Comodoro Rivadavia, de noviembre de 2008.-

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados **"B., S. M. c/V., C. R. y Otra s/ MEDIDA CAUTELAR", Expte. Nro. 2/2008,** venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en la Civil y Comercial Nro. 2, Secretaría Nro. 3 (Expte. Nro. 507/2006), por haber interpuesto la parte demandada, a fs. 169/176, recurso de reposición con apelación en subsidio contra la resolución de fs. 119 que hace lugar a medida cautelar solicitada, habiendo sido denegado el primero y concedido el segundo conforme surge de fs. 222/224.

I.- La apelante funda el recurso en el mismo escrito de interposición. Sostiene que en autos no se dan ninguno de los presupuestos indicados en el art. 210 inc. 5 del C.Pr. para la procedencia de la medida cautelar, como tampoco se dan otros supuestos de embargo.- Argumenta que la norma exige contar con seguro y el Sr. V. lo tiene vigente y abonado, lo que se acredita con la póliza, más el talón de pago y la nota que el accionante introduce en la causa (fs. 5).- Indica que el letrado de la parte actora adjunta una nota, no de la propia aseguradora (titular de la póliza y legitimado activo del contrato), sino del A. C. A. (un mero agente asegurador) donde invoca que no tomará L. C. S.A. intervención en el asunto por carnet vencido.- Asevera que la C. de Seguro S.A. no resulta tampoco informada como liquidada, eso surge del informe que se consulta a través de Internet en la superintendencia de seguros de la Nación.- Señala que la causa penal que se adjunta en absoluto lo involucra, en consecuencia el indicado no está legitimado pasivamente para lanzarle una medida cautelar, puesto

que cumplió con la obligación legal.- Señala que el monto por el que prospera la medida cautelar de autos, carece de fundamento fáctico concreto y real, cuando no surge de los mismos ni siquiera una insinuación del daño causado.- Manifiesta que la contracautela debe guardar relación con el valor aproximado de los bienes inmovilizados, en este caso: la casa, el auto y salario, todo ello no por la única suma de $272.000, la misma orden del magistrado triplico el monto de cada bien afectado.- No se esperó conocer la traba efectiva de un bien y descontarlo, para luego seguir incrementando su valor.- Afirma que la medida cautelar esta dispuesta en exceso y afecta al salario en $272.000, la casa por idéntico monto y el auto por igual suma.- Expresa que necesariamente corresponde una limitación del embargo al monto que potencialmente puede prosperar en la causa principal.- Solicita se revoque la contracautela de caución juratoria por contracautela real, atento el grave daño que le ocasiona.- Finalmente peticiona se revoque el auto que dispone la medida cautelar en todas sus partes, con costas.-

Corrido traslado a fs. 177, la accionante lo contesta a fs. 181/187.- Solicita el rechazo del recurso con costas.-

II.- En primer término es dable señalar que cabe disponer el embargo preventivo en todos aquellos casos en que concurran los presupuestos comunes de las medidas cautelares, esto es, la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora, toda vez que los mismos constituyen los requisitos específicos de fundabilidad de la pretensión cautelar y, junto con la contracautela, configuran los presupuestos de la tutela

precautoria en nuestro régimen procesal.

Como lo sostiene la doctrina, si bien el dictado de medidas cautelares no exige un examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido, pesa sobre quien las solicita la carga de acreditar "prima facie" la existencia de la verosimilitud del derecho invocado y el peligro irreparable en la demora, ya que resulta exigible que se evidencien fehacientemente las razones que las justifiquen.

Por ello, el juez tiene el deber de apreciar con suma prudencia si se encuentran reunidos los requisitos de verosimilitud del derecho y peligro en la demora, a fin de no causar un perjuicio innecesario a la contraria.

Ahora bien, el código de rito regula una serie de supuestos específicos en los que la procedencia de dicha medida se sujetan a determinadas exigencias o presupuestos tanto de admisibilidad como de ejecutabilidad.-

Justamente el art. 210 inc. 5 del C.Pr. establece que podrá pedir embargo preventivo quien accione por daños y perjuicios derivados de eventos dañosos en que el o los presuntos responsables no contaren con el seguro de responsabilidad civil establecido por imperativo legal, reglamentario o contractual o que contando con dicho seguro la compañía aseguradora se encuentre en proceso de liquidación, al momento del juicio o en forma sobreviniente respectivamente, sin requerir ningún otro requisito (S.I. n° 67/04 Sala B y N° 38/2006 Sala A).-

Se trata de uno de los supuestos en que la ley presume la existencia de los presupuestos de admisibilidad de las medidas cautelares.-

Es que la norma de marras acepta que, al no haber cobertura asegurativa, existe la posibilidad que, para el caso de dictarse sentencia en contra de los demandados, estos no estén en condiciones de responder adecuadamente con su patrimonio.-

En este contexto, se observa que en autos no se ha verificado la presencia de los presupuestos que habilitan el dictado de la medida cautelar solicitada con fundamento en el art. 210 inc. 5° del C.Pr. y cctes del C.Pr.-

Ello así, el primero de los supuestos previstos legalmente –falta de seguro- no ha sido verificado en la presente causa desde que surge de las constancias de autos, talón de pago (vigencia de cobertura desde las 12hs. del 10/03/06 hasta las 12hs. del 10/04/06) y de la solicitud de seguro automotor (fs. 167vta./168) que el Sr. V. contaba con el seguro de vida obligatorio al momento del hecho acaecido con fecha 08 de abril de 2006 (fs. 110vta.).-

Asimismo surge que con posterioridad a la traba de la medida 05 de febrero de 2007 (fs. 119) fue citada en los autos principales La Caja de Seguros y el A. C. A. (fs. 165).-

Cabe agregar que la circunstancia que la Sra. T. G. careciera de licencia habilitante para conducir, en nada incide en lo que debe resolverse ya que dicha circunstancia deberá ser motivo de planteo en la litis por dicha aseguradora –quien, como ya se ha dicho anteriormente, se encuentra citada en juicio fs. 165, debiendo ser resuelta en la instancia de grado.-

Por todo lo dicho anteriormente, se concluye que en autos no se ha acreditado la existencia de los presupuestos que autorizan el dictado de la

medida peticionada. Ello autoriza la solución que proponemos, esto es, hacer lugar al recurso de apelación en subsidio interpuesto a fs. 169/176 y revocar la medida cautelar trabada en autos a fs. 119.

III.- En atención a cómo se resuelve las costas de esta instancia se imponen a la actora vencida (art. 68 del C.P.C.Ch.). A los fines de la regulación de honorarios por los trabajos realizados en esta instancia se tendrá en cuenta el resultado obtenido y la relación entre la gestión profesional y la probabilidad de efectiva satisfacción de la pretensión reclamada y las pautas de los arts. 6, 7 y 14 del Dto. Ley 2200 y su modificatoria ley 4335.

La Sra. Juez de Cámara Graciela Mercedes García Blanco dijo:

Resulta procedente el embargo preventivo en los juicios por indemnización de daños cuando existen elementos que, con las limitaciones propias de las cautelares contenidas en los requisitos básicos de admisibilidad, permiten formar idea, aunque sea aproximada, de la verosimilitud del derecho y del monto del crédito reclamado, porque la procedencia de embargo preventivo no se agota en los supuestos enumerados en el art. 209 a 212 del CPr., sino que cabe decretarlo en todos aquellos casos en que concurran los presupuestos comunes a las medidas cautelares (ver fs. 5 y 6/110).

Así, los tribunales deben evaluar, en cada caso, para disponer medidas precautorias, todas las circunstancias que estén presentes y disponer lo que mejor se ajuste a los valores en juego y la necesidad que las partes y el interés público no sufran daños inevitables o de difícil reparación. La medida

cautelar, si bien representa un “factum” en su realización no lo es en cuanto al fin perseguido, el cual está sometido al principio de subsunción jurídica y dispositivo del juez siendo una aplicación práctica de los deberes contenidos en el art. 34 inc. 5 del código ritual (Falcon, Enrique “Cod. Proc-...” Ed. Abeledo Perrot, 1988, T. 2 p. 254; íd. Fassi-Yañez, “Cod. Proc...”Ed. Astrea T. 2 ´.67).

Naturalmente, como en definitiva para la procedencia de la indemnización es menester una sentencia que determine la culpa en el deudor, debe haber serias apariencias del interés jurídico que justifique el anticipo de la garantía jurisdiccional y concurrir los requisitos típicos para su procedencia (Cf. Serantes Peña- Palma, "Código Procesal Civil", T. I, pág 196; Fassi, "Código...", T. I, pág. 332; Martínez Botos, " Medidas Cautelares", pág. 44; Ramírez, "Medidas Cautelares", pág. 8, 102; ED. 6-783; ED. 26-515; LL. 130-1073; LL. 114-835; LL. 1984-D-538; Novellino “Embargo y Desembargo”, p. 108).

Ello, sin que se valore el fondo de la materia, -porque en definitiva todas las acciones dependen necesariamente de una sentencia previa que las reconozca y declare su exigibilidad- aparece en este estadío jurídico provisional, como suficiente sustento para admitir el embargo preventivo solicitado.

En cuanto al recaudo del peligro en la demora, existiendo una correlación tal entre la verosimilitud del derecho y la alegación de un riesgo de un daño irreparable (el peligro en la demora), que ante una mayor certeza sobre el derecho invocado, el temor fundado de que tal derecho se frustre o minorie durante la sustanciación del proceso tendiente a su

reconocimiento se puede atenuar y viceversa (Cfme. CSJN 11/7/96, LL, 1997-E-143, esta Sala Sents. Interls. Nro. 168/04, 207/03 entre otras).

Con relación al requisito genérico común a toda medida cautelar de la contracautela (art. 199 Cpr.), corresponde señalar que el magistrado en su sentencia expresa que el beneficio de litigar sin gastos ha sido otorgado con fecha octubre de 2007.- Al respecto es uniformemente aceptado que para la procedencia de la excención de contracautela prevista en el art. 200 inc. 2 es preciso "que el beneficio de litigar sin gastos ya haya sido otorgado, y no meramente solicitado o que se encuentre en trámite" (CNCiv, Sala A, 3/6/96, LL 1997-D-850; íd. Sala C, 16/10/97, ll 1998-B-772).- En atención a ello y conforme lo expuesto ut supra, en el presente caso se determina la prestación de caución juratoria.

Pero sin perjuicio de entender que debe hacerse lugar al embargo preventivo, en el marco de las previsiones contenidas en el artículo 204 del ritual es dable proceder a la limitación de la medida decretada en exceso. La citada norma consagra la facultad-deber del juez de disponer la medida cautelar que mejor se adecue al derecho que se intenta proteger. El principio rector que inspira esta actuación es que en ningún caso un proceso debe causar perjuicios innecesarios.

La oportunidad de la Alzada de ejercer esta prerrogativa ha sido expresamente prevista para supuestos como el que nos ocupa. La doctrina, al plantearse este momento procesal, lo circunscribe para el magistrado de primera instancia hasta que la medida haya sido cumplida y notificada. Sin embargo para la Alzada –obviamente es otro-, se sostiene: "si la medida

es apelada, pidiéndose su levantamiento, la Cámara puede no acceder a ello, pero, en cambio, sustituirla por otra menos perjudicial o reducirla" (cfr. Fenocchietto- Arazi "Código Procesal, Civil y Comercial de la Nación Comentado y Concordado", T.1, Ed. Astrea, Bs.As. 1983,p.682, ídem Fassi-Yañez en "Código Procesal, Civil y Comercial Comentado Anotado y Concordado", T.2,Ed. Astrea, 3° edición actualizada y ampliada, p.67).

La actora, solicitó la medida por la suma de $272.000 en concepto de capital reclamado, con más la suma de ($55.000) presupuestados provisoriamente para responder a intereses y costas del juicio, lo cual es considerablemente elevado y es evidente, que violenta el orden cautelar que obliga al juez mediante un mandato específico –contenido en el artículo 204 CPCC- a impedir el ejercicio antifuncional de la pretensión cautelar. Así, se consagran dos pautas precisas que necesariamente deben ser meritadas en cada caso concreto: "evitar perjuicios o gravámenes innecesarios" y "tener en cuenta la importancia del derecho que se intenta proteger".

Y es facultad y deber de esta Alzada morigerar la cautela. Ante ello se observa que el embargo decretado sobre la totalidad de lo pedido constituye una protección en demasía, si bien los hechos alegados son de entidad suficiente, debe sopesarse la situación de las todas las partes involucradas en el proceso, estableciéndose en esta instancia cautelar un viso de ecuanimidad.

En función de lo expuesto, el embargo preventivo decretado deberá reducirse a cubrir la suma de pesos ciento cincuenta mil ($150.000) con más la

suma de pesos veinticinco mil ($25.000) provisoriamente presupuestados para responder a intereses y costas del juicio, por entender que mejor se adecua con el criterio que vengo sustentando para casos como el presente.

Las costas de ésta instancia se impondrán al apelante vencido.

Por ello, la **Sala B** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en Comodoro Rivadavia, con la disidencia de la Sra. Juez de Cámara Graciela Mercedes García Blanco,

R E S U E L V E:

1) Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto en subsidio por los demandados a fs. 169/176 y revocar la medida cautelar trabada a fs. 119.

2) Costas de esta instancia a la actora vencida. Regúlense los honorarios profesionales de los Dres. G. B. S. y E. de V. conjuntamente en el treinta por ciento (30%) y los del Dr. N. D. en el veinticinco por ciento (25%), a calcular en ambos casos sobre los que le fueron regulados en la instancia anterior por la presente incidencia.

3) Regístrese, notifíquese, devuélvase.

REGISTRADA BAJO EL NRO. AÑO 2008

DEL LIBRO DE SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS