

## *Juicio ordinario posterior\**

### **Análisis de la carga de la prueba y de su estructura procesal**

Por Adrián Bengolea

#### **1. Introducción**

Todo colega que lea este trabajo no tendrá inconveniente en coincidir en un dato fáctico que nos impone día a día nuestra práctica profesional: los papeles de comercio (pagarés y cheques especialmente) se han constituido en un herramienta comúnmente usada para producir todo tipo de fraudes y abusos en perjuicio de los suscriptores.

Estos abusos se canalizan masivamente por medio de procesos ejecutivos, sin que los damnificados puedan oponer ninguna de las defensas causales que dieron origen a la suscripción de la cambial.

Siempre nos enseñaron nuestros antecesores de derecho procesal que el remedio procesal indicado para enmendar este tipo de abusos era el juicio ordinario posterior. Ahora, cuando analizamos los antecedentes jurisprudenciales en la materia, notamos que estos juicios especiales de repetición son muy escasos.

O sea, que por un lado reconocemos la existencia de una gran cantidad de abusos de firma en blanco o casos similares, pero por otro lado tenemos escasísimos antecedentes de juicios ordinarios posteriores que hayan prosperado.

¿Cuáles son las causas de esta escasísima aplicación práctica del instituto cuando es el ejecutado quien pretende repetir las sumas pagadas? ¿Por qué los abogados tenemos tantos inconvenientes para iniciar un juicio de estas características en esos supuestos? ¿Es una triste realidad inevitable que no podemos revertir?

Mi deseo es que este trabajo sirva para, por lo menos, acercarnos un poco a los problemas que rodean a este particular remedio procesal.

A poco de adentrarnos en el tema podemos ver como este proceso ha sido analizado a lo largo de los años por todos los doctrinales en la materia desde los caracteres negativos que posee. A tal punto es así que a este proceso se lo viene definiendo comúnmente “por exclusión”: sería un juicio común como cualquiera pero no puede ser una vía para corregir los errores del juicio ejecutivo; no se pueden oponer las defensas ya esgrimidas en él y no se puede iniciar hasta que no haya ejecución en el juicio anterior, etcétera.

Este enfoque –llamémosle “negativo”– del problema no tendría observaciones posibles si realmente estuviéramos ante un juicio común y corriente con ciertas limitaciones. Pero cualquier abogado que haya querido embarcarse en este proceso podrá haberse dado cuenta que esa definición está a años luz de la realidad, muy

---

\* Extraído de la ponencia presentada al V Encuentro Nacional de Jóvenes Procesalistas, La Plata, 10 y 11 de octubre de 2008. [Bibliografía recomendada.](#)

especialmente cuando los intereses que pretendemos defender son los del deudor ejecutado.

Adelanto que el presente trabajo se referirá siempre a este supuesto, o sea el ejecutado que pretende repetir lo abonado o pagado en abuso o fraude a sus derechos. El otro supuesto —el actor que pretende cobrar su deuda rechazada en el ejecutivo— no tiene ninguna particularidad o dificultad para resolver que no haya sido analizada con suficiencias por la doctrina y jurisprudencia.

La ponencia girará sobre los dos temas más ríspidos en esta materia (a criterio personal) y que constituyen el gran obstáculo para su iniciación, el problema de la carga probatoria y la estructura procesal deficiente de estos juicios, teniendo este último serias implicancias en lo que respecta al primero.

Estoy persuadido de que el análisis y la búsqueda de soluciones consensuadas respecto de estos dos aspectos fundamentales del juicio ordinario posterior, nos permitirá a los operadores del derecho comenzar a transitar el camino necesario e irrenunciable para darle vida práctica a este instituto tan caro para la lucha contra el abuso del derecho y el fraude.

## **2. Fundamentación**

En la introducción decía que trataríamos el juicio ordinario posterior, pero desde la óptica del deudor ejecutado que quiere iniciar la acción porque entiende injusta o incausada o incoherente la ejecución llevada en su contra.

### **a) La regla general**

1) *El cheque*. El principio general en materia probatoria sostenido por este trabajo es que la regla de las cargas probatorias no debe modificarse por más de que exista un acreedor con sentencia ejecutiva a su favor. Por lo tanto, estará en cabeza del acreedor la carga de acreditar la relación causal, tal como lo hubiera tenido que hacer en un juicio común y corriente.

Se rechaza la idea de que la opción por la vía ejecutiva efectuada por el acreedor traiga aparejado un desplazamiento de las cargas probatorias en perjuicio del ejecutado. El juicio ejecutivo no es más ni menos que una herramienta procesal para el cobro rápido de un crédito impago. Por tanto, en principio, es el acreedor quien deberá probar la existencia de la obligación subyacente.

Hay que advertir que indefectiblemente este acreedor (actualmente demandado) ingresará a este proceso con una ventaja probatoria evidente, ya que contará con un principio de prueba por escrito derivado del papel de comercio suscrito por el actor ejecutado y que hace presumir la existencia de una causa u obligación subyacente. Es decir que cuenta con sentencia firme acerca de la autenticidad formal de ese papel de comercio, por lo que nadie puede en juicio posterior cuestionar tal circunstancia.

La armonía de los arts. 499 y 500 del Cód. Civil resuelven la cuestión en el sentido de que no hay obligación sin causa y quien alegue lo contrario debe probarlo.

Por lo tanto, no es posible pensar en una obligación que existe por sí y sin estar o encontrarse dependiente o con dependencia de un antecedente que lo haya producido u originado, razón esta por la cual el acreedor no está obligado a probar la existencia de la causa de la obligación cambiaria sino que es el deudor quien está obligado a probar que no existe o que ella resulta incoherente o abusiva con la causa originalmente convenida.

O sea, si ambas partes fracasaren en probar sus dichos, el magistrado debería rechazar la acción ordinaria posterior ya que el demandado ejecutante tendría en su poder la presunción de la existencia de obligación y su buena fe.

Así, el único antecedente encontrado expresa en este sentido: “En el marco de un juicio ordinario posterior, la carga de la prueba de la inexistencia de la causa le corresponde a la actora desde el momento que si bien el documento comercial pagaré tiene connotaciones de literalidad, autonomía y abstracción, es de presumir que su suscripción ha obedecido a una causa que es precisamente lo que tiene que debatirse en un juicio ordinario como el de autos. Pero dicho principio debe ceder cuando, como ocurre en estos autos, el acreedor demandado aduce que la causa es otra, diferente que la que consta en el título (art. 551, CPBA y art. 501, Cód. Civil)”<sup>1</sup>.

Resta aclarar que no todo papel de comercio conlleva esta presunción; así, esta no tiene lugar lo que se llevó a ejecución es un cheque y el actor debe probar la existencia de causa en el juicio ordinario posterior, más allá de que el instrumento ejecutado sea considerado “principio de prueba por escrito” y pueda servirle para abrir el camino a tener por probada la causa por otros medios (art. 1191, Cód. Civil).

Es que el cheque al ser un instrumento de pago y no de crédito, tiene funciones probatorias muy limitadas, y por tanto su creación no supone ni importa un reconocimiento de deuda.

2) *Sobre la posible aplicación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas.* Comentario aparte merece el tema tratado a la luz de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas. Así, se ha sostenido la necesidad de hacer cargar la prueba de la existencia de causa al acreedor victorioso del juicio ejecutivo por ser éste el litigante mejor preparado para producirla sin que esto signifique para el deudor actor una total despreocupación en materia probatoria. Al deudor le correspondería aportar prueba periférica de carácter positivo respecto del hecho negativo imposible de acreditar<sup>2</sup>.

Nadie puede objetar la necesidad de que esta doctrina comience a aplicarse en materia de juicio ordinario posterior, siempre y cuando estemos frente a un acreedor que se le pueda demostrar su mayor aptitud probatoria. O sea que esta teoría no podría jugar para los casos en donde un mutuo se suscribió entre particulares sin ningún tipo de supremacía (fáctica, jurídica, profesional, etc.) entre uno y otro.

---

<sup>1</sup> 19/12/06, “Nastasi, Daniel O. y Moreno, María I. c/Granda, Norma”, CC0000 JU 39192 RSD-427-47 S, *Juba*, sum. B1600154.

<sup>2</sup> Cornero, Guillermina, *El pago sin causa, los cheques de favor y la carga de la prueba*, con cita de Morello y Palacio, en Peyrano, Jorge W. (dir.) - Lépori White, Inés (coord.), “Cargas probatorias dinámicas”, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 439.

Si por aplicación de esta teoría la carga de la prueba de la existencia de causa se trasladara al acreedor ejecutante, se estarían violando los arts. 499 y 500 del Cód. Civil en contra de toda la doctrina y jurisprudencia que viene sosteniendo lo contrario.

## **b) La inversión de la regla general frente a las relaciones subyacentes de consumo**

Esbozada la regla general es dable preguntarse si ella resulta aplicable a los casos donde el papel de comercio ejecutado se suscribió para garantizar el pago de una operación de consumo al amparo de la ley 24.240.

En estos casos la regla general se debe invertir, pasando la carga de la prueba al acreedor demandado. Dicho de otro modo, ante el fracaso probatorio de ambas partes, la sola existencia de un pagaré en manos del acreedor demandado no será suficiente para probar la existencia de la obligación exigible; así debe declararlo el juzgador y mandar a devolver todas las sumas dinerarias abonadas en virtud del juicio ejecutivo.

Aclaro que no se está sosteniendo que la presunción de causalidad que confieren los arts. 499 y 500 cese en casos de derecho del consumo, sino que ella no alcanzará para tener por acreditada la relación de consumo subyacente.

Esta solución tiene una importancia vital en la práctica profesional ya que es un hecho público y notorio entre los profesionales del derecho que la gran mayoría de las ejecuciones en nuestro país tienen como sustrato fáctico relaciones de consumo.

A continuación expondré los argumentos jurídicos fundamentales de esta importantísima excepción a la regla principal antes formulada.

1) *El art. 37 de la ley 24.240 y la carga de prueba diabólica.* El primer argumento lo encontramos en el art. 37 de la ley de defensa del consumidor en cuanto prohíbe las cláusulas abusivas en perjuicio del consumidor, particularmente el inc. c de esa norma establece la abusividad de las cláusulas que “contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba para el consumidor”. Va de suyo que esto significa el equivalente a sostener que en materia de derecho de consumo la carga de la prueba de la relación contractual está en cabeza del proveedor.

Al respecto comenta Farina que la norma está destinada a evitar que al consumidor se lo someta a estado de indefensión, “produciendo por vía indirecta los mismos efectos que una cláusula limitativa de responsabilidad, pues ponen a su cargo una prueba prácticamente diabólica”<sup>3</sup>. Al respecto, podemos agregar que la prueba de la injusticia o abuso o incoherencia de la ejecución muchas veces constituye un paradigma de prueba diabólica, pues el ejecutado que tiene que salir a probar la “no causa” de la ejecución o su incoherencia con la relación causal, se encontrará muchas veces ante la imperiosa necesidad de probar hechos negativos, lo que constituye tal paradigma.

---

<sup>3</sup> Farina, Juan M., *Defensa del consumidor y del usuario*, Bs. As., Astrea, 2009, p. 420.

Si esta clase de prueba se encuentra prohibida en materia de derecho al consumo es dable sostener entonces que al acreedor demandado no le bastará con la presentación en juicio del pagaré y la presunción de buena fe que posee por aplicación de los principios generales del derecho. Deberá demostrar que la obligación tuvo causa y que el pagaré ejecutado tuvo plena coherencia con ella.

2) *El formalismo impuesto por los arts. 36 y 10 de la ley 24.240.* Lo expuesto tiene íntima relación con el art. 36 de ese mismo ordenamiento que impone obligatoriamente consignar de un modo claro, en las operaciones financieras de consumo y las de crédito para el consumo (unánimemente garantizadas con la firma de pagarés), ciertas especificaciones por escrito relativas a la relación causal (monto, tasa de interés, plazo, gastos, etcétera). El incumplimiento de esta carga ha sido sancionado duramente por el legislador otorgándole al consumidor la posibilidad de demandar la nulidad del contrato en su totalidad (ver nueva redacción del art. 36).

Esto lleva a concluir que en los contratos tipificados por el art. 36, las operaciones se deben probar por escrito incluyendo todas las disposiciones allí expuestas. Aunque no es claro si estamos ante un requisito *ad solemnitatem* o *ad probationem*, al no existir tales especificaciones por escrito, el contrato no puede darse por probado a tal punto de que la norma ha ido más lejos y ha impuesto la sanción de nulidad.

Una solución similar se podría sostener también para los contratos de compraventa capturados normativamente por el art. 10 de la ley 24.240 y que hayan sido base de ejecuciones cambiarias. Si bien aquí el legislador no ha impuesto sanción alguna a los contratos que no cumplan con los requisitos formales impuestos en la norma, es razonable sostener la misma solución aquí esbozada.

O sea que del juego armónico de los arts. 36 y 10 puede concluirse con razonabilidad y fundamentación suficiente que en el ámbito del derecho del consumo la normativa ha establecido, en palabras de Rezzónico, un “neoformalismo de protección”<sup>4</sup>. O sea que las formas estipuladas, se encuentran destinadas a dar un sustrato material indispensable para que el consumidor pueda ejercer sus derechos constitucionales y de esa forma hacer efectiva la protección querida por el legislador.

De la aplicación lógica de estos principios lo que fácilmente se puede concluir es que la existencia de un papel de comercio no resulta prueba suficiente para dar por acreditada la relación de consumo.

La tesis sostenida en este punto, es clara y no ofrece demasiadas cavilaciones a la hora de expresarla a nivel teórico, máxime ante el contenido de orden público que posee el ordenamiento protectorio del consumidor (art. 65, ley 24.240).

3) *Las cargas probatorias dinámicas en materia de derecho de consumo.* El último argumento, y no por ello menos importante, radica en la aplicación al caso analizado de la teoría de las cargas probatorias dinámicas. Ello significa que ante la dificultad probatoria del hecho negativo corresponderá al proveedor producir la prueba referente al contrato u obligación que originó la ejecución, en virtud de la inmejorable situación probatoria que reviste frente al consumidor ejecutado.

---

<sup>4</sup> Rezzónico, Juan C., *Principios fundamentales de los contratos*, Bs. As., Astrea, 1999, p. 279.

No hay que agregar demasiado acerca de las mejores condiciones materiales, técnicas, profesionales o legales en que se encuentra el proveedor de cosas y servicios para acreditar o acompañar los elementos probatorios relativos a la causa de la obligación ejecutada.

En definitiva, a la luz de estos tres argumentos esbozados que funcionan en forma interconectada y armónica, es dable sostener que la carga de la prueba acerca de la existencia de la obligación recaerá siempre en el proveedor de cosas o servicios de la relación de consumo.

La cuestión analizada, tiene íntima relación con el tema que abordaré a continuación.

### **c) Sobre la deficiente estructura de este proceso y su implicancia en materia probatoria**

Analizadas las reglas principales en materia de carga probatorias, es dable introducirnos en un problema estructural del proceso que implica dejar en clara desventaja al ejecutante perdidoso y que tiene implicancias importantes en la materia antes tratada.

Efectivamente no existe en los ordenamientos procesales una estructura que le permita encarar este pleito al deudor ejecutado en condiciones de igualdad frente al acreedor vencedor del proceso de ejecución.

Así, “la sentencia de remate carece normalmente de los efectos de la cosa juzgada material y porque el juicio de conocimiento posterior permite neutralizar la desventaja inicial en que se encuentra el deudor frente al acreedor, restableciendo de ese modo el equilibrio entre las partes (art. 551 y su doctr., CPCC)”<sup>5</sup>.

Esta idea, plasmada en el fallo citado, resulta notoriamente equivocada. En efecto, en los casos en que el actor resulta ser el ejecutado perdidoso, la estructura procesal típica u ordinaria prevista en los códigos procesales no le brinda suficientes garantías para colocarse en ese estado de igualdad procesal frente a su acreedor victorioso.

Partamos de un ejemplo hipotético pero muy frecuente de la vida profesional: Pedro inicia un juicio ejecutivo en contra de Juan por el cobro de un pagaré que se había llenado en blanco en garantía de diversas operaciones de compraventas efectuadas en el comercio del primero. En la ejecución Pedro no denuncia relación causal alguna. Juan, por otro lado, tiene recibo de todas o muchas de las operaciones efectuadas, pero decide no introducir ese debate en el ejecutivo ya que los documentos no se encuentran imputados de forma tal que no quede duda de que ellos refieren a la cancelación del pagaré ejecutado. Por ello decide iniciar un juicio ordinario posterior y aquí se encuentra con un obstáculo procesal de enorme magnitud.

Como Pedro no había denunciado relación causal alguna en la demanda ejecutiva, Juan la desconoce. Esta situación lo coloca en una verdadera desventaja procesal, ya que no conoce el objeto del juicio sobre el que se va a dirimir la contienda.

---

<sup>5</sup> 29/9/92, “Banco de la Provincia de Buenos Aires c/Omicron Técnica SRL s/cobro ejecutivo”, CC0101 La Plata 211915 RSD-208-92 S, *Juba*, sum. B100285.

Dicho de otra manera, no se entiende cómo Juan puede afirmar el pago o la inexistencia de la relación causal o su prescripción o la caducidad del llenado de la cambial si no sabe o no conoce fehacientemente cuál fue la operación de fondo que dio origen a la ejecución iniciada en su contra.

La pretensión de iniciar el juicio ordinario posterior en estas condiciones sería cometer un “suicidio táctico” ya que se colocaría a merced de la sorpresiva contestación de demanda del acreedor; como si se pretendiera que ésta se produzca antes que la demanda misma, lo que resulta ser una total incongruencia desde cualquier punto de vista.

En definitiva, al pretender que el deudor ejecutado defina el objeto de la acción se lo coloca en una clara desventaja procesal.

Siguiendo con el ejemplo, Juan podría contestar en su demanda que la causa obedece a otra operación distinta a la denunciada por Pedro y por tanto la acción no puede prosperar.

Con esta simple contestación el acreedor demandado cambiaría el objeto del juicio ordinario posterior sin que el ordenamiento jurídico le otorgue al actor ejecutado la posibilidad de mejorar su situación procesal frente a este nuevo objeto introducido por el primero.

Dicho en palabras, y más allá de las soluciones prácticas que se pueden intentar en la práctica profesional para corregir este defecto, el ordenamiento procesal no se encuentra estructurado para resolver este grave problema.

1) *El deber del ejecutante de dar información relativa a la causa.* Para equilibrar la relación procesal del futuro juicio de repetición resulta necesario o aconsejable realizar medidas preparatorias a fin de saber en forma fehaciente cual va a ser el objeto del juicio ordinario posterior, las que estarán destinadas a conocer la causa u obligación por la cual se ejecutó tal papel de comercio.

Ahora viene la pregunta fundamental, ¿tiene el acreedor la carga de informar la causa subyacente de la ejecución ante el requerimiento del deudor? Esta ponencia se inclina por la afirmativa. Ya sea por aplicación del principio rector de la buena fe contractual (art. 1198, Cód. Civil) o por una aplicación extensiva del derecho de información impuesto por el art. 4° de la ley 24.240<sup>6</sup>, el acreedor debe dar la información requerida.

No es el propósito de este trabajo agotar el tema, pero no se puede dejar de decir que el principio de buena fe engloba la idea de que, entre las partes de un negocio jurídico, debe existir un comportamiento leal y colaborativo, enmarcado en un ámbito de confianza de que las conductas debidas se producirán y que no van a existir acciones o actitudes contradictorias ni sorpresivas.

Según expresa Lépori White a las partes “no les está permitido asumir ningún tipo de inconductas y, en caso de que lo hagan, deberán ser a su costo las conse-

---

<sup>6</sup> El proveedor tiene la obligación de brindar toda la información referente a la relación causal en que se basó la ejecución. Esta cuestión deriva de una aplicación extensiva del derecho de información que posee el consumidor captado por el art. 4° de la ley 24.240. Entrar a polemizar el alcance de este artículo excede con creces el objeto de este trabajo, pero no hay dudas que el debate está abierto y deberá ser dado por los especialistas en la materia.

cuencias desvaliosas de las mismas. Y entiendo que esta limitación marcada por los deberes legales de conducirse con lealtad, probidad y buena fe alcanza al deber de colaborar en materia de prueba para que el juez pueda alcanzar la verdad”<sup>7</sup>.

¿Cómo sostener la no existencia de la carga sostenida sin arrasar estas ideas directrices? Cualquier pensamiento contrario al esbozado fracasaría rotundamente al pasar por el tamiz moralizador del art. 1198. Es que resulta inaceptable a la luz de estos principios la conducta de una persona que, pretendiendo escudarse en la literalidad de la cambial ejecutada, se resiste a denunciar cual a sido la relación subyacente en que se ha basado la ejecución iniciada.

Esta omisión o reticencia injustificable, conlleva la destrucción de la presunción de buena fe que poseía la obligación cambiaria ejecutada. Es que las normas de la experiencia nos indican que el hecho de ocultar los datos requeridos, hace presumir o suponer con verosimilitud suficiente la existencia de alguna irregularidad en la ejecución llevada a cabo.

2) *La necesidad de preparar el juicio ordinario posterior.* Salvada esta cuestión es necesario analizar cuales son las herramientas que posee el ejecutado perdidoso para hacerse de la información sobre la causa de la ejecución.

a) Soluciones de “lege ferenda”. Una de las propuestas ideadas radica en la modificación de los códigos procesales del país en el sentido de que cuando sean los demandados los que pretendan iniciar el juicio ordinario posterior, se corra un traslado de inicio al actor a fin de que defina la causa por la cual inició el juicio ejecutivo, especificando los elementos fundamentales de la operación tales como precio, plazo, forma de pago, acompañando toda la prueba de la se habría de valer para acreditar la misma.

Sería como una medida preparatoria específica y expresa tendiente a colocar al futuro actor en perfectas condiciones de igualdad procesal frente a la otra parte. Una vez cumplida tal carga procesal y definido en forma precisa el objeto de la futura demanda, el deudor podrá confeccionar correctamente su demanda, dirigiendo todos sus esfuerzos probatorios a destruir esa causa ahora informada con detalle, pudiendo aportar prueba al respecto o impugnar la acompañada por el acreedor. Luego el trámite seguiría con el traslado de demanda al ejecutante demandado para luego abrirse a prueba el proceso como un juicio común y corriente.

¿Qué sucedería si el ejecutante demandado no cumple con la carga procesal impuesta? Debería dársele por perdido el derecho dejado de usar, generándose una presunción en su contra de “falta de causa”, que luego deberá ser evaluada por el juez al momento de dictar sentencia.

Otra propuesta es que toda la información referente a la causa sea exigida al momento de iniciar la demanda ejecutiva. Mientras esa denuncia no sea efectuada, el juez no podría despachar la ejecución. Cabría agregar que esa información no significaría causalizar el juicio ejecutivo ni mucho menos; el único propósito radicaría en darle al ejecutado perdidoso la posibilidad de iniciar el juicio ordinario posterior con el conocimiento necesario e imprescindible para ello.

---

<sup>7</sup> Lépori White, Inés, *Cargas probatorias dinámicas*, en Peyrano (dir.) - Lépori White (coord.), “Cargas probatorias dinámicas”, p. 67.

Otra posibilidad imaginable es que se le otorgue al deudor la posibilidad de un traslado más a su favor luego de la contestación de demanda efectuada por el acreedor, con amplia posibilidad de ofrecer prueba sin necesidad de que el demandado ofrezca documental alguna.

De esta forma se evitaría que el acreedor demandado se ampare en una contestación alusiva afirmando que la causa de la obligación fue distinta a la invocada por el deudor actor dejándolo descolocado procesalmente frente al objeto de debate del juicio que ha sido cambiado por las manifestaciones del acreedor demandado.

b) Soluciones de “lege lata”. Hasta tanto no se logre modificar este estado de cosas en materia procesal habrá que buscar alternativas o caminos que nos permitan tener la información indispensable para preparar en forma adecuada el juicio ordinario posterior representando los intereses del demandado perdidoso de la ejecución.

En la práctica profesional resulta conveniente y aconsejable utilizar distintos medios en forma conjunta o separada para obtener la información aludida. Veamos.

*El acta notarial.* Es una de las formas de obtener la información acerca de la causa subyacente de la ejecución y donde se constata el pedido de información relativo a ella. La gran ventaja de esta acción radica en el factor sorpresa que conlleva, que en muchas ocasiones impedirá realizar contestaciones “armadas” tendientes a mejorar su delicada posición procesal frente a un eventual juicio ordinario posterior.

*La carta documento.* La intimación fehaciente es más económica que el acta notarial pero pierde la gran ventaja del factor sorpresa que tiene la anterior. Igualmente, puede ser un medio preparativo de otros, a fin de probar la falta de colaboración del acreedor para brindar la información requerida.

*El reclamo ante la OMIC.* Si la obligación o las obligaciones entre las partes se originaron con motivo de una relación de consumo, estimo que el ámbito de la Oficina del Consumidor puede ser un excelente lugar para preparar el juicio ordinario posterior.

Además hay un factor extra que puede llegar a compeler aún más a brindar la información solicitada, cual es la posibilidad de que la oficina municipal imponga una multa por violación al derecho de información o buena fe debido a los consumidores.

Como si fuera poco, en la última reforma de la ley se ha incorporado la posibilidad de demandar por daños punitivos ante la justicia ante cualquier incumplimiento contractual o legal (art. 52, ley 24.240).

*Medida preparatoria.* La última de las posibilidades radica en la posibilidad de iniciar el juicio ordinario posterior pero solicitando una medida preparatoria (art. 323, CPCC) al juez de la causa antes de correr traslado de la demanda a fin de que se intime al acreedor demandado a que denuncie en autos los datos relativos a la causa de la obligación ejecutada.

Estimo que para que el juez pudiera ordenar esta medida sería conveniente demostrarle que hubo una intimación previa para ello y que la misma fue incontestada, ya sea mediante carta documento, acta notarial o denuncia ante el OMIC.

El único antecedente al que he podido acceder en la materia no fue positivo, decidiendo la Cámara que no correspondía el dictado de la medida previa porque éstas “no proceden si sólo responde al propósito de crear, indebida y unilateralmente, una situación favorable en cuanto a lo que ha de ser materia de decisión sobre el fondo de las cuestiones objeto de controversia a debatirse en el proceso”. “Tal como lo señala el resolutorio recurrido, del decir del propio requirente se desprende el conocimiento de la o las operaciones comerciales que lo relacionan con el requerido y que fueran génesis del libramiento en blanco del pagaré por la suma de U\$S 2.828 –en garantía de aquéllas–”<sup>8</sup>.

En este caso el actor denunció la causa probable de los pagarés, pero su intención era no verse sorprendido por una defensa elusiva del demandado acreedor al momento de contestar demanda, máxime cuando en el intercambio epistolar previo el acreedor informó que esa no era la causa de la ejecución efectuada. Lamentablemente, la Cámara hizo lugar al pedido y el juicio ordinario no se realizó.

Por más que esta tesis no comparta el criterio sostenido, el único antecedente conocido nos marca la necesidad imperiosa de una reforma legislativa en la materia abarcada, tal como lo he planteado en el apartado anterior.

3) *El incumplimiento de la carga y su implicancia en materia probatoria.* Analizadas las herramientas que contamos actualmente para preparar correctamente el juicio ordinario posterior, es dable examinar cuáles serían las consecuencias de la no contestación del requerimiento.

Entiendo que la negativa a dar la información requerida tiene el efecto de trasladar la carga de la prueba en cabeza del acreedor en el juicio ordinario posterior, haciendo perder valor probatorio a la presunción de existencia de causa que poseía el papel de comercio ejecutado (con la salvedad del cheque).

Esto se condice con lo expuesto en el art. 324 del Cód. Procesal en cuanto impone para los casos del inc. 1° que “si el requerido no respondiere dentro del plazo, se tendrán por ciertos los hechos consignados en forma asertiva, sin perjuicio de la prueba en contrario que se produjera una vez iniciado el juicio”.

