

CONTRATOS*

Director de área: JORGE MOSSET IRURRASPE
Colaborador: RICARDO LUIS LORENZETTI

LA HUMANIZACIÓN DE LOS CONTRATOS DE CONSUMO

I. Las sentencias

Existe una tendencia jurisprudencial en el campo del Derecho del Consumidor a fundar las decisiones no sólo desde la perspectiva técnica de los derechos fundamentales, sino importando el bagaje intelectual y cultural de los derechos humanos, tomando como eje para ello, en algunos casos¹, la idea constitucional de “dignidad del consumidor”.

* El presente trabajo es de autoría del Dr. GONZALO SOZZO.

¹ En otros no: J14CCom. Nº 1 de Formosa, 17-5-2001, “S., N. C. c/Agua de Formosa SA”, L. L. Litoral 2001-1065, AR/JUR/2498/2001, en el que se dijo que “siendo el agua potable un elemento vital para el ser humano, cuya falta indudablemente afecta la salud y más aún, teniendo en cuenta el mandato constitucional de la provincia en el sentido de asegurar los medios necesarios para lograr un alto nivel físico, mental y social de las personas y comunidades (art. 81). Sin dejar de lado la expresa declaración de que la salud es un hecho social y un derecho fundamental del ser humano (art. 80) y la del art. 42 de la Constitución Nacional que declara el derecho de los consumidores y usuarios de servicios, y la protección de su salud. Por lo que concluyo en que la demandada no puede sustraerse de su responsabilidad por el hecho de autos y así me pronuncio”.

CCAdm. Trib. CABA, sala I, 23-5-2011, “Galeno Argentina SA c/GCBA s/Otras causas con trámite directo ante la Cámara de Apel.”, L. L. B. A. 2011 (octubre), p. 571; D. J. del 2-11-2011, p. 88; L. L. 2011-F-445 y L. L. del 21-11-2011, p. 4, ambos con nota de Federico M. Alvarez Larrondo; D. J. del 7-12-2011, p. 94; AR/JUR/26615/2011, donde se sostuvo que “...la denunciante requirió de la actora la cobertura de atención por su estado de embarazada.

“Por su parte, la empresa, ante dicho requerimiento, manifestó que el embarazo era anterior a la contratación y que, ante la omisión de mencionarlo, se procedió a la baja del servicio.

“En tal contexto, y considerando que en el supuesto se halla en juego el derecho a la salud, la Dirección de Defensa del Consumidor dispuso, que hasta tanto concluya la tramitación del sumario, Galeno SA debía autorizar la atención del embarazo y parto con cobertura del 100% (cfr. art. 10 de la ley 757).

“III. Con respecto a la cuestión planteada, cabe recordar que esta sala ha señalado anterior-

La sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, 22 de abril de 2008, "*Ledesma, María c/Metrovias SA*" (Lexis Nº 70044232), en la que se señaló con contundencia:

10. Que la Constitución Nacional obliga a los prestadores de servicios a los consumidores a brindarles un trato digno (art. 42, CN).

El trato digno al pasajero transportado significa que se deben adoptar medidas para que sea atendido como una persona humana con dignidad, contemplando la situación de quienes tienen capacidades diferentes, o son menores, o no tienen la instrucción necesaria para comprender el funcionamiento de lo que se les ofrece. Ello incluye la adopción de medidas para que el pasajero no desienda empujado por una marea humana con riesgo de su integridad física y para que viaje de un modo razonablemente cómodo.

La sentencia de la Cámara Civil y Comercial de Córdoba, sala 4ª, de fecha 29 de marzo de 2005, en autos "*Cuello, Fernanda c/Telecom Personal SA*" (S. J. A. del 16-8-2006, J. A. 2006-III-318)²; la sentencia de la Cámara Civil y Comercial de Mar del Plata, sala II, 27 de mayo de 2009, "*Marchinaniarena Hernández, Nicolás c/Telefónica de Argentina*" (RCyS, año XI, Nº 7, julio de 2009)³, que es bien conocida como un *leading case* de aplicación de los daños punitivos, pero en la cual en lo que aquí interesa se efectúa un esfuerzo argumentativo importante para aproximar los derechos fundamentales de las personas discapacitadas al tratamiento de la problemática del consumidor y, más recientemente, la sentencia de la Cámara 5ª de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, "*López, Mario*

mente que el derecho a la salud se encuentra íntimamente relacionado con el derecho a la vida y el principio de autonomía personal (*in re* 'Lázari, Sandra I. c/OSBA s/Otros Procesos Incdeniales', expte. 4452/2001).

También se encuentra reconocido en los tratados internacionales con rango constitucional (CN, art. 75, inc. 22), entre ellos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 12, inc. c), la Convención sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica- (arts. 4º y 5º) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 6º, inc. 1º).

² Este tribunal también ha destacado que, en el ámbito local, existe una abundante legislación que tiende a la protección específica del derecho constitucional a la salud (art. 20, CCABA, ley 153, etc.; *in re* 'Dumpiettes, Elba Esther c/OSBA s/Amparo', expte. 2625, res. del 11-9-2001; 'Lázari, Sandra Ivana c/Otros Procesos Incidentales', expte. 4452/2001, entre otros).

También el caso resuelto por la CNCiv., sala H, 29-3-2010, "Suárez Héctor Martín c/Dabra SA", RCyS 2010-VIII-58, con nota de Edgardo I. Saux y Carlos A. Ghersi; AR/JUR/8319/2010. 2 Vid. el sumario de los fallos y nuestro comentario en SOZZO, Gonzalo, *El derecho a la dignidad en las relaciones de consumo*, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Nº 2009-1, *Consumidores*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, ps. 561-586.

3 Vid. el resumen del texto del fallo y nuestro comentario en *Los daños punitivos en el microsistema de protección del consumidor*, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Nº 2009-2, *Autonomatores - I*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, ps. 369 y ss.

Reorindes c/Disco SA p/d. y p.", 5 de julio de 2011 (RCyS 2012-III-54, con nota de Graciela Lovece y Agustín Rugna; AR/JUR/43562/2011) en la que se sostiene que:

VI. Atento al tenor de los agravios, debe decirse, en primer lugar, que la jurisprudencia ha expresado, en términos que resultan pertinentes en el caso en estudio, habiéndose así señalado que "...trato digno significa que el dispensado a los consumidores o usuarios debe ser respetuoso, considerado, de conformidad con los usos y costumbres sociales y comerciales, respetando la intimidad y el honor" (Miguel Ángel Ekmekdjian, *Tratado de Derecho Constitucional, Constitución de la Nación Argentina, comentada y anotada con legislación, jurisprudencia y doctrina*, t. IV [arts. 42 a 86], Depalma, p. 14).

Enseña Sagüés que "el derecho a la dignidad es uno de los derechos constitucionales no enumerados, comprendidos en el artículo 33 del plexo constitucional, y entre sus contenidos refiere que la CSJN, en el precedente 'Sejón', "enunció que exigía que las necesidades del hombre fuesen satisfechas con decoro, en orden a la realización de la persona (característica, por lo demás, de toda sociedad sana, apunta el tribunal), y siempre que no se ofenda la moral o el orden público, ni se perjudique a terceros" (*Fallos*: 308:2268, considerando 7º), y agrega que en 'Pupelis' definió la dignidad humana como el centro sobre el que gira la organización de los derechos fundamentales de la Constitución" (*Fallos*: 314:424).

El concepto de "trato digno" -sigue citando la Dra. Schwartz- contenido en el artículo 42 de la Constitución Nacional no es diferente del concepto delineado precedentemente y ofrece aristas diversas y varios son los aspectos que pueden vincularse con este derecho.

También se ha dicho que "los clientes que optan por concurrir a estos lugares deben hacerlo siendo sabedores de que, entre otras cosas, pueden ser registrados en función de medidas de seguridad, y la otra cara de la misma moneda supone que quien decide instalar su 'negocio' de esta forma deberá arbitrar los mecanismos para que aquellas 'medidas de seguridad', generales o particulares, que necesariamente deberá adoptar no se traduzcan en una mortificación, deshonra u ofensa a sus clientes, con lo cual va de suyo que cualquier 'procedimiento' que tenga que realizarse deberá ser de modo que no afecte aquellos legítimos sentimientos de los eventuales sujetos que puedan verse involucrados, y en este análisis de la situación deberán también mensurarse, de manera para nada menor, las hipotéticas reacciones que cada quien pueda experimentar, pues si es necesario llevar a cabo algún tipo de registro a ciertos clientes, resulta antifuncional, para que el trámite no se complique, contar, fundamentalmente, con la templanza del involucrado".

"...Concluye la Dra. Schwartz que en líneas generales, la falta de regulación puntual de la cuestión no ha presentado dificultades a la hora de responsabilizar al proveedor por el trato indigno o deshonroso al consumidor, siendo responsables todos los participantes en el evento dañoso, es decir, no sólo la eventual empresa de seguridad contratada por el proveedor, sino el propio proveedor" (JCCMin. Nº 4 de San Juan, 7-10-2008, "Pereira Demarchi, José Luis c/Súper Vea Disco SA", AR/JUR/27217/2008).

Todas estas decisiones judiciales se vinculan entre sí formando una secuencia de fallos que si es analizada en conjunto desde la perspectiva de la conexión entre los derechos del consumidor y los derechos humanos, adquiere un especial significado que escapa a los avances que individualmente estas sentencias plantean.

Es conveniente realizar un análisis de secuencias de fallos. Ello resulta útil cuando se pretende establecer cuáles son las líneas argumentales que se emplean en el tema en la jurisprudencia o verificar cómo se producen evoluciones a lo largo del tiempo en un mismo tema. Esta variante analítica también resulta de importancia para verificar las consecuencias intrasistémicas y extrasistémicas que a lo largo de la evolución de una problemática se van produciendo. En lo que a la cuestión de la dignidad del consumidor respecta, me parece que es tiempo de producir este tipo de análisis.

II. Introducción

Ya en otra de las entregas de esta *Revista* abordé el problema del derecho a la dignidad en las relaciones de consumo a partir del análisis del *leading case* de la Corte Suprema de justicia de la Nación “Ledsma c/Metrovias”. En este comentario destacué los aspectos técnicos que en el campo del Derecho del Consumidor tiene la idea de dignidad del consumidor, sobre todo en punto a las prácticas comerciales (art. 8º bis) y en lo que respecta al trato digno en las relaciones de consumo basadas en contratos de servicios públicos (art. 26).

Lo que en aquella oportunidad parecería una aproximación más o menos aislada a la cuestión de la dignidad del consumidor, se transformó paulatinamente en una tendencia jurisprudencial marcada que se dirige en la dirección de humanizar las relaciones de consumo y los contratos de consumo.

Esta humanización tiene tres aristas significativas, cada una de las cuales despliega un as de consecuencias: en primer lugar, la aproximación de la regulación del microsistema del Derecho del Consumidor a la teoría de los derechos humanos; en segundo lugar, una posibilidad de configurar la regulación de los derechos del consumidor en relación con un programa de globalización del Derecho alternativo. Trataré por separado ambas cuestiones, concentrándome en mayor medida en la primera.

III. La aproximación del Derecho del Consumidor a los derechos humanos

Esta serie de sentencias que comento podrían ser presentadas como for-

mando parte del movimiento del Derecho Privado de aproximación hacia la Constitución conocido como “constitucionalización del Derecho Privado”; esta vinculación resulta relevante en tanto en cuanto se extraigan consecuencias decisionales que no podrían obtenerse sin la referida constitucionalización. Bajo esta perspectiva, lo que se destaca es cómo se produce la conexión entre derechos fundamentales y Derecho Privado, es decir, cómo se transforma la técnica de resolución de los casos de Derecho Privado a partir de nuevas técnicas propias del sector constitucional como el *juicio de ponderación* y la *regla de proporcionalidad*. Esta característica ya ha sido abundantemente abordada por la dogmática y, en este sentido, la consideración de la dignidad del consumidor como un derecho fundamental no aporta ninguna novedad.

Pero lo que ahora me interesa mostrar es cómo se produce un acercamiento de los derechos humanos, su teoría y sobre todo su peso retórico a partir de estos casos, y las transformaciones que para el Derecho de los Contratos importa este fenómeno. A mi modo de ver, las transformaciones son dos: en un plano —que podríamos llamar interno—, el Derecho del Consumidor y de los Contratos se “apropian” de la construcción de los derechos humanos, lo que impacta a nivel retórico, es decir, acerca del modo de argumentar los casos y luego —en relación con ello— inscribe estos casos en la agenda de numerosas organizaciones que se ocupan de observar el respeto de los derechos humanos. En un segundo plano —que podríamos denominar externo—, esta aproximación tiene efectos para la propia construcción de los derechos humanos.

1. *El capital retórico e institucional de los derechos humanos*

El Derecho del Consumidor desde siempre ha desarrollado como estrategia para fundar la protección del consumidor en la esfera contractual un aprovechamiento de la idea de función social del contrato y en el campo de los daños al consumidor, de la idea de solidaridad con la víctima que se enraiza en el mismo proyecto político de la idea anterior: el solidarismo francés de la Tercera República.

Estas sentencias podrían estar marcando la presencia de una estrategia alternativa: la aproximación hacia la teoría de los derechos humanos como la manera de fundar los derechos de los consumidores, teorizarlos, interpretarlos y perseguir su eficacia. Esta estrategia no es nueva entre los derechos de tercera generación: ya el Derecho Ambiental reconoce un importante giro hacia los derechos humanos y algo parecido puede decirse del derecho a la alimentación.

No digo nada nuevo si recuerdo que la Argentina tiene una fuerte tradición de lucha por el respeto y la eficacia de los derechos humanos. Esta fortaleza se traduce institucionalmente en una trama de actores que se ocupan de mejorar el nivel de realización y eficacia de estos derechos. Frente a la debilidad institucional de las estructuras institucionales propias del Derecho del Consumidor—como son las asociaciones de defensa del consumidor—, el hecho de que en alguna medida el control de la vigencia de estos derechos fundamentales se realice mediante la red institucional de las organizaciones de derechos humanos puede contribuir a su mejora.

2. La reconfiguración de la subjetividad del consumidor

He sostenido en otra oportunidad que la idea de víctima se está reconfigurando fundamentalmente a partir del daño ambiental, pero también—en una etapa previa— a partir de la consideración del consumidor como víctima⁴.

Mi argumento aquí es complementario: el sujeto “consumidor”—en general, no ya sólo como víctima—encuentra en este tipo de razonamiento que aproxima el Derecho del Consumidor a los derechos humanos una vía para ser refundado.

La refundación de la subjetividad del consumidor sobre la base de su dignidad como persona lo aproxima más a la idea del sujeto de los derechos de segunda generación. Esto tiene un efecto colateral en el nivel teórico interesante: muestra bien el hilo de continuidad entre el trabajador y el consumidor, no sólo en los aspectos fundacionales y técnicos de la regulación sino también en el plano político.

Al mismo tiempo, esta refundación aleja el fundamento de la protección del consumidor de las razones sociales o comunitaristas⁵, con lo cual, a nivel de la construcción de la subjetividad, debería producirse correlativamente un corrimiento hacia un segundo plano de ideas como la “solidaridad” con la “víctima consumidora” o de la “función social del contrato de consumo”.

3. El surgimiento de un nuevo principio del Derecho del Consumidor: la dignidad del consumidor

¿Un nuevo principio del Derecho del Consumidor?

Si es cierto que los principios son ideas directrices que son dogmáticamente

presupuestas y aceptadas, que se encuentran en una especie de “imaginario colectivo” sobre el cual se funda, inspira y organiza el funcionamiento de una determinada regulación, y se acepta al mismo tiempo que la idea de dignidad del consumidor es una de esas ideas directrices, que precede la existencia de este tipo de derechos—lo que parecen estar haciendo estos fallos—hay sólo un paso a dar: reconocer expresamente que se trata de un principio del Derecho del Consumidor.

Como tal, este principio cumple con las mismas funciones que son comunes a todo principio. En la teoría general del Derecho existe acuerdo en que los estudios dedicados al análisis de esta cuestión de la dimensión dinámica de los principios tienen, al menos, cinco funciones que referiré exclusivamente a la materia contractual:

1º) *Función informadora*: en cumplimiento de esta función, los principios cumplen la tarea de inspiración de las soluciones concretas del ordenamiento.

2º) *Función jurigenérica*: desarrollan una función integradora de la obligación y del contrato, actuando como fuente de derechos y obligaciones al lado del acuerdo de voluntades; son causa fuente autónoma de obligaciones anexas: de custodia, colaboración, seguridad o protección e información. El reconocimiento de esta función implica destacar, a nivel de los principios que inciden en el sector del Derecho de las Obligaciones y de los Contratos, que al lado de la voluntad de las partes libremente expresada con su fuerza creadora y capaz de determinar los efectos y su extensión, existen otros principios, como el de la buena fe o la igualdad o el principio de protección, que completan o complementan tanto la estructura como el funcionamiento dinámico del contrato y sus efectos. Únicamente por conexidad o por sus implicancias mediatas puede afirmarse que esta función posee un efecto correctivo; en realidad, ello sólo puede sostenerse atendiendo a la circunstancia de que la misma importa realizar agregados a lo establecido por las partes que, por provenir de un principio como el de la buena fe, pueden actuar como moderadores de las injusticias del negocio; en otras palabras, integra la obligación pero no pasivamente; este sentido, empleado para afirmar que la buena fe o los otros principios referidos desarrollan una función correctora, no debe confundirse con la auténtica función de promover la corrección del negocio.

