Comodoro Rivadavia, de Mayo de 2012.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados: "**MUNICIPALIDAD DE COMODORO RIVADAVIA en autos: "MUNICIPALIDAD DE COMODORO RIVADAVIA c/ Y. S.A. s/ EJECUCION FISCAL – Expte. Nro. 428/10" s/ INCIDENTE DE EMBARGO** ", **Expte. Nro. 102/2012**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia de Ejecución Nro. 1, Secretaria Nro. 1 (Expte. Nº 2605/2011).

I.- Llegan las presentes actuaciones a conocimiento de esta Alzada por haber interpuesto la actora a fs. 49 recurso de apelación contra la providencia de fs. 48 que hace lugar al pedido de sustitución de embargo peticionado por Y. S.A..

Expresa agravios la Municipalidad a fs. 51/56.

Entiende que no se encuentran configurados los presupuestos previstos por el art. 205 del CPr, para que proceda la sustitución dispuesta, toda vez que no hay ningún bien afectado por el embargo que aun no fue efectivamente trabado; porque si no existió tal afectación tampoco puede hablarse de sustitución; porque el juez dispuso el levantamiento del embargo mas no dispuso reemplazarlo. Señala también que el seguro de caución no garantiza de manera equivalente como el embargo de dinero que resulta fácilmente cobrable una vez firme la sentencia.

En segundo lugar, le causa agravio que el juzgado asuma la calidad de beneficiario asegurado por la póliza de caución, dejando a su parte el rol de mero espectador.

Señala que no existe daño cierto al patrimonio del cautelado que fundamente la sustitución. No demuestra la demandada el perjuicio en la operatoria comercial y bancaria que invoca. Cita jurisprudencia que entiende apoya su postura.

Señala que conforme los informes comerciales que acompañara de los balances de la demandada surge su capacidad económica, operando con mas de 10 entidades bancarias, por ello entiende que no existe el perjuicio que invoca.

Refiere por ultimo a la necesidad del Estado de cobrar los tributos a todos aquellos obligados.

A fs. 63/64vta., la demandada contesta agravios solicitando su rechazo.

II.- El juez de primera instancia, a pedido de la actora, y con fundamento en las previsiones del artículo 214, inciso 3º del C.Pr. –Digesto Jurídico- decretó embargo preventivo sobre las sumas de dinero que la demandada Y. S.A. tenga por cualquier concepto en el Banco Nación Argentina en cualquiera de sus sucursales –ver fs. 20-. La medida ha sido enmarcada en una de las situaciones derivadas del proceso: obtención de sentencia favorable. Y como tal no fue cuestionada por las partes. En el caso, se trata de una sentencia favorable dictada en primera instancia (fs. 68/75), aun cuando esta se encuentre pendiente de recurso extraordinario ante el Superior Tribunal de Justicia.

Antes que la medida fuera efectivizada, Y. S.A. solicitó la sustitución de la misma por un seguro de caución a fin de no perjudicar el desenvolvimiento comercial y financiero de Y. con embargos sobre sus cuentas bancarias que resultan gravosos para el giro de su empresa.

Se opuso la actora por considerar que la medida no estaba trabada y, siendo ello así no existía daño al patrimonio del cautelado que debiera ser evitado. Consideró que la sustitución era prematura. Adujo supuestos de exclusión de cobertura que surgen de la póliza, con lo que la garantía de pago no es lisa y llana perjudicando el cobro de las acreencias una vez firma la sentencia. Señaló que el tercero asegurador debe ser intimado a pagar con lo que se generarían perjuicios. Acompañó informes de los que surge, dice, la indudable capacidad económica de Y., con lo cual no puede existir perjuicio en la operatoria comercial de la empresa.

A fs. 48 el juez consideró que el embargo decretado puede afectar el giro comercial y ordinario de la empresa, resultando suficiente respaldo la documentación acompañada y a los fines de evitar perjuicios a la demandada, hizo lugar al pedido de sustitución de la medida cautelar y ordenó levantar el embargo preventivo.

Tal, la resolución que causa agravio a la actora apelante

conforme se señaló.

III.- Delineado el encuadre funcional de los agravios, cabe adentrarnos en la cuestión a resolver.

El artículo 205 del C.Pr. –Digesto Jurídico- autoriza el pedido de modificación de las medidas cautelares tanto al acreedor como al deudor. El principio rector que inspira cualquier modificación –ampliación, mejora o sustitución- es que se tenga en cuenta la importancia del derecho que se intenta proteger y al mismo tiempo no se cause innecesariamente perjuicios al titular de los bienes.

La mentada norma prevé dos hipótesis de modificación de la medida: a) la ampliación de la misma, implicando una mejora de la garantía, y b) la sustitución de la medida decretada, ya sea en cuanto a su naturaleza, calidad o extensión, constituyendo el caso mas frecuente de modificación de la cautela.

A esta altura es oportuno precisar que la petición efectuada por Y. S.A constituye la sustitución del embargo por otra de distinta naturaleza y calidad, pues el seguro de caución ofrecido es un verdadero contrato de garantía bajo la forma y modalidades del contrato de seguro (Fallos: 315:1408), en que el asegurado, encuentra en el asegurador un nuevo responsable que añade su responsabilidad a la del obligado primigenio (CNCom. Sala B, 23/10/90 ED 142-481).

Se señala que toda vez que la traba de una medida cautelar no debe causar perjuicios o gravámenes innecesarios, para acceder a la sustitución de bienes cautelados es necesario que los bienes ofrecidos representen igual o similar garantía que lo embargado, en tanto se resguarden debidamente los derechos de la contraparte, pesando sobre el deudor la carga de acreditar el valor real de los bienes ofrecidos a cambio asi como el perjuicio que le ocasiona la medida que pretende sustituír.

En el caso, tratándose de un proceso de ejecución, cobra trascendencia la norma contenida en el art. 540 del CPr. –antes 535- según la cual se reconoce al ejecutado el derecho de ofrecer la sustitución de los bienes embargados por otros que resulten suficientes para cubrir el crédito y el de solicitar la reducción del monto por el que se trabó la medida.

No obstante, la remisión que efectúa la norma citada a la aplicabilidad de las normas contenidas en el capitulo relativo a las medidas cautelares en cuanto le fueren pertinentes, la misma no puede considerarse que autoriza la sustitución del embargo por una medida distinta –en el caso una fianza de caución- , como lo autoriza el art. 205 –antes 203- y la primera parte del art. 206 –antes 204-, pues en tal caso se desvirtuaria la finalidad que cumple el embargo en los procesos de ejecución (Palacio, Lino Enrique “Derecho Procesal Civil” Ed. Abeledo Perrot, Bs. As. 1982 T. VII p. 249 núm 1014, apartado a)).

En igual sentido y con cita de Palacio, Kiper y Colombo entienden que la remisión dispuesta por la norma del art. 535 se encuentra circunscripta a las situaciones contempladas en la parte final del art. 204, y en los arts. 205 y 206, pero no autoriza a sustituír el embargo por una medida distinta, tal como lo hacen los arts. 203 y la primera parte del 204(“cod. Proc. Civ y Com.” Ed. La Ley, Bs. As. 2011 3era. Edición, T. V. p. 85). Se aclara que tal numeración citada por los autores trascriptos corresponde al articulado del Codigo Procesal de la Nación.

En el mismo sentido, acota Arean que si bien rigen supletoriamente las disposiciones relativas a la ampliación, mejora o sustitución de la medida decretada, no se autoriza a sustituir el embargo por una medida distinta, pues de lo contrario vendría a desvirtuarse la finalidad que cumple el embargo en los procesos de ejecución (glosa al art. 535 en “Cod. Proc. Civ.Com. de la Nación…” Dir. Por Highton- Arean, Ed. Hammurabi, Bs. As. 2008 T. 9 p 754).

Por tales consideraciones, se advierte que en el caso resultaba improcedente la sustitución dispuesta, debiendo receptarse por estos argumentos, los agravios de la municipalidad, no solo por la naturaleza propia del proceso de ejecución, sino también por la falta de acreditación del perjuicio bancario o comercial invocado frente a la envergadura económica, financiera, y comercial de la demandada por todos conocida.

Tal decisión en modo alguno implica desconocer la facultad del juez para evitar perjuicios o gravámenes innecesarios al titular de los bienes, más en el caso los mismos no fueron acreditados por el peticionante, ni explicitados por el juez, aun cuando invocara tal razón en su resolución.

El embargado al solicitar la sustitución tenía la carga de aportar todos los elementos que acrediten la gravosidad innecesaria de la medida, el perjuicio que le ocasionaba, sólo peticionó la sustitución acompañando la póliza, extremo que –incluso- tiene entidad “per se” para fundar la admisión de la apelación.

Es que si bien el juez debe velar, aún mediante una intervención oficiosa, para que se eviten perjuicios o gravámenes innecesarios a la embargada, la parte que se dice perjudicada debe traer al proceso un mínimo aporte cognoscitivo. Sino “¿cómo saber, en caso contrario, si el embargo sobre la cuenta corriente de la empresa causa a ésta un perjuicio innecesario…” (Cfr. Acosta, José Virgilio “Introducción al proceso de revocación cautelar”, Revista de Derecho Procesal “Medidas cautelares”, T. I, p. 29; “S., H. D. c/ S. S.A. s/ Incidente de Embargo Preventivo” Expte. Nº 13.519/2003, SI Nº 55/2003, Sala A).

Es cierto que la recurrente reconoce la capacidad y solvencia económica de la demandada, mas tal extremo, que sin duda resultaría de incidencia a la hora de examinar el peligro en la demora para decretar una medida cautelar, en el caso, las características propias del embargo en el proceso de ejecución (su naturaleza facultativa, la fuerza del titulo ejecutivo), el momento en el cual fue requerido y las partes involucradas no hace más que reforzar la falta de perjuicio para la operatoria comercial y bancaria que pretende conjurar la demandada y sin que se advierta persecución alguna contra del deudor.

Atento las consideraciones vertidas precedentemente corresponde hacer lugar el recurso de apelación interpuesto por la embargante y revocar la providencia de fs. 48.

IV.- Atento cómo se resuelve, los argumentos fundantes de la decisión las costas de primera instancia deben readecuarse, debiendo imponerse a ambas partes por su orden. Procediendo a regular honorarios de acuerdo a las pautas contenida en la ley arancelaria vigente, ponderando el merito profesional, la naturaleza incidental del presente y los mínimos previstos en el art. 7 (Ley XIII-4 t.o. mod. ley XIII-15).

Las costas de esta instancia se aplicarán al embargado por aplicación del principio objetivo de la derrota (art. 69 del C.Pr.). A los fines de la

regulación de honorarios por los trabajos realizados se tendrá en cuenta el resultado obtenido y la relación entre la gestión profesional y la probabilidad de efectiva satisfacción de la pretensión reclamada de conformidad con las previsiones de los 5,6,7, 32 y 46 de la ley arancelaria.

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

R E S U E L V E :

1) Hacer lugar el recurso de apelación interpuesto por la parte actora a fs. 49. **2)** Revocar la providencia de fs. 48 y vta., y en consecuencia, rechazar el pedido de sustitución de embargo solicitado por la demandada Y. S.A., a fs. 26.-

3) Costas de la instancia de grado por su orden. Regulándose los honorarios profesionales de los Dres. G. A. C. y P. H. C. conjuntamente por su actuación en la instancia de grado en la suma de pesos equivalente a ocho (8) jus y los del Dr. J. M. R. en la suma de pesos equivalente a seis y medio (6,5) jus.

4) Imponer las costas de esta instancia al embargado vencido. Regulándose los honorarios profesionales, de los dres. G. C. y P. C. en la suma de pesos equivalente a dos como cuatro (2,4) jus y los del Dr. J. M. R. en la suma de pesos equivalente en uno como sesenta y dos (1,62) jus.

5) Regístrese, notifíquese, devuélvase.

La presente sentencia se dicta por dos vocales de Cámara en virtud de encontrarse en uso de licencia la Sra. Juez de Cámara Dra. Marta Susana Reynoso de Roberts y concordar en la solución del caso (Ley V-17-DJ, antes Ley 1130 y art. 274 CPCCCh, Ley XIII-5-DJ, Anexo A).

REGISTRADA BAJO EL N° DEL AÑO 2012

DEL LIBRO DE SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS