000231/2020

Comodoro Rivadavia, de noviembre de 2020.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados: **"E., G. E. J. y Otros c/ P. O. S.A. D. A. P. F. D. s/ MEDIDA CAUTELAR" Expte N° 231/2020**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N° 2, Secretaría N° 3 (Expte. N° 373/2019).

I.- Llegan las presentes actuaciones a esta instancia, por haber interpuesto la parte demandada a fs. 69 de este legajo, recurso de apelación contra la resolución de fs. 66/67vta. dictada el 26/12/19 que dispuso: "*(…) Que la demandada P. O. S.A. D. A. P. F.* D. retrotraiga el valor de las cuotas correspondientes a los planes de cada uno de los accionantes, al valor de facturación del mes de abril de 2018, con más un incremento del 50%, debiendo formularse este recálulo a la fecha de la próxima cuota a liquidar, hasta tanto se dicte sentencia definitiva en la causa principal (conf. art. 232 del C.P.C.Ch), previa caución juratoria que deberán prestar los actores por los daños y perjuicios que la medida pudiere ocasionar por haber sido solicitada sin derecho (…)"

Para así decidir, el juez de grado consideró que con la documental acompañada por los accionantes está suficientemente acreditada la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora y presentes todas las condiciones necesarias para la procedencia de la cautelar en los términos del art. 232 del Código Procesal.

La petición cautelar (fs. 1/12) se fundó en el principio de prevención del daño (art. 1711 CCyCN) y en que los avatares económicos y la devaluación del peso ocurrida en el país en el mes de mayo/2018, ocasionó que los actores se encuentren imposibilitados de seguir pagando las cuotas de los planes de ahorro, sin que ello implique postergar gastos esenciales para sus personas y grupos familiares.

II.- En su memorial de fs. 71/81vta. se agravia el recurrente y expone que en la resolución se detecta que existe una insuficiencia y ausencia de los siguientes recaudos:

1)*Requisito extrínseco: De la incompetencia del juez de grado para pronunciarse del modo en que lo hizo.* Alega la incompetencia del juzgador para dictar la medida cautelar, pues su mandante está domiciliada en la provincia de Buenos Aires y el apoderado alega representar a un pseudo colectivo en esta ciudad, y dada la interjurisdiccionalidad de las partes, el conocimiento corresponde a la justicia federal y no a la provincial, conforme art. 116 Constitución Nacional.

Dice que la decisión incidirá directamente en la dinámica del plan de ahorro y repercutirá de lleno en los legítimos derechos que le asisten a vecinos domiciliados en distintas jurisdicciones, quienes no se encuentran anoticiados de la cuestión aquí ventilada. Incluso, colocará a su mandante en un supuesto de incumplimiento de la normativa por la que rige su actividad, ya que tiene vedado efectuar concesiones desiguales dentro de un mismo grupo de ahorro.

Expone que la justicia provincial resulta también incompetente en razón de la materia, pues la actividad de la administradora se encuentra bajo el control de la Inspección General de Justicia, dependiente del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Por la índole de los derechos en juego y las particularidades que reviste el plan de ahorro, resulta imperioso que se avoque al conocimiento de autos la Justicia Federal.

2)*Requisito extrínseco: Contra cautela:*

Considera que se omitió reparar con profundidad analítica el marco fáctico sobre el que se pretende justificar la cautelar. Hay diferencias ostensibles en cada uno de los grupos y órdenes de los accionantes intervinientes. El impacto de los ingresos de aportes mensuales limitará la adquisición de unidades

de cada uno de los grupos de ahorro y se la coloca en una virtual situación de incumplimiento contractual y consiguiente responsabilidad en cuanto administra frente a terceros ajenos a la cautelar.

Dice que se la está forzando a incumplir con sus obligaciones a cargo y ni siquiera se procuró una adecuada garantía frente al irrefutable extremo fáctico.

3) Requisito intrínseco: De la verosimilitud del derecho:

Entiende se realizó un análisis superficial de este requisito que no se ajusta a la rigurosidad y grado de certeza que exige su admisibilidad. La única mención a una selección de documentos, no autoriza a convalidar una pretensión como la ordenada.

Cuestiona la falta de ponderación de la situación contractual de cada adherente. La inexistencia de un grupo homogéneo que permita dictar una medida cautelar de manera "genérica" a la totalidad de los actores. Considera que la verosimilitud no se encuentra acreditada, pues el aumento de valor de la cuota está sujeta al valor del móvil según contrato suscripto, por lo que ello no puede ser argumento valedero para otorgar la medida, como tampoco considerar la situación de cada suscriptor, como si fueran un grupo homogéneo, o que los mismos tuvieran alguna dificultad en abonar su plan. Considera de aparente la fundamentación del decisorio, por lo tanto arbitrario, pues hace una vaga referencia a las constancias de la causa, sin precisar cuáles.

Pone de resalto que bajo ningún concepto correspondería realizar una aplicación reduccionista e irrestricta de la Ley 24.240 en torno a los integrantes del colectivo de accionantes que reclaman, pues la ley no protege a quienes adquieran bienes para un proceso productivo o lucrativo y quien se pretende ampara en dicho plexo normativo, debe acreditar los requisitos básicos y tipificantes de la relación de consumo.

Afirma que pretender abarcar un cúmulo de pretensiones diversas y variadas, jamás podría

convalidar un reclamo fundado en una cuestión abiertamente subjetiva, que en caso de resultar conculcada, únicamente podría ventilarse en un juicio individual. Los derechos involucrados resultan ser personales, individuales y diferenciados respecto de los cuales cada uno de los titulares de la relación jurídica puede disponer libremente. Ante la ostensible heterogeneidad resulta necesaria una específica prueba en cada caso concreto.

No se pueden amalgamar un cúmulo de pretensiones fijando pautas uniformes si el sustrato fáctico es marcadamente heterogéneo, incluso cuando los adherentes a los planes pertenecen a grupos de ahorro diferentes. No existe supuesto fáctico que amerite la promoción de un litisconsorcio facultativo y tampoco un grado de certeza tal que convalide la pretensión cautelar en los términos invocados.

Asimismo expone sobre la falta de consideración de la materia involucrada: planes de ahorro. Alega que lo resuelto impide y cercena la actividad que por objeto social y autorización estatal realiza.

Explica el funcionamiento de los planes de ahorro y dice que la medida perjudica a los suscriptores que integran el grupo, pues se priva a la administradora de una fuente de ingresos de los planes, necesaria para su funcionamiento.

La cuota se relaciona con el valor móvil (fijado por la terminal y no por su parte) y de allí su variación, más otros conceptos adicionales. Expone que la medida vulnera su derecho del ejercicio jurisdiccional, pues le veda la posibilidad de resolver el contrato al determinar una cuota más baja.

4) *Requisito intrínseco: Peligro en la demora:*

Sostiene que el peligro en la demora debe probarse en forma adecuada y el requirente debe exponer las razones, provenientes de circunstancias objetivas o subjetivas que así lo indique; y ello no surge

explicitado en el decisorio pues al existir multiplicidad de causas en la variación de precios y derechos disímiles entre los adherentes, es de toda lógica que el peligro también varíe según quien sea el adherente, y que en algunos casos no exista.

El fundamento del magistrado de imponer un porcentaje de la cuota a abril de 2018, refleja un severo yerro en la valoración del modo de computar una pauta análoga para una deuda u obligación de valor. Habrá una severa distorsión producto de que el monto de accesorios no necesariamente coincidirá con el valor efectivo de la unidad, cuya adquisición y entrega debe procurar mensualmente.

Formula distinciones entre obligaciones de dar sumas de dinero y obligaciones de valor y entiende que la medida desnaturaliza el tipo de obligación sobre la que se cimienta la estructura del plan de ahorro y trasunta en un claro embate a su génesis misma.

Resalta que además de la alícuota pura, dentro del valor también se incluyen otros rubros ajenos al valor móvil de la unidad, como ser seguro de vida y del bien de la unidad que son fijados por las aseguradoras, terceras ajenas al contrato.

