



NEUQUEN, 23 de Marzo del año 2022

**Y VISTOS:**

En acuerdo estos autos caratulados: "**IEMOLO FRANCO EDUARDO C/ V&A CONSULTING GROUP S.A. S/ INCIDENTE DE APELACION (E/A EXPTE N° 545782/2021)**" (**JNQC16 INC 64119/2022**) venidos en apelación a esta **Sala I** integrada por **Cecilia PAMPHILE** y **Jorge PASCUARELLI**, con la presencia de la Secretaria actuante, **Estefanía MARTIARENA**, y de acuerdo al orden de votación sorteado **Cecilia PAMPHILE** dijo:

1.- La parte demandada apeló la resolución de fecha 03/12/2021, mediante la que se concedió la medida cautelar solicitada por el actor (hojas 46 y 44 respectivamente).

En sus agravios, parte de señalar que lo decidido no es una derivación razonable del derecho vigente, considerando la finalidad que deben tener las medidas cautelares.

En esa dirección, dice que la afectación que denuncia la contraria, es el efecto que produce tener los materiales a la intemperie, pero esto no guarda relación con el empleo de dichos materiales para completar una vivienda que no cumple con el reglamento de propiedad.

Destaca que la acción de conservación se materializa con el depósito en un lugar de resguardo, ya sea trasladándolos o estableciendo alguna modalidad dentro del mismo complejo.

Cita jurisprudencia.

Agrega que la situación no se subsana porque el actor asuma el riesgo del rechazo de la demanda, en tanto no es razonable que esa parte deba cargar con el desmantelamiento de la vivienda montada sobre contenedores, toda vez que el accionante no lo llevará a cabo.

Destaca que la medida dispuesta coincide con el objeto de la acción principal, la que a su vez parte de una colusión central con el reglamento que el actor conocía.



Insiste en que la pretendida urgencia se habría solucionado mediante la protección de los materiales en condiciones adecuadas.

Remarca que el actor sabía perfectamente que era inviable la posibilidad de levantar una vivienda empleando contenedores, y que tampoco es posible hacerlo con modelos prefabricados u otras alternativas de bajo costo que, en general, desjerarquizan el barrio privado, afectando a todos los restantes propietarios que se ciñeron al reglamento.

Transcribe el informe del arquitecto encargado de autorizar las construcciones.

Recuerda luego que, en el ámbito de los barrios privados, la juridicidad está dada por el reglamento al cual los copropietarios deben ajustar las construcciones que emprenden.

Dice que no está presente la verosimilitud en el derecho ni el peligro en la demora.

**1.1.-** Corrido el pertinente traslado, es contestado por el actor, solicitando su rechazo con costas.

Entiende que la presentación de la contraria adolece de una verdadera queja, en tanto no cuestiona el aspecto central en que se asienta el pronunciamiento.

Sostiene que la magistrada funda el despacho favorable en que, esa parte, contaba con la aprobación de la memoria y autorización de la demandada para construir la obra proyectada, que principió su ejecución y que, repentinamente, se le impidió el ingreso del personal empleado en la obra y su continuidad, quedando las estructuras, materiales y partes constructivas a la intemperie, expuestas al deterioro producido por los factores climáticos y el transcurso del tiempo.

Entiende que estos aspectos no fueron rebatidos por la contraria.



Afirma que el reglamento no le fue notificado, ni resultó aprobado en asamblea, lo que constituye un extremo no refutado.

Refiere que la omisión de cumplir con las cargas procesales que en materia probatoria la ley le impone al proveedor, sumado a la documental original aportada por esa parte y el resultado de la información sumaria producida, resultan suficientes para rechazar el recurso.

Alega que la acción principal versa sobre la necesidad de obtener la tutela jurisdiccional ante la violación por parte de la demandada del deber preventivo de daños.

Remarca que no está controvertido que las partes están ligadas por un contrato de consumo, por adhesión, y que no se limita a la adquisición de una parcela de terreno, sino que se integra con la celebración de contratos conexos.

Desde tal premisa, entiende que la tutela que debe acordarse a esa parte, resulta redimensionada a partir de la normativa enderezada a evitar el ejercicio antifuncional de los derechos del predisponente (arts. 984 a 989 y ccdtes.), y el agravamiento de la posición de debilidad que supone la conexidad contractual (arts. 1073, 1120 y ccdtes. CCyC), sin soslayar aquellas que imponen al magistrado el deber de evitar las consecuencias dañosas provocadas por la situación jurídica abusiva que padece esa parte a partir del contrato celebrado, y por el abuso de la posición dominante que ejerce la demandada derivada de su posición en el emprendimiento y en el mercado (arts. 10 y 11, CCyC).

Como consecuencia, alega que la contraria se equivoca al pretender centrar y estrechar el análisis de la verosimilitud del derecho en las normas y jurisprudencia relativas a la Propiedad Horizontal Especial, o la supuesta oponibilidad de un reglamento constructivo.



Recuerda que el análisis de la verosimilitud debe realizarse en función de los fundamentos de la pretensión esgrimida, destacando que la contraria fue intimada a acompañar en formato papel los instrumentos que previamente adjuntó en formato digital, y no cumplió, lo que oportunamente deberá ser ponderado.

Describe los términos del contrato tipo suscripto, y las obligaciones asumidas, remarcando que la contraria solo hizo entrega del lote, sin cumplir con el resto de las obligaciones a su cargo.

Relata el contexto fáctico en que comenzó a construir y se suscitó el conflicto, remarcando que la verosimilitud del derecho invocado, en punto a la antijuridicidad de la conducta de la demandada, omisiva del deber preventivo a su cargo, se asienta en primer lugar en la infracción a la prohibición legal de contravenir la propia conducta anterior jurídicamente relevante y plenamente eficaz al aprobar la memoria proyectada.

Recuerda que el artículo 52 habilita al consumidor a iniciar las acciones judiciales, no sólo en caso de que sus intereses se encuentren afectados, sino también "amenazados".

Define y se expone con respecto a la pretensión preventiva de daño, citando los artículos 1710 y siguientes del Código Civil y Comercial.

Sostiene que la pretensión defensiva de la contraria, consistente en afirmar que la obra no coincidiría con la proyectada y aprobada, busca encubrir otros mayores incumplimientos en los que incurrió, en particular la infracción al deber de seguridad e información que tiene en su condición de proveedora.

Dice que el proyecto presentado indicaba claramente que el sistema constructivo sería "tipo" Steel Frame, y no "Steel Frame", y los materiales constructivos cumplían con las



características del tipo indicado, sin que se le exigieran mayores explicaciones.

Alega que la contraria no aportó mayores elementos para justificar la discordancia que señala, y que en caso de duda debe estarse a favor del consumidor.

Agrega que la limitación constructiva en que se centra la contraria, debe ser interpretada de manera razonable, destacando que una vez culminada la vivienda contará con la solidez, sustentabilidad y estilo arquitectónico, igual o superior a las restantes construcciones existentes.

Explica que la supuesta prohibición reglamentaria es la construcción de viviendas "en" contenedores, y este no es el caso.

Destaca que la ambigüedad en los términos es atribuible a la contraria, quien redactó las cláusulas del reglamento.

Remarca la infracción al deber de información, recordando lo normado por los arts. 985, 1118 y 2080 del Código Civil y Comercial, y la obligación de la contraria de notificar formal e íntegramente las restricciones constructivas.

Agrega que ese reglamento no fue ratificado por la Asamblea.

Entiende que la facultad de dictar el reglamento que se reservó la contraria en principio es razonable, pero no lo es el uso que hizo de esa facultad, buscando favorecer su posición contractual en desmedro de esa parte.

Advierte que, en el caso, cobra mayor vigor la procedencia de la medida, en tanto se trata de prevenir y evitar el agravamiento del daño general al actor -consumidor-.

En el marco de un análisis sobre el peligro en la demora, destaca que esa parte no pudo hacer nada en pos de



resguardar los materiales y partes constructivas, a partir de la conducta de la demandada.

Recuerda que el informe técnico producido por el ingeniero Civil, de fecha 1/10/2021, señaló que los materiales y partes constructivas se encuentran a la intemperie, padeciendo los deterioros de las inclemencias climáticas y, a partir de ello, la obra no podía demorar su ejecución más de 60 días contados a partir de esa fecha, sin riesgo de sufrir un deterioro total de los materiales y tornar imposible su utilización.