3º) *Integración supletoria*: los principios poseen, paralelamente, una función creadora—que ejercen nuestros magistrados—, denominada también integradora o integrativa del sistema (ordenamiento) con el objeto de

⁴ SOZZO, Gonzalo, *Las víctimas del daño ambiental*, en *Revista de Derecho de Daños*, Nº 2011-1, *Dato ambiental*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, ps. 61 y ss.

⁵ Me refiero al movimiento que en el campo jurídico procuró fundar la idea de función social—principalmente de la propiedad, pero en general de todo el Derecho Privado—hacia fines del siglo XIX. Aquí, entre otros, Emilie Durkheim, León Duguit.

llenar sus lagunas; en este sentido, puede decirse que los principios cumplen una tarea "de complemento" de lo establecido por el legislador (art. 16, Cód. Civ.).

4º) *Función correctora*: se trata de la función correctiva ya señalada, confor- ma, a la vez, uno de los aspectos de la función delimitativa (negocial). La denominación: función limitativa del ejercicio de los derechos. A través de esta función se controla la justicia o regularidad del ejercicio de los derechos.

5º) *Función interpretativa*: es unánimemente reconocido el rol destacado que cumplen los principios, al tiempo de abocarse el operador a la tarea de la interpretación de las cláusulas contractuales.

6º) *Función argumentativa*: esta función que cumplen los principios, que muchas veces ha sido dejada a un costado, cobra máxima relevancia en el campo de este principio de dignidad del consumidor, pues permite al Derecho del Consumidor apropiarse del "capital social" que poseen los derechos humanos. Se trata de la función que poseen los principios de transformarse en argumentos para la explicación y justificación de las decisiones. Cuando se habla de "función argumentativa" no se está refiriendo a una nueva función que deba sumarse a las anteriores. Sim- plemente se trata de contemplar el fenómeno desde un plano diferente.

4. *La construcción de una teoría de los derechos humanos más común*

La doctrina constitucional acepta que existen grupos de derechos funda- mentales que forman capas superpuestas de derechos humanos pero al mismo tiempo diferenciados histórica y técnicamente. En este contexto de pensa- miento suele señalarse que los derechos del consumidor forman parte de los derechos humanos de tercera generación junto a los derechos a la tutela del medio ambiente.

En el marco de este lugar de encuentro e intersección se albergan nuevos derechos que constituyen la "tercera generación" en lo que hace a la esfera de prerrogativas que se le reconoce a la persona humana partiendo del naci- miento del modelo de Estado moderno, sobre la base de la teoría de la división de poderes y el contrapeso de Montesquieu, como consecuencia de las revo- luciones liberales-burguesas (Revolución Norteamericana de 1776 y Revolu- ción Francesa de 1789). En la primera mitad del siglo XIX fue la lucha por los derechos civiles y políticos, de la cual emerge el sujeto de derecho en- tendido como ciudadano; a fines del siglo XIX y durante la primera mitad del siglo XX fue la lucha por los derechos culturales, económicos y sociales (fase que aún hoy en nuestro país difícilmente puede afirmarse que ha con-

cluido acabadamente), de la cual emerge el sujeto de derecho entendido como trabajador, y en la segunda mitad del siglo XX y en los albores del próximo milenio es la lucha por estos derechos nuevos de la cual emerge el sujeto de derecho entendido como consumidor. Se ha tratado de transformaciones del mundo jurídico que han acompañado el desenvolvimiento de las fuerzas del sistema productivo y las mutaciones de las formas-Estado: el sistema pro- ductivo industrial primitivo y salvaje apenas nacido de la Revolución Industrial y la forma estatal liberal-clásica primero, el sistema productivo industrial desarrollado con políticas sociales de bienestar y la forma estatal del Welfare State después, y ahora el sistema productivo posindustrial de las industrias sin chimeas y la informatización de la sociedad y la forma estatal del Welfare State peleando por subsistir ante su propia crisis y el avance del neoconservadurismo. Cada una de las generaciones de derechos tiene su propia economía, su propia filosofía y teoría política, su propia epistemología, su propia comunidad de actores y su tecnología de funcionamiento.

