Comodoro Rivadavia, de mayo de 2009.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados **"V., G. E. c/ C., N. B. s/ MEDIDA CAUTELAR (Prohibición de Innovar) (art. 250 del C.P.C.CH) Expte Nro. 130/2009,** venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia Nro. 2, Secretaria Nro. 3 (Expte. Nro. 545/08).

I.- Que llegan las presentes actuaciones a conocimiento de esta Alzada por haber interpuesto la demandada a fs. 28 del presente legajo recurso de apelación contra la resolución obrante a fs. 20 por la que se decretó la prohibición de innovar sobre el depósito a plazo fijo Nro. ********** y la indisponibilidad de tales fondos.

Expresa agravios a fs. 31/34vta., considera arbitraria la concesión de la medida solicitada por no estar configurados los presupuestos de toda medida cautelar: verosimilitud del derecho y el peligro en la demora. Respecto del primero, señala que los extremos en lo que se fundamenta la petición fueron constituidos unilateralmente por el actor. Indica que la pretensión de la propiedad del total de lo depositado carece de sustento pues su parte ha efectuado aportes a la vivienda común y el debate sobre la titularidad requiere amplitud probatoria. Acusa falta de una valoración prudente de los hechos por parte del a quo que hace lugar a la medida en desmedro de los intereses legítimos de su parte. Señala que en las medidas como la solicitada la valoración de las circunstancias debe ser muy cuidadosa.

Sostiene que no existe peligro en la demora ya que el actor podía presentarse al Banco para el cobro y no lo hizo.

Se agravia al sostener la improcedencia procesal de la prohibición de innovar sin la existencia de un proceso principal previo.

A fs. 37/40 contesta agravios la actora, solicitando el rechazo de los mismos.

II.- Surge de las constancias de la causa que la medida cautelar solicitada en el marco del art. 230 del CPr., tiene por objeto impedir que el B. M. pague el depósito a plazo fijo vencido el 31 de octubre de 2008 de titularidad indistinta de las partes en el presente proceso.

Relata el actor, que en oportunidad de intentar la renovación del depósito a plazo fijo advierte que el certificado del mismo no estaba en su casa razón por la que efectuó la correspondiente denuncia policial y la comunicación al Banco quien le informa que había concurrido la Sra. C., -su ex pareja y cotitular- presentando el certificado y requiriendo el pago total del mismo.

En el entendimiento que la demandada abusando de su confianza, le sustrajo el certificado y pretende cobrar el total del depósito, notificó al banco mediante acta notarial su oposición al pago, habida cuenta que si bien el plazo fijo de marras era de titularidad indistinta de ambos los fondos depositados le pertenecen en exclusiva en razón que la demandada no realiza ninguna actividad generativa de ingresos.

La urgencia, la justifica en la circunstancia que el propio banco le requiere orden judicial para evitar el pago a la tenedora del certificado.

III.- A los fines de analizar el caso traído a esta Alzada, corresponde recordar que hemos señalado reiteradamente, en el ámbito del juicio de probabilidades, a fin de evaluar la procedencia de

medidas cautelares, es al órgano jurisdiccional a quien compete evaluar todas las circunstancias que el asunto presente para disponer lo concerniente a medidas precautorias, teniendo en cuenta la mayor o menor verosimilitud del derecho y determinar la contracautela que mejor se ajuste a los valores en juego (CNCiv., Sala G, ED Rep. T. 17 p. 430).

Y 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 justifican y los jueces tiene el deber de apreciar con suma prudencia si se encuentran reunidos tales requisitos a fin de no causar un perjuicio innecesario a la contraria.

En el sub judice, los presupuestos de verosimilitud de derecho y peligro en la demora, no se avizoran, aun en el grado de superficialidad requerido para este estadio provisional.

En tal sentido, frente a un certificado de saldo deudor extendido indistintamente a favor del actor y la demandada conforme surge de los propios dichos del actor y la documental agregada a fs. 3 emanada del B. M. S.A., el recaudo de verosimilitud en el derecho no esta satisfecho para lograr la medida solicitada.

Sabido es que tratándose, como en el caso de, de un certificado de plazo fijo intransferible extendido indistintamente a la orden de dos personas, se presume que el crédito existente en la cuenta pertenece por partes iguales a ambos cotitulares, presunción derivada de las reglas legales sobre obligaciones indivisibles y sobre el condominio de

bienes (arts. 689 y 2708 del C.C.) y que rige entre las partes (Cfme. Villegas, Carlos Gilberto, “La cuenta corriente bancaria y el cheque” Ed. Depalma, Bs. As. 1986 p. 65).

En tales condiciones, a falta de acuerdo, precisión en contrario o prueba fehaciente, no cabe sino presumir que el importe depositado les pertenece a los titulares, por partes iguales (conf. CNCiv. Sala A, voto de la Dra. Luaces, en LL 1997-D-39 y sus citas; ídem Sala D, "G., N.E." del 13/3/84, ED en disco láser n°166162; ídem Sala D en LL 1991-B-257; ídem Sala F, "K.E.S. c/ P.B.H. s/ liquidación de sociedad conyugal", del 11/9/89, L.48997; ídem Sala B, voto de la Dra. Conde, en ED116-217). Y ello con independencia, en este estadio, de las razones que ahora arguye para justificar la medida solicitada.

Tales conclusiones, obstan la procedencia de la medida en los términos solicitada y hacen procedente la liberación del cincuenta por ciento (50%) a favor de la cotitular apelante Sra. N. B. C..

Elementales razones de seguridad y estabilidad de un sistema bancario eficiente y competitivo imponen esta solución. Es que no debe soslayarse que 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 (art. 204 del CPr.). 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 (Falcón, Enrique “Cód. Proc-...” Ed. Abeledo Perrot, 1988, T. 2 p. 254).

IV.- A fin de efectivizar lo dispuesto, en la instancia de grado deberá librarse oficio al B. M. S.A. haciéndole saber el levantamiento parcial de la medida de no innovar decretada sobre el plazo fijo Nro. ********** emitido el 1/9/2008 a nombre de V. G. E. y C., N. B. autorizando el pago del cincuenta por ciento (50%) del depósito a la cotitular Sra. N. B. C..

En este estado la Dra. Susana Melero dijo:

He sostenido que "…este tipo de medidas "no exigen de los magistrados el análisis de certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo su verosimilitud... el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra que atender aquello que no excede el marco de lo hipotético, dentro de lo cual se agota su virtualidad" (CS Fallos 306:2060, LL 1995 D-199 y otros).

Cabe apuntar el criterio de que "el rigor del fumus se puede atemperar, cuando existe riesgo cierto de periculum in mora y viceversa" (SI N° 51/SCA/00, conf. CN Fed. Cont, Adm. LL 120-763, 1984-A-265 -1993-B-424, Supl. Der. Adm. LL 20/2/98); siendo necesario "tutelar las pretensiones articuladas para que no resulten inocuos los pronunciamientos judiciales que concluyan los litigios. En consecuencia, la procedencia del recaudo no requiere la prueba terminante y plena del mismo sino la posibilidad razonable que el derecho exista" (Cfme. CNac. Civ. Sala B, 19/5/95, "Ricciardi, José v. Doll Toys S.A. y otro", citado en "Arias Alejandro J. v. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires", C. Nac. Civ. Sala B, 19/5/98, Fallo publicado en J.A. 1999-III- 48).

A partir de tales parámetros corresponde verificar los requisitos de procedencia.

En tal sentido, resulta indiscutible que el recaudo de verosimilitud en el derecho aparece disminuido frente a los derechos que la cotitularidad indistinta de un certificado a plazo fijo confiere, no obstante, al momento del dictado de la medida la alegación del peligro en la demora patentizado por la documentación acompañada (fs. 3) se presenta como suficiente para la admisión de la cautela pedida.

Del requerimiento por parte de la institución bancaria y la naturaleza consumible del bien que se pretendía cautelar, resulta patente la irreparabilidad del daño que provocaría al peticionante el cobro de las sumas depositadas a plazo fijo.

Existe 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 minorice 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).

Tal decisión quedó plenamente justificada al momento de su dictado, sobre todo teniendo en cuenta que la indisponibilidad de los fondos era total y para ambas partes, quedando salvaguardados los derechos de ambos cotitulares sobre la sumas depositadas a las resultas del proceso principal y sin que se advierta la posibilidad de otra medida que preservara los derechos del solicitante frente al cuadro de situación que describiera.

Bilateralizada la medida, con la apelación deducida, concurre un nuevo elemento de convicción cual es la existencia de una relación de convivencia entre las partes, que fuera asumida por la apelante y que da cuenta de los particulares efectos

patrimoniales que pudieran reconocerse entre las partes.

Ello conduce a la indisponibilidad de los fondos para resguardar los derechos que para cada una de las partes puedan derivar de la acción declarativa iniciada. Por el contrario, admitir el temperamento propiciado por la apelante implicaría un anticipo de tutela definitivo.

Tales razones convencen sobre la procedencia de la medida sobre el total de los fondos depositados a plazo fijo.

En cuanto al recaudo de la contracautela, atendiendo al objeto cautelado, la caución juratoria dispuesta, aparece suficiente para responder a los eventuales daños y perjuicios que pudiera ocasionar la medida si resulta pedida sin derecho.

Decidido lo anterior, para cumplir acabadamente con la finalidad perseguida por la presente y no mantener improductivo el capital mientras dura la sustanciación del juicio principal, corresponde disponer el mantenimiento del plazo fijo Nro. ********** y su renovación automática en los mismos términos y condiciones que fuera tomado por las partes, hasta tanto recaiga resolución definitiva o acuerdo entre partes.

V.- Las costas de esta instancia, en mérito a la cuestión debatida y la cotitularidad del bien cautelado corresponde se impongan por su orden. Se regularán los honorarios de los letrados intervinientes conforme lo dispuesto en los art. 33 y 47 de la ley arancelaria, teniendo en cuenta la eficacia de la labor y los demás parámetros establecidos en la normativa aludida.

Por ello, la **sala B** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento

en Comodoro Rivadavia, con la disidencia de la Dra. Nélida Susana Melero,

R E S U E L V E:

1)Admitir el recurso de apelación interpuesto por la demandada.

2)Modificar parcialmente la medida de no innovar dispuesta a fs. 20 y disponer el levantamiento del cincuenta por ciento (50%) de la prohibición de innovar decretada sobre el plazo fijo Nro. **********.

3)Librar el oficio correspondiente conforme el considerando IV.

4)Costas por su orden atento el considerando respectivo. Regular los honorarios profesionales de las Dras. L. J. M. y A. C. R. en el tres por ciento (3%) de los que se le regulen en la causa principal y los de las Dras. C. E. Q. y D. C. S. en el tres por ciento (3%) a calcular sobre los que le resulten regulados en la causa principal.

5)Regístrese, notifíquese y devuélvase.

REGISTRADA BAJO EL N° DEL AÑO 2009

DEL LIBRO DE SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS