



NEUQUEN, 26 de Agosto del año 2015

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "**FRATICELLI ROGELIO ALBERTO Y OTROS C/ COOPERATIVA DE SERVICIOS PUBLICOS PLOTTIER LTDA S/ INCIDENTE DE APELACION**", (Expte. **INC N° 3204/2015**), venidos en apelación del JUZGADO CIVIL 1 - NEUQUEN a esta **Sala II** integrada por los Dres. Federico **GIGENA BASOMBRIO** y Patricia **CLERICI**, con la presencia de la Secretaria actuante, Micaela **ROSALES** y, puestos los autos para resolver, el **Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO** dijo:

I.- Iniciado el juicio principal y ante la petición de una medida cautelar, coincidente con la pretensión, la jueza interviniente dispone, sin correr traslado a la contraria, la suspensión de las asambleas del 12 y 22 de abril del corriente año.

La demandada, mediante el escrito de fs. 31/36 interpone revocatoria, la que en este caso si es sustanciada y respondida por la actora a fs. 37/38.

A fs. 56/57 la jueza interviniente revoca la cautelar oportunamente dictada.

Dicha decisión es apelada por la accionante en los términos que resultan del escrito de fs. 61/64, siendo respondidos los agravios a fs. 77/79.

II.- La quejosa centra sus agravios en afirmar que la resolución de la Dirección Provincial de Personas Jurídicas, en base a cuya decisión la jueza dejó sin efecto la cautelar, carece de relevancia toda vez que nada dice de las irregularidades que ha denunciado.

Así vuelve a reiterar que la verosimilitud del derecho se encuentra fortalecida toda vez que de la resolución en cuestión no surge que se hubiera notificado a los delegados



la realización del Consejo de Administración y que el hecho que haya existido quorum para sesionar no invalida la necesidad de notificar a los delegados la convocatoria a la reunión.

Asimismo señala que la reunión de delegados para conformar la Junta Electoral tampoco fue notificada a todos los delegados.

Señala que ha quedado acreditada la falta de exhibición de los padrones y cuestiona la no oficialización de la lista amarilla y que en todo caso y de existir irregularidades debió intimarse a la lista a subsanar los errores y no a negarse a oficializarse la misma.

Ingresando al tratamiento de las cuestiones planteadas se advierte, tal como lo han señalado las Salas I y II de esta Cámara, que cuando la medida cautelar coincide en todo o en parte con el objeto de la pretensión, la misma debe ser sustanciada y que en todo caso debe abreviarse el plazo para la respuesta.

En casos como el presente y si bien dada la etapa en que nos encontramos la decisión que en otras oportunidades hemos adoptado no resulta procedente, conviene tener en cuenta los fundamentos por los cuales consideramos necesaria la sustanciación.

En tal sentido hemos dicho en la causa Expte. ICL N° 938/12 del 21 de agosto del corriente año:

Ahora bien, considero que en el caso concreto la decisión adoptada por la jueza debe ser revocada por prematura.

En efecto, tal como se desprende de los términos de la pretensión, la cautelar requerida coincide sustancialmente con ella, y en tales supuestos esta Sala ha



dicho, en forma reiterada que, salvo supuestos excepcionales, la petición de cautela debe ser sustanciada ya que no hace a la esencia de medidas de dicha naturaleza que sean dictadas sin oír a la otra parte y, ello en respeto del derecho de defensa que se concreta, en el caso, en la bilateralidad del trámite procesal.

Como del presente cuadernillo no resulta que la demanda haya sido notificada a la contraria, corresponde revocar el rechazo de la cautelar y diferir su consideración por parte del juez de Primera Instancia, una vez que haya vencido el plazo para responder la pretensión y siempre y cuando el actor reitere su petición.

Cabe acotar que, en tal supuesto no corresponde un traslado a la contraria, toda vez que la demanda contiene el pedido de la cautela.

Cabe acotar que similar postura en lo procesal sostiene la Sala I en su actual composición al señalar: "estimo necesario -frente a las particularidades del caso analizado- compartir una consideración acerca del dictado de las medidas cautelares, sin oír previamente a la contraria (lo que en términos jurídicos se conoce bajo la formulación latina "inaudita pars").

En este caso -al igual que lo observado en otros tantos que han venido en revisión- la medida solicitada es de tipo "innovativo", lo cual supone el otorgamiento de una "tutela anticipada". Y, esta naturaleza, necesariamente, en ciertos aspectos -tal la sustanciación- impone un análisis diferente del acordado a las cautelas "tradicionales".

Como es sabido, en tiempos clásicos, la medida cautelar era conceptuada como una tutela accesoria e instrumental. Las resoluciones cautelares, fundadas en términos de probabilidad, tendían a amparar -asegurar o



salvaguardar- un resultado útil de eventual contenido en una sentencia de mérito futura.

En esta línea se sostenía, que debían de consistir en una forma especial de tutela jurisdiccional en la cual, el resguardo anticipado del derecho debía limitarse a una forma de protección menor o diferente de la que se obtendría en la sentencia de mérito, a dictarse sobre una base cierta, al finalizar el pleito.

Tal concepción clásica entonces, se desarrollaba en un estricto marco de "aseguramiento del resultado útil del proceso", siendo ese el eje conceptual de la cautelaridad: Su dictado sólo requería la acreditación del peligro en la demora y la verosimilitud del derecho (humo de buen derecho), con el agregado de la contracautela, como condición de ejecución.

Debe notarse que, en la visión clásica, hay una nota esencial, cual es, que el dictado de la cautelar nada atribuye al requirente (aún cuando las medidas cautelares pudieran "quitar", no otorgaban una atribución correspectiva al requirente de las medidas).

II.1 En ese esquema, la no sustanciación previa, el no oír a la contraria, se encuentra justificado: si la medida tiene por objeto asegurar el resultado de la sentencia, ante el "peligro" denunciado de la desaparición del objeto sobre el que versa el juicio, o la posibilidad de su frustración -con la consiguiente consecuencia de que la propia medida fuera tardía- alertar de su dictado a la contraria, impone el riesgo de su fracaso.

Ahora, no puede dejar de advertirse que, en esa concepción clásica, las tutelas de corte anticipatorio, tenían excepcional acogida, justamente, por exceder el perfil netamente "asegurativo".



II.3. Aún cuando las que hemos denominado "tutelas cautelares clásicas" subsisten, desde la preocupación por la búsqueda de una tutela judicial efectiva, oportuna, realista y económica, se ha propiciado -en criterio que ciertamente se comparte- la necesidad de dejar de lado la aplicación dogmática de los principios tradicionales.

Se abandona la posición restrictiva en la concesión de medidas anticipatorias y se perfilan nuevas respuestas, en las que el elemento en común es que existe cierta anticipación -aunque no sea más que parcial- de los efectos de la resolución exhaustiva con efecto de cosa juzgada. Lo que hay -y ésta es la diferencia específica y fundamental con la tutela cautelar clásica- ya no es resguardo de lo eventualmente útil, sino directamente, concesión atributiva, total o parcial, satisfaciendo, en el plano del derecho material, la tutela.

Como recién se señaló, se comparte la procedencia de esta tutela pero, a fin de mantener el equilibrio y igualdad procesal, se entiende que esta mayor y más efectiva protección que se acuerda a una de las partes, a la par, supone la bilateralidad del debate con antelación a su concesión, salvados excepcionales supuestos de exclusión.

Es que, si efectuamos un paralelo entre ambas cautelas, tenemos que en la tutela "clásica", la bilateralidad (esencial a la garantía del debido proceso y defensa en juicio) se encuentra diferida a un estadio posterior a su concesión (tal la posibilidad de apelación por oposición, sustitución, etc.).

Pero tal diferimiento o postergación del debate, sólo constituye una "modalidad" que no es esencial ni definitiva y que, involucrando, como ya dijéramos, la afectación de garantías constitucionales, sólo se justifica,



en tanto se presente como ineludible para evitar la frustración de su cumplimiento.

Pero cuando este último extremo no está presente, no sólo que nada obsta a que se ordenen con audiencia de la contraria, sino que además, la efectiva vigencia del debido proceso y de la garantía de defensa en juicio, imponen esta solución, máxime en supuestos como el de autos, en los cuales, como resultado de su dictado se efectúa anticipadamente una concesión atributiva del derecho sustancial discutido en el proceso.

Las consideraciones expuestas, explican por sí y suficientemente cómo, aún en el ámbito de actuación general de las medidas cautelares, para hacer efectivo el mandato constitucional del debido proceso, defensa en juicio e igualdad (en su aplicación específica en el proceso), siempre y cuando no peligre el cumplimiento de la propia medida ordenada, la bilateralidad debe primar antes de la decisión judicial: Aún cuando la audiencia se acote en el plazo de traslado, por la urgencia en la adopción de la medida, si su frustración no está en juego, debe oírse a la contraria antes de su dictado. (Es esta la posición asumida por el TSJ en diversas causas, entre otras, "Sastre").

Finalmente entiendo pertinente adherir a la recomendación formulada por los colegas de Sala toda vez que la misma hace al buen orden del proceso y evitan dilaciones innecesarias a las partes y al propio juzgado. En tal sentido sostuvieron y comparto:

No obstante reiterar que estas consideraciones exceden la concreta decisión de la causa, considero pertinente efectuarlas en tanto, es necesario insistir en que, siempre que sea posible, es regla de corrección de la decisión que, antes de resolver, se oiga a todas las partes involucradas.



Asimismo el Tribunal Superior de Justicia ha señalado en la resolución interlocutoria N° 210 del 19 de mayo del 2.014 en autos 4761/14:

Puede señalarse que la tutela cautelar solicitada participa de las llamadas "medidas innovativas", que responden a la obligación genérica de evitar un daño y al deber de los jueces de brindar la mejor respuesta jurisdiccional para el caso concreto.

En tal sentido, cuando se manda innovar se está diciendo que hay que cambiar una situación de hecho o de derecho que entraña peligro de daño; constituye un anticipo de jurisdicción que no importa una decisión definitiva sobre la pretensión concreta del demandante y lleva ínsita una evaluación del peligro de permanencia de 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", del 7/8/97).

Ahora bien, acerca del criterio de admisión que este Tribunal tiene sentando no es necesario abundar en tanto todo ello ha sido detallado en forma acabada (a través de las transcripciones de los precedentes dictados por el Tribunal), por el Sr. Fiscal ante el Cuerpo en el dictamen emitido en las presentes actuaciones.

Sólo cabe recordar que este tipo de tutela es excepcional y que además de los requisitos clásicos, se impone la verificación de un riesgo de daño concreto, irreversible o muy grave y la urgencia del caso.

Se requiere certeza suficiente, comprensiva de una fuerte probabilidad de la existencia del derecho y del riesgo de daño irreparable si no se despacha favorablemente la medida peticionada.



Finalmente, pesa sobre el solicitante la carga de demostrar sumariamente la existencia de los recaudos que la hacen procedente, lo que se relaciona con el grado de conocimiento con el que debe contarse cuando se está frente a una "innovativa" de la naturaleza de la aquí peticionada, donde se persigue que, en forma anticipada, se otorgue aquello que sólo se alcanzaría al culminar todo el proceso.

Por ende para la procedencia de la medida cautelar innovativa, que coincide en todo o en parte con la pretensión, se requiere que el accionante demuestre acabadamente la verosimilitud del derecho y la existencia de un riesgo cierto e irreparable.

Analizada la cuestión planteada en base a las pautas sentadas en los párrafos que anteceden, considero que la medida cautelar no puede prosperar en los términos en que fuera peticionada.

En primer lugar destaco que, en realidad, la cuestión ha devenido abstracta toda vez que la cautelar ordenada en su oportunidad dispuso la suspensión de las asambleas de los días 12 y 22 de abril del corriente año y obviamente ello se cumplió dada la fecha de la resolución ahora cuestionada, de manera tal que aún en el supuesto de confirmarse la decisión que se cuestiona, que dejó sin efecto la cautelar, carece de actualidad.

Sin embargo como ello importaría que la accionada pueda convocar a nuevas asambleas, con lo cual y en función de los hechos argumentados para peticionar la medida precautoria, la cuestión volvería a suscitarse, lo cual justifica el análisis de si los hechos invocados por la actora se encuentran demostrados con un alto grado de verosimilitud, que es en definitiva el requisito cuestionado por las partes.



En tal sentido se advierte que la documental adjuntada para demandar y requerir la medida innovativa no resulta suficiente para demostrarlo, confrontándola con la adjuntada por la contraria.

Así se advierte que de los actores, solamente uno de ellos es delegado integrante del consejo de administración, la Sra. Vázquez, y ello no es un hecho controvertido ya que fue admitido por la cooperativa, pese a la ausencia de acreditación en debida forma por parte de la actora.

Ahora bien, conforme resulta de los autos principales, que se tienen a la vista por haber sido requeridos, se advierte que mediante acta número 1360 -obrante a fs. 660 del principal- la delegada señalada duraba un solo período y si bien no participó de dicha reunión, su realización no pudo pasarle inadvertida toda vez que presentó una nota requiriendo una serie de explicaciones cuya consideración se derivó a la próxima reunión.

Dicha reunión se llevó a cabo el 29 de diciembre y en la misma se eligió al presidente de la Junta Electoral, órgano que no podía integrar en virtud de expresas disposiciones estatutarias, artículo 55, con lo cual al respecto lo decidido no pareciera que le cause agravio.

Asimismo en dicha reunión se convocó a los delegados para elegir a los restantes integrantes de la junta electoral y si bien no hay constancias de notificación personal a todos ellos, lo cierto es que la reunión se llevó a cabo, conforme se reconoce en el propio escrito de demanda.

En relación a la exhibición de los padrones la explicación que formula la accionada resulta razonable y sin perjuicio de ello y de que evidentemente existieron errores, según da cuenta el acta 85 de la junta electoral, se dispuso



que los mismos debían ser exhibidos con anterioridad al acto eleccionario con lo cual y en función de que los elementos adjuntados por el actor son anteriores a la fecha de realización del acta aludida, es que no puede descartarse que los padrones hayan sido realizados correctamente y exhibidos en los lugares de votación.

Cierto es que la lista amarilla no fue oficializada pero sin entrar a juzgar la relevancia de las omisiones que se le imputan, lo cierto es que el acta número 84, adjuntada al plantear la revocatoria, detalla los defectos que presenta la lista y los mismos pueden corroborarse con las constancias de fs. 254/469 y que consiste en la presentación de la lista aludida ante la junta electoral.

Como las asambleas no se llevaron a cabo el tema de las deficiencias formales de la lista aludida deberán examinarse para el supuesto de reanudarse el proceso electoral y que la lista amarilla reitere su presentación ya que el principio en esta materia es que debe propiciarse la participación de todos los interesados en la actividad de la cooperativa.

En definitiva, si bien no procede la medida cautelar y con el objeto de evitar futuros conflictos, cuya evaluación corresponderá al juez que interviene y sin perjuicio de los recursos que puedan interponerse y siempre dentro del ámbito cautelar, es que si bien han existido falencias en el trámite eleccionario, las mismas no revisten entidad suficiente como para que no se realicen las asambleas y en tal sentido la lista amarilla podrá participar subsanando las deficiencias que se le imputan y exhibirse los padrones en el acto eleccionario con la antelación suficiente.

III.- Por las razones expuestas y con el alcance indicado, es que se propicia confirmar lo decidido,



con costas en el orden causado atento la forma en que se resuelve. Los honorarios de los profesionales intervinientes se diferirán para su oportunidad.

La Dra. Patricia CLERICI dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta **Sala II**

RESUELVE:

I.- Confirmar el resolutorio de fs. 56/57.

II.- Imponer las costas en el orden causado atento la forma en que se resuelve (art. 69, Código Procesal).

III.- Diferir la regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes se para su oportunidad (art. 15, ley 1594).

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos a origen.

**Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO - Dra. Patricia CLERICI
Dra. Micaela ROSALES - SECRETARIA**