Comodoro Rivadavia, de mayo de 2021.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados: **"M. C. A. c/ C. S.A s/ MEDIDA CAUTELAR"**, expte. **n° 261/2020** venidos del Juzgado de Primera Instancia de Ejecución n 3 (Expte. N° 426/2020), por haber interpuesto la demandada a fs.92/119 recurso de reposición con apelación en subsidio, contra la resolución de fs.76/77, que hace lugar a la cautelar requerida por la actora.

El primero se sustancia y se dicta resolución a fs.161/163 que, hace lugar parcialmente al recurso de reposición de la demandada, revoca los puntos 2) y3) de la sentencia de fs.76/77 y concede el recurso de apelación en relación y con efecto devolutivo.

I.- Recurso de la demandada.

A fs.92/119 la demandada funda el recurso (ID 53422). Relata los antecedentes del caso. Sostiene que la medida es arbitraria y solicita se deje sin efecto. Manifiesta que la medida no ha sido interpuesta juntamente con la demanda principal. Alega su falta de legitimación pasiva. Niega que el caso encuadre dentro de las disposiciones del art.40 de la LDC. Niega la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora. Remite a las cláusulas del contrato. Afirma que la medida de no innovar es improcedente en el supuesto que se pretenda limitar la facultad de iniciar acciones legales. Señala que la cautela fijada es insuficiente. Solicita se aclare con relación al ajuste de la cuota fijada. Ofrece prueba. Hace reserva del caso federal. La actora contesta a fs. 121/125vta. (ID 62080) y solicita el rechazo del recurso.

A fs.161/163, se dicta Sentencia Interlocutoria n° 22/2021 que hace lugar parcialmente a la reposición interpuesta, revoca los puntos 2) y 3) de la resolución que hizo lugar a la cautelar y concede el recurso de apelación.

II.- La actora a fs.66/75, interpone contra C. 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 $18.000, conforme el contrato suscripto, la publicidad y precio de los alquileres de unidades semejantes. 2) Se decrete medida de no innovar y se ordenen a la demandada que se abstenga de accionar contra el actor 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 X. 3) Se decrete medida de no innovar y se ordenen a la accionada se abstenga de iniciar cualquier tipo de acción de desalojo contra la actora. 4) Se decrete medida de no innovar y se le ordene cesar los requerimientos de pago y devolución de las unidades funcionales.

Denuncia conexidad con los autos: "P. S. E. y otros c/C. SA s/MEDIDA CAUTELAR" expte n° 307/2020 y "B. M. G. c/C. SA s/MEDIDA CAUTELAR" expte n° 334/2020, en trámite ante el Juzgado de Ejecución N° 3.

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 X 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 Plan de Viviendas 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 establece 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 Fiduciario (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 la actora, la unidad asignada y los aportes realizados por el consumidor.

Dice que al finalizar la obra, 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 la unidad funcional asignada 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-, que hasta un 20% podían imputarse a gastos administrativos (cláusula 3.2.2).

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 Instrumental de expedientes (P. S. y otros c/ C. SA s/ medida cautelar" Expte 307/2020) y funda su derecho en los arts. 14 bis,

17 y 42 de la Constitución Nacional, arts. 984 y ss y 1092 CCy C, y Ley defensa del consumidor.

A fs.76/77, se dicta resolución que hace lugar a la medida cautelar solicitada bajo caución juratoria.

III.- Los puntos 2) y 3) de la sentencia de fs. 76/77 fueron revocados por el magistrado de grado como se señaló precedentemente, lo que viene firme a esta instancia. Solo tienen actualidad los agravios contra los puntos 1) y 4) de la resolución de grado por lo que se procederá a su tratamiento.

IV.- 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 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 señaló en anteriores pronunciamientos 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, aun 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, que se entiende conforme los elementos obrantes hasta el momento y en el acotado marco de estudio de esta medida que, el constructor es, en principio, 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 los aportes del costo de la construcción de las unidades funcionales asignadas, conforme surge de los contratos adunados.

La vinculación existente entre los negocios jurídicos celebrados entre el actor, D. F. SA y C. SA, todos tendientes a la adquisición de una unidad funcional en favor de los consumidores, demuestran que en esta etapa la falta de legitimación pasiva invocada no surge de forma manifiesta, sin perjuicio de las defensas que se puedan oponer en el proceso de conocimiento.

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 la actora 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 adelantamiento de la tutela requerida.

En relación al pedido de aclaración sobre el ajuste de la cuota, el mismo ha tenido debida respuesta en la instancia de grado en oportunidad de resolver el recurso de reposición de la demandada y, en relación a las demás cuestiones introducidas por la demandada atento que refieren a la cuestión de fondo, no corresponde su tratamiento en esta etapa atento que exceden el estrecho marco de debate de la presente cautelar.

En consecuencia, corresponde rechazar el recurso de apelación en subsidio de la demandada y confirmar los puntos 1) y 4) de la resolución de fs.76/77 en cuanto fuera materia de agravio.

V.- Las costas se imponen a la demandada vencida (arts. 69 y 70 CPr).

Los honorarios profesionales se regulan de acuerdo a las pautas orientadoras de la 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 el recurso de apelación en subsidio de la demandada y confirmar los puntos 1) y 4) de la resolución de fs. 76/77, en cuanto fuera materia de agravio.

2°) Las costas de la Alzada se imponen a la recurrente vencida.

3°) Regular los honorarios profesionales del Dr. M. B. I. en la suma de pesos equivalentes a 6 Jus y del Dr. F. L. G. en 4 jus.

4°) Tener presente la reserva del caso federal de fs. 112.

5°) Regístrese, notifíquese, devuélvase.

La presente sentencia se firma 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-174).

REGISTRADA BAJO EL N° DEL AÑO 2021

DEL LIBRO DE SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS