000280/2013

Comodoro Rivadavia, de julio de 2013.-

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados**: "L., N. S. c/ F. E H. S.A. c/ MEDIDA CAUTELAR (Embargo Preventivo)"** Expte. N° 280/2013, venidos del Juzgado Civil y Comercial N° 1, Secretaría N° 1 (Expte. N° 145/2013).

Se encuentra a resolver el recurso de reposición con apelación en subsidio que interpuso la actora a fs. 232/235vta. contra la resolución de fs.231 que no hace lugar al embargo solicitado y a la ejecución forzada de la orden de la ODC respecto de la entrega del vehiculo adquirido ordenando que, por tratarse de una acción autónoma, ocurra por la via que corresponde con fundamento en el art. 34 inc. 5

Rechazado el recurso de reposición a fs.236, fue concedido el recurso de apelación.

I.- Luego de reseñar el marco de protección adicional que el sistema jurídico proporciona a los usuarios y consumidores, la recurrente entiende que el juez incurre en un error de juicio cuando afirma que no acreditó la existencia de daños en su persona y su patrimonio. Señala que como consecuencia del procedimiento administrativo llevado a cabo ante la ODC (Oficina de Defensa del Consumidor) se condenó a la demandada al pago de una indemnización por daño directo que resultó de la infracción del proveedor. De tal manera el daño se encuentra acreditado, estando pendiente determinar la extensión del mismo. Afirma que es inoperante exigir la acreditación del peligro en la demora, pues la medida se sustenta en un contrato bilateral cuyo incumplimiento por parte de la demandada se encuentra demostrado.

Se agravia también por cuanto el juez dispuso que ocurra por la vía que corresponda con fundamento en sus facultades de dirigir el procedimiento. Entiende que el temperamento adoptado no aporta al encuentro de la justicia rápida y efectiva que reclama. Efectúa consideraciones en torno a la actividad jurisdiccional que se espera para enmarcar el proceso de consumo. El inicio de una acción judicial autónoma conlleva una dilación y ritualismo judicial que resulta incomprensible e impropio a la luz de premisas constitucionales.

II.- De las presentes actuaciones, surge que la actora efectuó denuncia ante la Oficina de Defensa del Consumidor (en adelante ODC) en su carácter de adjudicataria del vehiculo Peugeot 207 XR por la demora injustificada en la entrega de tal unidad que hubiera licitado y abonado la totalidad de las cuotas pendiente de pago con mas la diferencia por cambio de modelo que se le indicara y gastos por derechos de adjudicación. Denunció falta al deber de información y se fije indemnización por daño directo en el monto máximo permitido por el art. 40 bis LDC.

El sumario administrativo dio como resultado el dictado de la Resolución N° 415/2012 por la que, en lo que aquí interesa, se ordenó a la demandada a hacer entrega en el termino de cinco días de la unidad adjudicada conjuntamente con la documentación correspondiente para que la actora efectúe la inscripción y patentamiento y el pago la suma de $6.500 en concepto de indemnización de daño directo resultante la infracción al deber contenido en el art. 1º bis de la ley 24.240.

La aquí recurrente solicitó como medida cautelar, el embargo preventivo por la suma de $158.520,42 comprensivas de año moral, daño sicológico, daño punitivo, devolución de lo abonado por gastos de gestoría y cesión de l plan de ahorro, intereses devengados por el capital que F. S.A. retuvo indebidamente y reembolso de los gastos de inscripción y patentamiento y privación de uso de automotor desde el día 16 de septiembre de 2011.

Asimismo, solicitó el libramiento de orden judicial tendiente al cumplimiento forzado de la orden de entregar el vehiculo.

Fundó la verosimilitud del derecho en la relación negocial invocada y el cumplimiento de las obligaciones a su cargo. El peligro en la demora esta dado por la firmeza de la Resolución de la ODC y el riesgo de tornar ilusorio el resultado de la sentencia definitiva que se dicte en el proceso principal en el que demandará el cumplimiento del contrato de plan de ahorro previo y la reparación de daños y perjuicios producidos.

El a quo, no consideró configurada la verosimilitud del derecho de la reclamante, pues si bien está acreditada la existencia del contrato bilateral, lo que persigue con la medida, no es asegurar el cumplimiento de las

obligaciones asumidas por el demandado, sino los hipotéticos daños y perjuicios que dice haber sufrido y que no están acreditados. Tampoco el peligro en la demora. Ordenando ocurrir por la via que corresponda el cumplimiento forzado peticionado por tratarse de una acción autónoma.

