Comodoro Rivadavia, de setiembre de 2020.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados: **"P. S. E. y otros c/ C. SA s/ Medida Cautelar, expte n° 119/2020** venidos del Juzgado de Primera Instancia de Ejecución n° 3 (Expte. N° 307/2020), por haber interpuesto la actora a fs. 331 y la demandada a fs. 358 sendos recursos de apelación contra la resolución de fs. 327/329 que hace lugar parcialmente a la cautelar requerida por la actora.

I.- Recurso parte actora.

La recurrente en su memoria de fs. 334/335, solicita se haga lugar a la totalidad de la medida cautelar y se decrete medida de no innovar para que la demandada se abstenga de accionar contra su parte y los garantes. Insiste que no media obstáculo para dictar la medida que limite la facultad de accionar de la demandada mientras dure el proceso principal. Cita jurisprudencia que entiende avala su postura. Manifiesta que la decisión es arbitraria. Alega que los accionantes son consumidores y debe aplicarse el derecho de defensa del consumidor y sus normas tuitivas. Insiste que para evitar los perjuicios que enuncia corresponde se haga lugar a la totalidad de las medidas requeridas.

A fs. 422/425vta contesta la demandada.

II.- Recurso de la demandada.

A fs. 382/410, funda su recurso la demandada. Relata los antecedentes del caso. Sostiene que la medida es de imposible cumplimiento y deviene abstracta. Alega que la medida ordenada pretende innovar sobre los términos de un contrato que no existe. Dice que el contrato fue resuelto por el incumplimiento configurado antes de la solicitud de las medidas. Manifiesta que no puede sostenerse una cautelar disociada de la realidad

y del estado de cosas preexistente a su dictado. Reitera que el contrato se resolvió antes del dictado de la cautelar conforme surge de las constancias de autos (fs. 326) y que no se solicitó ni ordenó la reposición del contrato, solo la reducción del precio. Invoca su falta de legitimación pasiva. Niega la existencia de solidaridad en los términos del art. 40 de la LDC. Niega la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora. Sostiene que la cautela es insuficiente. Ofrece prueba. Hace reserva del caso federal.

A fs. 414/418vta. Contesta la actora y solicita el rechazo del recurso.

III.- La parte actora a fs.293/300 interpone contra Construir SA medida cautelar de innovar para que 1) cumpla con el contrato en relación al precio de la cuota mensual de las unidades sin que excedan el precio de $ 14000 para las correspondientes a los Sres P. y C. y de $ 18000 para las unidades de los Sres. C. y G. P., de conformidad al contrato, la publicidad y los precios de los alquileres en caso de unidades semejantes. 2) Se decrete medida de no innovar y se ordenen a la demandada que se abstenga de accionar contra los actores y sus garantes para percibir el cobro de cualquier suma de dinero relacionada con los contratos que une a las partes por la adquisición de unidades funcionales de calle Francia 845. 3) Se decrete medida de no innovar y se ordenen a la accionada se abstenga de iniciar cualquier tipo de acción de desalojo contra los actores. 4) Se decrete medida de no innovar y se le ordene cesar los requerimientos de pago y devolución de las unidades funcionales.

Relata los antecedentes del caso, la etapa publicitaria precontractual en la que se enuncia que

el costo mensual es equivalente a un mes de alquiler, tipo de financiación con una duración de hasta 22 años y con 308 cuotas, la etapa precontractual y de información.

Detalla los sucesivos documentos y contratos que debían firmar los consumidores, a saber: a) solicitud de adhesión al fideicomiso Nuevo Plan de Viviendas A. X I., con términos impuestos por la firma D. F. SA, sujeta a la aceptación de la empresa; b) convenio de incorporación al fideicomiso nuevo P. de V. A. I. con D. F. SA, en calidad de fiduciario; c) boleto de compraventa con la constructora C. SA.

Relata los aportes que debían realizar los consumidores conforme las cláusulas pre establecidas y el sistema de acceso anticipado de tenencia en el que se estipulan las cuotas tenencia que operan a partir de la firma del acuerdo de recepción de tenencia anticipada entre el beneficiario y el constructor o quien corresponda y una vez recibida la unidad por el beneficiario, momento a partir del que las cuotas se incrementan en tres veces el valor del aporte vigente.

Menciona otros cargos y costos a abonar por el consumidor beneficiario de la unidad funcional y destaca que al final de la cláusula III se dice que el costo total de la unidad solo se podrá definir al momento de terminar la construcción y se estable que si el fiduciante no cumple con las obligaciones asumidas será pasible de la pérdida del carácter de beneficiario, pudiendo ser reubicado en otra subcomisión -a criterio del fiduciario- o su reincorporación en otro fideicomiso.

Cita la cláusula IV que establece por ejemplo que el constructor o quien cumpla este rol a instancias del

F. (D. F. SA), podrá financiar los aportes requeridos para solventar el costo de la construcción.

Señala que la determinación de las obligaciones de pago del consumidor son laberínticas y sujetas a discrecionalidades del proveedor, y vulneran el deber de informar del art. 4, art. 10 inc. g y 36 de la Ley de Defensa del Consumidor.

Detalla lo pactado en cada uno de los contratos suscriptos por los accionantes, las unidades asignadas y los aportes realizados por cada uno.

Dice que en junio de 2019 se comunicó que se haría efectiva la entrega de la unidad debiendo suscribir un boleto de compraventa y un acuerdo de recepción de tenencia, y presentar garantías. Que en dicha oportunidad se tasó nuevamente las unidades funcionales asignadas en sumas que superaban ampliamente las consignadas en los instrumentos de adhesión al fideicomiso.

Agrega que para determinar el valor de la unidad se restaba sin actualizar los pagos realizados por los consumidores-beneficiarios y se establecía un saldo a pagarse en cuotas mensuales y consecutivas, que se establecerían teniendo en cuenta el valor de los aportes fiduciarios multiplicados por tres- cuota tenencia-.

Denuncia que las condiciones contractuales se modificaron sobre la marcha y se olvidó la promesa y cláusula contractual de que se pagaría un importe semejante a un alquiler, conforme la publicidad y contrato suscripto en su oportunidad.

Ofrece prueba documental y funda su derecho en la Constitución Nacional, CCyC, y Ley defensa del consumidor.

A fs. 326, la actora solicita habilitación de feria extraordinaria, denuncia nuevos hechos e intimaciones realizadas por la demandada y resolución de los contratos a pesar del cumplimiento de los consumidores y solicita se decrete las medidas cautelares requeridas. Adjunta documental.

A fs. 327/329, se dicta resolución que hace lugar parcialmente a la medida cautelar, ordena a la demandada C. SA reduzca el precio de las cuotas mensuales de las unidades funcionales de los actores en la forma que establece y el cese en los requerimientos de pago y devolución de las unidades funcionales hasta tanto se dicte sentencia definitiva, todo bajo caución juratoria.

IV.- Realizada la reseña del caso, se tratarán ambos recursos en forma conjunta.

En primer lugar, cabe señalar que los jueces no están obligados a tratar todos los argumentos de las partes sino solo las conducentes para la solución del caso, por lo que solo se analizarán las pertinentes teniendo en cuenta que el estrecho marco de la medida cautelar que nos ocupa.

Las presentes medidas han sido dictadas con fundamento en las normas de los arts. 14 bis, 17 y 42 de la Constitución Nacional y la Ley de Defensa del Consumidor.

Se ha dicho que: "La normativa de defensa al consumidor constituye un modo de regulación del mercado a los fines de asegurar su adecuado funcionamiento y tutelar toda la cuestión del consumo, de manera tal que la Ley N° 24.240 con las modificaciones de la Ley N° 26.361, constituye un sistema protectorio que procura corregir el modo de contratar y de usar los bienes y servicios, evitando la vulnerabilidad del consumidor.

Esta tutela del consumidor o usuario se alza como una directriz central de todo el ordenamiento jurídico reconociendo no solamente su especial protección, sino también exigiendo que los procedimientos la efectivicen.

No se puede soslayar que la persona que aporta una suma de dinero con la expectativa de la adjudicación de una unidad habitacional, aún cuando lo sea bajo la figura de un fideicomiso inmobiliario, se encuentra amparado y protegido por las normas de la Ley de Defensa del Consumidor, pues la relación es de consumo. De esta manera se protege a los pequeños inversores que pretenden adquirir una vivienda mediante esta modalidad, frente a los proveedores que constituyen la parte fuerte del contrato.

En el presente estamos ante un negocio complejo en cuya concreción interviene dos o más contratos conexos o coligados entre sí; el fiduciante celebra un primer contrato con el fiduciario y luego, en su calidad de titular de una propiedad fiduciaria, celebra otros contratos destinados a la administración del bien y a concluir con la finalidad establecida del contrato; luego, concluida la administración celebrará otros para dar al bien o bienes su destino final al beneficiario-la adquisición en propiedad de una unidad funcional-. La doctrina sostiene que estos contratos se encuentran ligados a aquel otro principal que vincula al fiduciante y fiduciario, la operatoria debe ser tratada como es concebida, como una unidad estructural motivada en una función económica jurídica única, pero segmentada en contratos formalmente distintos causal y teleológicamente vinculados. (Ghersi Carlos. Weingarten Celia.” Tratado Jurisprudencial y

doctrinario. Defensa del Consumidor” Tomo I. LA LEY. Pags.501 y ss).

Es por dicha razón, por vía de la conexidad contractual, el constructor es solidariamente responsable frente al adquirente o beneficiario de la unidad funcional. Sobre todo si tenemos en cuenta que su participación es impuesta por el fiduciario a los consumidores y que además financia el costo de la construcción de las unidades funcionales asignadas, conforme surge de los contratos adunados.

La vinculación existente entre los negocios jurídicos celebrados entre los accionantes, D. F.SA y C. SA, todos tendientes a la adquisición de una unidad funcional en favor de los consumidores, demuestran que la falta de legitimación pasiva invocada por la demandada no prosperará.

El CCyC establece que las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor y, en caso de duda, sobre la interpretación del Código o de leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor (arts. 1094,1095 CCyC).

Asimismo, el Código establece que es abusiva la cláusula que, habiendo sido o no negociada individualmente, tiene por objeto o por efecto provocar un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor, aún cuando hayan sido aprobadas por este último (arts. 1118,1119 y cons.).

De la documental adjunta surge- en principio y en el grado de certeza requerido para este tipo de proceso- que los sucesivos contratos suscriptos por los

accionantes contienen cláusulas poco claras y confusas respecto a la determinación del valor de la cuota mensual a cargo de los consumidores adherentes, violando el deber de información previsto por la LDC y CCyC, que contradice la oferta publicada por distintos medios gráficos y por internet, por lo que los requisitos de verosimilitud del derecho, peligro en la demora y la existencia de un posible perjuicio sin extremos que se encuentran acreditados y habilitan el dictado de la medida conforme fue ordenada en la instancia de grado.

Cabe señalar que la medida de prohibición de innovar tiene como finalidad que las partes no alteren la situación de hecho y relación jurídica existente al momento de la promoción del pleito, constituye una medida fundada esencialmente en la inalterabilidad de la cosa litigiosa y mantener el *statu quo* inicial.

En la oportunidad de iniciar el proceso el contrato entre las partes estaba vigente. Por ello, el sentenciante hizo lugar parcialmente a la pretensión de los accionantes y determino la cuota mensual a abonar y el cese de los requerimientos de pago y devolución de la unidad funcional de la demandada, limitando provisoriamente y hasta tanto se dicte sentencia definitiva las facultades de la demandada, entre las que tácitamente se encuentra la posterior resolución del contrato que se debe tener por no operada, atento las constancias de autos y el adelantamiento de tutela ordenado conforme las normas de derecho de consumo y de la Constitución Nacional expresamente citadas.

Las demás cuestiones introducidas por la demandada refieren a la cuestión de fondo y exceden el estrecho marco de debate de la presente cautelar.

Por todo lo expuesto, corresponde rechazar el recurso de la demandada y confirmar la resolución de grado en cuanto fuera materia de recurso.

En cuanto a los agravios de la parte actora, se señala que la medida de prohibición de innovar no es admisible para impedir u obstaculizar el derecho de acceder a la justicia de la demandada, esto sin perjuicio de las defensas que puedan oponerse en la causa principal. La crítica realizada evidencia solo un criterio distinto al del sentenciante y no alcanza a enervar los fundamentos de la decisión.

En consecuencia, se rechaza el recurso y se confirma la resolución de primera instancia.

V.- Por la existencia de vencimientos mutuos las costas de esta instancia se imponen por su orden (arts. 69 y 70 CPr.). Se regulan los honorarios profesionales de acuerdo a las pautas orientadoras dela ley de aranceles (arts 13 y 32 Ley XIII N° 4 y su modificatoria Ley XIII N° 15).

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

R E S U E L V E:

1°) Rechazar los recursos de apelación de actora y demandada contra la resolución de fs. 327/329, la que se confirma en todas sus partes.

2°) Costas de la Alzada por su orden. Regular los honorarios profesionales del Dr. M. B. I. en la suma de pesos equivalentes a 4 jus y del Dr. F. L. G. en 4 jus.

3°) Tener presente la reserva del caso federal.

4°) Regístrese, notifíquese, devuélvase.

La presente sentencia se dicta por dos vocales de Cámara en virtud de encontrarse vacante un cargo de juez de Cámara y concordar en la solución del caso (Ley V-

17-DJ, antes Ley 1130 y art. 274 CPCCCh, Ley XIII-5DJ, Anexo A).

Fernando NAHUELANCA
JUEZ de CAMARA

Julio Antonio ALEXANDRE
PRESIDENTE

REGISTRADA BAJO EL N° DEL AÑO 2020

DEL LIBRO DE SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS