000412/2010

Comodoro Rivadavia, de febrero de 2011

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados: **"G. S., W. H. Y OTRO c/ C. A. D. P. S.A. (C.) s/ EMBARGO PREVENTIVO"**, Expte. Nro. 412/2010, venidos del Juzgado de Primera Instancia Civil y Comercial Nro. 1, Secretaría Nro. 2 (Expte. Nro. 416/2008).

I.- Llegan las presentes actuaciones a conocimiento de esta Alzada por haber interpuesto la parte demandada a fs. 161 recurso de apelación contra la resolución de fs. 155/156vta. que rechazó el levantamiento de embargo.

Se agravia la recurrente porque sostiene que el a quo fundó su decisión en que no se acreditaron circunstancias posteriores a la traba de la medida que habiliten su modificación. Se queja porque el sentenciante entiende que no impugnada la resolución que ordenó la traba de la medida, mediante acreditación de circunstancias anteriores, la misma está firme y consentida, es decir que habla de preclusión por falta de recurso. Señala que es de la esencia de las medidas cautelares su mutabilidad y que decretadas sin previa intervención del sujeto pasivo, la presunción de verosimilitud de derecho que el sentenciante efectúe, puede ser cuestionada por el destinatario de la medida. Entiende que resulta antojadizo y limitativo del derecho de defensa, la exigencia de peticionar el levantamiento con base en circunstancias posteriores.

Indica también que el juez se equivoca cuando sostiene que se expusieron circunstancias que no son posteriores al decreto de embargo preventivo pues el contrato que acreditara la verosimilitud del derecho

invocado por la actora, es del 12 de agosto de 2004 y las documentales acercadas por su parte son posteriores y no presentadas por el actor no fueron conocidas y valoradas por el juez al dictar el embargo preventivo.

Señala que al afirmar el juez que no surge acreditado prima facie con claridad meridiana el pago de los conceptos reclamados implica un prejuzgamiento y exigir el pago de un crédito que se considera inexistente, dando por existente el derecho invocado por la actora antes de dictar sentencia en el proceso principal. Denuncia arbitrariedad y dogmatismo en la sentencia por avocarse a juzgar "una cosa" que nadie propuso. Entiende que si la procedencia del levantamiento de un embargo millonario, que recae sobre bienes de capital de altísimo valor sin más contracautela que la juratoria esta sujeta a probar el pago de un derecho que esa parte niega, se lo está condenando a la mas absoluta indefensión.

Precisa que se omitió toda consideración sobre lo que expuso para acreditar el cese de la medida tal como que el contrato que invoca el embargante para acreditar su derecho se refiere a un objeto diverso del crédito que reclama. Explica que el contrato al que refiere el actor tenía por objeto la determinación y recupero de créditos fiscales de IVA por exportaciones, mientras que el objeto de la demanda refiere a honorarios por recupero de créditos fiscales del impuesto a las ganancias. Sumado a ello que el contrato es de agosto de 2004 y el crédito por impuesto a las ganancias que reclama solo pudo establecerse en abril de 2005 por lo que mal pudo haberse encomendado el recupero de un crédito que a la fecha del contrato todavía no existía. Asimismo, se señaló la falta de

verosimilitud del crédito reclamado en que no acreditó la actora haber emitido y entregado factura alguna, por el contrario se acompañaron las facturas emitidas por la cautelante en el cobro de los honorarios devengados por la encomienda del contrato del 12 de agosto de 2004 y los recibos que emitió.

A fs. 168/169 contesta agravios la actora.

II.- Atento los términos de los agravios, corresponde en primer lugar delimitar la cuestión relativa a la provisionalidad de la medida y la posibilidad de modificación de la misma frente a la falta de impugnación del decreto que la ordena.

De la argumentación del recurrente se desprende confusión respecto a la mutabilidad y flexibilidad que caracterizan a las medidas cautelares con la posibilidad de impugnar indefinidamente una medida cautelar.

Dos posibilidades le asisten al afectado por una medida cautelar: requerir su levantamiento o apelar la decisión.

El recurrente peticionó el levantamiento de la cautelar dictada, por tanto debió invocar y acreditar la cesación de las causas que motivaron su dictado. No obstante cuestionó el examen de verosimilitud efectuado por el juez al despachar la medida y en tal sentido no cumplió con el recaudo previsto por la norma contenida en el art. 204 del CPr. según D.J. Por ello aun cuando postuló su pretensión como levantamiento de embargo, en realidad se trata de una impugnación contra el decreto de la misma.

Se ha señalado que a los efectos de delimitar la aplicación de la norma del art. 204, debe

considerarse que las vías recursivas del art. 198 resultan aplicables si la revisión "supone el análisis de la misma plataforma fáctica y jurídica tenida en cuenta al disponerse la cautela sin que se haya registrado a su respecto cambio o alteración alguna", en tanto que si aquella varia queda habilitada la vía del art. 204 del CPr-DJ (Conf. De Lazari, Medidas cautelares ed. 1986 T. I p. 142 cit por Scolarici, Gabriela en glosa al art. 202 "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación" Dir. Por Highton-Arean, Ed. Hammurabi, T. 4 p. 158).

En el caso bajo análisis, resulta adecuada a derecho la resolución del juez en cuanto denegó la petición por no haber demostrado el acaecimiento de nuevas circunstancias que alteraren el derecho en virtud del cual se otorgó la medida.

Ello en modo alguno significa una limitación al derecho de defensa del recurrente, sino un acatamiento al orden procesal vigente, pues para la viabilidad de la modificación-levantamiento de las medidas cautelares debe mediar un cambio en las circunstancia de hecho o de derecho que no pudieron tenerse en cuenta al decretarlas pues, mientras se mantenga la situación fáctica la medida mantiene su eficacia. Las alegaciones de la demandada, no aportan prueba acabada del cambio de las circunstancias expuestas por la actora y que en definitiva requieren de un pronunciamiento definitivo sobre el fondo de la cuestión. Prueba de ello es la remisión que el propio apelante efectúa a la contestación de la demandada en el proceso principal.

Ahora bien, sin perjuicio del rechazo del pedido de levantamiento, en el marco de las previsiones

contenidas en el art. 206 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. Tal principio se inspira en que en ningún caso un proceso debe causar perjuicios innecesarios.

La oportunidad de la Alzada de ejercer esta prerrogativa ha sido expresamente prevista para los 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. Arazi-Rojas "Codigo Procesal, Civil y Comercial de la Nación Comentado y Concordado" Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2007, T. 1 p. 791; ídem Fassi-Yañez en "Codigo Procesal Civil y Comercial Comentado, Anotado y Concordado" Ed. Astrea, Bs.As. 1989 T. 2 p.67, ídem Solarici op cit p. 186).

En el caso en estudio se justifica el ejercicio de tal facultad-deber en esta oportunidad.

Ello, por cuanto, en atención a las constancias de la presente causa y de la causa principal si bien puede colegirse que dentro del marco de relación profesional existente entre las partes, los actores pueden haber realizado algún tipo de gestión o actuación profesional en beneficio de la recurrente tendiente a la obtención de la devolución del Impuesto a las Ganancias, no resulta tan clara la aplicación del

contrato suscripto entre las partes a tal tarea.

De este modo se juzga que la verosimilitud del derecho esgrimido por los accionantes respecto de la alícuota que correspondería abonar por tales trabajos profesionales se encuentra restringida y depende de un un pronunciamiento sobre cuestiones que necesitan debate y prueba, impropios no sólo en este estadio procesal sino dentro del trámite de la cautelar.

Conforme tales apreciaciones surge que la medida dispuesta en la extensión solicitada por el actor ($1.039.383,70 sobre dos Buques Pesqueros), violenta el orden cautelar que obliga al juez mediante un mandato específico contenido en el art. 206 del ritual, impedir el ejercicio antifuncional de la pretensión cautelar. Así se consagran dos pautas precisas que necesariamente deben ser merituadas en cada caso concreto: “evitar perjuicios o gravámenes innecesarios” y “tener en cuenta la importancia del derecho que se intenta proteger”.

Tales premisas no han sido respetadas al dictarse la medida y es deber y facultad de esta Alzada morigerar la cautela a fin de evitar que se genere una situación disvaliosa.

Al cúmulo de elementos de juicio esgrimidos por el embargante para pretender el pago de los honorarios por la tarea profesional que dice desempeñada a favor de la demandada y fundar el pedido de embargo, carece de inmediato de verosimilitud porque no se compadece, prima facie, el monto reclamado con las tareas que él mismo manifiesta como efectuadas (ver punto 6 de fs. 88 vta. y fs. 88 a 90) y la naturaleza de las mismas. Es que se advierte que recibió la

documental que ya habia sido presentada en la Agencia de AFIP en Puerto Madryn y mantuvo a partir de alli, según sus propios dichos algunas entrevistas con funcionarios de la Repartición y presentó un pedido de pronto despacho, aludiendo también a un recurso sobre los intereses del crédito solicitado.

En tal contexto, y teniendo en cuenta la puesta en crisis de la aplicabilidad del convenio a tales tareas, surgen razones objetivas que demuestran el exceso referido, desnaturalizando la función de la medida dispuesta, no resultando justo ni razonable el mantenimiento del embargo por la suma reclamada y sobre dos buques pesqueros.

Es que frente al interés del acreedor a obtener la efectividad de la condena se erige la intangibilidad del derecho subjetivo del embargado a disponer libremente de su patrimonio. La decisión ha de tomarse en base a un adecuado equilibrio de dos conceptos básicos “razonabilidad-utilidad”.

En consecuencia, teniendo en cuenta las pautas orientativas contenidas en la ley provincial Nro. 1181 para fijar honorarios mínimos a contadores públicos (ver fs. 53 a 69 del cuaderno de prueba de la demandada) y la petición que en subsidio efectuaron los actores en la carta documento que transcribe a fs. 99 y vta. corresponde limitar prudencialmente el embargo preventivo decretado a la suma de pesos trescientos mil ($ 300.000) y desafectar de la medida al Buque Pesquero “F. A.” matricula ****. Todo ello claro está sin perjuicio de lo que en definitiva se resuelva en la causa principal.

A fin de dar cumplimiento a esta orden se librará el pertinente oficio al Registro Nacional de

Buques comunicando la disminución del monto del embargo y la desafectación de la embarcación individualizada del que tomó razón por comunicación efectuada mediante oficio 1055/08.

III.- Las costas de la Alzada teniendo en cuenta el modo en que se resuelve y no existiendo merito para apartarse del principio objetivo de la derrota serán impuestas a la embargada apelante (art. 69 del CPr.-DJ), procediéndose a regular honorarios de acuerdo a la ley arancelaria teniendo en cuenta el resultado obtenido y la relación entre la gestión profesional y la probabilidad de efectiva satisfacción de la pretensión reclamada (arts. 5, 6, 13, 32, 46 y ccs. de la Ley XIII-4).

La Sra. Juez de Cámara Dra. Graciela Mercedes Garcia Blanco dijo:

Del estudio de las presentes actuaciones, considero que el embargo preventivo decretado a fs. 104 y 106 debe ser levantado porque ha mediado un error inicial en la apreciación de las circunstancias de la causa que llevaron al juez de primera instancia a despachar favorablemente la medida cautelar peticionada, tornando arbitrario lo decidido.

El peticionante del levantamiento del embargo dispuesto no ha demostrado el cambio de tales circunstancias que hagan viable su petición en los términos del art. 204 del CPr.-DJ, no obstante, ha puesto suficientemente de manifiesto el error del juez en el momento del dictado de la decisión.

Tal afirmación surge de la inexistente verosimilitud del derecho del actor, y queda patentizado en la absoluta falta de fundamentación del despacho de la medida cautelar, haciendo una mera

citación de la norma en que pretende fundarla sin individualizar el documento y causa del cual derivaría la existencia del "buen derecho del peticionante" que consideró el sentenciante.

En tal sentido, cabe recordar que la resolución que dispone una medida cautelar es una decisión interlocutoria en el sentido y con el alcance y requisitos del art. 163 del CPr.-DJ, pues aun cuando no existe sustanciación propiamente dicha –se dictan inaudita parte-, la resolución debe contener los fundamentos por los cuales se declara la procedencia o improcedencia de la medida solicitada.

Carente de fundamentación el despacho de la medida cautelar y no advirtiendo verosimilitud alguna en el derecho del peticionante, la medida dispuesta debe ser dejada sin efecto, con costas al actor.

A todo evento corresponde señalar que "El carácter constitucional del principio de congruencia, en lo que hace a los límites respecto de la jurisdicción de las Cámaras dados por el alcance de los recursos concedidos, como expresión del derecho de propiedad y de la defensa en juicio, obedece a que el sistema de garantías constitucionales del proceso está orientada a proteger los derechos y no a perjudicarlos. Por ello, lo esencial es que la justicia repose sobre la certeza y la seguridad, lo que se logra con la justicia según la ley, que subordina al juez en lo concreto, respetando las limitaciones formales sin hacer prevalecer tampoco la forma sobre el fondo, pero sin olvidar que también en las formas se realizan las esencias. (CS octubre 13-994 - Concencioca, Juan M. y otros c. Municipalidad de Buenos Aires- Rev. La ley

abril 26-995, pág. 5, fallo 93.082).

En el caso, de no decidirse así, se arriba a la disvaliosa situación de mantener irremediablemente un error de apreciación en contradicción con el art. 222 del CPr.-DJ que ordena el inmediato levantamiento de un embargo mal trabado.

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

R E S U E L V E :

1) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la demandada a fs. 163.

2) Modificar la resolución de fs. 104 y 106, desafectando del embargo preventivo decretado al Buque Pesquero "F. A." Matricula **** disponiendo que la medida se mantenga por la suma de pesos trescientos mil ($ 300.000) sobre el Buque Pesquero "C. I matricula ****". A tal fin líbrese el oficio pertinente, en la instancia de grado.

3) Costas de la Alzada a la apelante vencida. Por sus trabajos en esta instancia, regúlense honorarios a los Dres. G. M., J. A. G. H. y A. R. conjuntamente en el veinticinco por ciento (25%) y a los Dres. J. M. F. D. L. C., L. F. M. y P. J. F. T. en el veinticinco por ciento (25%) en ambos casos a calcular sobre los que le fueron regulados en la instancia de grado.

4) Regístrese, notifíquese, devuélvase conjuntamente con la causa principal requerida a fs. 176.-

REGISTRADO BAJO EL N° DEL AÑO 2011

DEL LIBRO DE SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS