



REGISTRO Nro. 109-S FOLIO Nro. 407/11

Expediente N° 155.585. Juzgado N° 14.

En la ciudad de Mar del Plata, a los 8 días del mes de abril de 2014, reunida la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Segunda, en acuerdo ordinario a los efectos de dictar sentencia en los autos caratulados "**CAPURRO, GUSTAVO MARTIN C/ VIGNOLLE, JESICA RAQUEL y otro S/ COBRO EJECUTIVO**", habiéndose practicado oportunamente el sorteo prescripto por los artículos 168 de la Constitución de la Provincia y 263 del Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial, resultó que la votación debía ser en el siguiente orden: Dres. Ricardo D. Monterisi, Roberto J. Loustaunau y Pedro D. Valle.

El Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes

CUESTIONES

1ra.) ¿Ha sido bien concedido el recurso de apelación interpuesto por el ejecutante a fs.17?

2da.) En caso afirmativo, ¿es justo el auto de fs. 15/16?

3ra.) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión planteada el Sr. Juez Dr.

Monterisi dijo:

I.- A fs. 15/16 el *a quo* solicitó, en función a las facultades ordenatorias e instructorias previstas en el art. 36 del código de rito, que el accionante alegara si la parte demandada era un consumidor en los términos de la ley 24.240 o un comerciante, debiendo en este caso probar dicha circunstancia en el plazo de cinco días, puesto que en caso de no hacerlo deduciría que el crédito reclamado constituye un préstamo efectuado como consecuencia de una relación de consumo.

II.- El pronunciamiento fue apelado por el ejecutante a fs. 17 y fundado a fs. 19/21. Al no encontrarse trabada la litis no medió réplica.

En líneas generales sostuvo que el proveído resultaba injusto por haberse aplicado incorrectamente la ley y la doctrina legal vigentes (decreto-ley 5965/63 y arts. 518, 521, 529, 540, 542, 549 y conc.



del C.P.C.), violándose los principios básicos del ordenamiento jurídico.

Afirmó que su parte promovió la demanda ejecutiva en base a un documento -pagaré- y que el juez, excediendo las facultades emanadas del art. 34 inc. 5 del C.P.C., introdujo *ex officio* cuestiones ajenas a aquélla, aplicando arbitrariamente normas y jurisprudencia que nada tenían que ver con la pretensión en curso.

Destacó que la jurisprudencia citada en el auto en crisis no era aplicable pues su parte, en el rol de actora, no era una entidad financiera sino una persona física.

Agregó que se atentaba contra el derecho de propiedad, impidiéndole recuperar de manera rápida su crédito y fomentando, además, la imposibilidad de su cobro.

III.- Desde ya adelanto mi opinión en el sentido de considerar negativa la respuesta a la primera cuestión.

Sabido es que el Tribunal de Alzada se encuentra facultado para revisar la admisibilidad del recurso sin quedar vinculado por el pronunciamiento del Juez de grado ni por el consentimiento expreso o tácito de los litigantes (argto. HITTERS; "Técnica de los recursos ordinarios", pág. 394, LEP, La Plata, 2000; LOUTAYF RANEA, "El recurso ordinario de apelación en el proceso civil", pág. 256, Astrea, Buenos Aires, 1998).

A su vez, no debe perderse de vista que para la procedencia de todo recurso es necesario que la resolución que se pretende impugnar provoque un gravamen irreparable en los términos del art. 242 inc. "3º" del CPC. De ello se infiere que si el justiciable no recibe ningún perjuicio del dispositivo sentencial, es obvio que no puede combatirlo, pues como no hay acción sin interés tampoco hay recurso sin agravio (HITTERS, ob. cit. pág. 347; esta Cám. y Sala en causas N° 148.627 RSI-445-11 del 29/8/2011; 153.757 RSI-158-13 del 2/5/2013: entre otras).

IV.- Pues bien, entre las resoluciones que jurisprudencialmente se han catalogado como irrecurribles por ausencia de "gravamen irreparable" se hallan las "medidas para mejor proveer", porque



el dictado de este tipo de medidas no conforman más que el ejercicio de facultadas privativas del magistrado y, además, porque se sobreentiende que los pronunciamientos para "mejor proveer" se emiten con prelación a la decisión en sí misma y ello -de por sí- implica que nada deciden, pudiendo predicarse la inexistencia de gravamen irreparable (esta Sala en causas nros. 103.103, 138.476, 136.797, 137.558, 132.010, entre otras; Sala III, causa nro. 151.379).

En este sentido se ha señalado que las decisiones que dictan los jueces en uso de sus atribuciones ordenatorias e instructorias no son pasibles de impugnación, en tanto el despacho de este tipo de medidas no causan instancia e inclusive pueden dejarse sin efecto sin oír a las partes, pues son privativas de los judicantes.

Si bien en situaciones muy excepcionales la doctrina se inclinó por reconocer la admisibilidad recursiva -si se causó un gravamen irreparable a las partes, o se alteró el derecho de defensa- no encuentro que en el *sub lite* se presente un supuesto de inusual entidad que violente el postulado general y autorice la impugnación deducida. Máxime cuando esta Sala tiene resuelto de manera inveterada que las providencias que disponen intimaciones son inapelables, por cuanto ellas deben contestarse -cumpliéndolas o dando explicaciones por no acatárselas- pero no pueden recurrirse en tanto no causan agravio (argto. esta Sala, causas nro. 107.821, RSI 968 del 12/11/98; nro. 116.297, RSI 157 del 17/12/02; nro. 124.278, RSI 770 del 19/6/03; entre otras).

En otras palabras, la orden del Judicante que en esencia dispone una intimación aún cuando vaya acompañada de un apercibimiento, no causa gravamen irreparable desde que no hay una decisión concreta y ello enerva los pretendidos ataques recursivos (esta Cámara, en causas nro. 111.608, RSI 387 del 27/4/00; nro. 120.591, RSI 692 del 23/5/02; 131313 RSI 12 del 8/2/05); de allí que atendiendo a los términos y alcances del auto atacado la apelación *sub examine* devenga inadmisible.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Por las razones expuestas VOTO POR LA NEGATIVA.

A la primera cuestión planteada el Sr. Juez Dr. Loustaunau dijo:

Considero que si la medida dispuesto por el Sr. Juez de la instancia anterior importa un exceso que ocasione gravamen irreparable al derecho de defensa de las partes -como en el caso- deviene necesariamente apelable (arts. 242, 243, 246 y conc. del C.P.C.).

Por las razones expuestas VOTO POR LA AFIRMATIVA.

El Sr. Juez Dr. Valle votó en igual sentido y por los mismos fundamentos que el Dr. Loustaunau.

A la segunda cuestión planteada el Sr. Juez Dr. Monterisi dijo:

I.- En atención al modo en que se decide la primera cuestión procedo a abocarme a la segunda, con la salvedad del caso.

II.- En el caso de autos, subsumiendo las normas, la doctrina y la jurisprudencia aludidas al momento de esbozar la primera cuestión, encuentro que en el proveído atacado el *a quo* decidió hacer uso de las facultades que la ley adjetiva local le confiere en su rol de director del proceso, sin avizorar que aquéllas se hubieran excedido en modo alguno en función de la doctrina legal de la Corte provincial imperante en la materia - que esbozaré a continuación-, por lo que la suerte adversa del recurso *sub examine*, desde la órbita de su procedencia, se encuentra sellada (arts. 34, 36, 242, 246, 270 y conc. del C.P.C.).

Para arribar a dicha conclusión abrevio, como adelanté, en los precedentes del cimero Tribunal con sede en La Plata en los que se analizó, precisamente, los alcances de la facultad del magistrado de primera instancia para indagar en la causa de la obligación cuando se trata de la ejecución de un título de crédito (pagaré) y media la posible configuración de una operación financiera para consumo o de crédito para este fin entre el acreedor y el deudor, pues en ese caso mediaría un vínculo entre ellos que



se encontraría comprendido bajo las normas de orden público de la ley de defensa del consumidor ("Cuevas", Rc. 109.193 del 11-8-2010; "Santa Mónica S.A.", Rc. 117.511 del 2-5-2013; "Carlos Giudice S.A.", Rc. 117.930 del 7-8-2013, entre otros).

Allí se destacó que dicha actuación no resultaba del todo extraña al proceso ejecutivo, pues aún cuando el código de rito "(...) veda examinar la legitimidad de la causa de la obligación en el marco de la excepción de inhabilidad del título (art. 542, inc. 4), el limitado ámbito de conocimiento del juicio ejecutivo no podría impedir que cualquier juez declarara en forma liminar y oficiosa (...) la inexistencia manifiesta de la deuda que se pretende ejecutar (arg. C.S.J.N., Fallos: 278:346; 298:626; 302:861; 318:1151; 324:2009; entre otros; esta Corte, Ac. 68.768, sent. del 15-XII-1999; Ac. 90.386, sent. del 6-XII-2006)" (del voto del Dr. Pettigiani en las causas citadas).

Máxime cuando "(...) la necesaria integración armónica entre los institutos del derecho mercantil y del consumo involucrados en este conflicto normativo (Ac. 80.375, sent. del 5-III-2003; entre tantas otras) propicia la hermenéutica que aquí se adopta, toda vez que los mencionados 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 (conf. mi voto en C. 109.193, cit.; C. 116.088, cit.)" (ídem).

III.- Por todo lo expuesto, mal puede admitirse que este Tribunal revise lo atinente al ejercicio de las facultades consagradas en el art. 36 del C.P.C., pues ello conllevaría el riesgo de coartar los amplios poderes con los que el ordenamiento procesal ha querido revestir al juez de primera instancia, perdiendo así su condición de director del proceso (argto. art. 34 inc. 5to. del C.P.C.), sobre todo, cuando el requerimiento no es susceptible de ocasionar un gravamen irreparable, en tanto nada decide



(esta Cámara, Sala III, causa nro. 151.379, RSI 1144 del 27-12-2012).

A la segunda cuestión planteada el Sr. Juez Dr. Loustaunau dijo:

A mi modo de ver, y en general considero que la medida dispuesta por el Sr. Juez no respeta el derecho de defensa (36 inc.2 in fine del CPC, art.18 CN), crea un apercibimiento inexistente en la ley, aplica interpretaciones judiciales efectuadas para supuestos diferentes, reduce infundadamente los supuestos causales para el libramiento de un pagaré, y además, en el caso, es innecesaria porque la causa fuente de la obligación que se reclama en este expediente, surge claramente del pagaré a fs.12 donde dice “Servicios Turísticos” (Picasso – Vázquez Ferreira “ Ley de defensa del consumidor: comentada y anotada” editorial La Ley, tº II-p. 199, Bs.As. 2009).

- a) el Juez *“solicita que la parte actora alegue”* si el demandado es consumidor o comerciante, debiendo en este último caso probar dicha circunstancia. Tal *“solicitud”* se asemeja mas a una intimación que a un pedido, en la medida en que contiene un apercibimiento. Es una intimación a declarar o a manifestar, actividad jurídicamente diferente a la de *“alegar”*, y tiene por clara y visible finalidad obligar al actor a probar una única excepción posible a esta suerte de aplicación general de la ley 24.240 que dispone.

En mi opinión el método es distinto. El deudor debe probar (con toda la amplitud de medios para hacerlo) que se trata de una relación de consumo para encuadrar el caso en la ley protectora (art.1 ley 24.240).

Es que como enseñaba Alterini (“Carga y contenido de la prueba del factor de atribución en la responsabilidad contractual” La Ley 1988-B-947), la asunción de una clasificación binaria (o consumidor o comerciante en este caso) no da lugar a ningún tertius quid: el



principio lógico del tercero excluido impide que fuera de esa alternativa haya lugar para otro agrupamiento conceptual. En el mundo del derecho, la realidad es multifacética y no binaria como en el de las computadoras. En mi opinión, es errado partir de la creencia de que el librador es consumidor o comerciante, y cerrar allí la lista de posibles causas fuentes. También están excluidas (pese a la opinión doctrinaria en contra) las deudas derivadas de servicios correspondientes a profesiones liberales, entre otras.

- b) Esta intimación a manifestar o declarar, bajo apercibimiento de presumir en contra del ejecutante, parece afectar el derecho de defensa porque obliga al actor a probar la condición que excluya al librador de la ley protectora, o a declarar contra si mismo, violando así el 18 de la CN.
- c) Las interpretaciones judiciales de la Corte son para el caso de entidades financieras que son personas jurídicas, no para el caso de personas físicas. Aunque referido a la embargabilidad de los haberes del empleado público, ya lo ha expresado así la Sala que tengo el honor de integrar en la causa 152.939.
- d) El Juez no puede crear apercibimientos sancionatorios (en la medida en que importan una interpretación contraria a la parte) no contenidos en la ley, y mucho menos que esos apercibimientos obliguen a probar no solo lo que la ley especial no exige, sino también aquello que expresamente excluye de debate, como lo es la causa de la obligación, bajo apercibimiento de presumir contra el portador/beneficiario.

Finalmente, y en el caso particular (dado que los jueces debemos limitarnos siempre al caso especial en que conocemos conforme



parágrafo 3 del título preliminar del Código de Comercio), la causa de la obligación documentada en el pagaré está expresada en el instrumento, por lo que la intimación importa tanto como compeler al ejecutante a manifestar lo que ya dice el propio título ejecutivo. Habiendo sido introducida la causa en el título que presenta el propio actor, hubiera bastado que el Sr. Juez decidiera si los “servicios turísticos” integran un contrato incluido en las previsiones de la ley 24.240, sin necesidad de recurrir a la solicitud-intimación que considero pertinente revocar, haciendo así lugar al recurso de la actora.

ASI LO VOTO.

El Sr. Juez Dr. Valle votó en igual sentido y por los mismos fundamentos que el Dr. Loustaunau.

A tercera cuestión planteada el Sr. Juez Dr. Monterisi dijo:

Corresponde -por mayoría- declarar formalmente admisible y sustancialmente procedente el recurso de apelación interpuesto por el ejecutante a fs. 17, revocando, por ende, el auto de fs. 15/16 a fin de proveer sin más trámite la presente ejecución (arts. 34, 36, 242, 246, 270, 518, 529, 540 y conc. del C.P.C.) e imponer las costas en el orden causado por no mediar controversia (art. 68 a contrario del C.P.C.).

Así lo voto.

Los Sres. Jueces Dres. Loustaunau y Valle votaron en igual sentido y por los mismos fundamentos.

En consecuencia se dicta la siguiente

S E N T E N C I A

Por los fundamentos expuestos en el precedente acuerdo, se resuelve por mayoría: **I)** declarar formalmente admisible y sustancialmente procedente el recurso de apelación interpuesto por el ejecutante a fs. 17, revocando, por ende, el auto de fs. 15/16 a fin de proveer sin más trámite la presente ejecución (arts. 34, 36, 242, 246, 270, 518, 529, 540 y conc. del C.P.C.). **II)** Imponer las costas en el orden causado por no



mediar controversia (art. 68 a contrario del C.P.C.). **NOTIFÍQUESE** personalmente o por cédula (art. 135 del C.P.C.). **DEVUÉLVASE.**

RICARDO D. MONTERISI

ROBERTO J. LOUSTAUNAU

PEDRO D. VALLE

Alexis A. Ferrairone

Secretario