaria pública da fe de haberse acompañado los instrumentos que acreditan la capacidad de aquel representante de la firma extranjera - Orndorff- para decidir tal cuestión, circunstancia que tampoco queda despejada con el instrumento agregado a fs. 38/48 de este incidente, en la medida que sólo acredita el carácter de Subsecretario que desempeña Orndorff en la empresa y un juramento formulado por éste..." (cfr. fs. 51vta.).-

Ello resulta así en tanto obran adjuntos a la presente causa: 1) copia del poder general y especial para juicio, otorgado por Benjamin O. Orndorff, en su carácter de secretario asistente de Microsoft Corporation, a favor de Juan Pablo María Cardinal y/o Christian Ameijeiras Biniat y/o Gustavo Adrián Bethular y/o Luis María Terán Frías (cfr. fs. 16/18);; 2) certificación notarial en la que consta que Benjamín O. Orndorff declaró bajo juramento encontrarse autorizado a otorgar el poder mencionado en el punto 1), con Apostille (Convención de La Haya del 5 de octubre de 1961) y la respectiva traducción certificada por una traductora pública, cuya firma fue legalizada por el Colegio de Traductores Públicos de la ciudad de Buenos Aires (cfr. fs. 38/48vta.) y 3) fotocopias certificadas por escribano público de la modificación del acta constitutiva de 'Microsoft Corporation' -enmendada y reformulada-, con certificación notarial y Apostille (cfr. fs. 57/93).-

Ahora, si bien de la documentación enumerada precedentemente surge que Benjamin O. Orndorff faculta a los letrados anteriormente referidos para actuar en juicio en las presentes actuaciones, lo cierto es que no se ha acompañado la correspondiente documentación que de respaldo a las alegadas facultades de Orndorff para otorgar poderes -como el aquí presentado- para actuar en juicio en representación de 'Microsoft Corporation'.-

A partir de lo expuesto, y sin perjuicio de que le asista razón al recurrente en punto a que, de conformidad con el artículo 118 de la ley 19550 -primer párrafo- "La sociedad constituida en el extranjero se rige en cuanto a su existencia y forma por las leyes del lugar de constitución" habrá de recordarse que tal principio "...para nada obstaculiza la aplicación de las leyes nacionales a los actos y contratos que se celebren en la República, "por cuanto su radicación en el país importa un total sometimiento a la jurisdicción y leyes argentinas, por más que su capacidad se regule por la ley de su domicilio" (cfr. causa "Microsoft Corporation s/recurso de casación" nro. 3789 del registro de la Sala II de esta Cámara).-

Por último, he de recordar que "...cuando la ley habla de 'la existencia de la sociedad constituida en el extranjero no puede referirse sino a su personalidad jurídica, y cuando hace referencia a la forma, alude a la tipificación societaria (colectiva, comandita, sociedad de responsabilidad limitada, anónima, etc.) o, de no ser así, al conjunto de solemnidades prescriptas por la ley (locus regis actum) que deben observarse al constituirse la sociedad'. Cuando la norma indica el lugar de constitución, debe entenderse el país donde la entidad ha cumplido con las formalidades prescriptas por las leyes allí vigentes, para obtener de los poderes públicos el reconocimiento de su personalidad jurídica, o la ha obtenido de manera automática, como consecuencia del acto jurídico privado originario. La ley reguladora de la personalidad extraterritorial (lex constitutionis) resuelve cuáles son sus órganos representativos, esto es, las personas físicas que la representarán y los actos que la obligan..." (confr. Verón, Alberto Víctor, ob.cit., págs. 499 y 500 citado en el precedente "Microsoft Corporation" antes referido).-

En la línea señalada anteriormente, cabe señalar que los pretensos querellantes han omitido acreditar, mediante la documentación que corresponda, que 'Microsoft Corporation' habría investido al "Secretario Adjunto" Benjamin O. Orndorff para otorgar poderes como el aquí ofrecido, lo que conlleva al rechazo de la pretensión articulada.-

En conclusión, resultando las circunstancias planteadas en la presente causa, como así también la documentación aportada, sustancialmente diferentes a las suscitadas y acompañadas por el pretense querellante en el precedente "Microsoft Corporation" -causa citada- invocado por el recurrente en apoyo de su postura, el recurso de casación en análisis habrá de ser declarado mal concedido.-

III.- En virtud de lo dicho, propongo declarar mal concedido el recurso de casación obrante a fs. 94/106, con costas, y, en consecuencia, confirmar la decisión obrante a fs. 51/52 en cuanto no hizo lugar a la pretensión del doctor Christian Juan José Ameijeiras Biniat de ser tenido como parte querellante, en representación de la firma extranjera 'Microsoft Corporation' (arts. 444, 530 y 531 del C.P.P.N.).-

Tal es mi voto.-

Los doctores Raúl R. Madueño y Juan C. Rodríguez Basavillbaso dijeron:

Que adhieren al voto emitido por el Dr. Juan E. Fégoli y expiden el suyo en idéntico sentido.-

Por ello, y en mérito al acuerdo que antecede el Tribunal RESUELVE: Declarar mal concedido el recurso de casación obrante a fs. 94/106, con costas, y, en consecuencia, confirmar la decisión obrante a fs. 51/52 en cuanto no hizo lugar a la

pretensión del doctor Christian Juan José Ameijeiras Biniat de ser tenido como parte querellante, en representación de la firma extranjera 'Microsoft Corporation' (arts. 444, 530 y 531 del C.P.N.).-

Regístrese, notifíquese en la audiencia designada a fs. 124 -segundo párrafo- y, oportunamente, devuélvase a su procedencia. Sirva la presente de atenta nota de envío.-

Fdo.: Juan E. Fégoli, Raúl Madueño y Rodríguez Basavilbaso.-

Ante mí: Javier E. Reyna de Allende, Secretario.//-

"Teijeiro Luis Mariano c Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A. y G. – Abreviados - Otros - 1639507/36" - JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE QUINTA NOMINACIÓN DE CÓRDOBA - 23/03/2011 (Sentencia no firme)

SENTENCIA NUMERO: 97

Córdoba, 23 de marzo de 2011.

Y VISTOS: Estos autos caratulados " TEIJEIRO Ó TEIGEIRO LUIS MARIANO C/ CERVECERIA Y MALTERIA QUILMES S.A.I.C.A. Y G. -ABREVIADOS- OTROS - 1639507/36" iniciados el 06-02-2009, de los que resulta que a fs. 1 comparece el Sr. Luis Mariano Teijeiro entablado formal demanda en contra de la firma Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A. Y G. motivada en la compra de una botella de gaseosa de la marca "Pepsi" en la cual se encontró un envoltorio de gel íntimo para preservativos marca "Prime" , abierto y usado.- Reclama la entrega de un producto equivalente al defectuoso que adquirió, caso contrario la suma equivalente para adquirirlo en el mercado;; la suma pesos Un mil quinientos (\$ 1500) en concepto de daño moral y por último la aplicación de la nueva figura del "daño punitivo", estimando por dicho rubro la suma de pesos dos millones (\$ 2.000.000).- Afirma que la pretensión se enmarca en una relación de consumo. Que le cabe el encuadramiento en el art. 1 de la ley 24.240 de defensa al consumidor, reformada por ley 23361, el que transcribe. Agrega que la accionada es un proveedor en los términos del art. 2 de dicho ordenamiento. Expone que el día 24 de octubre de 2008 compró una botella de la marca Pepsi en un kiosko de esta Ciudad. Que se trató de una botella de vidrio de 1,25 litros envase retornable, que al momento de abrirla advirtió que en su interior flotaba un cuerpo extraño, que al dejar la botella quieta el cuerpo empezó a subir a la superficie y se hizo plenamente visible, que se trataba de un sobre color plateado de la marca de preservativos "Prime", con un logo que expresa "aloe Vera" "gel íntimo" "contenido neto 1 gramo", con sus bordes oxidados. Señala que la tapa de la botella no ha sido abierta, alterada ni manipulada, que esta tapa en el plástico azul expresa "elaborado por Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A. Y G. camino Jesús María Km. 6 Córdoba. Agrega que la tapa tiene un sello con una serie de numeros y letras " 8213L1112:36" y más abajo "P527/04/09". Afirma haber llamado al 0-800 de la empresa sin obtener una respuesta satisfactoria.- Manifiesta que la legitimación pasiva de la demandada resulta del art. 40 y 52 bis de la ley aludida, que establece la responsabilidad solidaria de todos los integrantes de la cadena de comercialización. Señala que la norma alude a las calidades de productor, distribuidor y proveedor, las cuales son ostentadas por la accionada.- Agrega que conforme las características del hecho, ésto solo pudo ocurrir por alguna falla de adentro de la elaboradora.- Manifiesta que en este caso tanto el transportista, como el comerciante minorista no () están involucrados.- Asimismo expresa que conforme las características del hallazgo, ésto solo pudo ocurrir por una falla adentro de la elaboradora. Que por ello sería intrínsecamente injusto dirigirse contra el transportista de la botella (en caso de que el transporte sea efectuado por otra sociedad, extremo que no le consta) o bien al comerciante minorista. Afirma que ellos nada han tenido que ver. Que las características del hallazgo – cuerpo sólido adentro de un envase con tapa cerrada no adulterada – demuestran que el hecho sólo pudo ocurrir por una falla en los controles de higiene, bromatológicos y/o de calidad de la empresa demandada. Que lo más probable es que el gel íntimo haya sido introducido en el interior de la botella por alguien que la compró anteriormente y que los sistemas de limpieza de la empresa no lo hayan extraído. Afirma que la hipótesis de algún "sabotaje interno" – empleado que deliberadamente hubiera introducido dicho objeto en el envase, en modo alguno disminuye el reproche contra la demandada. Que lo importante no es si el gel íntimo ingresó en la botella afuera o adentro de la fábrica. Que tampoco es relevante si eso sucedió antes o después de que el envase fuera llenado con la gaseosa. Que el nudo es que ese elemento estaba cuando la botella fue tapada en las instalaciones de Cervecería Quilmes. Que lo crucial y dirimente es que esa botella jamás debió haber salido de la fábrica con esa asquerosidad adentro, que jamás debió ser introducida en el mercado. Que estamos, como mínimo, ante un absoluto y ostensible incumplimiento de las normas de control de calidad. Que se ha violado abiertamente el Código Alimentario y la ley de defensa de la competencia y que los derechos de los consumidores han sido vulnerados y ofendidos. Que ha sido absolutamente transgredida la manda legal contenida en el art. 5 de la ley de defensa al consumidor, la cual transcribe.- Afirma que un sobre usado de gel íntimo, cuya utilización se realiza al practicar relaciones sexuales puede contaminar la gaseosa y poner en riesgo la salud .- Sostiene que una de las principales pautas para cuantificar el daño punitivo es la capacidad de pago de la demandada ya que a mayor capacidad de pago, mayor debe ser la indemnización punitiva. Que no es lo mismo multar a un kiosquero que a una multinacional. Que una suma significativa para aquél será irrisoria para ésta. Que por ello los norteamericanos hablan de los deep pockets (bolsillos profundos) como parámetro básico a la hora de fijar el monto del castigo a la empresa que no ha cumplido con las pautas más elementales para con los consumidores. Sostiene que en su propia página web la aquí demandada se jacta y publicita su poderío económico y su presencia en el mercado argentino. Acompaña extracto de la página web de la empresa demandada. Transcribe párrafos textuales, que entiende sumamente reveladores y que eximen de mayores consideraciones, y transcribe asimismo los productos que produce, elabora, distribuye y comercializa en la Argentina. - A continuación detalla los rubros pretendidos, a saber: Reparación en especie: petición se condene a la demandada a entregarle un producto equivalente al defectuoso que adquirió o en su defecto la suma necesaria para adquirirlo. Se basa en lo dispuesto por el art. 10 bis inc. B de la ley de defensa al consumidor.- Sostiene que debe tenerse en cuenta que los créditos indemnizatorios – aún los surgidos de incumplimientos contractuales - tal como sucede en la especie - constituyen una obligación de valor y no una estrictamente dineraria. Daño moral: expresa que el hecho ha causado un daño moral in re ipsa, proveniente de la desagradable sorpresa de encontrar un objeto de semejantes características adentro de una botella que contenía líquido destinado a ser ingerido. Solicita que el tribunal se coloque en su lugar e imagine personalmente el asco y la repugnancia que habría experimentado en su situación. Que fue un evento sumamente desagradable, el cual no requiere prueba alguna, y que ha lesionado la confianza en una reconocidísima marca, la segunda en el mercado de gaseosas, luego de la "Coca Cola" . Afirma que si bien se trata de un daño moral de escasa entidad, igualmente debe ser indemnizado por el responsable, por el principio de reparación integral. Lo estima en la suma de pesos Un mil quinientos (\$ 1500.). Daño

punitivo: Solicita se aplique al presente la importantísima reforma introducida por la ley 26361 como artículo 52 bis de la ley de defensa al consumidor, el cual transcribe.- Demanda por la suma de pesos dos millones (\$ 2000.000) .- A continuación realiza una exposición de los fundamentos del daño punitivo. Señala que el art. 52 bis significa un profundo cambio de paradigma, que ahora los jueces civiles no sólo deben indagar el daño causado por el responsable sino que si el damnificado así lo solicita, deben castigar a los empresarios que hayan incumplido las obligaciones a su cargo, deben dictar sentencias ejemplificadoras a fin de "moralizar el mercado". Sostiene que el legislador ha partido de la premisa de que la justicia penal está colapsada y ha receptado el daño punitivo con el fin de estimular a los consumidores a denunciar los incumplimientos. Que con el daño punitivo los consumidores se convierten en " fiscales " de la ley, que de ahora en más pueden acudir a los jueces civiles a fin de demostrar los incumplimientos de las empresas y a fin de lograr que ellas sean castigadas. Que se trata de un mecanismo equilibrador del mercado, otorgando al más débil una poderosa herramienta. Que de esta manera el daño punitivo se torna en una herramienta más eficaz que las sanciones penales o administrativas.- Insiste en que la ratio legis de la nueva figura es que las empresas luego de la condena judicial, sean más cuidadosas y no actúen desaprensivamente. Que el afán de lucro no las lleve a aflojar o relajar los controles de calidad de los productos que salen de la fábrica y son colocadas en el mercado minorista. Que existe una finalidad preventiva que los jueces pueden y deben desempeñar. Que hay otro aspecto en que debe cambiar la mentalidad del juez y es que no debe centrar la mirada en el caso individual, sino que debe pensar en la repercusión de la sentencia que se dicte, en el fin social que ahora la ley adjudica a su resolución. Que lo que se busca es enviar un mensaje a las empresas, en el sentido de que aumente el riesgo de que los incumplimientos reciban una sanción judicial.- Que en otros supuestos, se ha entendido que los daños punitivos deben proceder en los casos donde la antijuridicidad ha sido significativa pero el daño ha sido de escasa entidad. Que se ha enfatizado que de no existir el daño punitivo, ese tipo de hechos quedarían impunes. (que nada impediría que la empresa reitera esa antijuridicidad) que no habría ningún interesado en poner de resalto y en probar la transgresión. Que con el daño punitivo, " aumenta el riesgo de que la conducta sea judicialmente sancionada" (transcribe autor y obra citada.) Afirma que antes de que el daño punitivo fuera concretado por una norma legal positiva, la inmensa mayoría de los civilistas argentinos más reputados (Mosset Iturraspe, Alterini, Lorenzetti, Zavala de Gonzalez, Pizarro, Trigo Represas) se pronunciaron a favor de su recepción. Que el legislador no ha hecho otra cosa que atender al reclamo de los autores que pusieron de manifiesto la justicia intrínseca de esta institución. - Cita artículos de doctrina, que avalan el daño punitivo, y que han sido antecedentes de la nueva ley, reveladores del consenso sobre la justicia intrínseca y eficacia moralizadora de la figura.- Sostiene que el tema fue abordado en las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Santa Fe, 1999), en donde, entre otras, se formularon recomendaciones, que transcribe. Sostiene que el renombre de los autores citados y el prestigio científico de las referidas jornadas de Derecho Civil, eximen de mayor defensa de la institución en sí. Que más allá de que la institución ya está receptada positivamente por el legislador, lo que quiere destacar es que antes de la sanción de la ley existía un marcado consenso sobre la justicia intrínseca y eficacia moralizadora de la figura y sobre la conveniencia de su consagración legislativa. Sostiene que el proyecto de Código Civil contemplaba la figura de una manera todavía más amplia, no sólo para las relaciones de consumo, sino que el art. 1.587 preveía este tipo de sanciones para cualquier sujeto que actuara " con grave indiferencia respecto de los derechos ajenos". Que quedaban expuestos a recibir esta sanción situaciones tales como violación de los derechos intelectuales, contaminación del ambiente, competencia desleal entre empresas, acoso laboral, etc. Cita y transcribe doctrina. -.- Afirma que en el caso que nos ocupa se cumplen todos los requisitos legales y doctrinarios para la aplicación de la sanción perseguida, así enumera los siguientes: a) Grave incumplimiento ya que fallaron los controles de calidad, y la botella con el objeto aludido ingresó al mercado, lo que jamás debió suceder. -.- b) Violación de obligaciones legales, incluso de rango constitucional (art. 42 de la CN), art.5 de la ley de Defensa al consumidor, y se ha violado el Código alimentario.- c) Marcado menosprecio al derecho del consumidor, ya que no están hablando de un objeto pequeño o que pueda ser aséptico desde el punto de vista bromatológico. Que se trata de un sobre plateado, que brilla y resalta ante un líquido oscuro como el de la gaseosa cola. Que además se trata de un elemento que las personas usan cuando tienen relaciones sexuales, de algo que se emplea al momento de colocarse un preservativo en el pene, lo cual aumenta la antijuridicidad y reprochabilidad. Que la reprochabilidad aumenta porque se está hablando de un producto destinado a ser ingerido, a ser bebido, a ingresar al organismo del consumidor. Afirma que en los envases de bebidas cuyo destino es ser ingeridas, el control debe ser mucho mayor d) la demandada ha puesto en riesgo la salud e) La conducta es más reprochable para una empresa tan prestigiosa. Señala la regla contenida en el art. 902 del C.C. f) La sentencia debe reflejar la desaprobación social frente a hechos de esta naturaleza, debiendo dictarse un pronunciamiento ejemplificador, que cumpla una función de prevención especial (que la empresa en cuestión no vuelva a cometer un hecho de igual naturaleza) y general (que la sentencia a dictarse sea docente y llegue a otras empresas incentivándolas para que no haya fallas en los controles).- En cuanto al monto pretendido, señala que la ley habilita a reclamar una multa de \$1 a \$ 5.000.000, (cinco millones) con lo cual el monto reclamado de \$ 2.000.000 (dos millones) representa menos de la mitad de la escala. Afirma que distinto sería si estuvieran hablando de un gel íntimo encontrado dentro de una botella de cerveza artesanal elaborada por una pequeña empresa familiar, que si bien la antijuridicidad sería igualmente grave (que ninguna empresa puede despachar un producto en tales condiciones) lo cierto es que la magnitud de la multa en ese caso debería ser prudente. Que en esa hipótesis una suma relativamente moderada podría cumplir cabalmente con la finalidad legal (atento la capacidad de pago de la pequeña empresa). Se pregunta cuánto puede incidir la suma de pesos.//-

Dos millones en las ganancias anuales de una empresa como Cervecería Quilmes, que incluso, es miembro del Holding Internacional InBev, el más poderoso del mundo en el rubro bebidas. Afirma que una suma inferior sería irrisoria para la demandada.- Ofrece prueba Documental y acompaña el envase que motiva el presente en un envoltorio de seguridad, con medidas para evitar su deterioro y adulteración. Hace reserva del Caso Federal.-

A fs. 12 se imprime trámite abreviado a los presentes.

A fs. 20 comparece la Dra. Mariana Miseta en el carácter de apoderada de la accionada solicitando participación de ley. A fs. 80 comparece la apoderada de la accionada junto con el Dr. Gustavo Viramonte (H) en el mismo carácter y evacúan el traslado de la demanda, solicitando su rechazo, con especial imposición de costas.- En primer lugar, niegan todos y cada uno de los hechos denunciados por el actor en su demanda, como también el derecho invocado. Niegan que el actor revista el carácter de "consumidor" y destinatario final en los términos de la norma que transcribe, ya que no ha acompañado constancia que acredite la adquisición del producto, ni ha ofrecido prueba sobre su medio de vida, caducando su posibilidad de hacerlo, atento el trámite impreso a la presente causa, lo que determina su falencia a fin de demostrar su legitimación activa.- Niegan que se haya establecido entre el actor y su representada una relación de consumo, tutelada por la ley 24240, y que le asista a la misma el beneficio de justicia gratuita consagrado en la LDC. Por ello peticionan que al dictar sentencia se lo condene al pago de tasas y aporte correspondientes.- Niegan que el actor haya comprado en la fecha la botella descrita en un kiosko de esta ciudad y las demás circunstancias fácticas alegadas en la demanda. Resaltan conforme dichos del actor, que la misma nunca fue consumida.- Niegan que el elemento existente en el interior de la botella sea un gel íntimo para preservativos con los demás características denunciadas. Niegan que el elemento haya sido usado, abierto y/o cerrado.- Aseveran que dicho envoltorio jamás puede ser contaminante o riesgoso para la salud, ya que es público y notorio que esta destinado a ser consumido por millones de personas en sus relaciones sexuales.- Niegan, por no constarles, que los bordes del elemento estén oxidados por la pretendida acción corrosiva de la gaseosa, que la botella esté cerrada, inalterada y no manipulada, y que el 0-800 de su representada no diera respuesta al actor.- Afirman que, según las constancias informáticas del sistema de 0-800, el actor se comunicó recién con fecha 23-12-2008 y al ser requerido de los datos de la botella y verificación solicitó un ofrecimiento "porque sino iría a los medios", afirman que ello sumado a los meses transcurridos desde la fecha en la que el actor afirma haber adquirido la botella y la comunicación telefónica, denotan que no fue tan profundo el asco que manifiesta haber experimentado.- Niegan la responsabilidad atribuida por el actor a su representada, niegan que la misma haya incurrido en incumplimiento legal o contractual.- Niegan lo afirmado por el actor en orden a la exoneración de responsabilidad del transportista o comerciante minorista, en virtud de que a su criterio ellos no han tenido nada que ver. Sostienen que esto trasluce que al actor no le interesa acreditar la calidad de consumidor, ya que al menos debió individualizar el kiosco en el cual adquirió la botella, y así también preservar el derecho de defensa de CMQ.- Que el fin del actor ha sido litigar contra una única parte, cuya solvencia patrimonial nadie duda.- Niegan que el elemento y supuesto hallazgo invocado por el actor, constituya un hecho grave, imputable y reprochable a C.M.Q. Niegan que existan fallas en los controles de higiene, bromatológicos y/o de calidad. Niegan que las aludidas falencias sean atribuibles a defectos, desperfectos ni vicios de elaboración, embotellamiento, envasado ni de seguridad y calidad alimentaria de C.M.Q. Afirman que ésta observa los más altos y sofisticados patrones y controles de calidad y seguridad alimentaria.- Niegan las conjeturas formuladas por el actor, niegan que la botella haya sido comprada con anterioridad y que los sistemas de limpieza no hayan extraído el elemento encontrado en la botella.- Niegan la hipótesis de sabotaje interno. Afirman que en modo alguno el hallazgo habido en la botella pueda serle imputado a su representada.- Que es pública y notoria la envergadura económica de CMQ, pero sin embargo niegan que tal extremo resulte una pauta para justificar la pretensión de daños punitivos planteada. Remarcan que su representada no se jacta ni publicita su poderío económico, simplemente se enorgullece de ser una gran empresa con 118 años de antigüedad, que invierte en el país, siendo a su vez una de las mayores empleadoras privadas del mismo. Disienten con las apreciaciones del actor, sosteniendo que el orgullo no es jactancia. - Señalan que de la propia página web, que dejan ofrecida como prueba, y a la que toda persona tiene acceso, surge toda la labor a nivel de responsabilidad social empresaria, los programas educativos, las campañas masivas de consumo responsable, las relaciones con la comunidad, y las actividades de la empresa en gestión ambiental, seguridad industrial, y promoción de salud. Adjunta impresiones de la página aludida.- Niegan los rubros y los importes pretendidos. Niegan que el pretendido daño moral surja in re ipsa de los hechos descriptos, y que las molestias derivadas del asco que el actor expresa haber tenido, lo que niegan, pueda trasuntar en una modificación disvaliosa del espíritu, apta para generarle un daño moral.- Niegan que el supuesto hecho haya lesionado la confianza del actor en la marca, ya que de ser así no hubiere reclamado la reparación en especie que pretende en este proceso, la cual también rechazan y ofrecen a título de donación y no de reparación una botella de similares características, dejándola a disposición en el tribunal, por lo cual sostienen que el planteo en este punto se torna abstracto. Sostienen que la afirmación del actor, atribuyendo a CMQ incumplimientos contractuales, deja en evidencia que no reviste la calidad de consumidor. Afirman que su representada no comercializa en forma directa con el público sus productos, sostiene que éstos llegan al mismo a través de una cadena de comercialización intermedia, (comercios mayoristas, minoristas) que son los que por su cuenta y riesgo venden dichos productos. Esto revela que Teijeiro no reviste la calidad de consumidor, ya que jamás CMQ celebra contratos de venta de gaseosas con consumidores.- Afirma que tales términos no resultan calificables como un simple error material, ya que el elevado rigor científico de la demanda revela a las claras el amplio dominio dogmático de la materia. Niegan que el elemento existente en la botella haya ingresado afuera y/o dentro de la fábrica, que haya ingresado antes o después del llenado y que haya estado en la botella cuando esta fue tapada en la planta de CMQ y que saliera en estas condiciones de la elaboradora.- Niegan que CMQ sea responsable de que la botella haya llegado al mercado con el elemento encontrado dentro de la misma. Niegan que su representada haya incumplido las normas de control de calidad, haya violado el Código Alimentario (cuya autoridad de aplicación es el poder ejecutivo) y la ley de defensa de la competencia, niegan que su representada haya vulnerado los derechos de los consumidores y ofendidos y menos los del actor, cuya calidad de consumidor y ofendido han rechazado. Afirman que la utilización de las vías legales planteadas refleja un ejercicio abusivo y por ende irregular de los derechos consagrados en la L.D.C., buscando obtener una injustificada y desmesurada suma de dinero, que en el improbable caso de ser acogida, cualquiera sea su extensión, trasuntaría en un arbitrario enriquecimiento sin causa.-

Niegan que se haya configurado antijuridicidad y reprochabilidad alguna imputable a C.M.Q. Niegan que CMQ haya puesto, ni siquiera hipotéticamente, en riesgo la salud del actor. Señalan que es el mismo actor el que reconoce sus fundamentos como hipotéticos, lo que origina que el supuesto daño también sea hipotético e irreal.-

Resaltan que ninguna persona ingirió el contenido de la botella, sosteniendo la inocuidad del gel aludido, que esta hecho a base de agua, aloe vera y caléndula, todas sustancias inocuas. Adjuntan extracto de la pagina web de Prime. Niegan que resulte aplicable el art. 902 del C.C. Rechazan y disienten con el actor respecto de la diferencia entre los controles bromatológicos de un pequeño productor a los de una empresa multinacional. Sostienen que el criterio debe ser inverso, ya que esta última cuenta con tecnología de última generación, lo cual difícilmente observe un pequeño productor, con el riesgo que ello conlleva.-

Niegan, impugnan y rechazan no sólo la pretensión de daños punitivos, sino también el irrazonable, injustificado, abusivo y desmesurado importe pretendido por este concepto. Remarcan que la magnitud económica de C.M.Q. en modo alguno justifica que deba transferir parte de su patrimonio al actor, sin causa alguna que lo justifique. Por último impugnan la documental acompañada a la demanda, negando su autenticidad y veracidad.-

Oponen la defensa de fondo de falta de acción respecto de la demanda deducida por el actor. Afirman que las circunstancias que sostiene el actor, ya negadas, en modo alguno resultan imputables a CMQ dado que resulta material, física y químicamente imposible que en el proceso de elaboración, envasado y embotellado de gaseosas se filtre elemento extraño alguno que pueda ingresar en las botellas, que el elemento que motiva este proceso no constituye un vicio o falla atribuible a su representada, negando asimismo que este resulte lesivo ni riesgoso para la salud.- Ponen de relieve que todo los envases de vidrio que ingresan a la planta de CMQ son meticulosamente higienizados mediante equipos de alta tecnología utilizando soluciones de limpieza y desinfección a altas temperaturas, que luego las botellas son sometidas a diferentes controles de inspección, para luego continuar a través de cintas hacia la máquina llenadora, que luego se efectúa el tapado y finalmente el etiquetado.-

Sostienen que la elaboración de la gaseosa se realiza con un equipo denominado mixer, de varios tanques donde se mezcla y produce el jarabe, que es conducido a la llenadora por medio de cañerías. Señalan que tanto tanques como cañerías son de acero inoxidable y que en ninguna de dichas etapas entra el producto en contacto con personal de la empresa dado que todo el proceso está íntegramente automatizado.-

Remarcan que CMQ ha certificado todo el proceso de elaboración y envasado bajo los parámetros de seguridad alimentaria e inocuidad de Lloyds Register lo que asegura que desde la materia prima hasta el producto final, esté asegurado, impidiendo que existan situaciones riesgosas o dañinas para la salud. Afirman que el hecho denunciado por el actor es ajeno a CMQ, por lo cual ésta no resulta responsable.-

Ausencia de daño moral: Niegan que el supuesto hecho tenga relación de causalidad adecuada para infringir al actor "daño moral". Sostienen que la reparación de este daño exige la presencia de una aflicción seria y no tan sólo de molestias o inconvenientes, ya que no ha sido dispuesta para engrosar la indemnización por el menoscabo patrimonial. Citan jurisprudencia en este sentido.-

Afirman que debe constituir una lesión, de razonable envergadura, producida al equilibrio espiritual que la ley tutela.

Remarcan que la supuesta botella nunca fue abierta ni consumida, con lo cual el hecho no supera el valladar de una molestia no indemnizable.-

Citan jurisprudencia que rechaza reclamos similares al de autos.- Por último solicitan el rechazo de la suma reclamada, con costas al actor.- A continuación encaran el rubro reclamado del "daño punitivo", transcriben los conceptos vertidos por la doctrina y la jurisprudencia de Estados Unidos, país que ha hecho el mayor aporte tanto doctrinario como jurisprudencial en este tema.-

Así lo definen como "multas privadas impuestas por jurados civiles para castigar conductas reprochables y disuadir su futura ocurrencia". Señalan que la finalidad del instituto es de castigo y prevención.- Que el daño punitivo no es una indemnización y posee una naturaleza accesoria, pues constituye un plus a la indemnización por los daños ciertos sufridos. Sostienen que el daño punitivo no tiene vida por sí mismo, que no existe una acción autónoma para reclamar el mismo, que deben reclamarse dentro de la acción de daños y perjuicios, y que la circunstancia de la conducta temeraria, dolosa intencional y agravante del demandado es lo que justifica su imposición.-

Sostienen que es un instituto de procedencia excepcional, que la nota tipificante reside en el elemento subjetivo, que debe ser agravado, ya que la mera negligencia no es suficiente para imponerlos.-

Afirman que en relación a este punto disienten con la postura sostenida por el abogado patrocinante del actor y la prestigiosa Dra. Matilde Zavala de Gonzalez, en cuanto señalan que no es necesario que medie un factor subjetivo de atribución contra el responsable, con relación específica con el hecho perjudicial, bastando una conducta objetivamente descalificable desde el punto de vista social. Señalan conforme lo sostenido por el Dr. Edgardo Lopez Herrera que funciona exactamente al revés, es la subjetividad vista desde un punto de vista de rechazo social la que hace procedente estos daños, y radica su importancia en la posibilidad que tuvo el sujeto de prevenir el hecho.-

Afirman que no existiendo en el caso conducta subjetiva y agravada, no puede tener cabida la sanción requerida.-

A continuación relatan los casos mas resonantes de aplicación de este instituto en los Estados Unidos, a fin de evidenciar la irrazonabilidad del planteo y lo exorbitante de la cuantificación pretendida.- Expresan que de ellos se concluye que sólo se han receptado casos extremos, graves y con daños ciertos enormes. Seguidamente analizan e interpretan el art. 52 bis de la LDC, manifestando la improcedencia en su aplicación al caso de marras.-

Expresan que el artículo señala que es necesario para la procedencia de los daños punitivos la configuración de incumplimientos legales o contractuales, que sin embargo tal circunstancia no es suficiente para derivar en su aplicación. Expresan que sin incumplimiento no puede haber daño punitivo, pero puede haber incumplimiento sin daño, que es lo que sucede generalmente.- En consecuencia concluyen en que no existiendo en este proceso daños ciertos, y no habiendo CMQ incurrido en ningún incumplimiento legal ni contractual y mucho menos ninguna conducta temeraria, grave, ni dolosa agravada, la pretensión de daños punitivos resulta improcedente e infundada.- Asimismo afirman que de lo expuesto se desprende que la exagerada cuantificación excede toda razonabilidad e incurre en una plus petición inaceptable.- Plantean excepción de plus petición por las razones expuestas.- Ofrecen prueba Documental-Instrumental, Pericial, Testimonial, Informativa. Hacen reserva del Caso Federal.-

A fs. 150 toma intervención la Sra. Fiscal Civil, Comercial y Laboral de 1ra. Nominación, y emite dictámen, el cual se encuentra glosado a fs. 550/552.

A fs. 170 se provee a la prueba ofrecida por las partes. Diligenciada la misma y vencido el período respectivo, se dicta el decreto de autos. Firme y consentido el mismo queda la causa en estado de resolver.

Y CONSIDERANDO:

I) Que interpone el actor, Sr. Luis Mariano Teijeiro, formal demanda ordinaria tendiente al resarcimiento de los daños y perjuicios que dice haber sufrido cuando, el veinticuatro de Octubre de dos mil ocho, al comprar una botella de la marca "Pepsi" en un kiosco de esta ciudad – botella de vidrio de 1,25 litros, envase retornable – advierte que en su interior flotaba un cuerpo extraño. Expresa que al dejar la botella en reposo, el cuerpo comenzó a subir, haciéndose plenamente visible al llegar a la superficie, observando en ese momento que se trataba de un sobre color plateado de la marca de preservativos Prime. Lo describe como un envoltorio que en su anverso reza " Prime" y luego tiene un logo que expresa " aloe vera", " gel íntimo", con sus bordes oxigados, probablemente por la acción corrosiva de los componentes de la gaseosa. Reclama a la empresa Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A. Y G. como productora, distribuidora y proveedora del producto que describe como defectuoso, alegando la existencia de una falla en la elaboración del mismo, sólo imputable a la empresa demandada. Reclama la reparación en especie, consistente en la entrega de un producto equivalente al defectuoso que adquiriera o la suma necesaria para adquirirlo en el mercado como asimismo la reparación del daño moral que sostiene haber sufrido al encontrarse, al adquirir la botella con líquido destinado a ser ingerido, con la desagradable sorpresa de que su interior existiera un objeto de semejantes características. Finalmente reclama se imponga a la empresa demandada daños punitivos por la suma de pesos Dos millones (\$ 2.000.000), teniendo en cuenta la gravedad del incumplimiento en que habría incurrido, habiendo violado obligaciones legales, incluso de rango constitucional. Funda su reclamo en lo dispuesto por el art. 52 bis de la ley de Defensa del Consumidor. La demandada comparece y luego de negar en forma general los hechos denunciados por el actor y el derecho esgrimido, le desconoce la calidad de consumidor y destinatario final en los términos de la normativa invocada, niega que el elemento existente en la botella, que reconoce que produce y distribuye, sea su responsabilidad, que sea el elemento que describe el actor, que la botella no haya sido abierta o manipulada. Rechaza la responsabilidad que se le endilga, negando fallas en los controles de calidad del producto, y la conducta negligente que se le imputa. Respecto a la reparación en especie que reclama el actor, a título de donación, y no de reparación, ofrece una botella de similares características a la que motiva el pleito, y la deposita en el tribunal. Rechaza el reclamo por daño moral, por carecer de sustento lógico, racional y legal. Finalmente en cuanto a la pretensión de imposición de daños punitivos, solicita su rechazo por abusiva y contraria a la buena fe, negando haber incurrido en incumplimiento de las obligaciones legales o contractuales como proveedor. La Sra. Agente Fiscal interviniente en autos, evacúa el informe requerido a fs 550/552, peticionando que al resolverse la presente se tenga en miras las normas legales (leyes 24.240, Constitución Nacional) y los principios rectores y postulados que invoca referidos a la Ley de Defensa del Consumidor. En estos términos ha quedado planteada la cuestión traída para resolver. II) Conviene precisar, en primer lugar y a los fines de despejar del planteo cuestiones que no se encuentran controvertidas, que la accionada Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A. Y GA. , a quien se demanda en su carácter de productora, distribuidora y proveedora del tipo de gaseosa a la que pertenece la botella que dice haber adquirido el actor, reconoce ser productor de las gaseosas marca Pepsi, del tipo de la botella de referencia. Esta última, según consta en el certificado obrante a fs. 9 de autos, se encuentra reservada en la Secretaría del Tribunal, y se trata de una botella de Pepsi, retornable, envase de vidrio de 1,251 , tapa rosca cerrada de fábrica con número de identificación 8213L111:36,P527/04/09, y se corresponde con las fotografías obrantes a fs. 6/7, 7vta. de autos, visualizándose en su interior el elemento que describe el actor en su demanda. –Si bien la demandada en su contestación del traslado niega, por no constarle, que la botella esté cerrada, inalterada y no manipulada, posteriormente, en el mismo escrito, (fs. 12) expresa " Remarcamos que la supuesta botella jamás fue abierta ni consumida..." con lo cual esta circunstancia se encuentra fuera de toda discusión.

III) RESARCIMIENTO DE DAÑOS:

A) DAÑO MATERIAL: Reclama la parte actora el resarcimiento en especie y por lo tanto la entrega de una botella de similares características a la que adquiriera y resultara defectuosa o el valor de la misma y la indemnización del daño moral. La parte demandada opondrá la excepción de falta de acción, por cuanto, entre otras defensas, le desconoce al actor la calidad de consumidor que invoca, aduciendo que no ha acreditado haber adquirido la gaseosa, negando que se haya configurado entre las partes una relación de consumo y que por ende se encuentre comprendido bajo el marco tuitivo de la ley 24.240. La defensa del consumidor ha tenido consagración legislativa, luego de un proceso evolutivo, con el dictado de la Ley 24.240, promulgada el trece de Octubre de mil novecientos noventa y tres. Reconoce esta norma como uno de sus principios el de la " reparación de los daños patrimoniales y morales, tanto individuales como colectivos". Respecto de la noción de consumidor, la ley 24240, con anterioridad a la reforma introducida por la ley 26.391, disponía en su art. 1 " La presente ley tiene por objeto la defensa de los consumidores o usuarios. Se consideran consumidores o usuarios, las

personas físicas o jurídicas que contratan a título oneroso para su consumo final o beneficio propio o de su grupo familiar o social. Con la sanción de la ley 26.361 se expande el concepto de consumidor, introduciéndose importantes reformas en el texto original, el que dispone qué se entiende por consumidor o usuario. " toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social". Sin lugar a dudas y sin perjuicio de las fallas que pueda presentar la norma y que diera lugar a debates doctrinarios, lo cierto es que demuestra una decisión política de ampliar el ámbito o radio de actuación de la Ley de Defensa del Consumidor. Es decir, se busca ampliar o beneficiar con la aplicación de la ley a otros sujetos que no se encontraban comprendidos en la norma anterior. " En tiempos recientes, se introdujo una reforma a la LDC por medio de la ley 26.361, promulgada el 3 de abril de 2008, la cual, entre otras cosas, amplió el ámbito de los legitimados activos al incluir, además de los consumidores propiamente dichos, a los terceros dañados – corrientemente denominados bystanders.." (Revista de Derecho Privado y Comunitario. 2009. Consumidores. " La Responsabilidad por daños y La protección al consumidor." Alberto Bueres y Sebastián Picasso. Pág.32). Se reconoce legitimación activa para reclamar la tutela del crédito o la concesión de resarcimientos, al consumidor, al usuario, al beneficiario y al expuesto a una relación de consumo, conforme lo dispone el último párrafo del art. 1 de la LDC. Se reemplaza el término " contrata " por " adquiere o utiliza ", ampliando de tal forma el campo de aplicación de la ley, incluyendo asimismo a las adquisiciones o utilidades gratuitas. Se considera a estos sujetos inmersos dentro de lo que se denomina relación de consumo. Aplicando estos conceptos a la cuestión que nos ocupa, se advierte que resulta irrelevante la omisión, en que según la demandada incurre el actor, al no haber acreditado la compra del bien, ya que el sólo hecho de tener la botella de gaseosa en su poder, como usuario, a los fines de su consumición, lo legitima para accionar invocando una relación de consumo. Con la documental acompañada a fs. 97/101, informe expedido por la Dirección de Inspección de Personas Jurídicas del Registro Público de Comercio, con fecha 23 de marzo de 2009, en el sentido de que " Verificado el Registro: Protocolo de Comerciantes y auxiliares de Comercio, cumpla en informar a usted que " Tejeriño Luis Mariano, D.N.I. 28.432.231, no registra antecedentes de inscripción en dicho Protocolo, se acredita que el actor no ejerce el comercio, por lo cual resulta ser consumidor final del producto.-

En lo que respecta a la legitimación pasiva, la LDC describe en su art. 2 la persona del proveedor " Es la persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aún ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes o servicios, destinados a consumidores o usuarios. El Proveedor está obligado al cumplimiento de la presente ley". Como se desprende de la reforma de la ley 26.361, se amplía el listado de actividades que se consideran incluidas dentro de la ley, y para que no existan dudas sobre la legitimación pasiva, la ley postula que " todo proveedor está obligado al cumplimiento de la presente ley". Describe el art. 3 de la ley 24.240 a la relación de consumo, como " el vínculo jurídico entre proveedor y el consumidor o usuario". Se advierte que la demandada reconoce ser productor de las gaseosas marca Pepsi, del tipo de la botella que se encuentra reservada en el tribunal (pág.81 de autos) y el hecho de haber proveído el artículo a la parte actora a través de un intermediario, no impide reconocer la existencia de un vínculo entre las partes, que encuadra dentro de la denominada relación de consumo. Como bien lo sostiene la demandada ella no vende en forma directa al público, razón por la cual el consumidor sólo puede adquirir el producto en los lugares en que se comercializan, en este caso, según expresa el actor, en un kioko, pero ello no es óbice ni impide que se haya creado entre las partes del proceso un vínculo que obliga a la demandada a responder frente al actor en caso de incumplimiento de las prescripciones de la LDC, referidas a la forma en que deben ser suministrados los bienes o prestados los servicios. Respecto de la relación de consumo, se ha expresado que " Esta definición no significa que sólo quedan dentro del ámbito de protección los que son partes en esa relación de consumo, ya que el párrafo final del art. 1 ha extendido la protección a aquellos que sin serlo pueden ser afectados por esta relación de consumo. Se debe considerar, entonces, que hay dos situaciones subjetivas que reciben la protección normativa del sistema; a) las partes/ consumidores de una relación de consumo, y b) los que resultan afectados (sin ser partes) por esa relación de consumo" (Revista de Derecho Privado y Comunitario. 2009-1. Rubinzal Culzoni Editores. La ley 26361. Reseña General por Miguel A. Piedecasa, pág.88.). Respecto a la protección de los derechos del consumidor o usuario, establece el art. 5to, Protección al consumidor. Las cosas y servicios deben ser suministrados o prestados en forma tal que, utilizados en condiciones previsible de uso, no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios" . " La doctrina entendió, en general, que la norma consagra, en forma expresa, una obligación de seguridad de resultado a cargo del proveedor, cuyo incumplimiento lo hará incurrir en una responsabilidad de carácter objetivo". " La ley 24.999, del 24 de Julio de 1998, con total acierto, determinó " la reviviscencia", como afirmó algún autor, o, con otras palabras, la reposición del mencionado artículo 40, con diferencias menudas. El texto establece que si se produce un daño al consumidor que resulta del riesgo o vicio de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio." " Como puede advertirse, el precepto consagra una responsabilidad objetiva fundada en el riesgo. De ahí que sólo puede liberarse el sujeto (o sujetos) que pruebe un hecho de la víctima, un hecho de un tercero por el que no debe responder o un caso fortuito genérico" (Responsabilidad por daños y la Protección al Consumidor. Alberto J. Bueres y Sebastián Picasso. Revista de Derecho Privado y Comunitario 2009-1. Consumidores. Rubinzal-Culzoni Editores. Pág. 40/41). Reconoce la ley como uno de sus principios el de la reparación de los daños tanto patrimoniales como morales, provocados en forma individual o colectiva. Es importante destacar que la reforma constitucional de 1994 consagra en el art. 42 C.N., la protección de los consumidores y usuarios, como el derecho a la salud, seguridad, intereses económicos, a una información adecuada y veraz: a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno. Hace referencia el texto constitucional a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, calidad de servicios públicos y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. Es importante destacar que nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa " Mosca", reconoció como consumidor a una persona que había sido dañada por una piedra arrojada desde un estadio de fútbol y en el que se encontraba desarrollando un partido y

encontrándose ella fuera del recinto aguardando a personas que habían contratado sus servicios para transportarlas en su automóvil " De ese modo, el alto tribunal dejó aclarado que la relación de consumo a la que aluden el art. 42 de la Constitución Nacional y la ley 24.240 debe interpretarse con laxitud, y abarca no sólo a quien adquiere bienes y servicios para su consumo final, sino también a quien los utiliza sin haberlos adquirido, aún a aquellas personas que, sin siquiera utilizarlos, han actuado en respuesta a la oferta emanada del proveedor". (obr. Cit. Pág. 49) Conforme dicha doctrina jurisprudencial, el concepto de consumidor, al que la ley le otorga protección de sus derechos como tal, resulta ser abarcativo de todo aquel que, en una relación de consumo, adquiere bienes o servicios para su consumo final, en beneficio propio o de su familia o núcleo social, y a quien de cualquier forma esté expuesto a una relación de consumo. " La tutela del consumidor importa, como base, el reconocimiento de los derechos que emanan de su posición en la relación conmutativa. Como lo ha sostenido sistemáticamente la doctrina " los derechos del consumidor son e) derecho a la protección de los intereses económicos a través de la calidad de productos y servicios, la justicia contractual y la reparación de daños..." Ha subrayado y destacado la doctrina, en el análisis de la relación de consumo y la defensa de los derechos del consumidor, la situación de inferioridad o debilidad en que se encuentra este último frente a su proveedor " En perspectiva jurídica, la ley 24.240 presupone una situación de desequilibrio genético en la relación derivada de un negocio de consumo, y, en tal mérito, la necesidad de contemplar esta situación al momento de la interpretación de los casos concretos que se presenten a análisis y resolución. " La ley 24.240 presupone irrefragablemente la situación de debilidad en que se halla el consumidor. De allí que, enfrentadas las partes en un conflicto (...) se estará siempre a la interpretación más favorable para el consumidor" Stiglitz, Rubén S. Y Stiglitz, Gabriel Derechos y Defensa del Consumidor, La Roca Buenos Aires, p. 117) (Defensa del Consumidor. Ricardo Luis Lorenzetti. Gustavo Juan Schötz. Edición Depalma, pág. 45, 46, 47). En autos, la parte actora, en su calidad de consumidor final de la gaseosa, se encuentra vinculado a la demandada por una relación de consumo, que lo habilita y legitima a reclamar la tutela efectiva del derecho, que alega le ha sido vulnerado. La defensa de los intereses de los consumidores hace responsable a los fabricantes, productores, proveedores, de la calidad de los productos que ponen en el mercado a los fines de su consumo, " De allí surge la necesidad de imponer al empresario un estricto deber de asegurar la eficacia, calidad e idoneidad del bien o servicio, para el cumplimiento de la finalidad a la que están destinados de acuerdo a su naturaleza y características. (CNCont.Adm.Fed., Sala II, 7/10/99 " Asist Med S.A. c/ Secretaría de Comercio e Inv. DNCI 890/98, Rev. " Responsabilidad Civil y Seguros" 2000, p. 514) (Obra cit. Pág. 53/54). Arguye la demandada, negando la existencia de una relación de consumo que lo vincule con la actora y en virtud de la cual deba responder frente a ella, que no " no comercializa en forma directa al público consumidor los productos por ella elaborados. Estos productos llegan al público a través de una cadena de comercialización intermedia, como comercios mayoristas, distribuidores, y finalmente los supermercados y comercios minoristas (kioscos, dispensas, etc.) que son los que por su propia cuenta y riesgo – venden los productos CMQ." Al respecto se ha destacado que " la protección que confiere la defensa del consumidor no se restringe a un aspecto meramente económico, sino que a su vez aplica sanciones para las cuales no es requerida la comercialización directa de los productos a los usuarios, en tanto dicha producción o fraccionamiento forma parte de una cadena económica cuyo último eslabón es el consumidor, respecto del cual rige la norma del art. 5to. de la ley 24.240, que intenta evitar la obtención de productos que, utilizados en condiciones previsibles o normales de uso, presenten peligro para la salud o integridad física." Es decir, la ley protege al consumidor frente a quien interviene en toda la cadena de comercialización del producto, independientemente de que sea quien haya comercializado en forma directa al público consumidor sus productos elaborados, y exige, en aras de la protección del consumidor, que " las cosas y servicios deben ser suministrados o prestados en forma tal que, utilizados en condiciones previsibles o normales de uso, no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios". La exigencia de la ley en el sentido de que los artículos de consumo, puestos en el mercado, y utilizados por el destinatario de los mismos, no contengan o impliquen un riesgo para la salud de los consumidores, presupone que dichos productos sean consumidos o se encuentren en tales condiciones. La botella de gaseosa que el actor tenía en su poder no se encontraba en condiciones de ser consumida, sin perjuicio de que se pueda discutir sobre si el elemento que se encuentra en su interior, es nocivo o no, para la salud del consumidor. Lo cierto es que el producto elaborado por la empresa demandada, en poder del actor, como consumidor, no se encontraba en condiciones de ser consumida, naciendo de tal forma la responsabilidad de la empresa demandada ante el incumplimiento de la obligación que le impone la ley de elaborar y distribuir productos de calidad y que cumplan adecuadamente la finalidad perseguida. Tratándose de una responsabilidad objetiva, la que surge de las relaciones de consumo, en el caso, por haber lanzado al mercado una cosa viciosa, en el sentido de cosa que contiene un defecto que le impide cumplir la función para la que está destinada, la obligación de responder surge clara, debiendo en consecuencia la demandada entregar a la parte actora una botella de similares características a la que nos ocupa, como forma de reparación en especie. En materia de responsabilidad por productos elaborados, el demandante únicamente tiene que probar el daño y la relación de causalidad, estando eximido de probar la negligencia del fabricante, en razón de tratarse de una responsabilidad objetiva que se presume por la sola existencia del daño, pudiendo en tal caso el proveedor eximirse de responsabilidad acreditando culpa de la víctima o de un tercero, por quien no deba responder. Es decir, el daño causado por un producto elaborado deja de ser un daño contractual para pasar a ser un daño extracontractual, siendo el factor de atribución objetivo, y por ende la observancia de diligencia en el productor resulta irrelevante a los fines de eludir su responsabilidad. A mérito de lo expuesto, en el marco de responsabilidad que se postula aplicable, la demandada debe responde frente a la parte actora, debiendo ser condenada a entregar la botella de gaseosa reclamada, condena que podrá hacerse efectiva sobre la que fuera depositada por la accionada y que se encuentra reservada en la Secretaria del tribunal, debiendo entenderse tal entrega como cumplimiento de la condena a ordenarse en autos y no como una liberalidad, o donación, como pretende calificar la demandada al depósito que efectuara del producto.

B) DAÑO MORAL: Reclama la parte actora el pago de la suma de pesos Un mil quinientos, en concepto de reparación del daño moral que dice haber sufrido como consecuencia de haber encontrado en la botella de gaseosa que obraba en su poder a los fines de su consumición, un elemento extraño consistente en un sobre conteniendo un gel íntimo, lo que le

habría producido una gran repugnancia que amerita el reclamo que efectúa por este concepto. Resalta el actor la desagradable sorpresa que le produjera el hecho de encontrar un objeto de semejantes características adentro de una botella que contenía un líquido destinado a ser ingerido. Se opone la demandada al reconocimiento de este rubro por entender que los supuestos hechos que se alegan no tienen relación de causalidad adecuada con el daño moral invocado, es decir no resultan idóneos para infringir daño moral al actor, negando asimismo que sea cuantificable en la suma pretendida. Sostiene que los hechos denunciados carecen de potencialidad dañina en el ámbito del daño moral.

Cabe precisar, en el análisis de lo relativo a la prueba del daño moral, que debe realizarse una comparación respecto a si se trata de la afectación derivada de la faz extracontractual por hecho ilícito, o si lo es derivado de responsabilidad contractual. En el ámbito extracontractual, la reparación del daño moral se encuentra establecida en el art. 1078 del C. Civil, el que establece que además del daño patrimonial, es resarcible el daño moral. El daño moral, en el caso de la responsabilidad extracontractual, no requiere de una prueba directa de su existencia y entidad, ya que se manifiesta "in re ipsa". Es decir no se necesita de un profesional en la materia, de un psicólogo o psiquiatra para comprobar los sufrimientos que un determinado hecho pueden provocar en la víctima. "El daño moral se infiere por lo común in re ipsa, es decir, a partir de una determinada situación objetiva, si ésta permite inducir un menoscabo en las afecciones legítimas de la víctima." (Doctrina Judicial. Solución de casos. 1. Alveroni Ediciones. Pág. 201.) En el caso del daño moral contractual la valoración del daño debe efectuarse con mayor rigor. "La redacción del art. 522, Cód. Civil, en cuya virtud el juez "podrá" ordenar la indemnización del daño moral contractual, evidencia que no se trata de un capítulo automático, sino que exige una ponderación cuidadosa de las circunstancias del caso que permita concluir en su efectiva configuración. –

En el caso concreto que nos ocupa, se encuentra acreditado el hecho descrito por el actor, es decir la tenencia de una botella de gaseosa a los fines de su consumición, en la que encuentra en su interior un elemento que describe como repugnante. Se trata, conforme surge de la botella reservada en el tribunal, de un sobre conteniendo en gel íntimo, con uno de sus bordes cortados. La existencia de esta botella de gaseosa a los fines de ser consumida en el mercado y que, por el elemento que contiene en su interior, no cumple con dicho objetivo, implica una abierta violación al art. 5 de la ley de D. C. Y como tal constituye un acto ilícito, conforme el encuadre jurídico previsto por el art. 1066 del C. Civil. Es por ello que la cuestión queda comprendida dentro de la órbita de la responsabilidad extracontractual, conforme la doctrina de la responsabilidad civil. Nos encontramos frente a un hecho ilícito que entiendo ha tenido entidad suficiente para provocar en el actor un disgusto de tal magnitud que amerite ser reparado por vía del reconocimiento de la existencia de un daño moral. Resulta a todas luces injusto que el actor tenga que soportar o tolerar una situación como la descrita. Alude la parte actora a que "el hecho le ha causado un daño moral "in re ipsa", proveniente de la desagradable sorpresa de encontrar un objeto de semejantes características adentro de una botella que contenía líquido destinado a ser ingerido". Respondiendo a la sugerencia que efectúa el actor, en cuanto a ponerse en su lugar, entiendo que, dado el prestigio que se le reconoce en el mercado de consumo a la empresa demandada, el hecho de encontrarse ante la imposibilidad de consumir un producto elaborado por ella, por no cumplir con las correspondientes normas de calidad, y sobre todo teniendo en cuenta que el elemento encontrado dentro de la botella, es capaz de producir una repugnancia especial, el hecho es idóneo para producir un sufrimiento tal, que exceda la simple contrariedad o disgusto y que amerite su reparación en concepto de daño moral.

"Como la intimidad no es accesible, necesariamente debe acudirse a parámetros sociales de evaluación, en el sentido de percibir el daño moral según lo que experimentaría el común de las personas en similar situación lesiva. Reside allí una paradoja: precisamente porque un desequilibrio espiritual es tan subjetivo, media imposibilidad de apreciarlo si no en virtud de pautas exteriores más o menos compartidas entre los seres humanos. Con lo expuesto, aseveramos que los daños morales son perceptibles por el juez. Aunque, desde luego, la labor del magistrado en su reconocimiento no es realizar sicodiagnósticos; y tampoco, verter cálculos matemáticos, según en cambio es factible en muchos años patrimoniales. Como en tantos otros ámbitos, no se requiere que el juez haya vivido la situación en que se encuentra la víctima para comprenderla. Tampoco es menester una percepción directa en la subjetividad del dañado: implica sí colocarse en su estado existencial, pero acorde con pautas accesibles para todos quienes captan un menoscabo ajeno. En sentido coincidente, precisa Bustamante Alsina que "si el daño moral es una alteración emocional profundamente subjetiva, la apreciación por el juez para fijar en dinero aquella compensación, debe ser necesariamente objetiva y abstracta. La indemnización del daño moral no está en función de la representación que de él se hace la víctima (no en concreto) sino de su constatación por los jueces y de su evaluación objetiva (en abstracto) (...) considerando objetivamente cuál pudo ser el estado de ánimo de una persona común colocada en las mismas circunstancias concretas en las que halló la víctima del hecho lesivo" "Bustamante Alsina, El daño moral por lesiones al honor, LL. 1996-E-526." "De lo contrario, sería imposible cualquier valoración en la práctica, pues tampoco ningún juez puede haber experimentado todos los desmedros espirituales susceptibles de afectar a las personas." (Matilde Zavala de Gonzalez Resarcimiento de daños. 5ª Cuánto por daño moral. (La indemnización en desequilibrios existenciales). Hammurabi. José Luis Depalma. Editor, pág. 106/107). Es en esa inteligencia que entiendo que la indemnización del daño moral que alega haber sufrido el actor resulta procedente. Es importante destacar que la envergadura y prestigio de la empresa demandada, provoca en el consumidor una expectativa y confianza en que el fabricante del producto le va a entregar la mercadería correcta y conforme a la finalidad perseguida, confianza ésta que sin duda se ha visto burlada con el hecho descrito. La empresa demandada trata de minimizar el hecho, sosteniendo que lo provocado no excede las simples molestias, sosteniendo que "La reparación del daño moral exige la presencia de una aflicción seria y no tan sólo de inconvenientes o molestias, puesto que no ha sido dispensada por el legislador como un medio para engrosar la indemnización del menoscabo patrimonial". Al respecto cabe precisar que si bien no se trata de un daño moral grave, de un sufrimiento espiritual intenso, ello no es óbice para reconocerlo como tal. Aunque se trate de un daño leve, por ser injusto, amerita su reparación. "Por nuestra parte opinamos que no puede rechazarse la indemnización de perjuicios escasos, si existen y son inmerecidos: no hay vacunas contra la injusticia y el derecho renuncia a la paz social cuando deja

sin solucionar los asuntos de menor cuantía." (obra cit. Pág. 190). Si el daño es leve, menor, ello determinará la cuantía o importancia de la indemnización, pero no la excluye, ya que nadie debe soportar ser víctima de daños injustos, aunque sean de escasa relevancia. " En definitiva, hay daños morales de variada gravedad pero, si se producen y son injustos, no están fuera de la tutela resarcitoria bajo el pretexto de ser "mínimos". Antes bien, lo "menos" que legítimamente puede pretender cualquier persona es vivir con básica normalidad, sin otros inconvenientes que los aparejados por su naturaleza humana y la convivencia. Bastante difícil es ya afrontar esa vida en sociedades fríamente impiadosas para que, además, deban soportarse sin remedio agresiones externas que desbordan una elemental tolerancia y que frecuentemente pudo evitar el dañador. Nunca es jurídicamente minúscula la nocividad injusta, porque tampoco es mínima humanamente. Gran parte del discurrir personal transita en "pequeñas cosas". ¿Porqué subestimar lo exiguo si es valioso?" (ob. Cit. Pág. 201).-

Una vez determinada la existencia del daño moral, surge el difícil problema de establecer la cuantía de la indemnización, y esto es así porque no existe una correspondencia exacta entre la naturaleza del daño moral y la del resarcimiento. Existe una dificultad insalvable para determinar y justificar la condena a una suma determinada de dinero en concepto de daño moral, sin embargo tampoco se puede recurrir a métodos o parámetros matemáticos que no son adecuados a tal fin, dada la especial naturaleza de este tipo de daños. En cuanto a la cuantificación del daño moral se ha expresado " Es sabido que el daño moral, por tratarse de una modificación disvaliosa del espíritu, no permite una cuantificación estrictamente objetiva, por lo que en principio queda librada al arbitrio judicial. Ello no autoriza a apartarse del principio de motivación de la sentencia, en virtud del cual ésta debe estar fundada lógica y legalmente (art. 155 Constitución Provincial y 326 C.P.C.C.) Tampoco es suficiente una mera descripción de pautas genéricas, abstractas o indeterminadas, por el contrario el tribunal debe exponer, transparentar y explicitar detalladamente las razones de hecho en virtud de las cuales ha llegado a tal cifra y no a otra, tal como lo ha sostenido nuestro máximo Tribunal Provincial in re "Canutto, Horacio O y otro". (Sala Penal, 1999/06/15, LLC 2000,1295). Asimismo tanto la jurisprudencia como la doctrina han puesto de relieve la imperiosa necesidad de adoptar parámetros razonablemente objetivos y uniformes, que ponderen de modo particular, los valores indemnizatorios condenados a pagar por otros tribunales en casos próximos o similares a fin de lograr los valores de equidad, seguridad jurídica y predictibilidad a la hora de cuantificar este tipo de daño. En este sentido se pronunció nuestro Alto Cuerpo en autos "Belitzky, Luis Edgard c/ Marta Montoto de Spila" (S. Nro. 30, 10/04/01) donde sostuvo " ...Esta remisión a la práctica judicial, como parámetro a ponderar en la fijación del daño moral, goza de amplio respaldo doctrinario, como medio para superar la " incertidumbre generada en la reparación del daño y la consiguiente disparidad de tratamiento jurídico de quienes se encuentran en semejantes situaciones fácticas" (Zavala de Gonzalez, Matilde: ¿Cuánto por daño moral?, J.A. 1987-III, pág. 823 y ss) al punto de que aún autores decididamente opuestos a la tarifación del daño moral, consideran aceptable la idea de publicitar ampliamente, aprovechando los beneficios de la informática y de las publicaciones especializadas – los distintos montos indemnizatorios que se mandan pagar en concepto de indemnización por daño moral por los tribunales federales y provinciales. El conocimiento de estos aspectos, fruto de su divulgación amplia, permitiría fijar pautas flexibles con cierto grado de uniformidad (en la medida de lo tolerable y compatible con la institución) que – en los hechos – alcanzarían los objetivos deseados (seguridad, predictibilidad, tratamiento equitativo para casos similares) con razonable equidad y sin desmedro del valor seguridad" (Pizarro: op.cit. pág. 351 /352; conf.: Peyrano Jorge W.: "De la tarifación judicial " iuris tantum" del daño moral", J.A. 93-I, pág. 880; Rubio Gabriel Alejandro: " Una asignatura pendiente: la cuantía del daño moral" , Foro de Cba., Nro. 38, pág. 61)...". Más enfático ha sido nuestro Alto Cuerpo en un reciente fallo (T.S.J. Cba "L.Q.C.H. c/ Citibank NA" 20/06/06, LLC 2006 (setiembre), 893, con nota aprobatoria de Pizarro R.D., Valoración y cuantificación del daño moral en la Jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba: Consolidación de una acertada doctrina; y Actualidad jurídica de Córdoba Nro. 115, 7568, con nota laudatoria de Viramonte, C.I. Hacia la "tarifación judicial indicativa" del daño moral. Las pautas de valoración y cuantificación del daño moral dadas por el Tribunal Superior de Justicia en un reciente fallo donde " señaló la mayoría que una de las mencionadas pautas (para cuantificar el daño moral) consiste en " colocar el monto en cuestión, en una valoración de contexto con otras indemnizaciones más o menos de tenor parecido y que hayan sido dictadas por los tribunales de la misma instancia al interviniente. De estas manera, la respuesta que en el caso se brinde será no sólo la que mejor conviene al supuesto fáctico sino también, la que mayor adhesión desde la experiencia iuris prudential genera; siempre claro está, con la totalidad de las facultades en poder del juez para discernir en un sentido diferente, y por las razones que encuentre y aplique en modo suficiente y convincente". "Se señaló con agudeza que " son justamente las reglas de la experiencia como contenido efectivo de la sana crítica racional, a la sazón modo prescripto para la ponderación de las pruebas, las que imponen que las respuestas judiciales, que si bien no pueden ser de consenso, tengan una base de sustentación en la cual la mayoría de las personas estén acordando y que, en gran medida y en esta especie tan particular de cuantificar el daño moral, pasa por atender reflexivamente a las mismas dictadas en cuestiones análogas si existieran.". "De lo que puede colegirse la importancia que el Tribunal Superior otorga al hecho de tener en cuenta la práctica judicial, esto es, verificar y ponderar las indemnizaciones fijadas en los precedentes jurisprudenciales para daños análogos. Parecería que el " tener en cuenta la práctica judicial" forma parte del deber de fundar lógicamente las resoluciones, ya que el Alto Cuerpo lo emplaza dentro de las reglas de la experiencia como contenido efectivo de la sana crítica racional (esta tesis ya había sido sostenida por el T.S.J- (Sentencia Nro. noventa y cuatro del veintisiete de Julio de dos mil siete. C.Civil Sexta de Apelaciones. Autos Bracamonte, Juan Carlos c/ Aguas Cordobesas S.A. Ordinario- Daños y Perjuicios. Otras formas de responsabilidad extracontractual.) Ahora bien, no existen en la jurisprudencia nacional antecedentes que por su similitud puedan servir de referencia en la tarea de determinar el monto correspondiente al daño moral. Es por esta razón que entiendo que debo merituar dicha cuestión, según pautas valorativas propias, y en ese sentido entiendo que el monto reclamado se presenta como justo y razonable, debiendo en consecuencia prosperar el reclamo en este concepto por la suma de pesos Un mil quinientos (\$ 1.500). Monto que devengará desde el día del hecho, momento en que se produce el daño, por tratarse de un supuesto de mora ex re, intereses conforme la tasa pasiva mensual que publica el Banco Central de la República Argentina, incrementada en el dos por ciento nominal mensual, hasta el momento del efectivo pago.-

C) DAÑOS PUNITIVOS: reclama la parte actora se la condene a la empresa demandada al pago de la suma de pesos Dos millones (\$ 2.000.000) en concepto de daños punitivos. Los "punitive damages", constituyen una figura del Common Law anglosajón, cuya traducción al español sería la de daños punitivos, aunque en realidad se trata de una sanción o pena que se aplica en razón de ciertos hechos ilícitos graves, y no de daños en si mismos. Se impone la obligación de indemnizar no como excedente o agregado a la indemnización que se establece en concepto de daños, sino como una sanción ante una conducta que produce daño a otro infringiendo el ordenamiento jurídico, en forma deliberada, a los fines de obtener un rédito o ganancia, o, con grave menosprecio de los derechos de terceros, conducta desplegada con una negligencia grave. " La doctora Kemelmajer de Carlucci ha puesto de resalto cómo en la jurisprudencia inglesa, a partir del caso " Rookes vs. Barbard", los llamados punitive damages se limitaron a tres tipos de supuestos, siendo uno de ellos el que se presenta cuando el autor del ilícito ha actuado " evaluando que la utilidad derivada de la conducta dañosa será mucho mayor que la indemnización debida al damnificado". Y a su turno, Díez-Picazo consigna que los tribunales norteamericanos admiten la operatividad de los llamados daños punitivos, en especial, en los dos siguientes casos "1) cuando según el cálculo del autor del ilícito, el resarcimiento del perjudicado será inferior a las ganancias obtenidas por él (por ej. Fabricante que prefiere pagar los daños a reparar los productos defectuosos, o a no cesar en la fabricación) y 2) cuando la conducta dañosa , sobre la base de un cálculo de probabilidades, presenta poco riesgo de ser judicialmente sancionada, lo que puede ocurrir porque la antijuridicidad de la conducta no es fácilmente reconocible; porque el daño particular es modesto en relación al coste del eventual proceso; o porque el autor del ilícito tiene una posición dominante y no se siente intimidado por el proceso de resarcimiento". (Díez Picasso y Ponce de León, Luis. Derecho de daños. Civitas, Madrid 2000 ps 40n, Luis. Derecho de daños. Civitas, Madrid 2000 ps 44 y ss. Nro. IV, Kemelmajer de Carlucci, "Conviene la introducción de los llamados daños punitivos en el Derecho Argentino" Pág. 91 y ss. Nro V.3) (La prevención y el Daños Punitivo, por Félix Trigo Represas. Revista de Derecho de Daños. 2008-2 Prevención del daño. Pág.31/32.) Se sostiene (confr. Obra citada) que este instituto cumple una triple función: 1) Sancionar al causante del daño intolerable: ante una conducta intolerablemente nociva, con desprecio a los bienes y derechos ajenos, el derecho debe expresar su desaprobación, 2) Hacer desaparecer los beneficios injustamente obtenidos a través de la actividad dañosa, con fundamento en que ningún sistema preventivo puede ser eficaz si el responsable puede retener un beneficio que excede el peso de la indemnización- "El razonamiento es simple: si el resarcimiento persigue volver la situación de la víctima al momento anterior al hecho lesivo, eliminando el perjuicio injusto (art. 1083 del Cod. Civil), debe del mismo modo retrotraer la situación fáctica del responsable, quitándole el beneficio que obtuviera indebidamente. De otra manera, se alentaría la especulación nociva al medrar el dañador con las ganancias que le podría deparar el daño injusto que va a ocasionar". (ob., cit., Pág.33/34); 3) prevenir o evitar el acaecimiento de hechos lesivos similares al que se impusiera punitivo: en definitiva evitar que el daño se vuelva a producir y comprende tanto a las conductas dolosas como a las gravemente negligentes. Al respecto se ha expresado que "ningún sistema preventivo es eficaz, si el responsable puede retener un beneficio que excede el peso de la indemnización" (Zavala de Gonzalez y Gonzalez Zavala, Indemnización punitiva en Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al profesor doctor Atilio Anibal Alterini, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997, pag. 189) (ob. Cit precedentemente Pág. 35. " Por ello, ya Kraut había precisado entre nosotros que el " daño punitivo" del Derecho norteamericano " tiene efectos disuasivos ("deterrence") respecto de los fabricantes (...). El daño punitivo (smart money), que también se otorga en los casos de responsabilidad extracontractual (torts, negligence), ha funcionado adecuadamente como advertencia para quienes están en condiciones de tomar precauciones para evitar dañosidades", por lo que, concluía " puede ser de utilidad en ciertos casos que, además de la reparación integral, se incluya en la indemnización un plus sancionatorio conforme el modelo del daño punitivo norteamericano (...). Se trata de un mecanismo eficaz que apunta a proteger la vida, la salud, etcétera, de los consumidores..."(Kraut, Faceta preventiva y sancionatoria del Derecho de daños. La culpa como agravación de la responsabilidad objetiva . ob. Cit. Precedentemente, pag. 35.). -

El art. 52 bis de la ley 26.361 introduce en nuestro ordenamiento legal los daños punitivos, (se considera más adecuado el término "penas pecuniarias privada" o "multa civil") cuyo origen se remonta al derecho anglosajón, siendo un instituto de amplio desarrollo en los Estados Unidos, y en nuestro país ha tenido consagración legislativa con el dictado de la referida norma legal. Se trata de multas o penas privadas que no tienen finalidad compensatoria o reparadora, sino que se adicionan al monto del resarcimiento, y se imponen a quien ha manifestado una conducta dolosa o de grave negligencia en la producción o elaboración de un producto, incumplimiento con sus obligaciones legales y contractuales, y con una finalidad claramente sancionatoria, por un lado, y disuasoria de conductas similares futuras. Los daños punitivos ("punitive damages" o "exemplary damages" , según el derecho anglosajón) se establecen no con carácter compensatorio sino con la finalidad de imponer una sanción a quien con su conducta dolosa o gravemente negligente, causa un daño, como asimismo de disuadir o desalentar conductas similares futuras. Edgardo Lopez Herrera en su obra " Los Daños Punitivos" transcribe la definición que de los mismos han realizado prestigiosos autores. Dan Dobbs define a los daños punitivos como " aquellas sumas otorgadas en adición a cualquier daño compensatorio o nominal, usualmente como castigo o disuasorio impuesto contra un demandado encontrado culpable de una particularmente agravada inconducta, unida a un malicioso, temerario o de cualquier manera equivocado estado mental. Algunas veces esos daños son llamados ejemplares en referencia a la idea de que son un ejemplo para el demandado". Prosser y Keeton, también definen a los daños punitivos: " tales daños (que) son otorgados al actor además y por encima de la completa compensación de los perjuicios con el propósito de castigar al demandado, de enseñar al demandado a no hacerlo de nuevo y de disuadir a otros de seguir el ejemplo del demandado" (ob. Cit. Pág. 17).-

Se mencionan entre los requisitos que deben configurarse para la procedencia de la imposición de daños punitivos, la de un daño resarcible, imponiéndose daños punitivos como un plus, haber actuado con dolo o culpa grave o desaprensión por los derechos de terceros y que con dicha conducta se hayan obtenido beneficios económicos o tenido en la mira obtenerlos, ya sea por ganancias o ahorro en implementar medidas de prevención. Las finalidades de la norma son, tal

como se expresara precedentemente, punitivas, preventivas, eliminar beneficios obtenidos con actividad ilícita y finalmente proteger el equilibrio del mercado.

Según el art. 52 bis de la ley DC. Se encuentran legitimados para reclamar la multa civil, los consumidores, debiendo entenderse el término en un sentido amplio, comprendiendo a los usuarios y asociaciones de consumidores y usuarios. Expresa el referido art. "Daño punitivo. Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable de incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inc. b) de esta ley". En esa inteligencia, se advierte que el actor, en cuanto consumidor se encuentra legitimado para accionar, solicitando la imposición de la multa en contra de quien se presenta como productor, elaborador y distribuidor del producto en el mercado, producto defectuoso que habilita la acción resarcitoria, y lo legitima como accionado, ante el incumplimiento de sus obligaciones legales o contractuales. Respecto de la legitimación pasiva se ha expresado " En cuanto a los legitimados pasivos hay que hacer una distinción. La Ley de Defensa del Consumidor en su art. 40 establece la responsabilidad objetiva de toda la cadena de comercialización frente a la víctima. Así ésta puede reclamar la reparación al vendedor, al fabricante, al importador, al que pone la marca, etcétera. Pero en lo que hace al daño punitivo no puede existir responsabilidad objetiva, pues por definición es una pena privada en la que el factor de atribución es subjetivo y agravado. Es posible, sin embargo, que en un mismo juicio, el consumidor reclame los daños sufridos a toda la cadena de comercialización, pero los daños punitivos sólo a un miembro de ella." (Los daños punitivos. Naturaleza. Tipos. Jurisprudencia comparada. Análisis económico. Aplicación al derecho del consumidor. (art. 52 bis, ley 24.240) Edgardo Lopez Herrera, pág. 363) Conforme lo expuesto, el actor como consumidor final se encuentra legitimado a reclamar la aplicación de los daños punitivos a quien resultara ser el proveedor del producto defectuoso, encontrándose de tal forma válidamente constituida la litis. –

Cabe en este estado abordar el tema de los presupuestos de procedencia de los daños punitivos. Al respecto se puede afirmar que el daño que pueda causarse a los consumidores ha sido el fundamento de la adopción, primero a nivel jurisprudencial y luego legislativo, de los daños punitivos. Mucho se ha hablado de la culpa lucrativa, según la cual el fabricante, productor o proveedor del bien o servicio, realizando un cálculo de costos, y en el convencimiento de que su producto puede dañar, se convence de que aún pagando indemnizaciones por daños, tendrá una ganancia considerable que lo impulsa a continuar con su actividad, sin tomar recaudos o precauciones para evitar provocar dichos daños. Se trata de una actitud dolosa, o de una negligencia grave, que evidencia un total desprecio por el daño que se pueda causar ante el cálculo que efectúa y que le reditúa ganancias que superan con creces el monto de las indemnizaciones que eventualmente deba abonar por daños provocados a terceros consumidores. Nuestra ley 26.361 se aparta de esta postura restrictiva y postula que pueden imponerse daños punitivos "al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor" Al mencionar la norma no sólo las obligaciones contractuales sino también las legales, amplía el espectro de consumidores que pueden solicitar la imposición de estos daños punitivos o multa civil, a los terceros consumidores, no contratantes. Conforme ello se impone el rechazo del planteo de la parte demandada referido a que ella no ha tenido vínculo contractual con el actor, por cuanto no comercializa en forma directa sus productos, sino a través de intermediarios, oponiendo con dicho fundamento la defensa de falta de acción. –

En cuanto a la conducta que la ley describe como violatoria de obligaciones legales o contractuales, debe ser, para dar lugar a la procedencia de los daños punitivos, dolosa o realizada con culpa grave. Para decirlo en otras palabras, debe valorarse la conducta según la gravedad del hecho, gravedad que surgirá de manifestar el proveedor en su actividad una conducta dolosa o de negligencia grave. Hace alusión la ley a "las demás circunstancias", con lo cual, tratándose de una frase de gran vaguedad, ha dejado librada a la interpretación judicial los supuestos que se presentan como circunstancias graves que ameritan la imposición de la multa. Una de las pautas a considerar es la del daño causado a quien inicia la acción y solicita la imposición de los daños punitivos, que como se dijera, constituyen un plus al reclamo indemnizatorio. Asimismo se ha considerado que la situación de proveedor infractor en el mercado es de importancia. "Este punto es muy importante y permite incluir entre las pautas a tener en cuenta la riqueza del proveedor, tema muy polémico ... No es lo mismo la condena a un proveedor monopólico y oligopólico, a una gigantesca empresa multinacional grande como varios países, que a una pequeña empresa del interior del país" (Edgardo López Herrera, obra citada pág. 367) Otro de los presupuestos o condiciones de procedencia de este tipo de sanción es el beneficio obtenido y su cuantía, referido a la actitud del proveedor de despreciar el daño potencial de sus productos, especulando con las probabilidades a su favor. La reincidencia, es decir, el haber incurrido en conducta ya sancionada, es una pauta más a considerar a la hora de determinar la procedencia de este rubro. –

A la luz de los conceptos vertidos precedentemente, corresponde analizar el reclamo formulado y la prueba producida en autos. El actor pretende que se impongan a la empresa demandada daños punitivos por la suma de pesos Dos millones, por cuanto sostiene que nos encontramos frente a un grave incumplimiento de sus obligaciones legales, incluso de rango constitucional, al haber actuado con marcado menosprecio al derecho de consumidor, poniendo en riesgo su salud, calificando su conducta como muy reprochable por tratarse de una empresa de prestigio en el mercado. La empresa rechaza la pretensión, negando su responsabilidad en el hecho, haber incurrido en defecto alguno en los controles de calidad y haber puesto en riesgo la salud del actor, resaltando que el contenido de la botella no fue ingerido por persona alguna. En definitiva afirma que resulta material, física y químicamente imposible que en el proceso de elaboración, envasado y embotellado de las gaseosas se filtre elemento extraño alguno que pueda ingresar en las botellas. Al respecto, produce prueba tendiente a acreditar el control estricto de calidad de los productos que produce, concretamente en el proceso de llenado de botellas retornables, la que paso a analizar. Ofrece la declaración de personas que trabajan en la empresa, cuyos testimonios han sido cuestionados por la actora, por su dependencia de la demandada y por ser

justamente quienes intervienen en el proceso a que se hiciera referencia. Entiendo que sus dichos deben ser valorados, con las reservas del caso, sin perjuicio de su relación con la demandada, por ser estas personas, que trabajan o han trabajado en la empresa, las más indicadas para describir el proceso de elaboración del producto y de limpieza y llenado de los envases retornables, con el líquido elemento, botellas que luego son distribuidas en el mercado consumidor. A fs. 259 depone Adriana Beatriz Muchiut, quien ante la pregunta sobre cómo es el proceso de elaboración y envasado de las gaseosas, en particular de la gaseosa Pepsi Cola, botella de vidrio de 1,25 litros en la planta Córdoba de Cervecería y Maltería Quilmes SAICA Y D (CMQ) manifiesta que primero se elabora el jarabe con ingredientes cerrados que son enviados por Pepsico, y que todo el proceso de elaboración es igual para todas las gaseosas, que todos los materiales que se utilizan se revisan cuando ingresan a la planta de CMQ y luego esos ingredientes se mezclan con agua y azúcar o jarabe de maíz, dependiendo del tipo de gaseosa. Aclara que gaseosa es cuando ya tiene incorporado el CO₂ (gas carbónico) y tiene la dilución con agua. Que una vez preparado el jarabe en tanques, se envía a través de bombas a la sala de producción, que antes pasan por unos filtros que es una malla metálica de muy pequeño diámetro. Que estos filtros son para detener impurezas, que una vez que está en producción, en un equipo se enfría el jarabe y se lo diluye con agua hasta alcanzar la concentración que corresponde según una regla de decisión y se le agrega CO₂ y se envía a un equipo llamado llenador. Que en la llenadora empieza a caer la gaseosa en la botella. Que esta botella, por ser de vidrio, se lava previamente con una solución caústica y con temperatura debido a que es retornable y viene del mercado, hasta alcanzar su limpieza óptima. Expresa que los parámetros para la limpieza óptima se miden desde los muestreos de calidad que se hacen en la planta y esta botella pasa por un equipo electrónico que está en la línea que justamente dice si está OK o no. Que el equipo electrónico se llama EBI, es un equipo que muestrea y saca fotos en milésimas de segundos desde arriba, desde las paredes, desde abajo y revisa que no haya nada dentro de la botella. Que luego que la botella es llenada, se tapa y hay otro equipo que rechaza las botellas que no llegan a su nivel de líquido y otro equipo rechaza botellas con pérdidas por el pico. Que las que están OK, pasan y son encajonadas y salen hacia el depósito. Asevera la testigo que se realizan controles de calidad y que el sector correspondiente tiene el control de toda la planta para cumplir con todas las buenas prácticas de manufactura que es un prerequisite necesario para HACCP que garantiza la inocuidad de los alimentos. Agrega que se hacen controles al jarabe, como color, sabor, apariencia, brix, (cantidad de azúcar o sólidos que tiene la bebida) ta es una medida de acidez y ph también. Y son específicos de cada jarabe. Sostiene que los filtros son de acero inoxidable, colocadas antes del envío de la bomba de envío del jarabe a las líneas. Que después los controles está en producción y consisten primero en lo que es el porcentaje de concentración cáustica y temperatura de la lavadora de botellas, luego pasan por el equipo electrónico que está en línea y además se verifica con patrones, agregando que los patrones son botellas que simulan problemas de las botellas y el equipo los tiene que rechazar. Que una vez que la botella es tapada, pasa por los dos equipos que mencionara que controlan nivel de llenado y buen tapado. Que luego el sector de calidad hace controles de botellas ya elaboradas, controles microbiológicos, controles del agua de los pozos de los que se extrae para la elaboración. Ante una pregunta referida a si lo descripto estaba vigente en los años dos mil ocho y dos mil nueve, respondió afirmativamente. Sostuvo que la planta Córdoba tiene HACCP, significando dichas siglas análisis de riesgo y puntos críticos de control, que las certificaciones son expedidas por Lloyds que es la empresa certificadora, que cree que es internacional. Describe lo que implican las certificaciones, expresando que va un auditor de Lloyds y revisa todo el sistema de HACCP, revisa todos los sectores, y que se cumplan los documentos que hay en planta que dicen cómo tiene que salir la bebida. Ante la pregunta que se le formula referida a la antigüedad que tienen los equipos mencionados y de qué generación son, responde que no recuerda exactamente, que hay equipos más nuevos, que la mayor parte de los equipos tienen sus años y se han ido remodelando para una tecnología más avanzada. Agrega que los equipos están desde que está ella, que se les hace mantenimiento y todas las semanas hay una parada de mantenimiento y en el año hay una parada de mantenimiento de toda la línea, que son de dos a tres semanas, en las que se revisa todo. Niega que sea posible que, pese a la tecnología y a los controles de calidad aplicados, CMQ embotelle y gire al mercado desde y en la planta Córdoba productos con elementos extraños a la gaseosa que envasa. A fs. 273 depone la Sra. Gisela Ariana Zanuttin, quien describe el proceso en términos similares a la testigo mencionada anteriormente, describiendo los filtros como una malla de acero inoxidable de 100 mesh, que son mallas que no permiten el pasaje de lo que es un pelo o alguna partícula muy chiquita, porque detiene todo. Agrega que hay distintos filtros, que son todos de acero inoxidable de distintos tamaños, los que están localizados antes de ingresar al carbonatador, a la salida del carbonatador, al ingreso de la llenadora y a su vez, en el pico de la llenadora, que es donde se llena la botella. Que luego del envasado pasa por un roscador donde se tapa la botella y luego se las encajona. Afirma que las botellas de vidrio pasan por una lavadora que utiliza un sistema abrasivo para la limpieza y alta temperatura. Aclara que abrasivo implica hidróxido de sodio a altas temperaturas y después pasan por enjuagues con agua y luego los envases vacíos pasan por un equipo de inspección y luego van a la llenadora. Sostiene que el equipo de inspección se llama EBI y utiliza un sistema óptico, que es una lectura interna y externa de la botella y que luego de allí pasa directamente a la llenadora. Aclara que este proceso se encontraba vigente en los años dos mil ocho y dos mil nueve. Refiere, en cuanto a control de calidad de los productos, que tienen los equipos de lavadora, EBI, llenadora, el roscador, después del roscador hay un detector de nivel y de tapado. Que luego existe un codificador, que codifica las botellas, un equipo que se llama "exciter", que es un equipo que cuando pasa la botella, produce una vibración en el líquido y se controla si hay pérdida o no por el pico de la botella, que ya está tapada en esta instancia. Describe al EBI, como un inspector automático, que detecta botellas que no están en buen estado y las rechaza, botellas que son encajonadas y van a destrucción. Estima en dos millones por mes las botellas de vidrio que se llenan con el producto. Afirma que las personas que realizan los controles sobre las bebidas, son capacitadas y es una capacitación teórico práctica, donde se ve lo que es el sistema HACCP, y las buenas prácticas de manufactura y después la parte práctica es la parte de aplicación de la teórica. A fs. 275 depone el Sr. Sergio Román Perez, quien depone en sentido concordante con el testimonio rendido por los otros dos testigos, y describe el proceso de lavado, llenado de los envases, con todos los controles de calidad que garantizan que cualquier botella que difiera o que contenga cualquier tipo de impureza es rechazada. Hace referencia a las certificaciones HACCP, que quiere decir control de riesgos y puntos críticos de control de procesos, extendido por Lloyds Register Internacional, que garantiza que la planta ha aprobado todas las auditorías sobre el particular y que su proceso garantiza la completa inocuidad del producto para el consumidor. Sostiene

que no es posible que CMQ embotele y gire al mercado desde y en la planta Córdoba, productos con elementos extraños a la gaseosa que envasa. A fs. 358/363 deponen los Sres. Martín Videla Dorna y Santiago Mario Forte, quienes reiteran en términos similares los dichos de los testigos anteriormente mencionados, asegurando control estricto de calidad por parte de la empresa demandada. Cabe destacar que el Sr. Videla Dorna, al preguntársele sobre la posibilidad de que salga al mercado una botella con elementos extraños dentro de la misma, contesta que " desde el punto de vista técnico, eso es materialmente imposible". El Sr. Forte (fs. 360/363) realiza una descripción minuciosa de todo el proceso desde que el jarabe llega a la planta hasta que se llenan las botellas. En cuanto a las botellas de vidrio, expresa que pasan por un descapsulador que saca todas las tapas que pueden traer de la calle, y de ahí pasan a la lavadora de botellas a donde se realiza la limpieza de las mismas con soda cáustica. Que la soda cáustica hace una limpieza agresiva de la botella ya que se trata de un compuesto básico que actúa como agente limpiante, como si fuese un detergente y conjuntamente se pone otro aditivo que es un abrillantador y un bacteriostato. Que eso sirve para que la botella no salga opaca y se pueda enjuagar mejor. Luego describe el proceso de enjuague: pasan las botellas al enjuague, primero se sumergen en un tanque de agua y luego con chorros a presión, todo en lo que se utiliza agua tratada. Expresa que luego pasan las botellas por un inspector de botella, que actúa vía de difracción de la luz, vía óptica. Explica que ello significa que va tomando los diferentes ángulos en que difracta la luz para analizar la botella. Que el inspector está conformado por cinco cámaras, que difractan la luz para analizar las botellas en distintos ángulos para controlarla en todas sus partes. Que controla que no tengan pico roto, elementos extraños adentro, todo tipo de elementos papelisticos, celofán, bisters, manchas sobre interior o exterior de la botella, restos de soda que puedan venir de la sala. Describe y menciona los controles y certificaciones de calidad que realiza Lloyds, empresa internacional certificante del sistema HACCP. Agrega que Quilmes utiliza equipos automáticos de control de calidad e inocuidad alimentaria, que tiene tecnología de punta, respecto al inspector de botellas lo describe como impresionante, ya que son equipos computarizados de última generación traídos de Alemania. Estas declaraciones testimoniales, que en su parte esencial han sido transcriptas, y que dan cuenta del proceso de elaboración de la bebida Pepsi, del lavado y llenado de las botellas de vidrio retornables, es decir que vienen del mercado ya usadas, y del control de calidad que se realiza de dicho proceso, deben ser valoradas con suma prudencia y relativizadas dentro del contexto en que fueron formuladas, ya que, como bien los sostiene la parte actora, se trata de dependientes de la empresa demandada, con la cual mantienen o han mantenido una relación laboral que, sin lugar a dudas, los condiciona en sus declaraciones. A ello debe agregarse que ellos son parte, es decir, tienen o han tenido intervención en los procesos que describen, lo cual, si bien no los descalifica, torna sus declaraciones relativas o teñidas de parcialidad, en cuanto a lo que es el nudo esencial de este proceso, la actividad desplegada por la empresa embotelladora en su función de elaboración del producto y lavado de envases de vidrio retornables, que luego de ser llenadas, son colocadas nuevamente en el mercado consumidor. Para decirlo en otras palabras, no puedo tomar estas declaraciones, que si bien son claras, precisas y concordantes entre sí, como terminantes en cuanto al control de calidad que se realiza de las botellas que con el elemento líquido en su interior, son colocadas en el mercado para ser consumidas. Se ha diligenciado asimismo prueba pericial, habiendo presentado el perito técnico oficial un informe completo describiendo el proceso de elaboración y envasado de las gaseosas (incluida la gaseosa Pepsi Cola), el que resume en las siguientes etapas: 1) Obtención y tratamiento del agua, describe que se trata de agua de pozo, potable y sometida a un proceso de purificación, que también describe. 2) Preparación de los jarabes: el que se realiza según lo regulado en el art. 986 del Código Alimentario Argentino, utilizándose agua potable, se realiza el preparado en locales separados de la sala de embotellado, donde las condiciones de higiene, orden y seguridad de estos locales cumplen con lo exigido por ley, realizándose controles Físicoquímicos y Microbiológicos de cada lote. 3) Preparación y lavado de los envases: informa que esta etapa comienza con el tratamiento de las botellas vacías que ingresan a la planta dispuestas en cajones de plásticos, que estos cajones se dirigen a una máquina desencajonadora automática, que despacha las botellas en una cinta transportadora que las traslada a las máquinas lavadoras, que en ellas son lavadas las botellas con agua caliente y a presión y con soluciones limpiadoras autorizadas por la autoridad sanitaria competente, y posteriormente son enjuagadas con agua potable. Que a la salida de la máquina lavadora se realizan controles permanentes para verificar el correcto estado de los envases, descartándose aquellos defectuosos. Continúa expresando que las botellas lavadas, son transportadas por medio de cinta transportadora hasta un equipo electrónico llamado " inspector de botellas" cuyo objetivo es detectar algún defecto en la botella y/o cualquier elemento extraño que pudiese quedar alojado dentro de la botella, que por pequeño que éste sea, el equipo aparta automáticamente la botella objetada, trasladándola a una segunda cinta transportadora que la deriva a su descarte. Que desde una consola de mando pueden observarse ampliadas las no conformidades, mientras la botella es automáticamente rechazada en la línea de producción. Aclara que en ese punto realizó una prueba, se retiró una botella lavada de la cinta, se le introdujo un trozo de papel color blanco de 1cm x 1 cm., y se la volvió a colocar sobre la cinta antes del Inspector de botellas, y que su resultado fue la detección y rechazo automático de la botella. Termina diciendo que las botellas que superan este control ingresan luego a la máquina embotelladora por medio de una cinta transportadora. 4) Llenado de los envases, describe minuciosamente este proceso, durante el cual se realizan en forma permanente auditorías del laboratorio central de la planta. Manifiesta que las botellas pasan por un equipo controlador de nivel, que las que no superan el nivel de llenado, son descartadas, desviándose a otra cinta transportadora. Finalmente describe el paletizado y stockeado de los cajones. A continuación sostiene que pudo comprobar en CMQ una serie de medidas en relación al control y verificación del contenido y calidad de los productos que se envasan y luego se comercializan: alta tecnología de primer nivel mundial, meticulosidad en el cumplimiento de las normativas de Calidad, Seguridad, Higiene y Medio Ambiente, controles físicoquímicos y microbiológicos, equipos automatizados, sistema de aseguramiento de la calidad vigentes a nivel internacional. Considera que las medidas descriptas son adecuadas para un estricto control de calidad del producto y responden a las normativas vigentes (CAA) y al standard internacional. Agrega que el establecimiento se rige y se monitorea on-line según normas internacionales a través de la Estructura Central Corporativa de la Compañía Certificada por ISO 9000. Que el organismo que certificó a este establecimiento es el "National Accreditation of certification bodies", un organismo internacional de acreditación. Según datos que le proporcionan, el total de botellas producidas ronda los ochocientos millones de envases por año. Finalmente se expide en el sentido de que " dada las instalaciones, la tecnología y los

controles de calidad aplicados por CMQ, "es prácticamente imposible" que se envasen botellas con elementos extraños a la gaseosa, cualquiera sea la marca, incluida la Pepsi". Se advierte que no se ha presentado pericia en disidencia, razón por la cual y ante la falta de impugnación ni prueba que la contradiga, deben ser debidamente valoradas las conclusiones expuestas. De las mismas se extrae que, confirmando las declaraciones testimoniales, la planta observa los controles de calidad adecuados y requeridos a nivel internacional, utilizando en los procesos, tanto de elaboración del líquido, como del de lavado y llenado de los envases, las reglas legales impuestas por el Código Alimentario y demás disposiciones aplicables en la materia y la planta se halla acreditada de HACCP (Análisis de Riesgos y puntos críticos de Control). A fs. 251 obra informe expedido por Lloyds Register, empresa que ante la pregunta sobre si ha certificado a Quilmes en las normas de HACCP, de control de puntos críticos de producción y de todos los riesgos, sostiene que no ha certificado a Cervecería y Maltería Quilmes SAICA Y G en HACCP., que ha certificado el sistema de análisis de peligros para la seguridad alimentaria (HACCP) en la producción de algunos de los productos en algunas de las plantas de la Quilmes. Agrega que debido a que no cuentan con más información, no pueden suministrar más detalles como por ejemplo, respecto de qué productos se ha certificado información, etc., que para determinar el alcance de la certificación, necesitan conocer de qué producto se trata y en qué planta fue elaborado y tener acceso al certificado correspondiente. Con posterioridad, a fs. 544/546, obra agregado informe presentado por la misma firma Lloyds Register que manifiesta que ha certificado el sistema HACCP de la planta Córdoba de Cervecería y Maltería Quilmes SAICAY G., según el Codex Alimentarius Annex to CAC/RCP 1-1969 Rev. 4 (2003). Agrega que la aprobación quedó asentada mediante el certificado N SQA 702135, emitido el 29 de diciembre de 2006 y con fecha de caducidad el 28 de diciembre de 2009, así como mediante el certificado Nro. SAC 702135 emitido el 29 de diciembre de 2009 y con fecha de caducidad el 28 de diciembre de 2012. Informa que los puntos críticos de producción controlados y que determinan el alcance de la certificación conciernen a la " Fabricación y Envasado de Bebidas sin Alcohol y Agua Gasificada" para lo cual se utiliza una metodología propuesta por el mencionado Codex Alimentarius y la información científica y técnica que tenga disponible Quilmes, que permite controlar riesgos para la salud del consumidor. Describe y define a continuación lo que es el Codex Alimentario. Del análisis integral de la prueba producida por la demandada, se llega a la conclusión de que la empresa demandada cumpliría con todas las reglas de control de calidad impuestas por las normas legales en la materia, teniendo asimismo la certificación correspondiente del sistema HACCP, que permite identificar peligros específicos y medidas para su control con el fin de garantizar la inocuidad de los alimentos. Es decir, la prueba avala la postura defensiva de la demandada en cuanto niega negligencia en el proceso de elaboración del producto y en el lavado de envases de vidrio, como el que diera origen al presente proceso. Sin embargo, no puede soslayarse que, frente a prueba que aparece como concluyente, se presenta otra, que resulta incontrovertible, y es el producto defectuoso incorporado al mercado consumidor, consistente en la botella reservada en el tribunal. Al respecto es de destacar la conducta procesal asumida por la demandada, quien se limita a negar el hecho, a negar que la botella, con el elemento que contiene en su interior, haya salido de la fábrica en ese estado, sin dar explicación alguna al respecto. Es decir, la prueba incorporada referida a la diligencia puesta por la empresa en el proceso de producción, observando las reglas correspondientes, realizando los controles respectivos, utilizando máquinas de última generación, capacitando a sus empleados, contrasta con el hecho incontrovertible, con la evidencia que obra reservada en el tribunal y que consiste en una botella de gaseosa marca Pepsi, con tapa cerrada, no adulterada, cuya elaboración no niega la demandada, que contiene en su interior un elemento extraño, consistente en un sobre color plateado de la marca de preservativos " Prime". La ausencia de explicación seria y válida por parte de la demandada, su postura de negar el hecho, sin dar satisfacción en cuanto a la forma en que entiende puede haber sucedido aquel, no obstante encontrarse en condiciones de hacerlo, por ser justamente el fabricante del producto, me llevan a concluir en que, no obstante la prueba a que hiciera referencia y la valoración que cabría hacer de la misma, ha existido en el proceso de llenado de los envases de vidrio retornable, una falla que a mi entender implica una negligencia que califico de grave. Sin lugar a dudas ha habido en la cadena de producción (quizás más concretamente en el lavado de las botellas retornables) una falla que implica o denota una negligencia que entiendo grave. Frente al reclamo por daños punitivos, encontrándonos en el campo de la responsabilidad subjetiva, se requiere la prueba de la negligencia del fabricante, difícil de probar, estando por ende obligadas las partes litigantes a contribuir al esclarecimiento de lo que realmente sucedió, sobre todo aquella parte que, conforme el principio de la carga dinámica de la prueba, se encuentra en mejores condiciones de hacerlo. El daño punitivo es una multa o pena privada, siendo el factor de atribución subjetivo y agravado. En este caso particular, la demandada se ha empeñado en probar la seguridad del producto, sin que su fatiga probatoria se encaminara a dar una explicación satisfactoria de la causa de la puesta en el mercado de un producto defectuoso. Ello nos lleva al convencimiento de que existió una falla y que la falta de limpieza adecuada posibilitó que se introdujera y permaneciera en el interior de la botella, puesta en el mercado de consumo, un elemento que puede o no ser nocivo para la salud. Atento no haber sido abierta la botella, este punto, es decir si el elemento es perjudicial o no para la salud del consumidor, no se encuentra en discusión, ni ha sido motivo de debate. Sin embargo, me pregunto si no podría suceder que se filtrara o introdujera en una botella un elemento claramente nocivo para la salud de una persona y que debido a su deficiente lavado llegara con aquel en su interior, con el consiguiente daño potencial para el eventual consumidor. Es decir, un deficiente lavado de un envase retornable, implica una conducta, por parte de la embotelladora, absolutamente negligente y que potencia la posibilidad de producir daño, al no existir un control estricto de lo que lleva dentro el producto que se introduce luego en el mercado de consumo. De tal forma, se permite o posibilita la existencia, como en el caso que nos ocupa, de elementos extraños que, reitero, podrían ser eventualmente nocivos para la salud del consumidor. Es por ello que considero justificada la pretensión del actor en cuanto a la imposición de una multa que tenga el efecto de prevenir daños, disuadiendo conductas ilícitas, antijurídicas, futuras. Si bien, no puede hablarse de malicia, ni fraude, considero que ha existido una negligencia culpable que demuestra indiferencia por los intereses ajenos y que permite calificarla de grosera. Esta conducta se ha manifestado asimismo en la actitud procesal de negar el hecho, sin dar satisfacción alguna a la actora, en cuanto a explicar la causa de tamaña infracción, demostrando total indiferencia por las consecuencias de una conducta que a todas luces aparece como negligente o desaprensiva y reñida con las claras disposiciones legales de protección a los derechos del consumidor. Una vez determinada la procedencia de la aplicación de los daños punitivos, surge el serio problema de determinar el monto

de los mismos. El actor reclama la suma de pesos Dos millones, a la que se opone terminantemente la parte demandada, entendiendo que la misma "excede toda razonabilidad, incurriendo en una inaceptable pluspetición.". Es importante dejar establecido, en este punto, que la indemnización por daños punitivos se justifica en el carácter de la conducta desplegada por el demandado y no en el daño inferido a la parte actora. Respecto de la graduación se ha entendido que depende de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, en referencia a la posición del dañador en el mercado, la cuantía del beneficio que hubiere obtenido con su accionar, el grado de intencionalidad, gravedad del riesgo, conducta reincidente y generalización de la falta. La ley no establece criterios a seguir en lo que respecta a la relación que deba existir entre condena indemnizatoria o compensatoria y la punitiva. La Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos en " State Farm v. Campbell " determinó que " rara vez una condena punitiva que sea diez veces más grande que una compensatoria será razonable y por ende no violatoria del debido proceso. Es decir, que bien podría el juez imponer una condena que sea, por ejemplo, el 20% de la condena compensatoria o común, o del doble o el triple. El único límite que la ley le ha puesto es el valor de la infracción del art. 47, inc.b, que se fija en \$ 5.000.000". (Lopez Herrera. Ob. Cit. Pág. 369). A la hora de cuantificar la condena por daños punitivos, se deben atender a las circunstancias o aristas que revista el caso, tales como ganancias o beneficios obtenidos con su conducta, la reprochabilidad de ésta y la situación económica del demandado, ya que su nivel o poderío económico debe guardar relación con el monto de la condena. No debe perderse de vista que esta sanción cumple una función, además de sancionatoria, disuasiva y ejemplificadora frente a otros productores de bienes o servicios. La ley remite en este punto de la determinación del monto, a la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, lo que es de una gran vaguedad e imprecisión. Al respecto se ha entendido que frente a tal imprecisión, deben tenerse en cuenta las pautas que determina el art. 49 LDC, cuando establece la graduación de las sanciones administrativas que prevé el art. 47, debiendo tenerse en cuenta el perjuicio resultante de la infracción para el consumidor o usuario, la posición en el mercado del infractor, la cuantía del beneficio obtenido, el grado de intencionalidad, la gravedad de los riesgos o de los perjuicios sociales derivados de la infracción y su generalización, y las demás circunstancias relevantes del caso. Cabe analizar, a las luz de las pautas mencionadas, el monto reclamado en concepto de multa civil, de pesos Dos millones. Entiendo al respecto, que en el caso que nos ocupa resulta relevante evaluar la conducta desplegada por el empresa productora de la gaseosa, los riesgos que de ella se derivan, el lucro indebidamente obtenido y su situación económica en el mercado consumidor. Respecto a la conducta, ya me he pronunciado sobre su reprochabilidad, atento negar responsabilidad en el hecho, negar que el elemento haya ingresado afuera o adentro de la fábrica, que haya ingresado antes o después del llenado del envase y que haya estado en el envase al tapado de la botella. Es importante destacar que según certifica el tribunal y corrobora el perito oficial, la botella se encuentra cerrada, " tapa rosca cerrada de fábrica con número de identificación...."-

No obstante esta evidencia, la empresa se limita a negar responsabilidad en el hecho y despliega actividad tendiente a probar que en el proceso de elaboración y embotellado del líquido cumple con todas las normas impuestas por el Código de Alimentación y los controles de calidad correspondientes. Sin duda, no resulta suficiente, se impone una explicación que satisfaga y aclare el origen, la causa de la existencia del elemento introducido en la botella y su permanencia en la misma al ser ésta introducida en el mercado consumidor. De lo contrario, no se puede sino concluir en que existen fallas, vicios en el proceso de limpieza de la botella, lo cual implica un grave riesgo para la salud de los consumidores, ya que permite vislumbrar la posibilidad de que dentro del envase se introduzcan elementos potencialmente nocivos. Se trata de botellas que contienen un líquido destinado a ser ingerido, por lo que se deben extremar los recaudos destinados a evitar defectos que puedan ser potencialmente nocivos para la salud de los consumidores. La ausencia de explicación racional alguna, que se impone ante la evidencia del producto defectuoso y ante el reconocimiento por parte de la empresa de producir y elaborar esta gaseosa Pepsi, a mi entender, supone una postura de indiferencia o desinterés por el derecho de los terceros consumidores o usuarios de los productos por ella introducidos en el mercado. Esta indiferencia unida a lo que entiendo es una prueba terminante de que la actividad que despliega la empresa en el proceso de elaboración de la gaseosa y su embotellamiento, contiene fallas, vicios, concretamente en el lavado de las botellas retornables, ameritan calificar su conducta como de una negligencia grosera, desaprensiva y culposa. Establecida la negligencia en el control de calidad del proceso, el lucro indebidamente obtenido está constituido, sin dudas, por el ahorro en costos de producción, al evadirse controles necesarios para evitar vulnerar derechos ajenos.//-

En cuanto a la posición económica de la empresa CMQ en el mercado, es por todos conocida, en cuanto a su importancia en la comercialización de los productos que elabora. La propia empresa en su contestación de demanda reconoce su " envergadura económica" se " enorgullece de ser una gran empresa de 118 años de antigüedad que invierte y apuesta fuertemente en el país, con gran protagonismo en el mercado, siendo a su vez una de las mayores empleadoras privadas del país", aunque sostiene que la suma reclamada es irrazonable e injustificada. Atento ser una de las pautas a considerar, en la determinación del monto de esta multa, la parte actora ofrece prueba tendiente a acreditar el nivel económico de la Cervecería Quilmes, consistente en declaraciones juradas de impuesto a las ganancias correspondientes a los años dos mil ocho y siguientes, y copias de balances (estado de resultados) certificados por el Concejo de Ciencias Económicas, correspondientes a los años dos mil ocho y siguientes, donde constan tanto la ganancia bruta como la neta de cada ejercicio. Si bien el tribunal proveyó a esta prueba favorablemente, designando audiencia a los fines de la exhibición de dicha documental, ante la oposición de la demandada, quien recurriera el decreto, el tribunal lo revocó por resolución que quedó firme. En esta resolución se meritó la prohibición legal de exigir en juicio la exhibición de las declaraciones juradas que se presentan ante la AFIP, salvo renuncia expresa del interesado (Según jurisprudencia de la C.S.J.N.) y respecto de las copias de los balances la prohibición legal de trasladarlos al lugar del juicio, cuando se hallaren fuera de la residencia del tribunal. La férrea oposición de la demandada unida a la prohibición legal, impidieron la producción de una prueba que resultaba determinante de la capacidad y poderío económico de la empresa, aunque, como ya se expresara, y se encuentra reconocido por la misma, es de gran importancia en el mercado consumidor. Esta carencia probatoria me impide justificar una disminución en el monto solicitado de pesos dos millones, que según la demandada resulta irrazonable por excesivo. No encuentro parámetro que me indique que el monto reclamado, es realmente

injustificado y exagerado. Alega la demandada que existe plus petición, sin embargo no da razones ni acompaña prueba tendiente a acreditar sus dichos y por el contrario se opone a su producción. En definitiva y no encontrando razones suficientes que justifiquen apartarme de la suma reclamada, entiendo la misma procedente, y ese sentido me pronuncio. A mérito de lo expuesto deberá condenarse a la empresa demandada a abonar al actor la suma de pesos Dos millones en concepto de daños punitivos. El argumento de la demandada referido a que en caso de hacerse lugar al reclamo existiría un enriquecimiento sin causa a favor del actor, no resiste el menor análisis, ya que la procedencia de la condena a favor del consumidor surge de la clara disposición del art. 52 bis L.D.C. La ley es terminante al respecto, no obstante que existen posturas doctrinarias encontradas al respecto, que consideran que esta multa civil no debió ser fijada a favor del consumidor, sino destinada a un fondo especial, y otras que adoptan una posición mixta, considerando que debe por lo menos destinarse una parte importante al consumidor, ya que de lo contrario se desalentaría a los damnificados a iniciar demandas por la multa civil. –

IV) COSTAS: Atento a que la demanda prospera en su totalidad, se imponen a la parte demandada, por estricta aplicación del principio objetivo de la derrota. (art. 130 del C. de P.C.), debiendo regularse los honorarios de los Dres. Rodolfo Gonzalez Zavala y Arturo Echenique (h.), en conjunto y proporción de ley, tomando como base el monto de condena y aplicando a la misma el porcentaje correspondiente a dos puntos sobre el mínimo de la escala del art. 36 de la ley 9459.

Por lo expuesto y normas legales citadas,

RESUELVO: I) Hacer lugar a la demanda interpuesta por Luis Mariano Teijeiro ó Teigeiro y en consecuencia condenar a Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A. Y G., I) a entregarle una botella de gaseosa marca Pepsi, condena que podrá hacerse efectiva sobre la que se encuentra depositada en el tribunal, II) a abonarle en el término de diez días la suma de pesos Un mil quinientos en concepto de daño moral y la suma de pesos Dos millones en concepto de daños punitivos, bajo apercibimiento de ley. II) Imponer las costas a la parte demandada. III) Regular los honorarios profesionales de los Dres. R. M. G. Z. y A. J. E. (H) en conjunto y proporción de ley, en la suma de pesos (\$...).

PROTOCOLICESE, HAGASE SABER Y DESE COPIA.