Hace notar que al momento del dictado de la cautelar, la obra contaba con un avance del 30%, por lo que la solución consistente en el desarmado y traslado agravaría los daños sufridos por esa parte.

Sostiene que en fecha 17/01/2022 se reanudó la ejecución de la obra, conforme la medida dispuesta, la que insumirá un total de 40 a 60 días para su culminación.

Concluye que a esta altura cuenta con un avance que no permite su traslado o des-ejecución.

**2.-** Conforme surge de la resolución cuestionada, la magistrada autorizó el avance y ejecución de la obra (previa caución real), con base en los daños que podrían sufrir los materiales dejados en el lote del actor, producto de encontrarse a la intemperie.

De esta manera, la medida concedida coincide con el fondo de la pretensión y, tal como la calificó el propio actor, queda comprendida en el ámbito de las cautelares innovativas o de corte anticipatorio.

Al respecto se ha señalado que, aunque excepcional, el anticipo de la tutela de la pretensión de fondo es posible, siempre que se reúnan determinados recaudos, que deben interpretarse con carácter estricto.

En ese análisis, debe tenerse claro que, la circunstancia de que la medida importe un anticipo de la



tutela judicial y que se confunda con el objeto de la pretensión principal, no es determinante para la decisión: no porque se trate de una medida cautelar de corte anticipatorio, se encuentra vedado su tratamiento.

Es que como lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, no es posible que –so pretexto de incurrir en prejuizgamiento– un juez pueda denegar una medida cautelar: *"...Que el mencionado anticipo de jurisdicción que incumbe a los tribunales en el examen de ese tipo de medidas cautelares, no importa una decisión definitiva sobre la pretensión concreta del demandante y lleva ínsita una evaluación del peligro de permanencia en la situación actual a fin de habilitar una resolución que concilie –según el grado de verosimilitud– los probados intereses de aquél y el derecho constitucional de defensa del demandado"* (cfr. CSJN, "Camacho Acosta c. Grafi Graf SRL y otros").

Cabe traer a colación la observación que se efectúa en la Exposición de motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española, en tanto es lícito pensar que *"...la decisión sobre las medidas cautelares, antes de la demanda o ya en el seno del proceso, genere algunos prejuicios o impresiones en favor o en contra de la posición de una parte, que puedan influir en la sentencia..."*. Pero, al mismo tiempo, se advierte que: *"...todos los Jueces y Magistrados están en condiciones de superar impresiones provisionales para ir atendiendo imparcialmente a las sucesivas pretensiones de las partes y para atenerse, en definitiva, a los hechos probados y al Derecho que haya de aplicarse..."* (citado por Meroi, Andrea, "IMPARCIALIDAD DEL JUEZ Y MEDIDAS CAUTELARES").

Sirva ésto, de prevención frente a los reparos que la decisión que aquí se adoptará, pueda generar.

**2.1.-** Ahora bien, la transcripción que efectuara de "Camacho Acosta", permite reafirmar que, si bien la anticipación de la tutela es posible, se encuentra reservada a



supuestos excepcionales y graves, en los cuales se presenta como impostergerable.

Por ello es que, tal como lo ha señalado el TSJ "... Su despacho requiere la concurrencia de los tres recaudos comunes a cualquier medida cautelar (aparición de derecho, peligro en la demora y contracautela) y de un cuarto requisito que le es propio: **la posibilidad de que se consume un "perjuicio irreparable"** que sufrirá el solicitante de la misma si ésta no se le despacha favorablemente, para lo cual, deberá demostrar de manera convincente con los elementos aportados en esta etapa procesal, la probabilidad cierta de tener razón, siendo el grado de cognición que necesita el juez para otorgarla, la certeza suficiente que se integra con la gran probabilidad de que el derecho invocado, existe (cfr. Ivana María Airasca, "Algunas consideraciones sobre la medida cautelar innovativa". Medida Innovativa. Rubinzal Culzoni, 2003, pág.171)..." (cfr. R.I. 487/11, en autos "ERRECART DELIA MABEL", entre muchas otras).