Contra tal resolución se alza la apelante.

III.- Descripta la plataforma fáctica, se impone el análisis de los agravios expresados.

A los fines de analizar el caso traído a esta Alzada, habrá de señalarse que la actora, según informa a fs. 223vta. perseguirá en el juicio principal el cumplimiento del contrato además de la reparación de los daños y perjuicios producidos, conforme la faculta el art. 10 bis de LDC.

De tal manera, iniciará el pertinente juicio para acreditar los daños y perjuicios producidos por el incumplimiento del contrato.

En ese marco y como media preventiva a los fines de asegurar el resultado de tal proceso, peticionó el embargo sobre sumas de dinero de la demanda existente en entidades bancarias.

Sabido es que la procedencia del embargo preventivo no se agota en los supuestos enumerados en el art. 209 a 212, código procesal, sino que cabe decretarlo en todos aquellos casos en que concurran los presupuestos comunes a las medidas cautelares, esto es, la verosimilitud del derecho invocado, el peligro en la demora y la prestación de contracautela (Conf. Fassi-Yáñez, op. cit., t. 2, p. 87).

En tal sentido se dice que el art. 232 del ritual contiene una directiva de carácter fluido que autoriza a disponer el embargo preventivo fuera de

los supuestos contemplados por los arts. 209 a 212, siempre y cuando concurran los presupuestos generales de procedencia de las medidas precautorias (cfr. CNCiv., Sala A, "Suaya, Aben A. C/ Leiman, Salomon", Del 6.4.72, E.D. 43-294).

Así se señala que el embargo preventivo en las acciones de daños y perjuicios derivados del presunto incumplimiento contractual, procede cuando se han acreditado los presupuestos de toda medida cautelar. Por lo tanto es menester demostrar la verosimilitud en el derecho invocado y el peligro en la demora (CCiv. y Com. Mar del Plata, Sala I, 17/12/96; C. Apel. De Trelew, Sala A, 30/4/96; esta Sala SI Nro. 19/2008 y mas recientemente en S.I. Nro. 110/2013), resultando procedente el embargo preventivo en los juicios por indemnización de daños cuando existen elementos que, con las limitaciones propias de las cautelares contenidas en los requisitos básicos de admisibilidad, permiten formar idea, aunque sea aproximada, de la verosimilitud del derecho y del monto del crédito reclamado.

La actora fundamenta su pedido en la hipótesis del inc. 3ro. del art. 211 – esto es la existencia del contrato bilateral-. Pretende una indemnización resarcitoria fundada en el incumplimiento contractual.

Si bien existen posturas que no admiten la cobertura de pretensiones resarcitorias fundadas en el incumplimiento de las obligaciones pactadas en los contratos en los que se reclamen daños por tales incumplimientos (ver citas efectuada por Enrique Falcon, en Tratado de derecho Procesal Civil y Comercial” Ed. Rubinzal culzoni, Santa Fe 2006 T. IV p

203), resulta tesis admitida que tal situación queda aprehendida por la normativa invocada cuando concurren la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora, (ver. Martinez Botos “Medidas Cautelares” ed. Universidad, Bs. As. 2007 p 132; Colombo-Kiper “Cod. Proc. Civ. y Com de la Nación”, Ed. La Ley, Bs. As. 2011 T. II p 575 y sus citas) pues la cautelar pretendida no tiene su fundamento en asegurar las obligaciones reciprocas asumidas, sino las indemnizaciones por los daños y perjuicios que sufrió como consecuencia del incumplimiento.

Por eso, en el caso, si bien la verosimilitud en el derecho, se encuentra acreditada por la existencia del contrato entre las partes y el cumplimiento por parte de la peticionante conforme surge de las constancias agregadas a fs. 45/77, no existen elementos de juicio suficientes que permitan formar una idea de la existencia de la cuantía del crédito que por indemnizaciones por daño moral, psicológico y punitivo pretende. Ello conlleva una fuerte limitación a la verosimilitud del monto pretendido.

Pero además la demostración de la verosimilitud del derecho, por sí solo no basta, y quien solicita la protección debe invocar y acreditar también el peligro en la demora ("periculum in mora"). Ello puede concretarse mediante una simple manifestación ante el tribunal de "el estado de peligro en que se encuentra el derecho principal", o en otros casos se hace necesario demostrar la urgencia; esto es la posibilidad o certidumbre de que la actuación normal del derecho llegará tarde.

En el presente caso no se encuentra acreditada la demostración de peligro en la demora, toda vez que la finalidad de asegurar el resultado del litigio frente a la imposibilidad de cumplimiento de la sentencia, luce como una mera hipótesis conjetural desprovista de sustento (tal como este Cuerpo sostuvo mediante Sentencia Interlocutoria N° 99/2011).

En efecto, el peligro en la demora requerido unánimemente por doctrina y jurisprudencia, se encuentra necesariamente relacionado con las actitudes y/o la solvencia o estado patrimonial de la obligada, el que podrá justificar una medida precautoria, si de alguna forma se acredita también el estado económico o situación financiera del obligado que pueda incidir negativamente en la factibilidad del cumplimiento de la sentencia, extremos que deben ser probados y decididos en el procedimiento previo, pues no serán motivo de conocimiento, ni de prueba -como el otro de los requisitos de las precautorias, es decir, la verosimilitud del derecho- en el proceso definitivo

Por tales razones, el agravio referido a la desestimación del embargo preventivo no prosperará.

IV.- Llega el turno de abordar el agravio atinente a la resolución del juez respecto al pedido de la actora en cuanto a que arbitre instancia de cumplimiento forzado del art. 3 de la Resol Nro. 415/2012 ODC, proponiendo "el libramiento de mandamiento judicial pertinente".

Cabe recordar que por el mencionado art. 3 la ODC ordenó a F. e H. S.A. que en el término de 5 dias de notificada haga entrega a la actora de la

unidad Peugeot 207 Compact XS 1.4 SP, arrogándose facultades para ello.

El juez ordenó ocurrir por via que corresponda por tratarse de una acción autónoma. Tal decisión le causa agravio a la recurrente en los términos reseñados mas arriba.

La resolución impugnada, resulta una providencia simple dictada en ejercicio de su deber de dirigir el procedimiento señalando antes de dar trámite a cualquier petición los defectos de que adolezca, por lo que, en principio, no causan a la parte gravamen irreparable que no pueda ser subsanado posteriormente.

Por otro lado, sabido es que aquellas providencia que nada deciden, o que postergan la resolución sin denegar definitivamente lo peticionado, en principio no causan agravio y por ello no resultan apelables.

En el caso, aun cuando se trate de un proceso en el que se invoca la protección del consumidor o usuario, los argumentos traídos por la recurrente, no alcanzan a conmover tales conclusiones.

La falta de instrumentación por parte de la ley 24.240 de un procedimiento determinado para resolver las cuestiones sobre consumo, que a juicio de la actora implica la obligación y deber de juez de proceder de manera distinta, justifica la decisión el a quo, quien decidió, en uso de aquellas facultades/deberes y frente a la discresionalidad que le confiere la ausencia de reglamentación la tramitación por acción autónoma.

Tal temperamento no viola los principios de defensa en juicio y debido proceso, no restringe la legitimación del afectado, la tutela

judicial efectiva, no verificándose por tanto, agravio que merezca acogimiento.

La demora, incompatible con la tutela urgente que esgrime la apelante, deviene de la actitud procesal asumida de impugnar tal decisión.

V.- Las costas de la Alzada, atento el principio objetivo de la derrota y no encontrándose mérito para apartarse de él, se le imponen al apelante vencido (arts. 69 del CPr. –antes art. 68), procediéndose a regular honorarios de acuerdo a la ley arancelaria (arts. 5, 6, 13, 32 y 47 de la ley XIII-4 y 15). A tales fines por los trabajos realizados en esta instancia se tendrá en cuenta el resultado obtenido y la relación entre la gestión profesional y la probabilidad de efectiva satisfacción de la pretensión reclamada.

Por ello, la Sala **B** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia,

RESUELVE:

1) Rechazar el recurso de apelación en subsidio interpuesto por la actora, confirmándose el decisorio de fs.231 y vta. en todas sus partes.

2) Costas de la Alzada al apelante perdidoso (art. 69 Cpr.). Por sus trabajos en esta instancia, regúlense honorarios a la Dra. N. S. R. en la suma de pesos equivalente a cuatro (4) Jus.

3) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

La presente sentencia es firmada por dos vocales de Cámara en virtud de encontrarse en uso de licencia la Sra. Juez de Cámara Dra. Nélida Susana Melero y

concordar en la solución del caso (Ley V N° 17 del DJPCh).

REGISTRADA BAJO EL N° DEL AÑO 2013

DEL LIBRO DE SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS