RAWSON, 10 de Julio de 2007.-

------ VISTOS: ----------

------ Estos autos caratulados: “P., A. O. s/ medida cautelar en autos ... “P., A. O. c/ Instituto de Asistencia Social de la Provincia del Chubut s/ Demanda Contencioso Administrativa” (Expte. N° 20.657-P-2006) (Expte. Nº 20.928 -P- 2007).----------

------ DE LOS QUE RESULTA: ----------

------ Que por Sentencia Interlocutoria N° 25/SCA/07 dictada el 30 de marzo próximo pasado, se ordenó como medida cautelar de no innovar -a favor del actor Sr. A. O. P. y en las condiciones que resultan de los fundamentos dados- al Instituto de Asistencia Social demandado “... la abstención de ofrecer en licitación pública -o de otro modo comprometer, otorgar o contratar- la concesión de la permisión de la Agencia Nº 1002 de la ciudad de Rawson”..., hasta tanto se dicte Sentencia Definitiva en autos. Tal medida fue otorgada bajo responsabilidad del accionante, disponiéndose que como contracautela debía constituir caución real por la suma de PESOS DIEZ MIL ($10.000).- El nombrado prestó esa caución en efectivo, la ///que formalizó mediante depósito en una cuenta a nombre del expediente principal en el B. del C. S., el 12 de Abril de 2007, tal como surge de la constancia simple agregada a fs. 29.----------

------ Que a fs. 32 se presenta el actor solicitando la sustitución de la caución real que otorgara.- Funda tal pedido en la existencia de una hipoteca en primer grado a favor del Instituto demandado, constituida en garantía del cumplimiento de las obligaciones que asumió en razón de su vinculación como permisionario con aquél, cuya ruptura origina la acción, y que -alega- pese al distracto dispuesto por dicho Organismo –cuestionado- no ha solicitado el levantamiento de tal gravamen, el cual subsiste y -estima- “… resulta suficiente garantía para responder por los presuntos daños que la acción que he intentado pudiera ocasionar al IAS”… .----------

------ Que abona sus dichos, anexando copia del contrato de adjudicatario de la permisión oficial, del que refiere la cláusula novena, y trae además una certificación extendida por la Escribana del Organismo provincial demandado de fecha 10.05.07 -agregada a fs. 31- del que surge la subsistencia de la hipoteca.----------

------ Que corrido el traslado que prevé el rito, la demandada contesta a fs. 35/41; acompaña copia certificada de la Escritura Nº 144 cuyas cláusulas segunda y tercera -expone- taxativamente indican que la garantía constituida a favor del Organismo se encuentra afectada pura y exclusivamente a garantizar las eventuales deudas que pudieren ///derivar de la relación comercial mantenida entre el Sr. P. y el I.; en consecuencia, manifiesta que “… se oponen a la modificación de la cautelar oportunamente peticionada por la actora”…, desde que la hipoteca no puede ser afectada a garantizar los eventuales daños y perjuicios que pudieran derivar de “las acciones legales” -así dice- iniciadas por P. en su contra.----------

------ CONSIDERANDO: ----------

------ I.- Que preliminarmente, dable es señalar que es materia de esta Incidencia la sustitución de la contracautela brindada por el incidentista y no, como lo ha considerado el IAS al contestar el traslado, la modificación de la medida ordenada, la que se mantendrá según los términos del fallo comentado.----------

------ Que según ilustra la doctrina, el fundamento de la contracautela puede encontrarse en el principio de igualdad, puesto que a la par que las medidas cautelares otorgan a quien las reclama la posibilidad de asegurar preventivamente el derecho aún no reconocido en forma definitiva, como contrapartida, aseguran al demandado o a aquél sobre quien recae la medida, la posibilidad de resarcirse en el caso de que la sentencia sea adversa a las pretensiones cauteladas. Juega como sustituto de la bilateralidad, que por principio sufre un perentorio aplazamiento. (CNCiv., Sala M, 27.02.97, LL, 1997-C-958) (Conc. ///HIGHTON-AREÁN al comentar el art. 199º del C.P.C.C. “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación - Concordado con los códigos provinciales. Análisis doctrinal y jurisprudencial”. Tomo 4 - Artículos 195/253 bis - Hammurabi - 2005, pág. 130/131).----------

------ II.- Que por su parte, la caución real según se exigió en autos, se caracteriza por “... afectar un bien o bienes determinados a las resultas de la responsabilidad, ésta puede instrumentarse mediante embargo de un inmueble, o depósito de acciones de una sociedad, o de determinada suma de dinero, constitución de prenda o hipotecas. En la cuantificación e individualización de la garantía, se impone la máxima prudencia para no tornar este extremo en obstáculo insalvable del aseguramiento de los derechos”... (Conf.: Eduardo de LÁZZARI - Medidas Cautelares - Tomo 1 - Librería Editora Platense S.R.L.- La Plata 1984 - pág. 120).- Concordante, esta Sala cuando decretó la aquí tratada, consideró que el afianzamiento podía darse otorgando “... caución real en efectivo ..., o bien ofreciendo bien inmueble a embargo, o por vía de seguro de caución”...(art. 2° S.I. N° 25/SCA/07), y de estas opciones escogió el accionante el depósito en efectivo.----------

------ Que así las cosas, resulta procedente destacar que si una de las características de las medidas cautelares es su mutabilidad, con mayor razón ésta resulta aplicable a uno de sus presupuestos, la contracautela; afirmó este Tribunal en S.I. N° 23/SCA/99 (“in re JIMÉNEZ”)
“... surge del art. 202° del C.P.C.C. que las mismas subsisten, mientras duren las circunstancias que la determinaron. ... el auto que ordena o deniega ///una cautelar, cualquiera sea su naturaleza, no tiene fuerza material de cosa juzgada, … compete al Juez graduar la calidad y monto de la contracautela, teniendo en cuenta las modalidades de cada caso, pues si bien la garantía debe estar en correspondencia con la eventual responsabilidad de haberla pedido sin derecho o exceso, un importe desproporcionado con la pretensión ejercida, puede tornar imposible su cumplimiento desnaturalizándose su finalidad. La modificación de la contracautela … queda librada al juzgador de la causa y guarda intima relación con el mayor o menor grado de verosimilitud del derecho”.----------
----

------ III.- Que de las constancias agregadas a los actuados surge que el Contrato celebrado el 01.04.89 entre los incidentalistas tenía como objeto adjudicar la permisión de la Agencia Oficial N° 1002 de esta ciudad de Rawson, para la venta, recepción, expendio, entrega, escrituración y demás documentación para intervenir en los juegos implementados o a implementarse por el entonces Instituto de Lotería y Casinos (hoy IAS) al Sr. P., quien para afianzar esta relación jurídica, según -cláusula novena- acordó "... en garantía del fiel cumplimiento de todas y cada una de las operaciones y demás obligaciones emergentes de este contrato, como así también de las ampliaciones, renovaciones, o nuevas operaciones que efectúe el permisionario, ... constituir hipoteca en primer grado a favor del ..." Instituto de Asistencia Social
"... respecto del inmueble ...".----------

///--- Que la hipoteca ha sido definida en el art. 3108° del Cód. Civil, y los doctrinarios han ensayado diversos conceptos, con el fin -explican- de mejorarla. Así Alberto BUERES por ejemplo, precisa "... La hipoteca es el derecho real temporario sobre un bien ajeno, exclusivamente constituido por convención, accesorio de una obligación de dar una suma de dinero, o en dinero estimado, que grava uno o varios inmuebles que permanecen en poder del propietario, y que impide a éste realizar sobre los bienes gravados cualquier acto de disposición material o jurídica que importe la disminución de su valor venal y que concede al acreedor el derecho de ejecutar la garantía en manos de cualquier poseedor para lograr su venta y cobrarse con el producido hasta la concurrencia de lo que le es debido; así como también un derecho de preferencia para cobrar su crédito o conservar su garantía, respecto de otros acreedores sobre el producido de la venta, sólo oponible a terceros de estar inscripto en el registro organizado por ley". (Conc.: BUERES - HIGHTON "Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial. Tomo 5 - Artículos 2311/3261 - Derechos reales - Hammurabi - Depalma - 1997- pág. 1226).----------

------ "Los caracteres esenciales de la hipoteca son la convencionalidad, la publicidad, la accesoriedad y la especialidad, sin perjuicio de la indivisibilidad como carácter meramente natural" (CNCiv., Sala A, 1988.08.11 - Santamarina, Miguel ... LL, 1988-E,491). Uno de ellos, el de la especialidad, está referido a la necesidad de que se individualice la cosa afectada a la garantía y el crédito garantizado.---- ///--- Ilustra en este aspecto, Luis MOISSET de ESPANÉS "... en la hipoteca hay dos relaciones jurídicas en juego: un crédito o derecho personal, que tiene carácter principal, y un derecho real de garantía; deberán, pues, determinarse los elementos esenciales de ambas relaciones, es decir, sujetos, objeto y causa, a saber: el titular del derecho real de hipoteca (sujeto) y el inmueble dado en garantía (objeto), lo que se hace en la escritura pública que contiene el contrato hipotecario (causa); y con relación al crédito deberá también determinarse su valor (objeto)"... (Conf.: "Sobre la hipoteca y la especialidad" - ED T. 108- p. 920) .----------

------ IV.- Que en mérito de lo expuesto, no es posible sustituir la caución real ordenada y debidamente cumplida por el incidentista por la hipoteca que ambas partes otrora formalizaron, pues ello iría contra los principios de convencionalidad y especialidad descriptos. Pues aún cuando alega el Sr. P. que el derecho real constituido se encuentra vigente, éste fue formalizado o convenido por las partes para afianzar otra cuestión, es

decir, su objeto es garantir el fiel cumplimiento de las obligaciones que el nombrado como adjudicatario de la permisión tiene a su cargo, siendo imposible modificar en esta Sede su objeto.----------

------ Ello no empece a que este Superior Tribunal modifique la caución real impuesta, inclinándose por otra de las alternativas que ///oportunamente brindara en el art. 2° de la Interlocutoria que otorga la cautela. Porque si bien es cierto que "... el embargo de dinero es el que mejor satisface la finalidad perseguida por la cautelar, no puede dejar de advertirse que la inmovilización de los fondos depositados … dificulta y entorpece …" (Cam. Civ. y Com. San Nicolás, 22.02.94, JA, 1994-IV-171), si cree conveniente el Sr. P. garantizar los supuestos perjuicios que eventualmente pudieran derivar de la tutela que solicitó y obtuvo con el mismo inmueble que se encuentra afectado con un gravamen a favor del IAS, no existe impedimento ninguno en aceptar como caución el embargo de esa propiedad en favor del mismo beneficiario de la hipoteca, con la consecuente restitución de la suma depositada a fin de no afectar y/o perjudicar innecesariamente al requirente.----------

------ Que tal medida, supondría -en el hipotético caso de que la cautelar originara daños al Instituto accionado- que éste tendría para efectivizar los mismos, una caución real sobre un inmueble que en su momento lo satisfizo como garantía de la vinculación que mantenía con el actor.- Ello no le crea ningún perjuicio, ya que el inmueble en cuestión reconocería como único privilegio una hipoteca anterior, y a su favor. Es decir, no habría modo de afectar, si procediera, la efectivización del embargo.----------

------ Ha de recordarse que "... El propósito de la contracautela exige que ella constituya una garantía lo suficientemente sólida como para cubrir los eventuales daños emergentes del indebido pedimento de la medida precautoria" (CNCiv., Sala D, octubre 5-982, LL 1983-A, ///297)". Además, "... La sustitución de la contracautela, cuya ponderación debe merituarse flexiblemente y con criterio de mutabilidad, ... consiste en un remedio anticipatorio al igual que la medida precautoria, aunque en resguardo de los eventuales daños y perjuicios que pudiere irrogar esta última. Por lo tanto, sólo es procedente tal reemplazo cuando la caución dada en suplencia garantiza suficientemente el eventual derecho indemnizatorio que pudiere corresponder al afectado por la cautelar" (publicado en JUBA: Sumario B2000847).----------

------ Por ello, valorando que a partir de la sustitución analizada, no existe perjuicio ninguno para la contraparte, en tanto, "... la calidad y graduación de la contracautela es facultad discrecional del juzgador, dependiendo a su vez de la mayor o menor verosimilitud del derecho y de la inminencia o probabilidad de acaecimiento de los posibles perjuicios a resguardar"... (SCBA - S. 21.5.1992; "Spivak, Juan", publicado en JUBA Sumario - B.150528), ello justifica sustituir la caución real en efectivo ordenada por la Sentencia Interlocutoria N° 25/SCA/07, disponiendo en su lugar trabar embargo, a favor del Instituto de Asistencia Social, sobre el mismo inmueble -objeto de hipoteca- individualizado catastralmente como Lote "//" de la Manzana ..... Y .... (**) de la ciudad de Rawson, Departamento del mismo nombre, de la Provincia del Chubut -datos proporcionados a fs. 31- de propiedad de A. O. P., ///por la suma de PESOS DIEZ MIL ($10.000) con el objeto de afianzar los eventuales daños y/o perjuicios que pudieran derivar de la cautela obtenida

por el propietario del inmueble, en el Expediente principal (art. 204 C.P.C.C). A tal efecto corresponde ordenar se libre Oficio al Registro de la Propiedad Inmueble.----------

------ Que una vez acreditada la inscripción de la medida, es factible que por Presidencia se ordene la restitución de los fondos oportunamente depositados.----------

------ Que con relación a las costas de esta Incidencia, atenta la forma en que se resuelve cabe imponerlas por su orden (art. 71 CPCC).-------

------ Que atenta la manda del art. 47° del Dto. Ley N° 2.200, T.O. Dto. N° 138/99, corresponde regular los honorarios del profesional interviniente por la actora, de conformidad con el art. 33 – último párrafo- de la misma norma arancelaria, ya que no cabe hacerlo a los representantes procesales del IAS (art. 2 del mismo cuerpo normativo).----------

------ Que por ello la Sala Civil, Comercial, Laboral, Contencioso Administrativa, de Familia y Minería del Superior Tribunal de Justicia;----------

///---------- R E S U E L V E:----------

------ 1º) SUSTITUIR la contracautela formalizada por el Sr. A. O. P. a fs. 29 en cumplimiento de la Sentencia Interlocutoria Nº 25/SCA/07, por la que por la presente se resuelve, y ORDENAR la traba de embargo sobre el inmueble individualizado como Lote "//" de la Manzana ..... y ..... (**) de la ciudad de Rawson, Departamento del mismo nombre, de la Provincia del Chubut -datos proporcionados a fs. 31-, por la suma de PESOS DIEZ MIL ($10.000) a favor del Instituto de Asistencia Social, con el que se afianzan los eventuales daños y/ o perjuicios que pudieran derivar de la cautela obtenida por el nombrado en el Expediente principal. A tal fin líbrese Oficio al Registro de la Propiedad Inmueble, para su anotación (art. 204 C.P.C.C.).----------

------ 2°) Acreditada la diligencia procesal de la medida mencionada, por Presidencia se dispondrá la restitución de los fondos depositados en el B. del C. S. según constancia obrante a fs. 29, librándose el cheque respectivo.----------

------ 3°) COSTAS de esta Incidencia por su orden (art. 71 C.P.C.C.)--

///--- 4°) REGULAR los honorarios del Dr. T. R. en el 4% de lo que le resulte regulado en estos autos (arts. 6°, 33° -último párrafo- y 47° del Dto. Ley N° 2.200 -T.O. Dto. Nº 138/99).----------

------ 5°) REGÍSTRESE y notifíquese.----------

Fdo. Dres. Daniel Luis CANEO, Fernando S.L. ROYER y José Luis PASUTTI.-
Recibida y registrada por Secretaría el 23/07/07 bajo el Nº 59/SCA/07