Sin embargo, el análisis de este problema de la dignidad del consumidor y su reconocimiento jurisprudencial muestran que existe un proceso de diálogo y de transferencia de recursos técnicos desde una generación de derechos a la otra.

La idea del reconocimiento de la dignidad de la persona humana es un presupuesto intelectual de los derechos de segunda generación. En efecto estos derechos que importan derechos a prestaciones de las cuales es deudor el Estado y que implican por consiguiente un presupuesto y una correlativa inversión de recursos económicos, humanos e institucionales, procuran ase- gurar la condición humana de todas las personas.

Lo que las sentencias bajo estudio reconocen es que este presupuesto intelectual no lo es sólo de los derechos humanos de segunda generación, sino también de los de tercera generación –al menos de una parte de ellos–. En otras palabras, este fenómeno que exhiben estas sentencias y otros ejemplos muestra que mediante las traducciones sucesivas y acumuladas de recursos técnicos desde un grupo de derechos a otro se están generando unos derechos humanos más comunes.

IV. *La inscripción de los Derechos del Consumidor en un Programa de globalización del Derecho alternativo*

Existen variados procesos de globalización en los cuales se inscriben las formaciones globales que emergen. Estos procesos tienen sentidos políticos diferentes, es decir que responden

a programas o racionalidades políticas opuestas, y que en este sentido existe una racionalidad neoliberal que domina la escena de la globalización, orientando preponderantemente su sentido y, que existe otro proceso de globalización que atrae a las formaciones globales solidaristas y que llamaré aquí globalización del Derecho alternativa⁶.

La formación de los derechos humanos tiende a inscribirse en el proceso de globalización alternativo, por ello la atracción del Derecho del Consumidor por parte de los derechos humanos puede operar como una fuerza que acerque la construcción del Derecho del Consumidor hacia un programa de globalización del Derecho alternativa.

Y. La dignidad del consumidor en el horizonte de la medioambientalización del Derecho del Consumidor

Esta humanización del Derecho del Consumidor puede entrar en tensión con otra tendencia contemporánea que atraviesa el mismo Derecho: la ambientalización del Derecho del Consumidor, operación que es más conocida como “consumo sustentable”.

Esta doble tendencia puede traducirse en una tensión entre antropocentrismo y biocentrismo que puede resultar en una encrucijada para el Derecho del Consumidor o puede ser leída en términos de un proceso en marcha de reconfiguración sumamente basal del Derecho moderno: la descomposición de la separación hombre naturaleza.

DERECHOS REALES

Director de área: LEOPOLDO L. PERALTA MARISCAL

1. Relaciones reales

1.1. Posesión

1.1.1. Acciones posesorias

1.1.1.1. Denuncia de daño temido

Denuncia de daño temido. Adopción de medidas “inaudita parte” (SCI de Mendoza, 5-9-2011, “Sierra, María del Valle y otros c/Mendoza Superior Suite SA s/Acción posesoria”, RC J12.810/2011)

La Suprema Corte de Mendoza resolvió que cabe confirmar la resolución que emplazó al demandado por acción posesoria de daño temido a fin de que concluya con los trabajos de apuntalamiento y reconstrucción, bajo apercibimiento de aplicársele una sanción conminatoria de carácter pecuniario diaria de \$ 50.000, pues el argumento del quejoso consistente en no haberse dado participación no resulta atendible desde que la propia ley –artículo 219 bis, CPCC de Mendoza– admite que la medida sea adoptada *inaudita parte* en caso de “existir un grave riesgo, urgencia en removerlo y temor de daño serio e inminente”. En tal aspecto, los recaudos exigidos por la normativa para la procedencia de la excepcional medida solicitada consisten en acreditar el peligro de daño y su inminencia, extremos ambos que deben estar debidamente expresados en el proceso en forma rápida e inicial, a través de circunstancias que acrediten su probabilidad real. En el caso, se entendieron configurados tales recaudos por cuanto la demandada estaba realizando obras de excavación en su finca sin adoptar las medidas necesarias para evitar daños a los inmuebles aledaños, las obras no contaban con autorización municipal y, además, causaron derrumbes en la propiedad de la actora, cuya estructura se puso en

⁶ DE SOUZA SANTOS, Beaventura, *Os processos da globalização*, en AA. VV., *A globalização e as Ciências Sociais*, Cortez Editora, Brasil, 2002.