



  
MARIA SOLEDAD CASAZZA  
SECRETARIA

### *Ministerio Público de la Nación*

El libramiento de títulos cambiarios en las circunstancias apuntadas, resultaría violatorio de una norma con jerarquía constitucional y de orden público, y torna inexistente la posibilidad de que un consumidor libre un pagaré para documentar una deuda de consumo.

Ello así toda vez que, a partir de lo que dispone la ley de defensa del consumidor, toda operaciones financiera o de crédito de consumo debe contar con una base contractual específica, y no otra.

Es decir, la única posibilidad que la Ley 24.240 prevé para que una relación de consumo crediticia se encuentre documentada es por intermedio de un contrato de mutuo (art. 1525 CCCN y sgtes.), en los términos y condiciones que dicha ley determina.

De allí que resulte imposible documentar una operación de crédito al consumo en un instrumento distinto al que dispone la normativa aplicable, tal como sucede con el pagaré.

Por otra parte, resulta materialmente imposible para los integrantes de la relación de consumo incorporar la totalidad de los requisitos previstos por el señalado art. 36 en un instrumento cartular, pues la normativa que los regula específicamente se encarga de detallar típicamente los recaudos que aquél debe contener y, ante la omisión o el cumplimiento defectuoso de los mismos, determina que ese documento no será considerado pagaré (art. 2 y 102 del Dto. Ley 5965/63).

Asimismo, el art. 101 del dfo. ley sobre letras de cambio y pagaré estipula que “el vale o pagaré debe contener: (...) 3°. El plazo de pago (...)”, y en el

artículo siguiente indica que “son aplicables al vale o pagaré, en cuanto no sean incompatibles con la naturaleza de este título, las disposiciones de la letra de cambio relativas: al (...), al vencimiento (artículos 35 a 39) (...)” (art. 103 Dto. Ley 5965/63).

Aquí, como seguidamente se verá, también se advierte una colisión entre lo regulado por el decreto ley y la ley de defensa del consumidor que determina la inexistencia del pagaré de consumo.

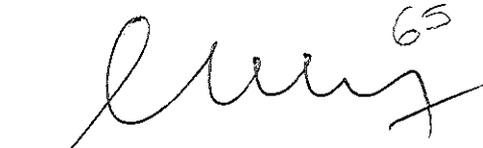
En efecto, el art. 35 del dto. ley 5965/63 determina que “la letra de cambio puede girarse: a la vista; a un determinado tiempo vista; un determinado tiempo de la fecha; a un día fijo.”

Es decir, el pagaré puede librarse eligiendo una opción sobre cuatro vencimientos que operan de manera diferente entre sí. Dos resultan relativos, toda vez que no existe certeza –a priori- de la fecha real de vencimiento, y los otros absolutos, toda vez que se puede determinar con anterioridad al mismo el día exacto en que se efectivizarán.

Empero, a continuación, el precepto señalado indica que “las letras de cambio giradas a otros vencimientos distintos de los indicados o a vencimientos sucesivos son nulas”.

Teniendo en cuenta ello, resulta de toda claridad que la regulación específica de la letra de cambio y el pagaré veda toda posibilidad de que existe un vencimiento de los mismos distinto a los detallados en los párrafo precedentes.



  
MARIA SOLEDAD CASAZZA  
SECRETARIA

*Ministerio Público de la Nación*

No obstante ello, entre los recaudos obligatorios que fija el art. 36 de la Ley 24.240 y que deberá contener todo documento que se sustente en una relación de crédito al consumo, se encuentra el de " g) La cantidad, periodicidad y monto de los pagos a realizar".

En consecuencia, el interrogante que corresponde realizar en este punto consiste en: ¿se puede dar cumplimiento con la manda del art. 36 de la Ley 24.240, en cuanto a la cantidad, periodicidad y montos de los pagos que deberá realizar el consumidor (las denominadas "cuotas"), utilizando como documento de la relación un pagaré?

La respuesta a tal interrogante es negativa, pues es el propio dto. ley 5965/63 el que veda la posibilidad de incorporar al documento vencimientos distintos a los que específicamente prevé dicha normativa.

Es que, no puede sostenerse la validez de los "pagarés de consumo" cuando la obligación subyacente al título de crédito se trata una relación de consumo, en donde el monto de la deuda se encontraba "cuotificado", por lo que el título de crédito debería consignar la posibilidad de realizar pagos parciales con distintos vencimientos (posibilidad totalmente prohibida por la norma según art. 35), o en su defecto emitir tantos pagarés como cuotas con vencimiento existan, lo que provocaría la falsedad entre la identidad del negocio celebrado y el cartular librado por el consumidor en beneficio del proveedor.

Tal situación evidencia que la práctica generalizada de instrumentar deudas de consumo en pagarés en realidad apunta a garantizar los créditos que otorgan y lograr un recupero veloz, en virtud de la imposibilidad de que

el consumidor oponga defensas, desvirtuando totalmente la finalidad que realmente se tuvo en miras al momento de determinar la viabilidad de éstos títulos a través del decreto ley analizado.

### 3.6. Abuso del derecho. Fraude a la ley.

El vocablo “abuso” proviene del latín: *abusus*, siendo su significación “ab” contra, y “usus” uso. Es decir, su sentido literal sería el de “uso contrario” o “mal uso”, o si se prefiere “obrar excesivo o anormal”.

La teoría del abuso de derecho sostiene que toda institución tiene un destino, el que constituye su razón de ser y contra el cual no es lícito rebelarse. Cada derecho está llamado a seguir una determinada dirección y los particulares no pueden cambiarla a su antojo por otra diferente pues de lo contrario habría no uso sino “abuso” de ese derecho, la cual puede generar la responsabilidad de su autor: “No es para perjudicar a nuestro prójimo que la ley nos acuerda prerrogativas y nos garantiza su ejercicio;: la lesión de los intereses de otro puede a veces, a condición de no exagerar, ser el resultado legítimo de nuestras acciones, pero en ningún caso podría constituir el móvil regular de ellas”. (Cazeaux Pedro Néstor y Trigo Represas, Félix Alberto “Derecho de las Obligaciones” Librería Editora Platense. T IV, págs.426 y sgts.)

Josserand señala que: “En esta teoría, los derechos, productos sociales, como el derecho objetivo mismo, encuentran su origen en la comunidad de la cual obtienen su espíritu y su finalidad; es para y es por ella que existen; cada uno de ellos tiene su razón de ser, su misión a cumplir, cada uno de ellos es dirigido hacia un fin y no atañe a su titular desviarlo del mismo; son elaborados por



  
MARIA SOLEDAD CASAZZA  
SECRETARIA

*Ministerio Público de la Nación*

la sociedad y no la sociedad para ellos; su finalidad hallase fuera y por encima de los mismos: no son pues absolutos sino relativos: deben ser ejercidos en el plano de la institución, conforme a su espíritu, sin que sigan una falsa dirección y su titular que hubiera, pues, no usado, sino abusado, vería su responsabilidad comprometida hacia la víctima de esa desviación culpable. (...)"

Concluye dicho autor en que: "cada derecho tiene su espíritu, su fin, su finalidad, quienquiera intente desviarlo de su misión social, comete una falta, delictual o cuasidelictual, un abuso de derecho susceptible de comprometer, en la ocasión respectiva, su responsabilidad" (Josserand, Louis, Derecho Civil, t. I, Volumen I, Ejea, Buenos Aires, 1950, citado en Cazeaux Pedro Néstor y Trigo Represas, Félix Alberto "Derecho de las Obligaciones" Librería Editora Platense. T IV, págs. 426 y sgts).

De lo expuesto se puede concluir que acto "abusivo" es el acto anti funcional, el acto contrario al espíritu de un derecho determinado.

El abuso de derecho fue incorporado a nuestro derecho positivo por la Ley 17.711, que transformó radicalmente el Código Civil redactado por Vélez Sarsfield, como párr. 2º del art. 1071, al disponer que "la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contraríe los fines que aquella tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres".

La admisión de la teoría del abuso del derecho es una consecuencia necesaria de vida en sociedad que no puede tolerar usos abusivos de los derechos, más allá de los límites que impone la misma sociedad.

El abuso del derecho se inserta ahora en el Título Preliminar, y no en la sección de los hechos ilícitos como lo hacía en el Código de Vélez. En los fundamentos del Código se expuso que una de las funciones de un título preliminar es la de “aportar algunas reglas que confieren una significación general a todo el Código. De modo que la nueva ubicación pretende que esta figura de gran generalidad, proyecte sus efectos hacia todo el derecho civil, comercial y del consumidor (Código Civil y Comercial, Comentado, Anotado y Concordado. Lidia Garrido, Alejandro Borda, Pascual E. Alferillo. T. 1, Ed. Astrea, Pág. 13).

El nuevo cuerpo normativo establece que “el ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto.

La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización”.

Un indicador importante acerca de posibles ejercicios abusivos del derecho lo constituye la condición de vulnerabilidad en la que se halle una de las partes de la relación jurídica de que se trate. La vulnerabilidad de la persona se manifiesta en el lugar de debilidad, fragilidad o aminoración fáctica en el que queda posicionada a consecuencia de aquella. Pero también, en las dificultades



  
MARIA SOLEDAD CASAZZA  
SECRETARIA

*Ministerio Público de la Nación*

sobrevinientes para tomar decisiones razonables y ejercer sus derechos y obligaciones en igualdad de condiciones que todos los demás.

Es imposible negar el hecho de que los consumidores son sujetos considerados “vulnerables”, que se encuentran en una situación de desequilibrio y de inferioridad con respecto a los proveedores de bienes y servicios.

De tal forma son pasibles a ser víctimas del abuso de derecho cuando se configuran las circunstancias que rodean el libramiento de los “pagarés de consumo”, con el claro objetivo de que el beneficiario originario (proveedor de la relación subyacente) neutralice la eventual constatación del cumplimiento del art. 36 de la Ley 24.240 en la operación de crédito que originó el cartular y el cercenamiento del derecho de defensa en juicio del débil jurídico.

Es decir, no puede concebirse lícito ampararse en lo regulado por el decreto 5965/63, cuando el objetivo del cumplimiento (o pseudo-cumplimiento) de la norma, en rigor de verdad, apunta a vulnerar los derechos que la Constitución Nacional reconoce a los consumidores y usuarios.

De allí que el abuso del derecho y el fraude a la ley se encuentren íntimamente relacionados.

Téngase presente que el crédito para el consumo es en la actualidad uno de los medios de mayor trascendencia económica para los consumidores y usuarios, pues para la mayor parte de los ciudadanos medios constituye la forma de acceder al disfrute de una serie de bienes y servicios, que le permiten mejorar su nivel de vida, gracias a la obtención de la financiación para

adquirirlos (Farina, Juan M., Defensa del Consumidor y del Usuario, Ed: Astrea, 2009, pág. 381).

Ahora bien, con un criterio realista Heredia señala que es conocido en nuestro país y en el extranjero que en la 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 (voto del Dr. Pablo Heredia, plenario autoconvocado s/competencia del fuero comercial en los supuestos de ejecución de títulos cambiarios en que se invoquen involucrados derechos de consumidores).

En definitiva, lo que se pretende mediante esta práctica es eliminar todo tipo de control por parte del obligado sobre la deuda y de esta manera generar el cobro a favor del acreedor lo más rápido posible, sin importar los posibles abusos en los que se incurriere. El problema aquí, es la desnaturalización que el título de crédito ha sufrido, lo que implica una práctica cuya única meta es el fraude a la ley.

El fraude a la ley vinculado al orden público, está previsto en el art. 12 del Código Civil y Comercial el cual establece: "Art. 12. Orden público. Fraude a la ley. Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está interesado el orden público.



MARIA SOLEDAD CASAZZA  
SECRETARIA

*Ministerio Público de la Nación*

El acto respecto del cual se invoque el amparo de un texto legal, que persiga un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una norma imperativa, se considera otorgado en fraude a la ley. En ese caso, el acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir".

La aplicación del instituto requiere extender el alcance de la norma imperativa eludida y el resultado del negocio prohibido no debe ser el de la norma prohibitiva, toda vez que ello conduciría a que el acto jurídico cuestionado fuese lisa y llanamente ilícito, que es lo que acontece cuando se busca el resultado vedado en forma directa.

Otro aspecto central del instituto es que "la autonomía del negocio in fraudem respecto del contra legem supone la finalidad de obtener un resultado análogo, o sea no previsto explícita ni implícitamente en la norma prohibitiva pero deducible de los fines del ordenamiento jurídico concebido como sistema" (Tobías, José W. en Alterini, Jorge "Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético". Bs As. Ed. La Ley 2015 T.I p. 98.).

En este sentido, la utilización de pagarés que encubren operaciones de crédito para consumo, a los fines de obtener las ventajas que de ello deriva, en perjuicio del consumidor-librado y desvirtuando la finalidad que la normativa cambiaria se ha fijado en conjunto al resto del ordenamiento jurídico, constituye un acto en fraude a la ley.

Es por ello que el principio de abstracción cambiaria debe ceder frente a la indagación necesaria para determinar si al título cambiario le subyace una relación de consumo, toda vez que mediante la utilización de aquel no se

pretende cumplir con la finalidad de los títulos analizados (que no es otra que la circulación), sino que por el contrario lo que se intenta es sortear las garantías mínimas que emanan de la propia Constitución Nacional y la vigente ley 24.240. (Álvarez Larrondo, Federico M. Rodríguez, Gonzalo M “El reconocimiento expreso de la supremacía del Derecho del Consumo, frente a la abstracción cambiaria”. DJ 09/11/2011, 5).

Ello me lleva a concluir que, aunque el pagaré cumpla los requisitos que establece el decreto ley 5965/63 y la ley procesal lo haya incluido expresamente entre el elenco de los títulos ejecutivos, no es posible utilizarlo para promover una ejecución si el contrato que le sirvió de causa requiere de ciertos requisitos que no aparecen cumplidos en el texto del título cambiario.

Al respecto, resulta destacable la jurisprudencia que se ha desarrollado en la provincia de Buenos Aires en diversos casos en los que se ha pretendido la ejecución de pagarés que no cumplen con los requisitos exigidos por el régimen consumeril aplicable a la relación contractual, donde se ha advertido – con argumentos que comparto sobre la contradicción existente en nuestro sistema normativo –que si bien el pagaré cumple los requisitos del Decreto Ley 5965/63 y, por lo tanto, podría entenderse que es “ejecutable”; si se lo observa desde el punto de vista de la relación de consumo subyacente –no desvirtuada en autos- no podría aceptarse su ejecución por cuanto violenta el derecho protectorio del consumidor ante la imposibilidad de analizar si los derechos que la ley 24.240 y la Constitución Nacional reconocen al consumidor se encuentran debidamente resguardados (Cám. Ap. Civ. y Com. de Mar del Plata, Sala III, causa nº 148.094, caratulada



MARIA SOLEDAD CASAZZA  
SECRETARIA

### *Ministerio Público de la Nación*

“BBVA. Banco Francés SA c/Nicoletto Marcelo Andrés s/ cobro ejecutivo”, de fecha 17.10.11, con voto preopinante de la doctora Zampini).

Al fin y al cabo, si el proceso de ejecución debe su celeridad al mero hecho de que el deudor no pueda invocar otras defensas que las que emanan de las formas extrínsecas del título, sin entrar a discutir la legitimidad de la causa (art. 544 inc. 4, cód. procesal), es preferible, desde todo punto de vista, sacrificar esa celeridad en aras de la averiguación de la verdad jurídica objetiva y lograr, del juez interviniente, la obtención de la certeza positiva o negativa sobre el material fáctico en que las partes han fundado sus respectivas pretensiones, como reiteradamente lo ha resuelto nuestro más alto tribunal desde el célebre caso “Colalillo” (fallos: 238:550), mediante una doctrina que continúa plenamente vigente desde la fecha de su dictado, el 18-9-1957” (Nissen, Ricardo Augusto, “Los títulos de crédito en la Argentina. Esplendor y decadencia. A propósito de un fallo ejemplar”. Pub. en E.D. nº 13.188 del 27.02.13).

#### 3.7. El orden público de la protección del consumidor.

Lo hasta aquí expuesto adquiere mayor relevancia en virtud del carácter de orden público con que se ha dotado a la ley de defensa del consumidor.

En efecto, el art. 65 de la Ley 24.240 dispone que: “La presente ley es de orden público”.

Es sabido que una cuestión es de orden público cuando responde al interés general, colectivo, por oposición a las cuestiones de orden privado en las que su nota característica es el interés particular. Así, las leyes de orden público son irrenunciables, imperativas, en tanto que las de orden privado

son, por el contrario, renunciables, permisivas y confieren a los interesados la posibilidad de apartarse de sus disposiciones y sustituirlas por otras.

El Superior Tribunal de Justicia de Madrid (Sala en lo Civil y Penal, Sección primera) en sentencia del 16 de julio de 2013 definió al orden público de la siguiente manera: "Por orden público ha de estimarse aquel conjunto de principios, normas rectoras generales y derechos fundamentales constitucionalizados en el Ordenamiento Jurídico español, siendo sus normas jurídicas básicas e inderogables por la voluntad de las partes, tanto en lo social como en lo económico..." (Vazquez Ferreyra Roberto, Orden Público, "En el derecho del consumidor", La Ley, 20/11/2015, 1).

En el caso de aquellas normas caracterizadas como "de orden público", su disponibilidad se encuentra totalmente vedada para las partes. De esta manera, los sujetos que intervengan en la relación no podrán limitar la aplicación de la ley, y cualquier intento en tal sentido resulta nulo de nulidad absoluta.

Como bien señala Barocelli, la calificación de una norma por el legislador como de orden público trae aparejado dos consecuencias: la irrenunciabilidad de los derechos que reconoce, es decir, la indisponibilidad de su contenido por las partes y la aplicabilidad de oficio por los jueces (autor citado, Orden público de consumo y garantía por vicios ocultos. Una mirada desde el Código Civil y Comercial, RCCyC 2015, 273).

En el caso del Derecho del Consumidor es también una manda constitucional. La aplicación de oficio de las normas de protección al consumidor por los jueces no es una facultad sino un deber, en cumplimiento con la



  
MARIA SOLEDAD CASAZZA  
SECRETARIA

## *Ministerio Público de la Nación*

prescripción del art. 42 de nuestra Ley Fundamental que impone a las autoridades públicas el deber de proveer a la defensa de los derechos de los consumidores.

Ello implica, no solo la aplicación de "una ley", la ley 24.240, sino de un sistema de normas principiológicas, de fuente constitucional, con carácter esencialmente protectorio de la parte débil y vulnerable, esto es, de que adquieren o utilizan bienes o servicios para satisfacer necesidades domésticas, que atraviesan todo el ordenamiento jurídico positivo, poniendo en crisis muchos de sus paradigmas clásicos y resignificando mucho de los sus postulados a la luz de sus normas, principios e instituciones cuando se verifica la existencia de una relación de consumo (Barocelli, Sergio S., "Seguros, derecho del consumidor y daños punitivos", Revista de Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa, La Ley, febrero 2014, ps. 80 a 94).

En tal inteligencia, se ha dicho que, aun en el ámbito del derecho comercial, donde rige la autonomía de la voluntad, existen derechos indisponibles por las partes privadas porque hay un interés superior en tutelarlos por distintas razones que podemos englobar en una noción genérica de orden público y orden público económico.

Es que en el marco del derecho del consumo, la fijación de límites legales no persigue en absoluto limitar la autonomía de la voluntad, sino por el contrario fortalecerla. Lo que se busca con la intervención del Estado en el vínculo negocial es alcanzar lo que ambas partes hubieran querido, y no sólo lo que pretende el predisponente.

En consecuencia, siendo que la ley de defensa del consumidor es de orden público, y que la misma constituye una norma dirimente para la resolución de la cuestión traída a debate, no es una opción para el magistrado proponer su aplicación, sino un verdadero deber, por lo que la regulación dedicada a los papeles comerciales, en particular el principio de abstracción, debe ceder ante la viabilidad de aquella.

#### 4. Relación de consumo. Ámbito subjetivo.

Como primer punto, a fin de determinar si el régimen tuitivo consumerista resulta aplicable al caso traído a debate, resulta necesario definir si estamos en presencia de una relación de consumo.

En este sentido, el art. 3 de la ley 24.240 dispone que: "Relación de consumo es el vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario" (v.art.cit.).

De allí que, los ingredientes necesarios para conformar la referida relación de consumo son que, por un lado se constate la presencia de un consumidor y por el otro la presencia de un proveedor.

Es decir si alguna de las partes reúne los requisitos previstos por el art.1 del régimen legal analizado y si su contraria cumple con los del art. 2 de tal ordenamiento, podemos afirmar que estamos en presencia de una relación de consumo.

En este sentido, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial determinó una serie de pautas que permiten sortear la referida dificultad, y sentenció que se puede inferir de la sola calidad de las partes de un proceso



*Ministerio Público de la Nación*

MARIA SOLEDAD CASAZZA  
SECRETARIA

ejecutivo, interpuesto con base en un título abstracto, que la causa subyacente constituye una relación de crédito al consumo (Plenario autoconvocado ya citado).

Si las pautas referidas precedentemente se advierten en el caso, se podrá afirmar que la causa fuente del pagaré presentado a ejecución radica en una relación de consumo y, como consecuencia, se debe aplicar el plexo consumeril en su integridad por sobre cualquier otra normativa que restrinja o altere los derechos de los consumidores y usuarios.

5. El caso traído a debate.

En las presentes actuaciones se evidencia que estamos en presencia de un caso encuadrable en la situación jurídica desarrollada a lo largo del presente dictamen.

En consecuencia, siendo que se presume que el pagaré traído a ejecución ha instrumentado un crédito con fines de consumo otorgado por la accionante, que esta última ha omitido desvirtuar tal presunción atendiendo a los argumentos expuestos por el ejecutado en la excepción interpuesta a fs. 27/31 y no habiéndose dado cumplimiento a las previsiones del artículo 36 de la ley 24.240 en la redacción del cartular, no puede admitirse la ejecución del mismo.

En este contexto, corresponde entonces desestimar el presente trámite y declararse admisible la excepción incoada por el demandado.

6. Reserva de caso federal: Para el caso de que se dicte una sentencia que afecte el derecho constitucional de defensa en juicio del consumidor, formulo reserva de ocurrir ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación por vía extraordinaria, planteando la cuestión federal.

7. En virtud de las consideraciones desarrolladas, corresponde admitir el recurso interpuesto por la demandada y revocar el decisorio apelado en los términos precedentemente expuestos.

Dejo contestada la vista conferida.

Buenos Aires, diciembre 19 de 2016.

23.

GABRIELÁ F. BOQUIN  
FISCAL GENERAL

FISCALIA GRAL. ANTE  
LA CAMARA COMERCIAL

PROTOCOLO N° 149498

" D "

EN LA MISMA FECHA CERTIFICO QUE EL PRESENTE DICTAMEN  
ES COPIA FIEL DE SU ORIGINAL OBRANTE EN LOS AUTOS DE  
REFERENCIA, CONSTE. FISCALIA ANTE LA CAMARA NACIONAL  
DE APELACIONES EN LO COMERCIAL. SECRETARIA

MARIA SOLEDAD CASAZZA  
SECRETARIA