Comodoro Rivadavia, de agosto de 2011.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados **“B., G. A. c/ D. S. A. S.R.L. s/ Medida Cautelar (Embargo Preventivo)”, Expte. N° 258/2011,** venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia Civil y Comercial Nro. 2, Secretaría Nro. 4 (Expte. Nro. 126/11).

Llegan los presentes autos a conocimiento de esta Sala, por haber interpuesto la parte actora a fs. 57/63vta., recurso de revocatoria con apelación en subsidio contra la providencia de fs. 55/56 que rechaza el embargo preventivo por ausencia de los requisitos básicos, verosimilitud del derecho y peligro en la demora.- Habiendo sido rechazado el primero de ellos, es concedido el segundo a fs. 64.

Se agravia porque el magistrado omitió pronunciarse respecto al art. 212 inc. 4 del C.Pr. que también fue solicitado.- Sostiene que el juez con su decisión descuidó y agravó la desigualdad palmaria y evidente entre las partes que motivó la demanda principal, toda vez que su parte cumplió acabadamente con sus obligaciones y la demandada (vendedora) solo cumplió de modo aparente y parcial.- Señala que por ello solicitó la medida cautelar en búsqueda de dicha igualdad durante la tramitación del proceso principal.- Expresa que al mes de comprar un automotor 0 km. con menos de 1000km. de uso, viajó con la camioneta y por un vicio del rodado volcó. El accidente causó la destrucción del rodado, puso en riesgo su vida y la de su esposa, y lo privó del uso del bien. La causa inmediata del accidente fue el desprendimiento del conjunto de suspensión derecho del vehículo, debido a la salida de la rotula de su alojamiento original, por no haber estado sujetada de fábrica y no haberse ello detectado por parte de la concesionaria vendedora en oportunidad de la obligada revisión técnica previa a la entrega de la unidad. La acción principal se fundó en la Ley 24.240 en cuanto correspondiere y que en particular el art. 18 remite a los arts. 2176 y 1113 del Código Civil. Aduce que los presupuestos de las medidas cautelares se

encuentran comprobados, conforme surge de los hechos relatados y de la documental adjunta.-

II.- De los antecedentes de la causa surge que el actor, promovió acción de embargo preventivo contra la concesionaria D. S. A. S.R.L. por la suma de $120.000 en concepto de capital con más la suma provisoria para responder por intereses y costas del proceso.-

En la acción principal, reclama los siguientes rubros: daños y perjuicios materiales, daño moral y privación del uso del vehículo.- Señala que el automotor siniestrado se encontraba bajo garantía legal vigente al momento del hecho. Sostiene que el art. 11 de la Ley 24.240 reconoce garantía al consumidor por los hechos o vicios de cualquier índole, existentes en la cosa mueble no consumible adquirida en el comercio. Agrega que si la cosa adquirida en el comercio no cumple las condiciones del buen funcionamiento esperado y termina por ello dañándose y poniendo en riesgo la vida de los usuarios, ello no solo obliga al vendedor a reparar la cosa vendida sino también lo obliga de no haber cumplido satisfactoriamente con dicha reparación, a sustituir la cosa por otra idéntica a la adquirida o a pagar el importe equivalente a la suma pagada, conforme precio actual en plaza de la cosa en un todo de acuerdo con lo previsto en el art. 17 de la citada ley.-

Fundó su derecho en el art. 211 inc. 3 y 212 inc. 4, toda vez que con fecha 26 de agosto de 2009 su parte celebró con la demandada un contrato de compra venta mercantil para la adquisición de un vehículo marca Ford modelo Eco Sport XL Plus 1.6 L 4 x 2, según la oferta que del mismo se hiciera en los avisos publicitarios de plaza.- Expresa que su parte cumplió en tiempo y forma con su obligación y pagó la suma de $60.000 mediante depósito efectivo en el Banco Francés (acompaña tickets y el recibo entregado por la concesionaria). Agrega que la demandada entregó la unidad automotriz ya individualizada el 01 de septiembre de 2009, pero no lo hizo de modo perfecto dado que no realizó la verificación previa del rodado, con lo que se hubiera podido evitar que el conjunto de suspensión derecho terminara de desprenderse originando el vuelco del vehículo.- Asimismo tampoco cumplió, con la obligación de reparar la cosa

vendida, ya que a pesar de estar notificada del vuelco y de los daños ocasionados al automotor, se ha negado a cumplir con la garantía legal y convencional vigente.

A fs. 55/56 el magistrado entendió que no se encontraban acreditados los presupuestos de procedencia del embargo preventivo, toda vez que la sola reclamación de daños y perjuicios, por tratarse de una simple expectativa, no forma título para la procedencia del mismo, si no se dan además serias apariencias del interés jurídico que justifique el anticipo de la garantía jurisdiccional.-

A fs. 64 rechaza el planteo de reposición, entendiendo que quien lo interpone debe acreditar el interés en la petición efectuada, no reunidas las condiciones, demostrando una mera opinión contraria a la del juzgador, por lo que concede la apelación planteada en subsidio.

III.- A los fines de resolver los agra-vios traídos a ésta instancia, corresponde señalar que en el ámbito del juicio de probabilidades, a fin de evaluar la procedencia de las 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.

En este contexto, se ha precisado en numerosas ocasiones que las medidas cautelares no deben interpretarse en forma restrictiva, ya que el proceso cautelar tiene como finalidad, asegurar la eficacia práctica de la sentencia que debe recaer en un proceso. Es decir, que se decretan sobre la base de una apariencia del derecho que se pretende tutelar, pues en ese momento del proceso todavía no se sabe si el derecho garantizado existe, pero responde a la necesidad efectiva y actual de alejar el temor de un daño jurídico. (CSJN, 24-7-91 "Estado Nacional c/ Prov. Río Negro s/ Solicitud medidas cautelares". CNCC. Esp., 4ta ,29-6-87 "Vallino c/ Tanus". Revista de Derecho Procesal. Medi-das Cautelares T I Editorial Rubinzal Culzoni. Págs. 418/419. Ed 1998, Sent. Interl. 229/04, Sala A y 132/03, Sala B de este Tribunal entre muchísimas otras).

La presente medida cautelar se halla enmarcada en la hipótesis del art. 211 inc. 3 del CPr., es decir en la existencia de un contrato bilateral entre las partes, exigiendo la norma procesal la justificación de su

existencia y la acreditación sumaria del cumplimiento del contrato por parte del demandante.

El inciso 3 del art. 211 del código de rito, constituye, uno de los supuestos especiales en que la ley presume la existencia de los presupuestos de admisibilidad de las medidas cautelares. Así, en tales hipótesis la verosimilitud del derecho no es requerida, sino que queda presumida por la ley, toda vez que el legislador se contenta con la acreditación -prima facie- de la existencia del contrato y de la satisfacción de las prestaciones que la convención pone a su cargo, sin tener que justificar en modo alguno el incumplimiento del demandado (De Laza-ri, Medida Cautelares, Ed. Platense, La Plata, 1986, T. I p. 235 y 236).

En el sub-judice, la existencia del contrato -verosimilitud del derecho-, se halla acreditada mediante la copia certificada del las testimoniales obrantes a fs. 12/15, comprobante de depósito efectuado ante Banco Francés S.A. de fecha 26 de agosto de 2009 (fs. 17), título del automotor a nombre de G. A. B. (fs. 19/vta.), copia de la factura Nº ****-******** de fecha 01 de septiembre de 2009 (fs.20) y recibo Nº ******** de fecha 26 de agosto de 2009 (fs. 21).-

A su vez el vicio de la cosa entregada que, en grado de probabilidad suficiente pudo generar el evento dañoso se encuentra prima facie acreditado mediante, Acta Policial de fecha 09 de octubre de 2009 labrada en la ciudad de Trevelín, provincia del Chubut (fs. 24 y vta.), Exposición policial Nº 360/09 CDT (fs. 25), Acta de constatación de fecha 22 de diciembre de 2009, más cinco fotografías certificadas por Escribana Pública (fs. 26/29) y Peritación accidentológica – Análisis de Daños, suscripta por el perito criminalístico L. R. D. (fs. 34/42).-

De modo tal que el presupuesto de la verosimilitud del derecho aparece satisfecha, toda vez que las medidas cautelares no exigen de los magistrados el examen de la certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo de su verosimilitud. Es más, el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra que atender a aquello que no excede del marco de lo hipotético, dentro del cual, asimismo, agota su virtualidad.- (Fallos: 323:349, 306:2060, entre otros).-

En efecto, tomando el concepto de verosimilitud como “apariencia de verdadero”, la determinación de su existencia se verifica en la apreciación de la situación fáctica planteada.

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

Peligro en la demora.

Funda el apelante el peligro en la demora en la duración del proceso principal que considera indudablemente repercutirá en el actor por su edad (75 años). Agrega que existe el temor cierto de que pueda ocurrir que cuando se le restituya su vehículo cero kilómetro, la autoridades competentes le hayan denegado la licencia de conducir.- Asimismo la privación del vehículo durante la tramitación del juicio le produce un inminente perjuicio y daño patrimonial ante su imposibilidad absoluta de usarlo y en consecuencia la de cumplir con los fines que se tuvieron en miras al momento de adquirirlo.-

Todas estas cuestiones, constituyen meras apreciaciones subjetivas del apelante.-

El peligro en la demora no alcanza a ser configurado por la sola opinión personal del reclamante o por su temor, aprehensión, recelo o apreciación subjetiva, sino que debe provenir de hechos que puedan ser apreciados, en sus posibles consecuencias, aún por terceros. Se trata de motivaciones de orden racional que autorizan a pensar o creer en la factibilidad del desbaratamiento. No surge de la sola duración del proceso, en tanto la prolongación durante un tiempo más o menos largo crearía siempre un riesgo a la justicia, no habiendo, con tal criterio, acción que no mereciera el dictado de medidas cautelares.

El peligro en la demora debe probarse adecuadamente, exponiendo las razones por las cuales es menester conceder el anticipo jurisdiccional, provenientes de circunstancias objetivas o subjetivas que así lo señalen. No se configura el peligro en la demora si no aparece justificada

sumariamente ninguna circunstancia fáctica que haga fundado el temor que expresan el actor.-

Sin perjuicio de la debilidad argumental de la parte, debemos señalar que la verosimilitud del derecho precedentemente analizada que se evidencia por sí misma confiere sustento y razonabilidad bastante a la medida, a la vez que atempera la exigencia de que se encuentre configurado el peligro en la demora necesario en toda medida cautelar ("Dirección General de Defensa y Protección del Consumidor -GCBA- c/ Banca Nazionale del Lavoro s/ inc. de levantamiento de embargo", 10.05.05" - "Cri Holding Inc. c/ Cía. Argentina de Comodoro Rivadavia s/ exhortos (incidente de embargo)" - CNCOM - SALA E - 18/09/2006. elDial - AA39E7).

Huelga recordar que a los fines de determinar la procedencia de las medidas cautelares, a mayor verosimilitud del derecho, no cabe ser tan exigente en la demostración del peligro en la demora y viceversa.-

Por otro lado, el presupuesto del peligro en la demora en que el juez de grado funda el rechazo in limine de la medida, no necesita en la espe-cie una prueba acabada (esta Alzada, Sala B Sent. In-ter. Nº 62/05 del 14/4/05 y Sala A Sent. Interl. Nº 72/01 del 17/5/01).

Al respecto se ha dicho que "Cabe con-signar que frente a ciertas hipótesis, tales como las contempladas en el art. 209 incs. 2° a 4°, del Cód. Proc. Civil y Com. de la Nación, en las que no cabe presumir la existencia de peligro, la ley no exige el acreditamiento de este requisito" (Cfme. "Medidas cautelares" Roland Arazi director, Ed. Astrea 2da. edi-ción actualizada y ampliada p. 49).

Es que existe una correlación tal entre la verosimilitud del derecho y la alegación de un ries-go 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 mino-rice 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. Nº 168/04, 207/03 entre otras).

Con base en las razones expresadas corresponde, receptar el recurso de apelación en subsidio interpuesto a fs. 57/63vta., y hacer lugar al embargo preventivo.

El requisito genérico común a toda medida cautelar de la contracautela (art. 201 C.Pr.), debe ser ponderado con base en la mayor o menor verosimilitud del derecho invocado, el valor presunto de los bienes inmovilizados, los daños que eventualmente puedan producirse, la conducta de los justiciables y toda otra circunstancia computable (Eduardo N. De Lazzari, "Medidas Cautelares" T. I, p. 113 Ed. Librería Editora Platense, La Plata, 1995).

En atención a ello y conforme lo ex-puesto ut-supra, en el presente caso se determina la prestación de caución juratoria.

En definitiva, previa caución a otorgarse en la instancia de grado, debe hacerse lugar al recurso de apelación interpuesto por el actor y revocar lo decidido a fs. 55/56, decretando el embargo pe-ticionado sobre las sumas de dinero que por cualquier concepto D. S. A. S.R.L. C.U.I.T. Nº **-********-*, tuviera depositada en las cuentas corrientes Nº **/******/* y ***-**-******-* ambas del BBVA Banco Francés y/o en cualquier otro tipo de cuenta corriente, caja de ahorro, plazos fijos en el BBVA Banco Francés, Banco de la Nación Argentina, Banco Chubut S.A., Banco Galicia, Banco Macro, Banco Santander Río, Banco HSBC, todos sucursal Comodoro Rivadavia, hasta cubrir la suma de PESOS CIENTO VEINTE MIL ($120.000), con más los intereses y costas que se presupuesten en la instancia de grado, previo cumplimiento de la contracautela.

IV.- Atento el modo de resolver la cuestión y la falta de controversia las costas de ambas instancias se imponen por su orden (art. 69 del C.P.C.C.Ch.). A los fines de la regulación de los honorarios, en ambas instancias se tendrá en cuenta el significado económico del pleito, la naturaleza de la cuestión debatida, el mérito de la labor profesional, apreciada por la calidad, eficacia y extensión del trabajo, el resultado obtenido y la relación entre la gestión profesional y la probabilidad de efectiva satisfacción de la pretensión reclamada por el vencido.

Todo ello de conformidad a las pautas previstas en los arts. 5, 6, 6 bis., 13, 32 y 46 de la Ley XIII N°4 y su modificatoria ley XIII N° 15).-

En función de lo expuesto se fijan los de la primera instancia a favor de las Dras. M. A. K. y R. S. D. R. L., conjuntamente, en el CATORCE POR CIENTO (14%) de lo que correspondiere al proceso principal.

Los honorarios de segunda instancia se fijan a favor las Dras. M. A. K. y R. S. D. R. L., conjuntamente, en el TREINTA POR CIENTO (30%) de los honorarios fijados en la primera instancia.-

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) Hacer lugar recurso de apelación en subsidio interpuesto por el actor a fs. 57/63vta., y revocar lo decidido a fs. 55/56.

2) Hacer lugar a la medida cautelar peticionada y en consecuencia ordenar en la instancia de grado, trabar embargo preventivo sobre las sumas de dinero que por cualquier concepto D. S. A. S.R.L. C.U.I.T. Nº **-********-*, tuviera depositada en las cuentas corrientes Nº **/******/* y ***-**-******-* ambas del BBVA Banco Francés y/o en cualquier otro tipo de cuenta, caja de ahorro, cuentas corrientes, plazos fijos en el BBVA Banco Francés, Banco de la Nación Argentina, Banco Chubut S.A., Banco Galicia, Banco Macro, Banco Santander Río, Banco HSBC, todos sucursal Comodoro Rivadavia, hasta cubrir la suma de PESOS CIENTO VEINTE MIL ($120.000), con más los intereses y costas que se presupuesten en la instancia de grado, previo cumplimiento de la contracautela.

3) Costas de ambas instancias por su orden.

4) Regular los honorarios profesionales por su labor en la primera instancia a favor de las Dras. M. A. K. y R. S. D. R. L., conjuntamente, en el CATORCE POR CIENTO (14%) de lo que correspondiere al proceso principal. Los honorarios de segunda instancia se fijan a favor las Dras. M. A. K. y R. S. D. R. L.,

conjuntamente, en el TREINTA POR CIENTO (30%) de los honorarios fijados en la primera instancia.-

5) Regístrese, notifíquese, devuélvase**.**