000339/2009

---- Trelew, de junio de 2.009.-

---- VISTO:----------

---- El recurso de apelación interpuesto a fs. 131, contra la sentencia interlocutoria de fs. 126/128, concedido que fuera el mismo a fs. 133, fundado mediante el memorial de agravios de fs. 137/139, corrido traslado a la contraria a fs. 140, contestado el traslado conferido mediante la presentación de fs. 141/142.----------

---- Y CONSIDERANDO:----------

---- I.- A fs. 126/128 la Sentenciante de grado rechaza el pedido de levantamiento de embargo y mejora de contracautela efectuado por el codemandado Sr. C. F. G.. Impone las costas del incidente al codemandado vencido y regula honorarios. Funda el rechazo del levantamiento peticionado en que el embargo preventivo cuyo levantamiento se solicita fue decretado a fs. 25, por las razones que individualiza, sin que se haya demostrado la variación de los presupuestos que dieran lugar a la medida cautelar dispuesta. Con relación a la solicitud de mejora de la contracautela señala que la graduación de la misma se halla a cargo del juez, quien debe ponderar prudentemente la mayor o menor verosimilitud del derecho alegado, el valor presunto de los bienes inmovilizados, del daño que eventualmente pueda producirse, la conducta de los justiciables y toda otra circunstancia del caso computable. Puntualiza que en el supuesto bajo estudio la verosimilitud del derecho, *prima facie*, es mayor, obteniéndose por ello mayor certeza respecto al derecho alegado, exigiéndose así menor contracautela al embargante. A mayor abundamiento resalta que el codemandado no sustenta su solicitud de cambio de cautela, sino que se limita a mencionar en forma genérica la eventual responsabilidad en cabeza del actor respecto a los daños y perjuicios por parte del demandado, lo que califica de insuficiente para sostener su petición.----------

---- II.- A fs. 131 el Sr. C. F. G., por su propio derecho, con el patrocinio de los Dres. A. M. S. y A. P. A., apela lo resuelto. Concedido a fs. 133 el recurso interpuesto, expresa agravios mediante el memorial de fs. 137/139. Se agravia del rechazo del levantamiento del embargo bajo caución juratoria que pesa sobre sus bienes. Invoca que la medida cautelar trabada en autos perjudica sobremanera a su parte. Afirma que en autos no existe ningún crédito que garantizar. Argumenta que hasta tanto no se dicte una sentencia favorable ninguna de las partes tiene habilitada la obtención de una medida cautelar, salvo que ocurrieren circunstancias que no se observan en estos actuados. Entiende que en los términos en que ha quedado trabada la litis, lejos puede encontrarse alguna de las partes de tener un derecho más verosímil que la otra. Esgrime que yerra la a quo al sostener que no ha existido un cambio de la situación fáctica al momento de otorgarse la medida cautelar, toda vez que la citada en garantía que compareció en juicio no negó ni interpuso excepciones o limitaciones respecto de la cobertura que su parte sostiene tener, por lo cual ante una eventual sentencia favorable

al actor su crédito se vería suficientemente protegido, variando así los presupuestos en los cuales se basó la medida cautelar recurrida. Cita doctrina. A continuación se agravia del rechazo del pedido de mejora de la contracautela. Denuncia que nos encontramos con una situación que viola el principio de bilateralidad requerido en las medidas cautelares, como así también el principio constitucional de igualdad ante la ley. Afirma que no existe ningún motivo para que su parte deba soportar un embargo preventivo mientras que la contracautela del actor sea una caución juratoria. Puntualiza que la naturaleza del pleito es sumamente contradictoria, por lo que entiende resulta imposible acreditar un acabado *fumus bonis iuris*. Señala que la contracautela juratoria se encuentra reservada para los supuestos de máxima verosimilitud en el derecho, situación que afirma ausente en las presentes actuaciones. Cita jurisprudencia. Peticiona se revoque la decisión recurrida en cuanto ha sido materia de agravios, con costas.----------

---- III.- A fs. 141/142 contesta la contraria el traslado que le fuera conferido a fs. 140. Señala que en contra de lo sostenido por el apelante, el crédito (monto) se encuentra acabadamente acreditado con la factura, presupuestos, fotos y acta de choque oportunamente adjuntada. Puntualiza que es de aplicación lo dispuesto por el art. 1113, C.C., por lo que el codemandado deberá probar la culpa de la víctima o de un tercero por quien no deba responder, extremos que, afirma, hasta ahora no ha acreditado. Analiza que existe una clara adecuación entre la suma por la que se ordenara el embargo y el bien sobre el cual se trabara la medida. Invoca que la situación fáctica no ha variado, ya que el hecho de que el demandado posea el respaldo de una Aseguradora no implica necesariamente que la misma vaya a ser solvente al momento de la sentencia o, peor aún, que ésta exista. Cita jurisprudencia de ambas salas de esta Cámara relativa a la prioridad de paso de quienes circulan por la derecha. Esgrime que el apelante no intentó ni logró probar la ausencia de los requisitos necesarios para el otorgamiento de una medida cautelar de este tipo. Finalmente entiende que en supuestos como el presente donde la verosimilitud del derecho es evidente, no corresponde exigir una contracautela mayor a la ya otorgada. Afirma que el hipotético desmedro que podría sufrir el codemandado es inexistente y que la vaguedad del planteo es evidente. Peticiona se confirme la sentencia interlocutoria apelada en todas sus partes, con costas.----------

---- IV.- La resolución apelada fue dictada en el marco de un incidente de levantamiento de embargo, el que fuera deducido por el co-demandado Sr. C. F. G. en la oportunidad de contestar demanda (ver fs. 83/vta. ap. VIII). Esto es, el demandado apelante consintió la medida cautelar decretada a fs. 25, en los términos allí dispuesta, y planteó por incidente el levantamiento del embargo dispuesto.----------

---- En principio, el auto que decreta un embargo debe ser impugnado mediante los recursos de reposición, apelación en subsidio y apelación previstos en los artículos 198 y 242 del Código Procesal, quedando reservada la vía incidental para el levantamiento

del mismo frente a un posterior cambio de las circunstancias que lo motivaron (art. 202, Cód. Proc.) (SIC 162/07, con cita de Jorge L. Kielmanovich, “Medidas Cautelares”, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2.000, pág. 262 y ssgts.).----------

---- Es criterio sostenido por esta Sala que si la parte afectada por la traba de una medida cautelar no interpuso oportunamente los recursos pertinentes, no puede reclamar por la vía incidental su levantamiento, sin acreditar que haya variado la situación fáctica existente al momento de decretarse la misma (SIC 24/02, Sala B, con cita de Eduardo N de Lázzari, “Medidas Cautelares”, Buenos Aires, 1986, pág. 104).-----

---- Como consecuencia de que la medida cautelar es esencialmente mutable (conf. arts. 202, 203 y concs., CPCC), el auto que la decreta no causa estado. En síntesis: no tiene fuerza material de cosa juzgada de donde resulta que su modificación puede ser solicitada en cualquier momento sin que exista plazo alguno que limite tal posibilidad. Empero, dicha consecuencia no conlleva la derogación del principio referido dado que éste mantiene su autoridad cual lo hace en cualquier clase de procedimiento (Norberto J. Novellino, “Embargo y Desembargo y Demás Medidas Cautelares”, La Ley, 2.005, pág. 45).----------

---- Por lo tanto, corresponde armonizar la cuestión teniendo en cuenta algunos casos particulares. Así, por ejemplo, cabe señalar que no puede pedirse una modificación de la cautelar *so* pretexto de que la medida trabada fue excesiva si la parte supuestamente afectada por ella no interpuso recurso alguno al momento en que se hizo lugar a la cautelar (Norberto J. Novellino, Op. Cit., pág. 45).----------

---- Es que, si la parte se limita a hacer referencia a la improcedencia del embargo trabado, el cual debe ser atacado mediante el pertinente recurso, en la oportunidad debida, la pretensión de su levantamiento resulta inadmisible (SIC 24/02, Sala B, con cita de CNCiv., Sala A, L.L., 1992-E-525).----------

---- Y, los fundamentos por los que el demandado requiriera el levantamiento de la medida dispuesta refieren en su totalidad a la improcedencia del embargo decretado. Es que, los cuestionamientos vertidos por el recurrente por ante la instancia antecedente se circunscribieron a: 1) no haber acreditado el actor y ser falso que el demandado carece de otros bienes, 2) no encontrarse acreditada ninguna supuesta transferencia simulada de los bienes del demandado, 3) ante el hipotético e improbable caso de existir una condena en autos también se encuentra garantizado el futuro crédito bajo la cobertura de la citada en garantía, 4) la insuficiencia o precariedad del patrimonio del deudor no es causal que autorice medida cautelar alguna. Y, ninguna de tales circunstancias refiere a la variación de la situación fáctica existente al momento de decretarse a fs. 25 la medida cuestionada. Es que ni el actor en su pedido ni la Jueza al proveer la medida requerida basaron su requerimiento y su decisión en la ausencia de la citada en garantía o en su falta de cobertura y el co-demandado apelante conocía en el momento en que la medida cautelar fuera dispuesta la cobertura de seguro de la que era acreedor, argumento que pudo válidamente deducir de haber interpuesto recurso de

revocatoria y apelación subsidiaria o de apelación directa contra la medida decretada a fs. 25.----------

---- Tampoco refieren a la exigida variación de las circunstancias los argumentos vertidos por el recurrente en su presentación de fs. 137/139 referidos a: 1) el perjuicio que le ocasiona la medida cautelar trabada, 2) la inexistencia de crédito que garantizar, y 3) la ausencia de un derecho verosímil.----------

---- En tal sentido, no invoca el recurrente la modificación de la situación fáctica obrante al dictado del embargo dispuesto, sino que por el contrario cuestiona la medida decretada con fundamento en el perjuicio que le ocasiona la medida dispuesta, la deficiente verosimilitud en el derecho y la cobertura de la citada en garantía, agravios todos que en su caso debieron ser esgrimidos mediante la interposición del recurso de apelación directa o en subsidio del de revocatoria contra la providencia de fs. 25.----------

---- Por lo demás, el hecho que invoca como cambio de la situación fáctica –que la citada en garantía compareció a juicio y no negó ni interpuso excepciones o limitaciones respecto de la cobertura que su parte sostiene tener, por lo cual ante una eventual sentencia favorable al actor su crédito se vería suficientemente protegido-, a mas de la valoración que ya se hiciera del mismo, no fue invocado por la parte apelante al deducir el incidente de levantamiento de la medida dispuesta (fs. 83/vta.), es mas, en tal momento, la citada en garantía ni siquiera había contestado demanda, lo que recién hiciera a fs. 109/112. Y, de conformidad con lo dispuesto por el art. 277 del código adjetivo el tribunal de Alzada no puede conocer de aquellos capítulos que la parte ha omitido proponer oportuna y adecuadamente en la instancia de grado.----------

---- Finalmente, análogos fundamentos resultan de aplicación para desestimar la mejora en la contracautela perseguida por el apelante. Es que, también para que proceda la mejora de la contracautela el peticionante debe probar que se alteraron las circunstancias que el juez tuvo en cuenta al otorgarla, puesto que de otro modo, nunca tendría estabilidad una resolución judicial que valora la entidad de la contracautela (Elena I. Highton, Beatriz A. Areán, “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2005, t. 4, pág. 150), y los agravios vertidos se dirigen a cuestionar la procedencia de la contracautela escogida –v.gr. por violar los principios de bilateralidad y de igualdad y por no darse los presupuestos para que dicha caución proceda-, sin invocar la alteración de las circunstancia que la Juez tuvo en cuenta al momento de fijarla, circunstancia que determina la improcedencia de lo pretendido.-------

---- Ello así, ha de confirmarse la sentencia de fs. 126/128.----------

---- En su mérito, la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones con asiento en la ciudad de Trelew RESUELVE:----------

---- CONFIRMAR la sentencia interlocutoria de fs. 126/128.----------

---- IMPONER las costas de alzada a la parte apelante vencida (arts. 68, 69 y concs., CPCC).----------

---- REGULAR los honorarios correspondientes a los Dres. A. P. A. y A. M. S., letrados patrocinantes de la parte apelante, en conjunto, en mérito a la extensión, calidad, eficacia de la labor profesional cumplida y al resultado obtenido, en un 25 % de los que a su favor fueran establecidos por su actuación en la instancia antecedente, y los correspondientes al Dr. R. L., letrado apoderado del actor, por idénticos parámetros y concepto, en un 30 % de los que a favor de la representación letrada de la parte actora fueran establecidos por su actuación en primera instancia (art. 14, ley 2.200 y modif.).----------

---- Regístrese, notifíquese y devuélvase.----------

---- REGISTRADA BAJO EL Nº _____ DE 2009 – SIC.- CONSTE.----------

CECILIA INES CORNEO
SECRETARIA DE CAMARA