Comodoro Rivadavia, de julio de009.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados: **"D. J. M. S.R.L. en Expte no. 08/06 s/LEVANTAMIENTO DE MEDIDA CAUTELAR" Expte no. 177/2009,** venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia Civil, Comercial, Laboral, Rural y Minería de Sarmiento (Expte no. 95/2008), por haber interpuesto la incidentista a fs.146 y la incidentada a fs. 150, sendos recursos de apelación contra la sentencia interlocutoria de fs. 136/145, que rechaza la pretensión de la incidentista de levantar, sustituir y declarar caduca la medida cautelar de no innovar decretada, hace lugar a la caución real peticionada, fija el monto de la misma e impone costas.

A fs. 152, expresa agravios la incidentada-actora en los autos principales- e impugna el punto 2) del resolutorio apelado que impone la prestación de caución real a la actora en la suma de $ 10.000. Reitera que ha resistido dicha pretensión. Señala que la norma por la que se dictó la medida – art 613 del CPr-, no contiene la previsión de recaudos especiales como fianza o caución. Agrega que la cautelar de autos no tiene contenido económico, sino que tiende a mantener el status quo vigente al momento de la traba de la litis. Advierte que la contraria no alega cual es el perjuicio sufrido por su parte como consecuencia de la cautelar. Sostiene que es incompatible establecer una caución real por la imposición de astreintes en el principal. Destaca que el peticionante no ha acreditado la insuficiencia de la caución juratoria prestada por su parte. Sostiene que debe tenerse en cuenta que sus mandantes son titulares dominiales del inmueble en cuestión. Agrega que el principal está próximo a

culminar y que han transcurrido tres años desde el dictado de la medida, por lo que considera, que la suficiencia de la caución juratoria ha quedado demostrada. Solicita se revoque el punto 2) del fallo en crisis.

A fs. 160/163vta., expresa agravios la incidentada y critica el rechazo del levantamiento, de la sustitución de la cautelar y de la caducidad de la prohibición de innovar. Señala que el rechazo con motivo de que las condiciones que motivaron el dictado de la misma persisten, resulta erróneo. Señala que de la prueba rendida en autos surge que dichas circunstancias han variado y que se encuentran desvirtuados los requisitos de verosimilitud del derecho y peligro en la demora invocados por la actora en el principal. Remite a las constancias obrantes en la causa y testimonios vertidos, que objetivamente demuestran que no se registran las notas típicas que con relación a la posesión determinan los artículos 2369 y 2370 del Código Civil. Agregan que el análisis de dichas constancias no implica incurrir en prejuzgamiento. Continúan diciendo que de ellas surge la improcedencia del dictado de la medida y por ende, su levantamiento o en su defecto, la sustitución o eventualmente la caducidad de la cautelar, conforme se peticionó. Reiteran que procede la caducidad de la cautelar en virtud que la misma excede el objeto de la demanda, que se limitó a una determinada superficie del inmueble y en cuanto trasciende el mismo. Agrega que con relación a ello la actora incidentada no dedujo la pertinente demanda en el plazo de ley. Critica el monto de la caución real fijado por el magistrado, por

insuficiente con relación a los daños que se pretenden asegurar. Mantiene el planteo del caso federal.

A fs. 164/166, y 169/1776vta, obran las respectivas contestaciones de agravios de ambas partes.

De la lectura del expediente principal elevado junto con el presente (Expte no. 08/06), se observa que los actores a fs. 17/23 promueven interdicto de recobrar la posesión de un potrero alambrado de una superficie de 14has. y 28 áreas con vivienda precaria y galpón e interdicto de retener la posesión " de la zona aledaña donde se puede apreciar la existencia de postes..." (sic. III- Objeto. 2) Seguidamente, relatan los hechos y la actividad que desarrollarían en los lotes 15 y 16 individualizados, exponen los presupuestos de las acciones intentadas y, en el punto VI de su escrito, peticionan como cautelar se dicte medida de no innovar conforme las previsiones del artículo 613 del CPr. Requieren además que la medida contemple el cese de todo acto turbatorio por parte de la demandada, los que enuncia a modo de ejemplo, en los predios de su propiedad ubicados en los lotes 15 y 16 (fs. 21).

A fs. 71/74vta, adecuan la demanda y amplían la prueba ofrecida.

Finalmente, el tribunal en fecha 18 de abril de 2006, dicta el proveído que decreta la medida de no innovar en la situación fáctica existente a la fecha, en base a la normativa del artículo 613 del CPr. y bajo apercibimiento de multa (fs. 75).

El proceso principal se encuentra en trámite, en la etapa de prueba.

En el incidente que nos ocupa, la demandada incidentista solicita el levantamiento de la

medida de no innovar porque la misma es de carácter provisional- como toda medida cautelar- y, de las constancias de los autos principales surgiría la falta de verosimilitud del derecho y peligro en la demora invocados para su otorgamiento; en subsidio, peticiona la sustitución de la cautelar decretada por un seguro de caución o mediante el ofrecimiento de un bien a embargo, o por la que el magistrado determine, conforme los argumentos que expone en su escrito. Asimismo, peticiona se disponga la obligación de prestar caución real a los actores.

A fs. 49, peticiona la caducidad de la medida cautelar conforme los fundamentos expuestos en su escrito, a los que remitimos por razones de brevedad.

Sustanciadas las peticiones con los actores incidentados, el tribunal dicta la sentencia interlocutoria de fs. 136/144vta. que rechaza parcialmente la pretensión del demandado incidentista y, hace lugar a la caución real.

II- Delimitada así la cuestión que viene a estudio cabe señalar que la cautelar que nos ocupa ---medida de no innovar decretada dentro del marco del interdicto de retener (art 613 CPr)- encuentra su fundamento en la norma general del artículo 230 del CPr, esto es, su dictado tiende a mantener la situación fáctica o de derecho al tiempo del litigio.

Sostiene la doctrina que este tipo de medidas tienden como finalidad impedir que se alteren las situaciones de hecho y de derecho que a la postre, hicieran ilusoria la sentencia y a fin de evitar perjuicios irreparables.

La admisibilidad de la medida depende de la verosimilitud del derecho, peligro en la demora, la

existencia de un proceso pendiente y que no haya otra medida menos perjudicial para asegurar el objeto perseguido.

El recurrente insiste que conforme surge de las constancias y pruebas rendidas en el proceso principal (interdictos de retener y recobrar) la situación fáctica y circunstancias denunciadas por los actores no existe, por lo que, entiende no se encuentran acreditados en el particular tanto la verosimilitud del derecho invocado como también el peligro en la demora.

Como se señaló precedentemente, el proceso principal se encuentra en trámite, sin que la etapa de prueba haya finalizado, con lo cual, determinar en esta etapa procesal y dentro del proceso cautelar, si existe o existió posesión por algunas de las partes litigantes sobre los lotes ** y ** en discusión o sobre parte de ellos, excede el marco de discusión del presente incidente. Es sabido que para el dictado de las medidas cautelares no se exige la certeza del derecho invocado sino sólo la posibilidad de que el mismo exista, grado de convencimiento que hasta esta oportunidad no ha sido enervado, sin perjuicio de lo que resulte del mayor debate en el juicio principal.

Ello, sin soslayar el estrecho marco de estudio del interdicto pues, este instituto sólo protege y ampara el "hecho" de la posesión o tenencia mandando cesar los actos que la perturben, lo que impide debatir cuestiones relacionadas con la posesión misma, en consecuencia, adelantamos que cualquier discusión al respecto es improponible.

Con relación al peligro en la demora atento que el mismo consiste en el riesgo que los actos que se denuncian perturben o amenacen la posesión del accionante, dicho extremo, en esta etapa procesal, se encuentra acreditado y no puede aducirse variación alguna.

Conforme lo señalado, es pertinente concluir que las circunstancias tenidas en consideración para el dictado de la cautelar no han sufrido modificación alguna- insistimos- en esta etapa procesal, que habilite un cambio de criterio en dicho sentido.

El ofrecimiento de sustituir la medida por un seguro de caución u otro bien, es improcedente. Ello por cuanto su finalidad es, precisamente, mantener la situación fáctica y de derecho al momento de trabar la cautelar y, el cese de actos que perturben o amenacen la posesión o tenencia de los lotes denunciados. Es claro, que las medidas ofrecidas no cumplen con la finalidad perseguida por la cautelar ordenada ni otorgan la suficiente garantía de proteger en caso de obtener sentencia favorable, el derecho de los actores. Sobretodo, porque en los interdictos de retener no cabe discusión alguna respecto a daños y perjuicios.

Tampoco puede prosperar el pedido de caducidad de la medida. El aumento relativo al exceso del límite de la pretensión de la demanda, no es exacto. Como surge del escrito de demanda, los actores promovieron por una parte interdicto de recobrar respecto a la porción de los lotes que denuncian, de retener la posesión respecto a las zonas aledañas de los mismos; y de cese de todo acto que turbe su

posesión o amenace su ejercicio. De ello, se desprende que sin perjuicio de la mayor o menor superficie denunciada por los accionantes, la pretensión está dirigida a evitar toda perturbación de su posesión sobre los lotes 15 y 16 sobre los que manifiestan desarrollar actividades agropecuarias. En consecuencia, su objeto se circunscribe a la ocupación o construcción de las viviendas y extensión de alambrados denunciados, sino a todo acto de la contraria que perturbe su posesión. Por ello, la caducidad de la cautelar en base al fundamento expuesto por el recurrente no puede prosperar por no corresponder a las constancias del expediente.

Ahora bien, actor y demandado critican la caución real impuesta, unos, porque considera a la misma insuficiente, otros, al contrario, porque entienden que deviene innecesaria y excesiva.

Conforme surge de autos, el tribunal en su oportunidad dictó la medida dentro del marco impuesto por las previsiones del artículo 613 del CPr.(actual 619 Digesto Jurídico).Dicha normativa no prevé recaudo alguno, sin embargo, la caución es requisito de toda cautelar en resguardo de los derechos de la afectada.

Esta cuestión se debe resolver con base en la naturaleza de la medida de no innovar. La que encuentra sustento en el principio de inalteralidad con el fin de evitar perjuicios irreparables o sentencias ilusorias. Es decir, se trata de impedir que durante el curso del proceso se modifique la situación de hecho o derecho, cuando esa alteración podría influir en la sentencia o tornar ineficaz o imposible su ejecución o producir perjuicios inncesarios.

Sostiene la doctrina y jurisprudencia, que esta medida es la que concreta, en el aspecto cautelar, el principio de igualdad de las partes, fundamento y finalidad expresamente reconocidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN Fallos 247:63, 251:336, entre otros), habiéndose dicho también que no sólo mantiene el principio de igualdad sino que está destinada a resguardar los de lealtad y buena fe, (Ver en este sentido CSJ Salta. 26/09/2005. " Empresa de Distribución de electricidad de Salta.EDESA S.A." LLNOA, 2006 (abril) 271. La Ley Online), siendo éstos aspectos los que se encuentran configurados en autos.

Por lo expuesto, de la conducta procesal demostrada por los actores incidentados no puede inferirse que los mismos intenten sustraerse de sus obligaciones y responsabilidades. En función de ello, del tiempo transcurrido, del avanzado estado del trámite del principal y por no haber acreditado la peticionante los supuestos perjuicios que la medida le ocasionan, razones de prudencia aconsejan no modificar la modalidad impuesta originalmente y determinar que la caución a imponer es juratoria, modificándose así, lo resuelto en la instancia de origen. Todo ello, sin perjuicio que la parte ejerza en la instancia oportuna la facultad que le otorga el art 210 del CPr –antes 208-)

Por todo lo expuesto, se rechaza el recurso de apelación interpuesto por el incidentista a fs. 146, se hace lugar al recurso de apelación de la incidentada de fs 150, y en consecuencia, se revoca el punto 2) del resolutorio de fs. 136/145 dejando sin efecto la caución real dispuesta por el tribunal de origen.

Atento el modo de resolver la cuestión, por no implicar la entidad de las cuestiones y éxito obtenido una modificación del criterio sostenido en la instancia de grado, las costas en ambas instancias se imponen por su orden. Regular los honorarios de los profesionales actuantes de conformidad con la labor desarrollada, etapas cumplidas y éxito obtenido (arts 6,7,8,9,33, 14 y ss ley 4335 t.o).

Por ello, la **Sala A** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en Comodoro Rivadavia,

R E S U E L V E:

1°) Rechazar el recurso de apelación del incidentista de fs. 146 y, hacer lugar al recurso de apelación del incidentado contra la sentencia de fs. 136/145. En consecuencia, revocar el punto 2) de la parte resolutiva de la sentencia de grado y dejar sin efecto la caución real impuesta a la actora.

2) Costas de ambas instancias por su orden. Regular los honorarios profesionales del Dr. J: M. en el 25 % y de los Dres E. R. H., E. G. H. J. y K. A. A., en forma conjunta, en el 25 % de los de la incidencia de primera instancia.(arts 5, 7, 13, 32 y ss de la ley de aranceles para abogados).

4°) Tener presente la reserva del caso federal de fs. 163.

5) Notifíquese, regístrese, devuélvase.

La presente sentencia es firmada por dos Jueces de Cámara en virtud de encontrarse en uso de licencia el doctor Fernando Nahuelanca y haber concordado en la solución del caso (Ley V Nro. 17 y art. 274 CCCCh.).-