5) *Requisito intrínseco: Falta de identidad entre el objeto de la pretensión cautelar y la acción de fondo:* Considera que la identidad del objeto de la pretensión cautelar debe ser distinta al de la pretensión que será objeto de la sentencia que se dicte en el proceso principal. El juez estimó y ponderó como verosímil el reclamo de los accionantes, por lo que cabe colegir que adelantó opinión y aún en caso de estimarse competente la justicia local, el a quo no reúne los recaudos de imparcialidad y ecuanimidad que el fondo de la cuestión amerita para su adecuada resolución.

Por último, destaca la provisionalidad de las medidas cautelares y hace alusión a la Resolución General 2/19 dictada por la Inspección General de Justicia, que entiende no se debería haber soslayado a

la hora de pronunciarse. La misma brinda una solución a todos los adherentes de manera homogénea y equitativa, garantizando cierta razonabilidad. Contempla determinadas excepciones al diferimiento con miras de garantizar la adjudicación de unidades y preservar al conjunto, con prescindencia del lugar donde se encuentren domiciliados.

Existe una alternativa que rige para todos los adherentes por igual y que en una adecuada ponderación de los intereses y derechos en juego contempla los de todas las partes. Plantea Caso Federal. Peticiona se revoque la resolución cuestionada.

Corrido traslado de los agravios, no es contestado por la accionante.

III.- Sintetizados así los antecedentes fácticos y conducentes del proceso, corresponde ingresar al análisis de los agravios vertidos.

En primer lugar y respecto de la cuestión de competencia introducida en el memorial, recordamos que el art. 5 del Código Procesal establece con toda claridad que "la competencia se determinará por la naturaleza de las pretensiones deducidas en la demanda y no por las defensas opuestas por el demandado".

Asimismo, el segundo párrafo del artículo 7 dispone que las cuestiones de competencia solo pueden promoverse "antes de haberse consentido la competencia de que se reclama".

En lo que aquí interesa, surge que la parte actora peticionó medida cautelar a efectos de que se retrotraiga el valor de la cuota de los planes de ahorros suscriptos por cada uno de los accionantes.

Admitida que fue la pretensión y notificada la parte demandada, ésta compareció al proceso e interpuso recurso de apelación contra dicha resolución, por causarle la misma gravamen irreparable, y manifestó que la presentación no implicaba –de ninguna manera- consentir la competencia de V.S. (fs.69/69vta).

Ahora bien, concedido que fue el recurso, es recién en el memorial de agravios donde cuestionó la competencia del magistrado para entender en el proceso, y dicho acto resulta extemporáneo, pues consintió dicha actuación cuando interpuso el recurso de apelación.

Si bien por imperio del artículo 198 del Código Procesal, un magistrado incompetente se encuentra facultado a dictar medidas cautelares cuando las circunstancias del caso así lo aconsejen; el levantamiento de las mismas es una tarea exclusiva de aquel que ostenta aptitud para intervenir (cfr.: esta Sala SI N° N° 15/2006, 16/2006, 201/2007, 46/2010, 199/2016 y 82/20 entre otras).

La accionada incurrió en una clara contradicción con sus propios actos, pues primero realizó actos por medio de los cuales exteriorizó la aceptación de la competencia (recurso de apelación) y, luego de concedido el recurso la cuestionó.

Ningún efecto favorable puede causar la manifestación efectuada de que la interposición del recurso no implicaba consentir la competencia, pues precisamente las consecuencias fueron adversas. Si consideraba que el magistrado era incompetente debió así plantearlo y no interponer recurso como hizo.

Por último, y en los términos del artículo 280 del Código Procesal, al no haber sido la cuestión de competencia materia de debate en la instancia de grado, resulta improponible ante este Tribunal.

En virtud de lo analizado, corresponde desestimar el primer agravio vertido.

Precisado lo anterior y entrando al análisis de la medida cautelar, cabe destacar que la misma, si bien se fundó en las disposiciones del art. 232 del Código Procesal, se acerca por su naturaleza jurídica a una medida cautelar innovativa, atento el carácter excepcional y de la exigencia de un cuarto requisito para su procedencia (irreparabilidad del perjuicio); ello en tanto altera o modifica -en principio- el estado de hecho

existente antes de la petición (valor de la cuota del plan de ahorro).

"La medida cautelar innovativa es una diligencia excepcional que tiende a modificar el estado de hecho o de derecho existente antes de la petición de su dictado, medida que se traduce en la injerencia del tribunal en la esfera de libertad de los justiciables a través de la orden de que cese una actividad contraria a derecho o de que se retrotraigan las resultas consumadas de un proceder antijurídico; esto es que alguien haga o deje de hacer algo en el sentido contrario al representado por la situación existente (conf. Peyrano, "Medida cautelar innovativa", Ed. Depalma, p. 21). La singularidad de la medida innovativa consiste en su aptitud para producir efectos retroactivos respecto de posiciones adquiridas de manera contraria a derecho.

La medida cautelar solicitada tiene naturaleza excepcional y requiere para su concesión la estricta concurrencia de los recaudos clásicos que tornan admisible toda cautelar; esto es, verosimilitud del derecho y peligro en la demora; como así también un recaudo propio: el daño irreparable (“XVIII Congreso de Derecho Procesal” Santa Fe 1995).

Es que, la excepcionalidad que implica la cautelar de innovar, dado la alteración del estado de hecho o de derecho existente en el momento en que se concreta, configura un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final, requiere la demostración del perjuicio inminente e irreparable que se sufriría si no se tutelara el derecho con anterioridad al dictado de la sentencia. Conforme los presupuestos apuntados, y sin que el presente tratamiento pueda significar adelanto de opinión sobre el fondo de la cuestión debatida, corresponde analizar, si concurren los presupuestos imprescindibles para su admisibilidad.

En cuanto a la verosimilitud del derecho,

concierne hacer las siguientes precisiones. Los actores suscribieron un plan de ahorro con la demandada para la adquisición de un vehículo 0 kilómetro, conforme se acredita con la documentación acompañada relativa a cada uno de los suscriptores que obran agregados en autos, solicitud y contratos de adhesión y cuotas emitidas por la sociedad de ahorro.

A partir del mes de abril de 2018, se advierte que hubo un aumento sucesivo y significativo de las cuotas mensuales, que prima facie pone en desequilibrio la ecuación contractual y la permanencia de los suscriptores en el plan, extremo que concreta la situación fáctica postulada en autos.

Se observa que ello tiene causa en una situación no prevista para las partes derivada de ciclos de inestabilidad económica que ponen en crisis el valor de la moneda de curso legal ante un fuerte proceso inflacionario que resulta ser público y notorio, tal es así que surge conforme a datos oficiales del Indec que la inflación interanual de abril 2018 a mayo 2019 fue del 60%, como bien señaló el juez de grado. Los recibos de sueldos adjuntos de los suscriptores no demuestran un aumento de salario acorde con la inflación.

No hemos de olvidar que, el Estado ya ha demostrado interés en la cuestión a través de la Inspección General de Justicia pues ha tomado medidas, tal el caso de lo resuelto por Res. 1/2002 de IGJ, donde se contemplaron situaciones de cambio en el orden económico en beneficio indirecto de suscriptores ante una abrupta evolución de precios, en este caso el valor móvil que causa la determinación de la cuota mensual del plan. De igual manera, en forma reciente se dictó la Resolución 14/20 que autoriza a las entidades administrativas de planes de ahorro, a diferir la alícuota y las cargas administrativas.

Teniendo en cuenta la función preventiva de la responsabilidad civil consagrada en los arts. 1011, 1709, 1710, 1711 y 1713 del Código Civil y Comercial, y

lo normado por el art. 1091 que establece que si en un contrato conmutativo de ejecución diferida o permanente la prestación a cargo de una de las partes se torna excesivamente onerosa, ésta tiene derecho a pedir ante un juez la resolución total o parcial del contrato, o su adecuación; se deduce que el presente caso se ajusta al supuesto previsto en las normas y torna verosímil en consecuencia el derecho alegado por los accionantes.

En consecuencia, y toda vez que la fundabilidad de la pretensión invocada en el proceso principal por parte de quien solicita dicha medida no puede ser objeto de un detenido análisis; ni pretenderse un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertida en el principal, sino sólo un conocimiento periférico y superficial encaminado a obtener un pronunciamiento de mera probabilidad acerca de la existencia del derecho discutido (Díaz Solimine: Juicio de Amparo, pag. 378 y ss, Hammurabi 2003), conforme lo analizado precedentemente, resulta acreditado este primer requisito. Y ello no implica, tal como sostiene la recurrente, un prejuzgamiento respecto de la acción principal.

Por su parte, el peligro en la demora aparece como situación de perjuicio irreparable, precisamente por la imposibilidad de los peticionantes de afrontar el pago de las cuotas y que el tiempo que transcurra entre la interposición de la demanda hasta el dictado de una sentencia definitiva podría tornar ilusoria la satisfacción de los derechos que ésta pueda acordar.

Por último, debe ponderarse que en la totalidad de los casos presentados mediante la presente demanda se está frente a contratos de adhesión, enmarcados en una indudable relación de consumo. “El contrato por adhesión es aquel mediante el cual uno de los contratantes adhieren a cláusulas generales predispuestas unilateralmente por la otra parte… sin que el adherente haya participado en su redacción”. (art. 984 CCyC).

Y que ésta pre-elaboración reduce la libertad contractual de una de las partes a una sola opción: la aceptación de esas condiciones previamente estructuradas, sin posibilidad de negociarlas, ni de modificarlas. El proveedor está obligado a suministrar al consumidor en forma cierta, clara y detallada todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee y las condiciones de su comercialización" (art. 4 de la LDC).

Tampoco podemos soslayar el rango constitucional que tiene la relación de consumo (art. 42 CN), el orden público involucrado en el ordenamiento que la regula (art. 65 LDC) y su calificada finalidad tuitiva (arts. 3, 36 LDC) de lo cual se infiere que tal régimen protectorio está dotado de una jerarquía superior a cualquier subsistema legal de derecho común (STJRN in re "B. C. C. L. c/ C. B. E. s/ Ejecutivo" Se. N° 81/17).

Por último, y respecto del agravio sobre la contra cautela el mismo tampoco será admitido, pues la caución juratoria exigida en el otorgamiento de la medida cautelar se estima pertinente en función de los derechos de orden público comprometidos.

Por los fundamentos dados, se puede concluir que en la presente causa se encuentran reunidos la totalidad de los recaudos legalmente exigidos para la procedencia de la medida cautelar solicitada, motivo por el cual corresponde rechazar el recurso de apelación y confirmar la resolución cuestionada.

IV.- Las costas de esta instancia, por el principio objetivo de la derrota se imponen a la demandada vencida (art. 69 del CPr). A los fines de la regulación de honorarios se tendrá en cuenta -a efectos de determinar los porcentuales previstos por los arts. 13 de la Ley XIII N° 4- 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 Comodoro Rivadavia, **RESUELVE:**

1) Rechazar el recurso de apelación interpuesto a fs. 69 de este legajo por la parte demandada y confirmar la resolución de fs. 66/67vta.

2) Imponer las costas de esta instancia a la demandada vencida conforme considerando respectivo. Regular los honorarios profesionales del abogado J. E. G. A., apoderado de la parte demandada, en el veinticinco por ciento (25%) de los que se les regule por su actuación en la instancia de grado en la presente medida cautelar, con más la alícuota del IVA si correspondiere.

3) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

MARIA FERNANDA ZANATTA
Jueza de Cámara

RICARDO RUBÉN ENRIQUE HAYES
Presidente

GRACIELA MERCEDES GARCÍA BLANCO
Jueza de Cámara

REGISTRADA BAJO EL N° DEL AÑO 2020
DEL LIBRO DE SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS

MARíA MAGDALENA CONSTANZO
Secretaria de Cámara