

# **Citación para absolver posiciones de la parte representada por el defensor de oficio en el proceso santafesino.**

**(Nota a fallo)**

**Por Mariano Daniel Coccino**

## **I.- Introducción**

Decimos nota a fallo pero es mucho. Lo que anotamos es solo un aspecto del mismo: aquél que está delimitado en el título.

Si tenemos en cuenta lo publicado y lo que pudimos leer hasta el momento (filtro este último que le quita toda precisión al aserto), la mayoría interpreta que dentro de la ley santafesina es viable convocar al rebelde con domicilio desconocido a absolver posiciones mediante edictos, y que le son aplicables los apercibimientos que rigen para el caso de inasistencia a la audiencia.

El fallo que comentamos integra la minoría (siempre según nuestro dudoso conteo), de la que nosotros también formamos parte. En efecto, hace un tiempo, hicimos un trabajito que repasa la doctrina y jurisprudencia sobre el tema y criticamos esta modalidad de citación<sup>1</sup>. Recurrir a esta metodología para un acto tan delicado es desacertado; de ahí que compartamos este acuerdo del Superior, que según las constancias, se pronunció confirmando lo resuelto en la baja instancia por el *a quo*.

## **II.- ¿Qué puede hacer el abogado del ponente?**

Bueno... no relajarse y producir la prueba que esté a su alcance (vgr. una pericial caligráfica). A no pensar que si se autorizó la citación por edictos para la confesional, ya está. Nada de eso; no es una consecuencia axiomática. Téngase en cuenta que la Sala IV de la Cámara de Apelación de Rosario<sup>2</sup> dijo que los apercibimientos no siempre son aplicables; aún en el caso de que el defensor de oficio hubiera consentido la providencia que ordena la citación, pues no se sabe en ese momento si la parte se presentará a declarar y dicha aquiescencia no implica aceptar los apercibimientos, ya que es en ocasión de dictar sentencia cuando el Juez debe ameritar si lo tendrá por confeso.

Si bien producir periciales, testimoniales o lo que sea, puede implicar tiempo y algún costo mayor, tiene que hacerlo. A veces, en la gran cantidad de expedientes, no se controlan exhaustivamente los proveídos de prueba que otros redactan, se ordena la convocatoria por edictos y la sorpresa aparece con la sentencia. O incluso, después del tiempo que suele pasar, podría designarse

---

<sup>1</sup>“Absolución de posiciones del rebelde con domicilio desconocido: ¿Citación por edictos? El panorama en Santa Fe”, Zeus 131, D-187.

<sup>2</sup> En autos “Banco Macro S.A. c/ Kroter, Armando León s/ Cobro de pesos”, 14/2/14, boletín Zeus N° 12.504, 1 de agosto de 2014.

otro Juez con un criterio distinto al que conocíamos. De modo que mejor no ponerle un pleno a la ficción. Mas vale prevenir; y también desconfiar cuando algún desprevenido (que no conoce las dos partes de la biblioteca, o que no tiene biblioteca) aconseja, con un dictamen apresurado: “hace años que lo hacemos así”.

### III.- ¿Qué puede hacer el defensor de oficio?

Siguiendo la opinión de calificada doctrina<sup>3</sup>, podría argüir la inconstitucionalidad de la absolucón de posiciones, ya que el art. 18 de la Constitución Nacional prescribe “Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo” sin distinguir entre el proceso penal y civil. Aunque hay que advertir que el planteo no tiene demasiadas probabilidades de éxito habida cuenta que la CSJN ya se expidió validando el instituto<sup>4</sup>.

Por supuesto también puede oponerse a la citación por edictos. Vale destacar que Maurino<sup>5</sup>, siguiendo a Isidoro Eisner, establece un orden de preferencia de las formas notificadorias teniendo en cuenta el factor seguridad; y el edicto, como intuirá el lector, ocupa el último lugar. Abraham Luis Vargas<sup>6</sup>, con alguna pequeña disidencia en el orden, también ubica a los edictos como el medio más inseguro. De tal forma, siendo heterodoxa esta forma de llamar al absolvente, puede objetar, y si le interesa, arrimar algún argumento de los que enunciamos en el artículo antes citado.

Por último, y en subsidio de lo anterior, podría intentar proponerse como absolvente.

Es cierto que esta posibilidad, según la doctrina autorizada, le estaría vedada al defensor<sup>7</sup>; y que el artículo 157 del CPCC otorga derecho a cada uno de los litigantes a exigir que su adversario absuelva posiciones *personalmente*.

No obstante, nos tienta pensar la idea de que el defensor de oficio pueda absolver posiciones.

Por un lado, señala Chiappini que más allá de que el artículo 157 CPCC utilice el adverbio “personalmente”, la absolucón de posiciones puede realizarse por medio de mandatario que cuente con poder especial<sup>8</sup>. Y debe repararse también que según el mencionado artículo, *cada litigante tiene derecho a exigir que su adversario absuelva posiciones personalmente*, lo cual no significa, según nuestro modo de ver, que la petición necesariamente deba resolverse u ordenarse así; máxime en casos como el que analizamos, donde, como bien señala el fallo, no estamos frente a una rebeldía voluntaria

---

<sup>3</sup> Adolfo Alvarado Velloso, “El debido proceso de la garantía constitucional”, Zeus, Rosario, pág. 211.

<sup>4</sup> Fallos 312, 238.

<sup>5</sup> “Notificaciones Procesales”, Astrea, 2da. edición actualizada y ampliada, 1ra. Reimpresión, págs. 18/19.

<sup>6</sup> “La seguridad jurídica y el régimen de las notificaciones (segunda parte)”, J. S. nro. 29, pág. 31 y sgtes.

<sup>7</sup> Sergio Avero en “Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe. Análisis doctrinario y jurisprudencial”, Director Jorge W. Peyrano, Coordinador Roberto Vásquez Ferreyra, Tomo 1, juris 1999, pág. 499; Oscar Serantes Peña y Javier Clavell Borrás, “Código Procesal Civil y Comercial y Leyes Complementarias”, Roque Depalma Editor, Buenos Aires 1957, pág. 153.

<sup>8</sup> Vide Julio Chiappini, “Problemas de Derecho Procesal”, Tomo VI, FAS, pag. 129.

y es justo que se intenten subsanar las injusticias que de esa ausencia no querida puedan derivarse; de ahí que se le otorgue al ausente una tutela distinta<sup>9</sup>.

Siempre se dijo que el defensor de oficio es el representante del rebelde con quien se sigue el proceso, que no se limita a ejercer un mero control del mismo y que cumple una función idéntica a la de cualquier mandatario judicial. Pues bien, para poder llevar adelante esta labor defensiva de forma efectiva sería justo que la representación que le fue conferida por la ley sea la más amplia, y se entienda incluida dentro de las facultades otorgadas, la de absolver posiciones en representación de su parte; de lo contrario todo lo que pueda hacer en defensa de los intereses de su representado podría verse frustrado por una confesión ficta, lograda a partir de una convocatoria por edictos que no encuentra respaldo sólido en la norma imperativa del artículo 162 del CPCC. Después de todo se da por sentado que el defensor de oficio puede ofrecer la confesional. Al menos esa es la práctica. Y no nos preguntamos demasiado si las posiciones implican confesión para el ponente, como le pasa a cualquier mortal. O nunca se vio que metiera la pata con una posición que comprometía a su defendido o nadie plantea estas cuestiones. Por fortuna no nos proponemos desentrañar tamaña duda (aunque nos parece que no, ya que tampoco puede allanarse a la demanda); pero en definitiva afirma hechos que involucran al ausente, por lo que bien podría negar (aunque sea *por no constarle* -como la licencia que tiene para contestar la demanda y sin considerar la respuesta como evasiva-) aquellas afirmaciones que lo perjudican.

#### **IV.- Digresión: notas al pie en una sentencia**

Si cada tanto revisamos las novedades jurisprudenciales, veremos que es un detalle al que nos tiene acostumbrados la Cámara del caso. Quienes recurren a la cita al pie de página sostienen que agiliza la lectura de la sentencia; que contribuye a seguir el hilo. Un objetivo loable de la justicia actual que a nosotros no nos incomoda. En cambio, por ejemplo, a Marcelo López Mesa le parece un espanto que la sentencia tenga notas al pie; que va en contra de nuestras tradiciones; prefiere las citas entre corchetes o paréntesis porque la sentencia, concluye, no es un artículo de doctrina<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> Véase vgr. J. Ramiro Podetti, “Derecho Procesal Civil, Comercial y Laboral (Doctrina, legislación y jurisprudencia), II - Tratado de los Actos Procesales (Principios y Normas Generales 2da. Parte)”, Ediar Soc. Anón. Editores, 1955, pág. 327 y sgtes.

<sup>10</sup> Véase: Taller de redacción de sentencias, <https://www.youtube.com/watch?v=-dafHj-yHZM>, en línea al día 23 de junio de 2023.

## V.- Final (sin conclusiones)

El código santafesino, con sus vericuetos, sigue disparando estas discusiones. En esta oportunidad, dijimos, coincidimos con la resolución.

Mientras, no debe olvidarse que la confesional es una prueba privilegiada en cuanto a la oportunidad para el ofrecimiento y que puede utilizarse una vez en cada instancia.

Por eso el defensor del ausente deberá estar atento y objetar del modo que pueda. Algo ya dijimos en su momento y otro poquito propusimos en esta nota.

\*\*\*

### Fallo comentado:

**“NUEVO BANCO DE SANTA FE S.A. c/ AYALA, MIGUEL HÉCTOR s/ ORDINARIO”**, 27/04/2023, Cámara de Apelación en lo Civil, Comercial y Laboral de Rafaela, Sala I, CUIJ: 21-26206814-2<sup>11</sup>

En la Provincia de Santa Fe, a los veintisiete días del mes de abril del año dos mil veintitrés, los señores Jueces de la Cámara de Apelación en lo Civil, Comercial y Laboral de la Quinta Circunscripción Judicial, doctores Alejandro A. Román -Sala I- y María José Álvarez Tremea -Sala II- y el Juez de la Cámara de Apelación en lo Civil, Comercial y Laboral de la Cuarta Circunscripción Judicial, doctor Santiago A. Dalla Fontana, quienes integran este Tribunal conforme lo resuelto a fs. 152/153 y 166, acordaron dictar sentencia en los autos caratulados: "EXPTE. CUIJ 21-26206814-2 - NUEVO BCO. DE SANTA FE S.A C/ AYALA MIGUEL HECTOR S/ JUICIO ORDINARIO".

Se resolvió someter a decisión las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿es nula la sentencia apelada?; SEGUNDA: en caso contrario ¿es ella justa?; TERCERA: ¿qué pronunciamiento corresponde emitir? Asimismo, se emitieron los votos en el orden que realizaron el estudio de la causa, es decir, doctores Román, Álvarez Tremea y Dalla Fontana.

A la primera cuestión -¿es nula la sentencia apelada?- el Dr. Román dijo:

1.- La parte actora interpone recurso de nulidad contra la sentencia dictada en la instancia anterior, por medio de la cual se rechaza la demanda y le impone las costas. Posteriormente, luego de la radicación de las actuaciones ante esta sede (fs. 152), la impugnante no sostiene este recurso al expresar sus agravios.

Por otro lado, al analizar las constancias obrantes en el expediente, así como el pronunciamiento dictado, no advierto la existencia de vicios o irregularidades que ameriten el dictado oficioso de nulidad alguna. Así entonces -si se comparte mi postura- corresponde declarar la deserción del recurso de nulidad referido.

Por lo tanto, mi respuesta a esta cuestión es negativa.

Así voto.

A la misma cuestión, la Dra. Álvarez Tremea dijo que por idénticos fundamentos votó asimismo por la negativa a esta primera cuestión.

A esta primera cuestión, el Dr. Santiago A. Dalla Fontana dijo que, atento a la existencia de dos votos concordantes, se abstiene de emitir opinión (art. 26, Ley 10.160).

A la segunda cuestión -en caso contrario ¿es ella justa?- el Dr. Román dijo:

A la segunda cuestión, el Dr. Alejandro A. Román dijo:

1.- Como lo mencioné previamente, la sentencia dictada en la instancia anterior rechaza la pretensión de la entidad bancaria accionante y le impone las costas generadas en el proceso (fs. 126/128 vto.).

---

<sup>11</sup> <https://bdjcamara.justiciasantafe.gov.ar/index.php?pg=bus&m=busqueda&c=busqueda&a=get&id=18750>, en línea al día 23 de junio de 2023.

Sin perjuicio de que en honor a la brevedad me remito a lo que allí expresa la colega de grado en lo referente a los hechos discutidos y el derecho aplicable, destaco que el Nuevo Banco de Santa Fe SA promueve demanda tendiente al cobro de una suma de dinero, debida por el uso de tarjeta de crédito otorgada a Miguel Héctor Ayala, conforme solicitud de otorgamiento, condiciones y reglamentación de emisión.

En el caso, se señala en el acto jurisdiccional recurrido que el emplazamiento a estar a derecho se realizó mediante la publicación de edictos, por desconocimiento del domicilio del accionado y se procedió a la designación de un defensor "ad-hoc"; y que, al contestar la demanda, este último negó los hechos expuestos por el banco, así como la contratación de emisión de tarjeta de crédito, la entrega de la misma, la recepción de los resúmenes de cuenta y la existencia de deudas por resúmenes correspondientes a los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2011. Se mencionó asimismo que la parte demandada -a través de su representación "ad-hoc" aceptó lo sostenido por la misma actora con relación a que los resúmenes de cuenta correspondientes a los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2011 no estaban pendientes de pago.

Se resalta entonces que esa referencia a saldos que no están pendientes de pago no permite al Juzgador, ni a la parte reclamada, desentrañar la intención del demandante, así como tampoco la de esclarecer el significado de sus expresiones cuando resultan contradictorias entre sí. Se explica también que el cumplimiento de las funciones del defensor designado apunta a una actuación legal que asegure al rebelde la garantía del debido proceso y que, en ese contexto, negó la validez de la prueba documental acompañada al iniciar este proceso, por lo que correspondía a la actora acreditar las circunstancias de hecho y derecho alegadas, las pruebas que motivan su reclamo, más cuando los términos de la demanda aparecen confusos.

Asimismo, se destaca que la convocatoria a la audiencia programada para que el accionado compareciera a la prueba confesional fue notificada al defensor designado, quien no está legitimado para llevar adelante la misma, razón por la cual no pueden considerarse como absueltas las posiciones que debía realizar Miguel H. Ayala, desde que no fue notificado en su domicilio real por ser desconocido; no procediendo por lo tanto -a criterio de la Juzgadora- la aplicación del apercibimiento contenido en el art. 162 del C.P.C.C. si la citación se realizaba por edictos.

Se concluye así que en el caso no era el demandado quien debía demostrar la falta de obligación, sino la accionante quien debía precisar la procedencia de su pretensión, más cuando había indicado -por un lado- que se encontraban impagos "los meses de octubre, noviembre y diciembre del año 2011" y luego -por el otro- que había "saldos que al día de la fecha no están pendientes de pago".

En definitiva, como dije al comienzo, la sentencia se rechaza la demanda, con costas a la entidad bancaria.

2.- No conforme con lo resuelto en la instancia anterior, la parte actora interpone también recurso de apelación (fs. 129), el que -al igual que el de nulidad, tratado previamente- es concedido de conformidad (fs. 132).

Al presentar el memorial recursivo (fs. 155/159), critica los argumentos del cual se valió la Jueza a los fines de sustentar su resolución. Alega que, en base a una expresión errónea inserta en el escrito de demanda, considera la existencia de una contradicción, con entidad suficiente para motivar el rechazo de su pretensión; y se agravia, derivado de aquello, en tanto se afirma en la sentencia que la deuda no se encuentra acreditada.

Pide, en definitiva, se revoque lo decidido en la instancia previa, y en su lugar se admita su pretensión de cobro de la suma de dinero reclamada, con imposición de costas a la contraria.

3.- El planteo recursivo fue sustanciado, contestando, la parte demandada, los agravios formulados por la impugnante (fs. 162/162 vto.), resistiendo el progreso de la apelación interpuesta, y solicitando su rechazo, con la confirmación de lo resuelto en el grado.

Concluido así el trámite, quedan estas actuaciones en condiciones de que se dicte sentencia definitiva.

4.- Ingreso a continuación al tratamiento del tema sometido a consideración de esta Sala. En dicha tarea, la evaluación pertinente de las quejas presentadas por la actora, las cuales -claro está- deben ser contrastadas con la sentencia recurrida y las demás constancias obrantes en los presentes autos, serán analizadas en forma conjunta, ya que todas ellas van dirigidas, en definitiva, a cuestionar desde diferentes puntos de vista la decisión de rechazar la demanda.

Remarco los tres pilares en los que la Juzgadora basa su resolución: uno, la falta de designación precisa de lo que se demanda y su apreciación pecuniaria; otro, la particularidad que se presenta en el caso y que incide en el alcance que cabía otorgar a la confesión ficta producida en autos; y, en tercer orden, e inescindible del anterior, que no se cumplió adecuadamente con la carga de probar lo alegado para la procedencia de lo pretendido.

Así entonces, debo decir que una de las cuestiones a destacar es que, a contrario sensu de lo que sostiene la recurrente, el defensor designado por la demandada sí negó la documentación aportada por la entidad bancaria. Véase, por ejemplo, que negó que la solicitud de tarjeta de crédito haya sido realizada por su defendido y que la firma inserta en la misma le pertenezca, negó que la rúbrica contenida en el contrato de tarjeta de crédito, las condiciones generales y el Anexo I le pertenecieran a Miguel H. Ayala; negó la firma de la autorización de débito y la recepción de la tarjeta de crédito por parte de su representado; y, por lo tanto, la autenticidad de su firma (ver escrito resp. fs. 84 vto.). Y si bien, en la contestación de demanda expresamente el defensor ad hoc indicó aceptar: "...en este punto por no generar perjuicio a mi defendido los dichos de la actora, en cuanto hace referencia a los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2011 al que dice textualmente saldos que al día de la fecha no están pendientes de pago" (ver escrito resp. fs. 84 y 84 vto.), opino que dicho comentario no implica una aceptación lisa y llana de la vinculación contractual que alega la demandante. Entiendo que lo contrario implicaría incurrir en una interpretación forzada, por lo que no cabe receptor lo argüido por la actora en cuanto a que allí hay una aceptación de la demandada en relación con la existencia del negocio causal que origina la deuda reclamada.

Es decir, considero que la referencia efectuada por el defensor no tiene el sentido que la recurrente pretende otorgar. Ahora, más allá de todo eso, y aun compartiendo con la entidad recurrente que la expresión "saldos que al día de la fecha no están pendientes de pago", puede estar relacionada con un error de tipeo, ello tampoco alcanza para modificar lo resuelto en baja instancia, pues es igualmente conducente a una oscuridad que coloca, por un lado, a la contraria en un verdadero estado de indefensión y, por el otro, al Tribunal en la imposibilidad de forzar una interpretación para averiguar cual es el verdadero significado de sus expresiones y, consecuentemente, el alcance de su pretensión. Las únicas pruebas que ofreció el actor fueron: confesional y reconocimiento de documental, pericial caligráfica en forma subsidiaria e informativa (fs. 100). Estas dos últimas no fueron realizadas y como dije antes, la documental fue negada; y, dado que las mismas constituyen instrumentos privados, al no ser reconocidos judicialmente, carecen de valor probatorio. Ninguna otra actividad probatoria ha desplegado la entidad bancaria -a excepción de la audiencia a la que referiré luego- para satisfacer la carga que pesaba sobre sí de demostrar que el documento acompañado era de autoría del demandado declarado en rebeldía.

Como dije, sí se llevó adelante la audiencia convocada para que Ayala absuelva posiciones. Y, si bien es cierto que no compareció a la misma, comparto con mi colega de grado que no corresponde la aplicación sin más de los apercibimientos contemplados en el art. 162 del C.P.C.C. y tenerlo por confeso en la sentencia.

La rebeldía del demandado no equivale a su allanamiento a la pretensión actora, sino que subsiste en el actor la carga de acreditar los hechos fundamentales en los que basa su pretensión. Bien que tampoco de ello puede derivarse la concesión al demandado rebelde de una suerte de privilegio procesal, de modo que se imponga al demandante el peso de demostrar exhaustivamente y por prueba directa cada uno de los extremos de hecho alegados en la demanda, exigiéndole, no ya una "probatio" diabólica, sino una acreditación imposible a falta de una colaboración y lealtad procesal. Empero, ello no implica que se tolere en el accionante una especie de relajación probatoria, dejando de demostrar aquellos hechos cuya demostración estaba en su mano.

A ello cabe añadir que, en el caso, hay una particularidad: la rebeldía no es voluntaria. Estamos ante un demandado cuyo domicilio real es desconocido, al que se lo ha emplazado a estar a derecho y demás trámites procesales de conformidad con lo dispuesto por la normativa procesal aplicable (v. arts. 73, 77 y cc. C.P.C.C.). Y ello, lo aclaro, porque nuestro código procesal, para la aplicación de los apercibimientos, presupone que se haya citado en la forma establecida por la norma, por cédula y en su domicilio real (art. 62 inc. 5 del C.P.C.C.); lo cual reitero no es lo que aquí ocurre.

Tiene dicho la doctrina que, de admitirse la validez de la citación de la parte llamada a absolver posiciones, con domicilio desconocido y por medio de edictos y, ante su inasistencia, aplicar los apercibimientos previstos en los arts. 162 y 176 C.P.C.C., se "traicionaría la finalidad funcional perseguida por el instituto procesal aplicado." (cfr. PEYRANO, J. W., en "Los vicios de la voluntad y la doctrina de la causa fin en el ámbito de los actos procesales", TR LALEY AR/DOC/686/2010). En otros términos, se tornaría inoperante la designación del defensor de oficio, pues sus negativas al tiempo de contestar la demanda, al no poder absolver posiciones por el rebelde, resultarían superadas por la aplicación de los apercibimientos legales, desapareciendo la distinción de trato prevista en el código, para el caso del rebelde con domicilio conocido y con domicilio desconocido.

Aún más, que el defensor de oficio haya consentido la fijación de la audiencia para producir estas pruebas, no implica convalidar la aplicación de los apercibimientos, pues en ese momento no podía saberse si el rebelde sería finalmente ubicado, tomaría real conocimiento de la citación y si comparecería o no a la audiencia.

Entonces, como se ha dicho que "La confesión es el acto jurídico consistente en admitir como cierto expresa o tácitamente dentro o fuera de juicio, un hecho cuyas consecuencias de derecho son perjudiciales para aquél que formula la declaración. Es un medio de prueba consistente en obtener del adversario -normalmente mediante pliego de posiciones- el reconocimiento de un hecho cuyas consecuencias de derecho son perjudiciales para aquél que formula la declaración" (cfr. CACyC., Sala 2, La Plata, en "Álvarez c. Agregados Liviano SAIC", Id SAJ: SUB0152008 - [www.sajj.gob.ar](http://www.sajj.gob.ar)). Creo oportuno recordar que el principio general en materia de carga probatoria que rige en este tipo de procesos, en virtud del cual, corresponde la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento, y la de su extinción al que se opone, en definitiva "el que alega debe probar". Sobre la base de este principio general, corresponderá a quien reclama el cumplimiento de una obligación la carga de probar que la misma existía, que era válida y eficaz, y exigible respecto de la persona de la que se solicita su efectividad, de modo que pueda ser considerado como presupuesto de la norma procesal que sea aplicable. Y es precisamente esta última actividad procesal, la que la accionante no ha cumplimentado acertadamente, dada la particular situación de rebeldía procesal en la que se encuentra la contraria.

En consecuencia, entiendo que no fue claramente precisado lo pretendido ni debidamente probada la deuda, dado que, como señalé precedentemente, los documentos (instrumentos privados) no fueron reconocidos judicialmente y no se produjo otra prueba que conduzca al convencimiento de que corresponde revertir lo decidido en baja instancia.

5.- Por todo lo expuesto, propongo a mis colegas resolver rechazando el recurso de apelación formulado por la actora y, concluyendo, ante la pregunta formulada al comienzo y que motiva el desarrollo de mi voto, mi respuesta es afirmativa.

Así voto.

A la segunda cuestión, la Dra. Alvarez Tremea dijo que adhiere a los argumentos y conclusiones vertidas por el Sr. Vocal preopinante considerando oportuno formular las siguientes ampliaciones a la fundamentación.

Si bien ninguna de las partes ha invocado la aplicación del régimen jurídico correspondiente a los contratos de consumo resultando el microsistema protectorio de las y los consumidores de orden público (art. 65 de la ley 24.240), es deber de la magistratura aplicarlo de oficio en tanto se verifiquen en el caso los presupuestos de procedencia<sup>1</sup>. En materia de cláusulas contractuales, sostiene la doctrina que al estar en juego el orden público los jueces y juezas deben efectuar el control aun de oficio, lo cual implica la tutela efectiva de los derechos de los consumidores a través de la intervención judicial activa tendiente a mitigar el desequilibrio imperante en la materia<sup>2</sup>.

Se advierte y es de conocimiento público que la actora es una sociedad que se dedica profesionalmente a desarrollar la intermediación financiera en su calidad de entidad bancaria. De este modo, la empresa cuadra dentro de la definición de proveedor establecida por los arts. 2 de la ley 24.240 y 1092 y cc del CCC. La demandada es una persona física que habría celebrado -según invocó la actora- un contrato de tarjeta de crédito. Teniendo en cuenta que no se invocó ni probado que el demandado no configure el destinatario final de los servicios financiero objeto de contratación -lo que se evidencia en las compras detalladas en los resúmenes cuyo cobro intentó la actora (vbg., supermercados)- la relación debe ser calificada como contrato de consumo.

Esta calificación tiene como consecuencia la aplicación de las normas contenidas en la ley 24.240. A los fines del análisis de los agravios expresados por la recurrente resulta determinante la norma contenida en el art. 53 Ley 24.240 que dispone que los proveedores deben aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, prestando colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida. Esta obligación supone un reforzamiento de los deberes de colaboración y buena fe en cabeza del proveedor.<sup>3</sup>

En este supuesto, la actividad probatoria de la actora debía orientarse a demostrar en forma indudable la existencia y cuantía de la obligación objeto de reclamación. La confesional ficta carece de virtualidad a esos fines, en la medida que el demandado no pudo ser notificado de la misma. La jurisprudencia ha sido conteste en sostener que la notificación por edictos -la que tampoco fue realizada en autos- es improcedente con relación al demandado representado por el defensor de ausentes por desconocimiento de su domicilio.<sup>4</sup> Teniendo en cuenta la imposibilidad de citación del demandado a absolver posiciones, y la negación de los hechos por el defensor de ausente se imponía al proveedor la acreditación de la existencia y extensión de la obligación por otros medios de prueba. A mayor abundamiento, el encuadramiento de la relación como contrato de consumo torna aplicable el principio *in dubio pro consumidor* conforme el cual en caso de dudas acerca de la existencia o alcance de la obligación debe estarse al criterio más favorable a aquel (art. 3 Ley 24.240).

Es por ello que coincidiendo con el análisis efectuado por el Dr. Román y en base a mis argumentos voto en igual sentido.

A esta misma cuestión, el Dr. Santiago A. Dalla Fontana dijo que, atento a la existencia de dos votos concordantes, se abstiene de emitir opinión (art. 26, Ley 10.160).

A la tercera cuestión -¿qué pronunciamiento corresponde emitir?- el Dr. Román dijo:



Luego del estudio realizado a la cuestión anterior, propongo a mis colegas dictar la siguiente resolución: 1) Declarar desierto el recurso de nulidad y rechazar el de apelación interpuestos por la actora. En consecuencia, queda confirmada la sentencia impugnada en todos sus términos y en cuanto ha sido materia de revisión. 2) Imponer las costas generadas por el trámite recursivo a cargo de la accionante, vencida en su posición. 3) Fijar los honorarios en el 50% de los que en definitiva se regulen en baja instancia.

Así voto.

A la misma cuestión, la Dra. Alvarez Tremea dijo que la resolución que corresponde adoptar era la propuesta por el Juez de Cámara Dr. Alejandro A. Román, y en ese sentido emitió su voto.

A esta misma cuestión, el Dr. Santiago A. Dalla Fontana dijo que, atento a la existencia de dos votos concordantes, se abstiene de emitir opinión (art. 26, Ley 10.160).

En mérito a los fundamentos del acuerdo que antecede, con la abstención del Dr. Santiago A. Dalla Fontana (art. 26, Ley 10.160), la SALA I DE LA CÁMARA DE APELACIÓN CIVIL, COMERCIAL Y LABORAL DE RAFAELA, RESOLVIÓ: 1) Declarar desierto el recurso de nulidad y rechazar el de apelación interpuestos por la actora. En consecuencia, queda confirmada la sentencia impugnada en todos sus términos y en cuanto ha sido materia de revisión. 2) Imponer las costas generadas por el trámite recursivo a cargo de la accionante, vencida en su posición. 3) Fijar los honorarios en el 50% de los que en definitiva se regulen en baja instancia.

Regístrese, hágase saber y oportunamente remítanse al tribunal de origen. Alejandro A. Román - María José Alvarez Tremea - Santiago A. Dalla Fontana - Juan José Albera (Secretario)

Notas:

1 Cam. Civ., Com. y Lab. Rafaela. Sala II. "Expte. CUIJ N° 21-24190589-3 - GERBINO, Yanina Paola y Otros C/ VIVIENDAS RAFAELA SA S/ Demanda Ordinaria" Voto. Dr. Pablo Lorenzetti.

2 Mendieta, Ezequiel N. "Control judicial de oficio de las cláusulas abusivas". Publicado en: LA LEY 13/06/2022, 6. Cita: TR LALEY AR/DOC/1875/2022.

3 Wajntraub, Javier. Régimen Jurídico del Consumidor. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2020. pág. 323

4 En este sentido se ha pronunciado la CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL, EN PLENO. Vergili y Cía. c. Vega, Ramón y otro o El ausente en juicio representado por el Defensor de Ausentes no puede ser citado por edictos para absolver posiciones. 22/09/1966 Cita: TR LALEY AR/JUR/79/1966.