000304/2020

Comodoro Rivadavia, de diciembre de 2020.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados: **"N., C. O. c/ P. O. S.A. D. A. P. F. D. s/ MEDIDA CAUTELAR" Expte N° 304/20,** venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N° 2, Secretaría N° 4 (Expte. N° 24/20).

I.- Llegan las presentes actuaciones a esta instancia, por haber interpuesto la parte demandada a fs. 32/33, recurso de apelación contra la resolución de fs. 28/29 dictada el 12/03/20 que dispuso: "*(…) Que la demandada P. O. S.A. D. A. P. F.* D. acepte durante lo que dure el proceso principal, pagos equivalentes al 60% del valor de la cuota emitida, debiendo formularse este recálculo 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., texto conf. ley XIII-5), previa caución juratoria que deberá prestar el actor 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 el accionante 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 0Procesal.

La petición cautelar (fs. 21/24) 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 abril/2018, ocasionó que el actor, suscriptor desde el junio/2017, se encuentre imposibilitado de seguir pagando las cuotas del plan, sin ver comprometidos seriamente sus ingresos, obligado a prescindir de cubrir sus más elementales necesidades para satisfacer el pago total de cada una.

Situación ésta que se ve agravada por tener la unidad adjudicada, pues el mero incumplimiento lo expone a la ejecución de la prenda que lo grava y el pago de todos los gastos, costas y honorarios de dicho proceso.

II.- En su memorial de fs. 52/65vta. 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 al actor con domicilio 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: Contracautela:*

Considera que se omitió reparar con profundidad analítica el marco fáctico sobre el que se pretende justificar la cautelar. La misma perjudica y cercena la posibilidad de que los restantes 167 adherentes del grupo del actor, puedan adquirir una unidad a valores de mercado. Se limita la adquisición de unidades del grupo de ahorro y se concede un beneficio al actor, sin ningún correlato o sustento económico y con total prescindencia del hecho de que las medidas como la dictada, limitan o vedan el cumplimiento de su objeto social.

Expone que el recaudo de la contracautela se encuentra infundado e incumplido, y obsta a la procedencia de la medida.

3) *Requisito intrínseco: De la verosimilitud del derecho:*

Cuestiona que con las citas de los precedentes, no se realiza un análisis detallado que permita dilucidar que se trata de un caso análogo para tener por acreditada la verosimilitud del derecho.

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

La calidad de consumidor del actor no puede presumirse y tampoco acreditó el mismo el destino final que le otorgó al vehículo adquirido, Ford Ranger 4x4, más aún cuando se encuentra inscripto en el régimen de monotributo en las siguientes actividades: “Venta al por menor de alimentos, bebidas y tabaco en puestos móviles y mercados, servicio de recepción de apuestas de quiniela, lotería y similares”.

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. Su parte no fija los precios de los bienes, sino que organiza y gestiona el funcionamiento de los grupos de ahorro.

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.

Destaca que el actor fue adjudicado con la unidad y que el resto de los adherentes del grupo debieron integrar el dinero suficiente a los efectos de adquirir una unidad a valor de mercado. Su status es de adjudicatario al día con 66 cuotas pagas y 18 por vencer.

No puede pasarse por alto que licitó la unidad y quien lo hace no solo consiente el valor vigente al momento que realiza la oferta, sino que exhibe una capacidad de pago superior a sus aportes mensuales. En el caso, el actor licitó por la suma de $250.000.

Resalta que el accionante resultó adjudicatario hace casi 3 años (marzo 2018) y continuó abonando las cuotas de su plan sin ningún reparo y ahora busca sustraerse de sus obligaciones.

Sostiene que convalidar la cautelar, redunda en la privación de una fuente de ingresos del grupo N° 10403, necesaria para su funcionamiento y se erige en fuente de enriquecimiento para quien se valió de un sistema de ahorro, lo aprovechó al máximo, obtuvo su unidad y una vez logrado su cometido, pretende exigir parámetros y consideraciones que exceden al plan de ahorro y lo truncan.

Si el adherente deja de abonar lo que por contrato le corresponde, ello no importará que el valor del rodado deje de ser aquél que fije la terminal y que un tercero deba afrontar la diferencia entre lo que por disposición del juez de grado aporte y lo que contractualmente debería haber abonado. Se interroga quien afrontará el saldo insuficiente.

Como administradora debe procurar un flujo de fondos con miras a que entre los miembros se financie y asegure la entrega de las unidades. Se la coloca frente a un supuesto de incumplimiento forzoso de sus obligaciones contractuales.

La imposición forzada del valor de un bien cuando dicho monto no se corresponde con sus características, acabará por paralizar la actividad, cuando no limitarla.

Cuestiona que no se haya reparado que el valor de las unidades no lo fija su parte, sino la terminal automotriz y que a la par de la alícuota, existen otros componentes que integran la cuota como cargos por administración, derecho de admisión, derecho de adjudicación, débitos-créditos, seguro de vida y del bien (cuya cuantificación realizan las aseguradoras y su parte solo se limita a su percepción a través de las cuotas). Fijar un tope de incremento genérico resulta distorsivo de la realidad imperante del contrato, donde no todos los valores son fijados por su parte ni retenidos por ella.

Concluye que no existe verosimilitud tal que autorice a anticipar en el proceso la medida en los términos articulados.

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

Sostiene que el peligro en la demora debió focalizarse en la naturaleza del bien sobre el que recae la medida y no sobre el sujeto peticionante, pues es un objeto suntuario y prescindible para la subsistencia del

actor, que no hace a su existencia y desarrollo como persona.

Distingue entre deudas de dinero y de valor e insiste en que el actor es adjudicatario del bien y entiende que la medida desnaturaliza el tipo de obligación sobre la que se cimienta la estructura del plan de ahorro. Considera que 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.

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 del accionante, 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 las Resoluciones Generales nro. 2/19 y 38/20 dictadas por la Inspección General de Justicia, que entiende no se debería haber soslayado a la hora de pronunciarse. Las mismas brindan 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.

Pondera que estamos ante una cuestión de especial interés estatal, cual es el ahorro público, reglamentada e inspeccionada por el Poder Ejecutivo

Nacional, quien se ocupó de brindar alternativas para supuestos de dificultad de pago.

Desde septiembre/19 hasta la fecha, existe una alternativa y propuesta ideada por el organismo de contralor y aplicadas por su parte para coadyuvar con el cumplimiento de las obligaciones en cabeza de los adherentes que se encuentran en dificultades económicas y así lo soliciten. Plantea Caso Federal. Peticiona se revoque la resolución cuestionada.

Corrido traslado de los agravios, es contestado a fs. 67/72 por el accionante, quien por las consideraciones que expone, solicita se rechacen los mismos, con costas.

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 del plan de ahorro suscripto por el accionante.

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.32).

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° 15/06, 16/06, 201/07, 46/10, 199/16 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. El actor suscribió un plan de ahorro con la demandada para la adquisición de un vehículo 0 kilómetro, conforme se acredita con la documentación acompañada que obra agregada 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, 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.

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 dictaron las Resoluciones N° 14/20 y 38/20 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 el accionante.

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), 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 del peticionante 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 el caso de autos, estamos frente a contrato de adhesión, enmarcado 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).

Respecto del agravio sobre la contracautela 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. 32/33 por la parte demandada y confirmar la resolución de fs. 28/29.

2) Imponer las costas de esta instancia a la demandada vencida conforme considerando respectivo. Regular los honorarios profesionales del abogado M. V. y la abogada R. D., apoderados del actor, conjuntamente en el treinta por ciento (30%) y del abogado J. E. G. A., apoderado de la parte demandada, en el veinticinco por ciento (25%), en ambos casos 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.

GRACIELA MERCEDES GARCIA BLANCO
Jueza de Cámara

MARIA FERNANDA ZANATTA
Presidenta

RICARDO RUBÉN ENRIQUE HAYES
Juez de Cámara

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

MARCELO ANDRÉS NICÓTERA
Secretario de Cámara