**2.2.-** Trayendo los conceptos anteriores al caso, el análisis no puede desatender que no se encuentra controvertido que las partes se vinculan en el marco de una relación de consumo y, de ahí, que, en principio, en este estadio, no quepa realizar una interpretación con desapego a los alcances de la Ley de Defensa del Consumidor.

Es que, «No es posible desconocer la relevancia que ha adquirido la protección jurídica a los consumidores, usuarios e, incluso, de quienes se encuentren expuestos en virtud de relaciones de consumo, a partir de la reforma constitucional del año 1994 (con la consagración de tal derecho en el art. 42 de la C.N.) y de la sanción de la ley 24.240. Su rango constitucional y el carácter de preceptos de orden público que le ha asignado el legislador, han producido notables cambios en la interpretación, vigencia y análisis de compatibilidad de otras normas del derecho que hasta el



advenimiento de la nueva normativa, se tornaban como reglas o principios inmovibles (Lorenzetti, Ricardo Luis "Consumidores", edit. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2003 pág. 43 y ss.).

En este contexto, "El principio protectorio, constituye una de las directrices fundamentales del Derecho del Consumidor. Tiene su razón de ser en la situación de debilidad y vulnerabilidad estructural en la cual se encuentran situados los consumidores en la "sociedad de consumo". Encuentra su anclaje constitucional en el art. 42 de la Ley Fundamental que, entre otras importantes cuestiones, establece como deber de las autoridades, entendidas como los poderes legislativo, ejecutivo y judicial en los tres niveles de gobierno, proveer a la protección de los derechos de usuarios y consumidores.

Para su aplicación, el principio protectorio se suele expresar en tres formas: a) regla in dubio pro consumidor; b) regla de la norma más favorable; y c) regla de la condición más beneficiosa. El in dubio pro consumidor como regla de interpretación del Derecho, ya encontraba reconocimiento en el art. 3° de la LDC, en tanto que como regla de interpretación convencional tenía ya su sustento en el art. 37 de la LDC. Dicha regla constituía asimismo un criterio interpretativo de otras vicisitudes de la relación de consumo, como la oferta o la publicidad (art. 7° del dec. regl. 1798/1994) (cfr. Barocelli, Sergio Sebastián, "Principios y ámbito de aplicación del derecho del consumidor en el nuevo Código Civil y Comercial", DCCyE 2015 (febrero), 24/02/2015, 63).

En lo que hace específicamente a la interpretación del contrato de consumo, el art. 37 LDC prescribe que el contrato se interpreta en el sentido más favorable para el consumidor y que "cuando existen dudas sobre los alcances de su obligación, se adopta la que sea menos gravosa"» (conf.



ARETOLA MABEL BLANCA C/ CIRCULO DE INVERSORES S.A.  
S/SUMARISIMO LEY 2268", JNQCIA4 EXP 508008/2015).

**2.3.-** Trasladando estas consideraciones al caso, y alejándome de aquellos puntos controvertidos cuya dilucidación depende de la producción de prueba, lo cierto es que la parte demandada centra su oposición en la cláusula 4.3 del Reglamento de Construcción y Parquización.

Dice la citada regla: *«Queda terminantemente prohibida la construcción de viviendas prefabricadas, bungalows tipo alpinos y **viviendas en contenedores, tráiler o casillas**».*

En su interpretación, amén de la aplicación de los principios ya reseñados, debe apuntarse a lo que *«verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión»* (conf. art. 1198 CC).

Contrariamente a lo sostenido por el apelante, los elementos existentes a la fecha no permiten concluir que el actor haya violado esa regla en modo concluyente.

En efecto, en punto a la expresión "viviendas en contenedores", en principio, no podría analizarse sin relacionarse con los términos "tráiler o casillas", que parecen definir el tipo de utilización de los contenedores.

Puesto en estos términos, pareciera que la directiva apunta a un aspecto de estética edilicia, intentando evitar que las paredes y materiales originales de los contenedores queden a la vista, construyendo dentro de ellos los ambientes de la vivienda.

El diseño y técnica de construcción pretendidos por el actor no encuadraría dentro de estos supuestos, lo que permite acordar la verosimilitud exigida al derecho del actor, en punto al cumplimiento de la reglamentación.

**3.-** No obstante, y conforme los desarrollos precedentes, no es ese el único presupuesto que debía cumplirse.



Interesan aquí el peligro en la demora, y la posibilidad de que se consume un "*perjuicio irreparable*", en tanto son los recaudos que justificarían la alteración del orden normal del proceso, consistente en aguardar a la sentencia para obtener el reconocimiento de la pretensión.

Insisto en que las cautelares de corte anticipatorio son excepcionales y tal excepcionalidad exige que la irreparabilidad del perjuicio impone que la tutela sea impostergradable. Esto último, atado indudablemente al peligro en la demora y la irreparabilidad o gravedad del perjuicio.

Ahora, tal como fuera planteado, el peligro o el perjuicio, que se intentaba superar, consiste en el deterioro e inutilización de los materiales dejados en el lote. Desde esta premisa, no se advierten -ni fueron brindadas- las razones por las que la única solución fuera continuar con el desarrollo de la obra, sin otra precisión.

Véase que el avance de la construcción, al momento de su suspensión, consistía en el traslado al lote de los materiales y herramientas que iban a utilizarse, dentro de los que se encontraban ciertas secciones prefabricadas. Estas tareas se cumplieron en un único día y consistieron en su carga y descarga.

El avance de la obra sin ninguna precisión o hasta su culminación, no se presentaba como una respuesta obligada o única; menos aún si se tiene en cuenta el trámite sumarísimo acordado a los presentes.

Por caso, no podría descartarse -con miras a la protección de lo existente- que la construcción de paredes y techo podrían haber sido suficientes para proteger los bienes de las inclemencias del tiempo.

Desde esta perspectiva, quizás lo aconsejable, hubiera sido que la sentenciante, en uso de las facultades dispuestas por el art. 204 del CPCC, limitara la pretensión cautelar, ajustándola a la finalidad perseguida.



**3.1.-** Pero lo cierto es que los magistrados debemos ceñirnos a las circunstancias existentes al momento de decidir (Fallos 339:488, entre otros) y, en orden al efecto devolutivo con el que el recurso fuera concedido, no se encuentra controvertido que la obra avanzó.

La parte actora, al contestar el traslado de los agravios en fecha 04/02/2022, indicó que la ejecución de la obra, que se reanudó en fecha 17/01/2022, insumiría entre 40 y 60 días para su culminación, lo que implica que a la fecha podría estar concluida.

Incluso la demandada, en la hoja 337 del principal (15/02/2022), señaló que no obstaculizó en modo alguno la cautelar dispuesta, destacando los dichos de la contraria en punto al avance de la obra.

Entonces, debe concluirse que, a la fecha, la posibilidad de traslado de los materiales no constituye una opción viable.

Los materiales deberán ser resguardados en el lugar de la construcción.

A tal efecto, de no haberse concluido la obra, deberá proseguir su avance hasta que cuente con las condiciones necesarias para cumplir con ese fin hasta tanto se dicte la sentencia.

De contar a la fecha con esas condiciones, las tareas pendientes para su culminación deberán suspenderse hasta el dictado de la decisión final.

Así lo propongo al acuerdo, imponiendo las costas de esta instancia en el orden causado, en función del resultado obtenido y las particularidades del caso (art. 71, CPCyC).

**TAL MI VOTO.**

**Jorge PASCUARELLI** dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo expidiéndome de igual modo.

Por ello, esta **Sala I**



**RESUELVE:**

**1.-** Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación deducido por la parte demandada, disponiendo que, de no haberse concluido la obra, deberá proseguir su avance hasta que cuente con las condiciones necesarias para resguardar los materiales existentes, hasta tanto se dicte la sentencia. De contar a la fecha con esas condiciones, las tareas pendientes para su culminación deberán suspenderse hasta el dictado de la decisión final.

**2.-** Imponer las costas de esta instancia en el orden causado, en función del resultado obtenido y las particularidades del caso (art. 71, CPCyC).

**3.-** Diferir la regulación de honorarios hasta el momento de contar con base para ello.

**4.-** Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente, vuelvan los autos a origen.

Cecilia PAMPHILE    Jorge D. PASCUARELLI

Estefanía MARTIARENA - SECRETARIA