DICTAMEN E Nro. 838

<u>AUTOS</u> "Cetrogar S.A c/ Zarate, Daniel Alberto. Presentación Múltiple. Ejecutivos Particulares. Cuestión de Competencia entre Jueces de 1A Inst. Expte Nro. 6025717.

Excmo. Tribunal Superior de Justicia:

i.- En tiempo y forma comparece este Ministerio Público a evacuar el traslado corrido por V.E. mediante proveído glosado a fs. 28 de la cuestión negativa de competencia suscitada entre el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de 6ta Nominación de la ciudad de Córdoba y el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Conciliación y Familia de 1ª Nominación, Secretaría 1, de la ciudad de Cosquín.

ii.- La legitimación para intervenir de este Ministerio Público en estas actuaciones está dada por la Constitución de la Provincia de Córdoba (art. 172 inc. 2) y la Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal Nº 7826 (art. 9 inc. 2 y 5 y art. 16 inc 3), como custodio de la jurisdicción y competencia de los Tribunales Provinciales.

iii.- El caso.

La actora, mediante apoderado, inicia formal demanda ejecutiva en contra del Sr Daniel Zarate, fundada en un pagaré a la vista sin protesto suscripto por la demandada y librado a favor de Cetrogar S.A.

Por proveído de fs. 16, el Sr. Juez del Juzgado de Primera Instancia y Sexta Nominación en lo Civil y Comercial de la ciudad de Córdoba, Dr. Ricardo Monfarrell, atento surgir de las constancias de la causa que la relación sustancial que dio origen a la relación procesal de autos configuraría una relación de consumo, analiza la competencia del Tribunal, a la luz de lo dispuesto por el art. 36 de la Ley 24.240.

Al respecto cita el precedente de la CSJN en autos "Productos Financieros S.A c/ Ahumada, Ana Laura s/ cobro ejecutivo" donde el Tribunal Cimero concluyo que la declaración de incompetencia de oficio en los supuestos que resulta aplicable el art. 36 de la Ley 24.240, texto según ley 26.361, encuentra sustento en el carácter de orden público que reviste dicha norma, art. 65 del cuerpo citado.

Conforme ello y sin perjuicio del estado procesal de los presentes y la regla contenida en el art. 1 ult. párrafo del C.P.C, surgiendo de las constancias de la causa que el domicilio de la parte demandada es en la localidad de Huerta Grande, declara la incompetencia del Tribunal para entender en el caso, remitiéndolo al Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial que por turno corresponda de la ciudad de Cosquín.

Recibidos los rubrados por el Juzgado de Primera Instancia y Primera Nominación de la ciudad de Cosquín, por decreto de fs. 19/22 vta, el Sr. Juez Dr. Juan Manuel Cafferata, resuelve no avocarse y los restituye al Tribunal remitente.

Como fundamentos de su decisión, alude i.- que la última palabra sobre un conflicto de competencia negativa suscitado entre dos tribunales pertenecientes a distintas circunscripciones de la justicia ordinaria en la Provincia de Córdoba, le corresponde al Tribunal Superior de Justicia, más allá de lo dicho por la CSJN, no existiendo precedente en tal sentido. ii.- la hermenéutica en torno al último párrafo del art. 36 de la ley

24.240, en relación a las normas de competencia, plantea dos temas diferentes, a.- si la regla de competencia que emana del art. 36 in fine de la ley, se aplica solamente a los contratos que instrumentan operaciones de venta a crédito o si también abarca a los denominados pagarés de consumo y b.- si la regla que determina la competencia es una norma de orden público, siendo este problema el que se plantea en esta instancia.

Hace un análisis entre normas operativas y de orden público, así como a los efectos de cada una, para concluir que la atribución de competencia en este caso no resulta de orden público, sino que es consagrada por una norma imperativa, razón por la cual corresponde prescribir, por abusiva, cualquier cláusula contractual que establezca una solución distinta.

En este caso, agrega, se trata de un conflicto individual que hace al interés del propio consumidor, vinculado con el lugar en que podrá desenvolver de forma más eficaz, la defensa de su propio derecho en el pleito, advirtiéndose con claridad que en la ejecución del presente pagaré no se encuentra en juego el orden público, sino, simplemente, el interés particular del presunto consumidor que lo habría suscripto.

Finalmente, refiere a la disposición constitucional contenida en el art. 42 de la CN y destaca que no modifica lo precedentemente reseñado, ya que en un pleito civil, por vía de regla, se encuentra constantemente en pugna el derecho de propiedad, de idéntico origen a tenor de lo dispuesto por el art. 17 CN, siendo indudable que los conflictos que se desenvuelven en la justicia civil y comercial, por principio atañen solamente a intereses privados, aunque se desarrollen en virtud de derechos que tienen consagración y origen en la Constitución .

Remitidos al Tribunal de radicación originaria, éste los

eleva por ante V.E.

v. Opinión de esta Fiscalía General

Este Ministerio Público ha sido llamado para expedirse respecto del Tribunal que debe intervenir en la demanda ejecutiva de un pagaré de consumo, atento declararse –de oficio- incompetente el Juez en lo Civil y Comercial de la ciudad de Córdoba por tener su domicilio el consumidor demandado en la ciudad de Huerta Grande, art. 36 LDC, y la remite a su par de la ciudad de Cosquín, magistrado que resiste la competencia de su órgano jurisdiccional, suscitándose por ello una contienda negativa.

En primer término, se impone sindicar que el proceso que se sustancia en los presentes tiene de base una relación de consumo, infiriéndose ello de la propia actividad desplegada por la ejecutante la que habilita calificar su vinculación con el deudor demandado de tal modo (cfr. fs. 11, constancia de inscripción de la AFIP, donde surge que la actora reviste como actividad principal: venta al por menor de electrodomésticos, artefactos para el hogar y equipos de audio y video; como actividad secundaria: venta de moticicletas y de sus partes, piezas y accesorios).

Así, las circunstancias personales de las partes permiten presumir la existencia de una relación de consumo alcanzada por el art. 36 de la LDC, ya que la parte ejecutada es un consumidor, conforme el art. 1 de la normativa citada y, atento lo sindicado en párrafo precedente, la ejecutante una entidad de crédito encuadrable en la definición de su art. 2. Asimismo, la acción ejecutiva se inicia en la ciudad de Córdoba, mediante una prórroga ejercida por la parte actora, sin que se le haya corrido aún traslado al demandado, todo lo cual permite afirmar que resulta aplicable en los presentes el art. 36 de la LDC.

Sobre el tema en debate cuadra recordar que a partir de la sanción del mencionado plexo legal (Ley 24.240) la competencia territorial está establecida a favor del consumidor, imponiéndose como regla la del lugar de su domicilio, sancionando con nulidad cualquier pacto en contrario (ver WAJNTRAUB, Javier H., "Primeras reflexiones acerca del nuevo reglamento sobre cláusulas abusivas resolución de la Secretaría de la Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor 53/2003", JA 2003-II-989; PICASSO, Sebastián, Sobre ciertas resistencias a la aplicación de la ley de defensa del consumidor, LL 2004-B, 473; SCBA, 17/09/2008, "Choqui, Néstor P. v. Coop. Viv. Pers. YPF Gral. Mosconi",LLBA 2008-1178)

Es por ello que el art. 36 de la LDC atinente a las "operaciones financieras para consumo" y "operaciones de créditos para el consumo", en su último párrafo establece como tribunal competente para entender en los litigios que se susciten por dichas relaciones: el del domicilio real del consumidor, siendo nulo cualquier pacto en contrario.

Dice la norma: *"Será competente para entender en el conocimiento de los litigios relativos a contratos regulados por el presente artículo, en los casos en que las acciones sean iniciadas por el consumidor o usuario, a elección de éste, el juez del lugar del consumo o uso, el del lugar de celebración del contrato, el del domicilio del consumidor o usuario, el del domicilio del demandado, o el de la citada en garantía. En los casos en que las acciones sean iniciadas por el proveedor o prestador, será competente el tribunal correspondiente al domicilio real del consumidor siendo nulo cualquier pacto en contrario".*

El carácter de orden público que reviste todo el régimen

consumeril, incluida la regla contenida en su art. 36, determina que la invalidez de las estipulaciones o "actuaciones" contrarias a lo en ella prescripto, debe ser declarada de oficio; carácter que deriva no sólo del art. 65 LDC –que así expresamente lo dice- sino de la propia naturaleza de esa norma que descansa en el orden constitucional de protección.

Sabido es que el régimen tuitivo del consumo se sustenta, no sólo en el derecho común y en la ley especial, sino en la propia Constitución Nacional.

La disposición normativa aludida, art. 36 LDC, contiene una clara regla de adjudicación de jurisdicción en materia de créditos para el consumo que es de orden público.

Consecuentemente con todo lo relacionado, si el pagaré ha sido librado en el marco de una relación de consumo y el consumidor se domicilia en una ciudad distinta a aquella en la cual se ha iniciado el juicio ejecutivo, el magistrado debe declararse incompetente de oficio, con fundamento en lo dispuesto en el art. 36 de la LDC, precepto que beneficia al consumidor en la protección de sus derechos.

Nuestro Tribunal Superior de Justicia, en Sentencia Nro. 155, del 23/08/2012, respecto de una cláusula de prórroga de competencia contenida en un contrato de mutuo hipotecario, mediante la cual se otorgaba competencia a jueces que no eran los correspondientes al domicilio del deudor, sostuvo que debe considerarse a la misma nula en virtud de lo dispuesto en los arts. 36 y 37 de la Ley 24.240 y en el art. 2 de la resolución 53/2003 de la Secretaría de la Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor. ("Banco Hipotecario S.A c/ Aguirre, María Celia y otra s/ejecución hipotecaria. Recurso Directo")

Dijo el Alto Cuerpo Provincial, en la oportunidad

referida: "En este contexto, y luego de la evolución experimentada por el tópico en análisis, debe observarse que la normativa sustancial de defensa del consumidor, que establece para casos como el presente la competencia territorial en el lugar del domicilio real del consumidor, siendo nulo cualquier pacto en contrario (ya se trate de una prórroga expresa de competencia o de una prórroga indirecta a través de la fijación de un lugar de cumplimiento distinto al del domicilio del consumidor), debe prevalecer frente a las reglas procesales clásicas relativas a la competencia territorial contenidas en el ordenamiento ritual. Por ello, ante la prevalencia de la legislación consumeril, se desplaza la regla contenida en el art. 6 inc. 4º del C.P.C."

Agregándose párrafos más adelante que: "Finalmente, cabe añadir que la solución se justifica desde que las reglas generales sobre la competencia territorial establecidas en el ordenamiento procesal son subsidiarias respecto de lo que determine la regulación sustancial de cada instituto".

La prórroga de competencia, a un lugar diferente del domicilio del consumidor, tal la intentada en marras, importa en los hechos obstaculizar, al demandar al consumidor por ante un Tribunal distinto al que corresponde –el de su domicilio, alejándolo del mismo- el derecho a la jurisdicción.

Finalmente, en torno a la declaración de oficio de incompetencia en supuestos como el debatido en la especie, remarcó el Tribunal Cimero nacional que "…un nuevo examen de la cuestión permite concluir que la declaración de incompetencia de oficio en los supuestos en que resulte aplicable el art. 36 de la Ley 24.240, texto según ley 26.361, encuentra sustento en el carácter de orden público que reviste dicha norma (art. 65 de esa ley) " (CSJN, "Productos Financieros S.A c/ Ahumada, Ana Laura s/ejecutivo. 10.12.2013, AR/JUR/109557/2013)

En Fallo Plenario nacional, del Sr. Vocal Dr. Heredia señaló que "independientemente de la posibilidad que tiene el consumidor de articular una excepción *ex causa* para denunciar el fraude a la ley (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"

Por todo ello, este Ministerio Público considera competente para intervenir en este proceso al Sr. Juez de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Conciliación y Familia de Primera Nominación, Secretaría 1, de la ciudad de Cosquín y, en tal sentido se expide.

v. Tenga V.E por evacuado el traslado corrido.

Fiscalía General, 10 de noviembre de 2017.