000317/2010

--- Trelew,  de agosto del año dos mil diez.----------

--- **VISTO:** ----------

--- El recurso de apelación interpuesto a fs. 174 contra la sentencia dictada a fs. 165/169vta., concedido a fs. 175 es fundado mediante el memorial de fs. 176/182vta., corrido traslado a la contraria a fs. 184 no fue contestado.----------

--- **Y CONSIDERANDO**: ----------

--- I.- Mediante la sentencia Nro. 455/10 obrante a fs. 165/169vta. la jueza de grado rechaza la excepción de prescripción interpuesta por la demandada N. C. P., y manda llevar adelante la ejecución promovida por el B. C. S.A. hasta que al acreedor se haga íntegro pago de la suma de $ 29.961,03, con más la tasa activa promedio mensual que informa el B. D. C. S.A. la que será aplicable desde la intimación de pago y embargo efectuada a fs. 18 (26/03/2009), hasta su efectivo pago, con más el I.V.A. correspondiente.---------- Para así decidir considera que el pagaré en ejecución fue protestado con los recaudos legales en el acto de intimación de pago y embargo de fecha 26/03/09, resultando insuficiente la prueba testimonial aportada por la parte demandada para acreditar que el pagaré en ejecución había sido protestado en fecha 10/11/03, toda vez que los testigos no han dado cuenta de manera categórica que se le haya requerido a la accionada el pago de una suma concreta de dinero y que de las notas Nro. ***/* C. emitida por el Comité Ejecutivo F. y Nro. **/** por el B. C. S.A., cuya autenticidad se encuentra debidamente acreditada con la prueba informativa, surge que comunican a la demandada que tiene posibilidades de acceder a la refinanciación de su deuda, por valores alejados de la suma reclamada y que no incluía intereses punitorios, y por ende aún no se había considerado en mora. Señala que el plazo de prescripción de la acción ejecutiva es de tres años y se cuenta desde la fecha de vencimiento del instrumento, que en el caso del pagaré a la vista su vencimiento se opera con la presentación al pago que haga el portador legitimado, si se levanta protesto por falta de pago, el mentado término se computa desde la fecha del protesto, y sino se acredita el protesto de la manera establecida por la ley, la intimación de pago y embargo opera como tal, concluyendo que no se operó la prescripción y en consecuencia manda llevar adelante la ejecución.----------

--- II. La apelante se agravia porque la juzgadora de grado comienza su razonamiento sobre la base de un pagaré “a la vista sin protesto” sobre el que debe resolver y evaluar el derecho aplicable y la prueba producida en autos, expresando al inicio que en el caso particular del pagaré a la vista, su vencimiento se opera con la presentación al pago que haga el portador legitimado, para después contradecir el principio que enuncia la ley sosteniendo que la prescripción en los pagarés a la vista debe contarse desde la fecha del protesto.----------

--- Añade que no se advierte al dictar la sentencia en crisis que el título ejecutado es un pagaré con cláusula “sin protesto” y que por lo tanto rige la presunción legal de que el

tenedor lo ha presentado a la vista de la libradora en tiempo y forma, en especial cuando no indica la fecha y el lugar en que lo hizo. Sostiene que la función del protesto es comprobar mediante un medio auténtico la presentación del documento a fin de resguardar los intereses de los obligados de regreso, que la libradora del pagaré dispensó al banco de la obligación de levantar el protesto por lo que la sentencia apelada no debía buscar en las pruebas cuál documentación arrimada por la demandada al expediente servía o no como protesto, que es precisamente lo que hace en la sentencia, sino que la jueza de grado debía determinar a la luz de las pruebas producidas en autos cual era la fecha de la “vista”, pues a partir de dicha fecha, o lo que es lo mismo, de la fecha de la exhibición material del pagaré, es que comienza a computarse el término de prescripción y el de la “mora” consecuente para la liquidación de los intereses resarcitorios o tambien llamados moratorios, los sancionatorios que fueron pactados en el pagaré de autos y aún los punitorios. Señala que se realizaron pagos parciales anteriores a la intimación de pago y embargo imputándolos al pagaré de autos, los que se realizaron con anterioridad a la demanda y a la carta documento. Que se detrayó de la demanda la suma de $ 38,97 en concepto de pago parcial sin indicar la fecha y lugar en que dicho pago se produjo, con lo que la presunción legal que corresponde en derecho es que la “vista” se produjo con anterioridad a dicho pago parcial, fecha que puede determinarse con las pruebas producidas.----------
--- Sin embargo, resalta, en la sentencia apelada luego de exponerse jurisprudencia relativa a diferentes clases de pagarés (con protesto, sin protesto, a fecha, a cierto plazo vista, etc.) y a diferentes casos jurisprudenciales en los que el actor si ha consignado lugar y fecha de la vista para que el demandado pueda producir prueba sobre que ese día y lugar nadie se presentó a exhibir la cambial, a los fines de verificar si es procedente la prescripción señala que, corresponde examinar si es posible determinar si ha existido protesto por falta de pago y en su caso, en qué fecha el pagaré base de esta ejecución fue protestado. Bajo esta premisa yerra la jueza de primera instancia con el resto de la fundamentación de la sentencia y se aparta del tema que debe resolver consistente en determinar si se produjo la vista o exhibición material del pagaré base de la ejecución. Cita jurisprudencia. Afirma que en su razonamiento la jueza de grado analiza si las notas citadas y la carta documento reúnen o no los requisitos del protesto, y que la carta documento consigna un importe igual al reclamado en la demanda que es inferior al pagaré, reconociendo un pago anterior en el año 2007, y que si se hubieran aplicado las presunciones del Decreto Ley 5965/63, jurisprudencia y doctrina mayoritaria hubiera reconocido que la vista se `produjo con anterioridad a la carta documento y a los pagos a cuenta que el propio banco actor reconoce que la demandada efectuó. Menciona que en la sentencia se yerra el enfoque diciendo que es necesario un protesto aún cuando el pagaré es “sin protesto”, se concluye que las notas y la carta documento no reúnen las condiciones del protesto y que el único acto que reúne dichos requisitos es la diligencia de mandamiento de

intimación de pago y embargo. Puntualiza que lo señalado en la sentencia no es lo que dijo el testigo C. O. D. G. y que respecto del testigo J. C. G. J. la sentencia distorsiona y cambia los dichos del mismo.---------- Asevera que el criterio legal correcto es que si la documental remitida por el banco acreedor al deudor, y reconocida por ambas partes surge que en el año 2005 se le informaba a la deudora que debía el monto del pagaré con más los intereses resarcitorios capitalizándolos y reclamando el pago y ofreciendo una refinanciación para pagar por la deuda vencida e impaga al 31/07/03, entonces al año 2005 ya se había producido la “vista” porque se le reclamaba el pago por refinanciación de la suma de $ 53.113,99. Hace notar que los intereses resarcitorios sólo pueden ser liquidados cuando el pagaré ya se encuentra en mora y no antes, toda vez que cuando se produce la vista es cuando la obligación es a plazo determinado, recién se produce el vencimiento del pagaré y surge la mora, toda vez que la mora no es automática, para concluir que toda liquidación de intereses con anatocismo de los mismos implica que el pagaré ya había sido presentado a la vista y exigido su pago. Concluye haciendo reserva de la cuestión federal. ----------

---

--- III. Corresponde determinar si la acción cambiaria que nace del documento base de la demanda se encuentra o no prescripta. El documento base de la acción es un pagaré sin protesto que tiene vencimiento “a la vista”. El art. 35 del decreto- ley 5965/63 establece como una de las formas de vencimiento en que puede librarse un pagaré, la modalidad "a la vista". Por su parte, el art. 36 establece que en tal supuesto el título es pagable a su presentación al cobro en el plazo legal de un año, plazo que puede ser abreviado o prorrogado por el librador o bien puede ser abreviado por los endosantes. (ambos artículos aplicables conforme los términos del art. 103 del mismo cuerpo legal).-

--- De las reglas citadas se infiere que en el pagaré a la vista la fecha de vencimiento se produce al momento de su presentación al cobro, hecho que debe cumplirse en el término legal o dentro del plazo convenido si hubiera estipulación al respecto, y es a partir del momento de la presentación al cobro en el pagaré a la vista, en que comienza a computarse el término de la prescripción liberatoria. Ello así a tenor de lo dispuesto por el art. 96: "Toda acción emergente de la letra de cambio contra el aceptante se prescribe a los tres años, contados desde la fecha de vencimiento...", de aplicación conforme el art. 103 citado y concordante con el art. 104 que determina que "...el suscriptor del vale o pagaré queda obligado de la misma manera que el aceptante en una letra de cambio", ya que es en definitiva el obligado directo y principal respecto a pago. Por ello se concluye que la fecha trascendente a los efectos de analizar el instituto de la prescripción en la acción directa la constituye el vencimiento, que en la cambial "a la vista", -se reitera- es la oportunidad de su presentación al cobro. Salvo que se haya cumplido el plazo de presentación de un año, su ampliación o reducción y se hubiera omitido aquélla, supuesto en el cual la fecha de vencimiento del plazo de presentación es la que se computa para iniciar la cuenta del plazo de prescripción,

situación que no se configura en autos, toda vez que el pagaré fue librado en fecha 22 de Julio de 1997 y contiene la conformidad del librador de ampliar el plazo de presentación a doce años, (ver fs. 09) el cual vencería el 22 de Julio del año 2009, en tanto que la demanda se interpuso el 18 de febrero del año 2009.----------

--- IV. La apelante al fundamentar sus agravios introduce el argumento referido a que la jueza de grado no advirtió que el accionante reconoce en el libelo inicial de la presente acción que se efectivizaron pagos parciales, pero al momento de oponer la excepción de prescripción ninguna referencia hizo sobre este tópico. Este Cuerpo se ha expedido en numerosas oportunidades al respecto señalando que no ha de pronunciarse respecto de cuestiones introducidas en esta instancia y que no fueron sometidas al examen y pronunciamiento del juez de primera instancia, en los escritos introductorios, que son las etapas adecuadas para lograr el pronunciamiento del a quo, (arg. art. art. 280, Anexo “A”, Ley XIII, Nro. 5, antes. Art. 277 C.P.C.C.). Para que se pronuncie el Tribunal de Alzada sobre una cuestión en particular, no basta que la misma haya sido propuesta en la segunda instancia para provocar un juicio sobre el mérito, sino que es menester además, que esté contenida en los escritos que conforman la relación procesal. (Conf.C5ta. CivCom Córdoba, 09/06/98, LL 1999-B-816, 41.392-S y LLC 1998-1449, cit. por Roberto G. Loutayf Ranea, “El recurso ordinario de apelación en el proceso civil” Ed. Astrea- 2009, pág. 184).----------

--- V. En orden a la causa que dio origen a la cartular que se ejecuta, las notas remitidas por el F. A. C. P. P. Z. B. R. Ley 3998 y el B. C. S.A., fueron emitidas a fin de solicitar la regularización del pago del mutuo invitando a la deudora a formular una propuesta de pago (fs. 96 y 92). Ahora bien, esta documentación no acredita por sí misma la presentación al cobro del documento. Ello así, toda vez que la presentación al cobro no puede ser suplida por otro medio pues en las cartulares libradas “a la vista”, originariamente el plazo de vencimiento es incierto e indeterminado, y su determinación depende única y exclusivamente del portador el que se produce al momento de la presentación al cobro del pagaré.----------

------ Este acto cambial importa la exhibición del documento al deudor, lo que se explica, porque sólo en su virtud, el deudor está en condiciones de determinar si el tenedor del documento es un portador legitimado y también para poder pagar sin riesgos, exigiendo la entrega del título al cancelar la obligación. Conforme el art. 36 del decreto-ley 5965/63 el pagaré librado "a la vista" es pagable a su presentación, por lo que el vencimiento se produce al ser exhibido, momento en que se hace exigible la obligación, lo que asigna al acto una trascendencia especial. ----------

--- En el caso que nos ocupa, la actora ha omitido en el escrito de demanda toda referencia a la fecha de presentación del pagaré que ejecuta, sólo ha expresado que demanda por encontrarse impaga la deuda "pese a los reiterados reclamos extrajudiciales", lo que acarrea como consecuencia la falta de determinación del vencimiento de dicho título valor, lo que lleva a considerar que ello recién se ha

producido con la notificación de la demanda ejecutiva, esto es que el vencimiento se produjo el día que se diligenció el mandamiento de intimación de pago y embargo, (26-03-09-ver fs. 17), fecha a partir de la cual se computa el plazo trienal de prescripción fijado por el art. 96 del decreto-ley citado .- ----------

--- No modifica la conclusión a la que se arriba en el párrafo anterior, la circunstancia de que la ejecutada haya denunciado que se presentó en fecha 23-11-03 a la entidad bancaria con motivo de la nota que se le cursara (fs. 96) y que le fue presentado y exhibido el pagaré y requerido su pago, abonando ello con el testimonio de los Sres. J. C. G. J. (fs. 141) y C. O. D. G. (fs. 143). Ello así, toda vez que las legislaciones cambiarias, en general, establecen el principio de que la negativa de la aceptación o del pago debe comprobarse mediante un acto solemne: el protesto, precisamente por las serias consecuencias que tales acontecimientos producen a los coobligados en regreso. El protesto, por lo tanto, es sólo un medio para comprobar uno u otro de los hechos señalados y un medio especial, un acto público solemne, propio de la forma cambiaria, que no podría sustituirse por otros medios probatorios. Justo es que así sea; el rigor cambiario, la necesidad de facilitar la circulación del título, exigen que el incumplimiento de las obligaciones cambiarias se comprueben con un medio de prueba simple, preciso, uniforme y que posea los caracteres de publicidad, tal como es el protesto. La función del protesto es comprobar mediante un medio auténtico la presentación del documento a fin de resguardar los intereses de los obligados de regreso. Ahora bien, cuando un obligado inserta la cláusula de dispensa de protesto está eximiendo de la obligación de probar la presentación al tenedor legitimado del título. Carece, por tanto, de asidero lógico imponerle la carga de la prueba de la presentación cuando se lo exime de la utilización del medio idóneo establecido por el legislador para probar tal extremo. Criterio éste sostenido por la Cámara Nacional de Comercio, en plenario del 3 de agosto de 1984, en autos "Caja de Crédito de los Centros Comerciales c. Bagnat, Carlos A").----------

--- Dicho protesto, es la única prueba legal de la presentación, insusceptible de ser suplida por ninguna otra evidencia (art. 63 "in fine", dec.-ley 5965/63). De donde se sigue que dispensar de constituir la prueba legal de esa presentación equivale a dispensar de probarla en sí misma, pues, están prohibidos los medios supletorios. Y la dificultad probatoria no ha de temerse al momento de decidir en este sentido, pues ha sido querida por el sujeto que insertó en el texto del título la dispensa del protesto y autorizada la cláusula por el art. 50 del decreto-ley 5965/63 sus consecuencias no son objetables en derecho. Recuérdese que la cuestión en juzgamiento es índole patrimonial y disponible para los sujetos de derecho, por lo cual sería impertinente adoptar una actitud tutelar propia del derecho de los incapaces. (CNCom., en pleno, 03/08/84, "Caja de Crédito de los Centros Comerciales c. Bagnat, Carlos A.", -La Ley, 1984-C, 539, JA, 984-III-619, ED, 16/08/84, p. 1-). ----------

--- El razonamiento apuntado obedece a la aplicación del principio de literalidad que

reviste carácter sustancial en los títulos de crédito, pues excluye las convenciones extrañas al documento que han perdido relevancia frente al negocio cambiario. El portador del título es el titular del derecho cartular, y no del nacido de la relación fundamental, a la que aún puede ser ajeno. Este principio indica que los derechos del poseedor se rigen, sea en su cuantía, modalidades o eficacia por el tenor literal del título y nada que no esté allí expresado o relacionado podrá serle opuesto al poseedor para alterar, disminuir o de cualquier modo modificar su derecho. Es decir queda precluída toda posibilidad del deudor de acudir a otros elementos que sean extraños al título, o que no estén expresamente indicados en él (Fernando A. Legón “Letra de Cambio y Pagaré” -Ed. Abeledo Perrot- 1995, pág. 14). Siendo que la nota de fs. 96 que recibiera la actora, en principio no emana de la entidad bancaria, no se han acreditado las razones por las cuales se presentó ante la misma, cuando dicha nota consignaba que debía presentarse a las delegaciones de C. C., que es prerrogativa del portador presentar al cobro el título de crédito y que uno de los testigos se domicilia en la chacra de la ejecutada y es su empleado (respuesta a las preguntas octava, novena y décima), circunstancia que resta fuerza convictiva a su testimonio, habrá de prevalecer la prerrogativa del portador de decidir la oportunidad respecto de la cual presentará al cobro el documento.----------

--- En consecuencia, siendo que la libradora amplió la presentación al cobro al plazo de doce años a partir del 22-07-97 (fs. 9) y que el 26-03-09 se produjo la misma (fs. 17), el plazo de prescripción vencía el 26-03-12, razón por la cual han de desestimarse los agravios formulados por la apelante.----------

--- Teniendo en cuenta el resultado obtenido, importancia y eficacia de las labores desarrolladas, carácter con el que actuaran y demás pautas legales, se regularán los honorarios por su labor en la Alzada, de la Dra. S. L. M. en el 25 % de los que le fueron regulados en la instancia anterior (arts. 13 y conc. Ley XIII, Nro. 4, antes arts. 14 y conc. Ley 2200).---------- En su mérito, la Sala "B" de la Cámara de Apelaciones, con asiento en la ciudad de Trelew; **RESUELVE:** ---------- I.. CONFIRMAR el decisorio de fs. 165/169vta.. ---------- II. IMPONER las costas de segunda instancia a la apelante. (art. 563 Anexo “A” Ley XIII, Nro. 5, antes art. 558 C.P.C.C.).----------

III. TENER presente la reserva del caso federal.----------

--- IV. REGULAR los honorarios por su labor en la Alzada a la Dra. S. L. M. en el 25% de los que le fueron regulados en la anterior instancia. (Arts. 13 Ley XIII, Nro. 4, antes art. 14 Ley 2200). Con más I.V.A. si correspondiere. ----------

Regístrese, notifíquese y devuélvase.----------

**--- REGISTRADA BAJO EL Nº DE 2010 – SIE.- Conste.----------**

VILMA NOEMÍ BIRRI
SECRETARIA