Si la obligación subyacente fuera de consumo, habíamos dicho que la sola existencia del pagaré no eximía al proveedor de la prueba del contrato, por lo que la negativa a dar la información agravaría aún más la situación probatoria del requerido quien deberá hacer un esfuerzo aún mayor para rechazar la acción posterior en su contra.

Quedaría resolver los casos en donde la información brindada es parcial o incompleta. Por ejemplo, se informa la operación pero no se informa su precio, o se decide denunciar tales elementos, pero no se denuncia la fecha de la relación subyacente.

No tengo duda que en materia de derecho de consumo, la información debe ser completa y documentada por lo que la solución antes propuesta no tendría ningún cambio.

---

<sup>8</sup> San Nicolás, res. 403/05, F. 461.

En las demás ejecuciones, la solución dependerá del criterio del juez de turno que deberá ponderar la calidad e importancia de la información o documentación omitida para luego decidir sobre quién pesa la carga de la prueba de la obligación.

En este tema resultará necesario que el juez analice cuál es el fundamento o contenido de la demanda de repetición. Por ejemplo, si el ejecutado pretende repetir intereses que no fueron convenidos originalmente, resulta primordial que el acreedor denuncie o acompañe las constancias probatorias que acrediten la tasa de interés estipulada en la relación causal, sin importar demasiado la identificación de otros elementos que no van a ser objeto de tratamiento en el juicio ordinario posterior como, por ejemplo, la especificación correcta de la cosa objeto del contrato.

Por último, habrá también que resolver los casos en donde se falsea la información o se oculta a la hora de ser requerida, pero que al momento de contestar la demanda judicial se subsana. ¿Cómo resolver este problema? Existen dos posibilidades. O se prohíbe la introducción de hechos no denunciados oportunamente en ocasión de producirse la intimación, con basamento en el principio de la buena fe y a la doctrina de los actos propios o, en su defecto, se permite ello pasando la carga de la prueba en cabeza del acreedor quien, además, deberá soportar las costas del juicio ordinario posterior, aun cuando resulte victorioso ya que dio al deudor razones suficientes para litigar.

Cualquier solución que se acoja será válida, dependiendo de la estrictez que le imponamos al cumplimiento de la carga. El debate en este punto queda abierto.

### **3. Conclusiones**

a) La sentencia dictada en juicio ejecutivo a favor del acreedor no tiene la virtualidad de transformar el régimen ordinario de cargas probatorias del contrato subyacente.

b) La existencia de un pagaré o letra de cambio suscripto a favor del acreedor ejecutante, le otorga a este último la presunción de la existencia de causa de la obligación y su buena fe, lo que implica que la carga de la prueba de la inexistencia, incoherencia o injusticia de la causa recaerá sobre el ejecutado perdidoso.

c) La regla anterior se establece sin perjuicio de que en ocasiones especiales puede trasladarse la carga de la prueba en cabeza del acreedor por aplicación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas.

d) La existencia de un cheque suscripto a favor del acreedor ejecutante, no le otorga a éste la presunción de la existencia de causa de la obligación y su buena fe, por lo que el acreedor tiene la carga de probar la existencia de la causa.

e) En casos de relaciones subyacentes de consumo la carga de la prueba estará en todos los casos en cabeza del proveedor.

f) La estructura procesal actual en materia de juicio ordinario posterior no resulta adecuada para amparar debidamente el derecho del ejecutado perdidoso, resultando necesario implementar modificaciones a nuestros códigos procesales.

g) Hasta lograr las modificaciones legislativas es aconsejable preparar este juicio mediante actas notariales, intimaciones previas, denuncias ante el OMIC o medidas preparatorias en juicios.

h) El ejecutante demandado tiene el deber de informar los datos relativos a la relación causal, ya sea por aplicación del principio general de buena fe contractual o por el derecho de información prescrito en el art. 4° de la ley 24.240.

l) La negativa del acreedor a dar información acerca de la relación causal subyacente, implica la pérdida de la presunción de buena fe con el correspondiente traslado de la carga de la prueba en cabeza del acreedor.

© Editorial Astrea, 2009. Todos los derechos reservados.

