

Jurisprudencia vinculada a Garantías Judiciales

FREDA Matías Gastón c/AMOROSO Alejandro y otros s/daños y perjuicios. Expediente N° 61.707/04 e Incidente N° 46.012/06. Recurso N° 462.291. Juzgado N° 59

Buenos Aires, 17 de octubre de 2006

Autos y Vistos; y Considerando:

I) A fojas 175 del expediente principal (foliatura que seguiremos) se informó del acuerdo transaccional que ascendió a un monto de siete mil pesos (\$ 7.000) en concepto de capital, intereses y gastos, asumiendo la aseguradora citada en garantía - Caja de Seguros S.A.- hacerse cargo del pago de los honorarios de los peritos; se lo tuvo presente a fojas 177, dándose por paga la tasa de justicia a fojas 180 y los honorarios de los profesionales a fojas 185 (excepto el médico –luego pago, fs. 231- y el ingeniero).

A fojas 186 solicitó la aseguradora la regulación de los honorarios de los mencionados expertos, haciéndoselo a fojas 187 en dos mil ciento ochenta pesos (\$ 2.180) para el ingeniero mecánico y en sesenta pesos (\$ 60) para el médico.

A fojas 188 apeló, por bajos, el primero y a fojas 189 solicitó el embargo preventivo de conformidad con lo dispuesto por el artículo 212, inciso 3º, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCC); a fojas 190 fue concedido el recurso y decretado el embargo por dos mil ciento ochenta pesos (\$ 2.180), con más setecientos pesos (\$ 700) provisoriamente presupuestados para responder a intereses y costas.

A fojas 191/2 la aseguradora apeló, por alta, la regulación e interpuso – contra el embargo- recurso de reposición, con apelación en subsidio; el primer recurso fue concedido a fojas 193.

Contestado el traslado del segundo por el perito –que se opuso- a fojas 194/5, el señor juez de primera instancia rechazó la reposición y concedió en relación la apelación subsidiaria a fojas 196/7, teniéndola por fundada y sustanciada con dichos escritos, disponiendo la elevación del expediente.

A fojas 14 del incidente se lo recibe en esta Sala, requiriéndose el expediente principal y, cumplido a fojas 235, quedan en condiciones de resolver todos los recursos concedidos.

II) El colega de primera instancia en su decisión de fojas 196/7 expresa: *“si bien es cierto que se habría incurrido en un evidente error numérico al regular el honorario de fs. 187, pto. I (conf. plenario del Fuero “Murguía, Elena Josefina c/Green, Ernesto Bernardo s/cumplimiento de contrato”, del 8/5/04; y fs. 190, pto. II), cabe señalar que la existencia de un crédito cierto y reconocido por cobrar en concepto de honorarios, en función de la labor profesional desarrollada en el juicio, justifica la medida cautelar adoptada para asegurar los derechos del profesional, aún cuando los honorarios regulados se encuentren apelados, pues la ley concede un privilegio por los gastos de justicia y honorarios (arts. 3.879 y 3.900 del Código Civil), y existe regulación equiparable al caso de la sentencia favorable contemplado en el art. 212, inc. 3º del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”.*

Coincidimos con lo primero pero no con lo último y, conociendo y resolviendo los recursos, pasamos a pronunciarnos.

III. Es indudable que a la luz del convenio de fojas 175 (recordamos que su monto es de \$ 7.000 por capital e intereses), de las normas citadas a fojas 187 (*arts. 76, 77 y 80 de la ley 14.467, coef. de la ley 21.165, y art. 478 del C. Proc. en su actual redacción*), como de la aplicación obligatoria (CPCC: 303) de la doctrina plenaria también citada (08-05-04 *in re* “Murguía c/Green” y –agregamos- sentencia de la CSJN del 11-04-06 en la misma causa), también de la proporción que deben guardar los honorarios de los peritos con los de los letrados, **se ha incurrido en un evidente error numérico al regular el honorario de fs. 187, pto. I** (textual del primer sentenciante, con la modificación y subrayado del tiempo potencial del verbo por él usado).

En su mérito, aplicando el derecho citado, y conociendo de los recursos concedidos a fojas 190 (II) y 193 (I) se admite este último y se reducen los honorarios regulados a fojas 187 para el ingeniero mecánico, por todas sus labores en este juicio, a doscientos dieciocho pesos (\$ 218).

IV. Si bien el monto cuestionado (\$ 2.180 + \$ 700) es inferior al del artículo 242 del CPCC, consideramos que en el caso debemos hacer excepción al régimen de inapelabilidad porque nos encontramos ante una decisión recurrida respecto de la cual corresponde establecer interpretación definitiva sobre los alcances de la ley aplicable y, por otra parte y en nuestra opinión, lo decidido conculca los derechos superiores (arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional) de propiedad y defensa en juicio (conf. Jorge L. Kielmanovich, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, comentado y anotado*, Ed. Lexis-Nexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2006, T. I, p. 454, y jurisprudencia allí citada). Así lo hemos decidido en casos análogos (13-07-06, *in re* “Soria Ramona Nicolasa Aurora c/Empresa de Transportes Tandilense S.A.C.I.F.I.” y “García de Rodríguez Mirta Esther c/Torres”).

IV – 1) La aseguradora requirió el levantamiento del embargo (fs. 191/2) argumentando que había cumplido el convenio pagando capital, intereses y honorarios acordados, no haciéndolo con los del perito ingeniero porque se le había regulado más del treinta y uno por ciento (31%) del monto del juicio y fue imposible el arreglo extrajudicial con él. Agregó que al solicitar el profesional el embargo de una aseguradora de reconocida solvencia como su representada solo pretendió presionar para el cobro de un importe desproporcionado, sin que haya urgencia alguna que justifique el embargo. Reflexionó que las medidas precautorias deben ser prudentes, adecuadas.

El perito ingeniero, con patrocinio letrado, a fojas 195 contestó el traslado y, para oponerse al pedido, dijo: “*Por último, el Dr. (...), insistiendo en que se revoque la providencia que ordena el embargo, dice que ‘no existe urgencia alguna que justifique la traba del embargo por el importe de sus honorarios y/o que haya algún peligro en la demora’, un justificativo poco elocuente.*”

*Pero, en parte... puede ser cierto, pero **más cierto** es que el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en el ARTÍCULO 212, INCISO 3, establece lo siguiente:*

‘Art. 212: Situaciones derivadas del proceso. Además de los supuestos contemplados en los artículos anteriores, durante el proceso podrá decretarse el embargo preventivo: ... 3 Si quien lo solicita hubiese obtenido sentencia favorable, aunque estuviere recurrida’.

La norma es clara” (sic).

Reconocidas entonces por el embargante las razones del apelante (aunque fuere parcialmente, v.gr. inexistencia de peligro en la demora, y sin perjuicio se haya resuelto que en estos supuestos es innecesario acreditarlo) estimamos a la expresión transcripta como la admisión del ejercicio abusivo del derecho subjetivo por el apelado perito ingeniero.

Así lo hubiéremos entendido antes de 1968; más aún luego de la reforma por ley 17.711 que agregó expresamente al artículo 1071 del Código Civil que la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos, considerándose tal al que contraríe los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlos, o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

Y recordamos que el Proyecto de Código único de 1987 había previsto otro agregado: "*En su caso, el juez proveerá lo necesario para evitar sus efectos abusivos y, según las circunstancias, procurará la reposición al estado de hecho anterior y fijará una indemnización*".

Esta Cámara ha resuelto que el abuso del derecho se configura por la existencia y ejercicio de una conducta permitida dentro del derecho positivo, en virtud de una disposición legal, y el actuar contrario a los fines de la norma o las reglas de la moral, la buena fe o las buenas costumbres (Sala E, 21-03-95, *in re* Siniawski c Constructora Galante S. A., L.L. 1995-E-266, con nota de Marcelo Urbano Salerno, y con el que hemos coincidido en reciente sentencia de esta Sala, *in re* Mallo José Luis c/Banco de la Provincia de Buenos Aires).

Sabemos se han expuesto distintos criterios para determinar el abuso: 1) el subjetivo: se actúa con la intención de causar un daño a otro, o sin interés legítimo o utilidad alguna y 2) el criterio objetivo: los derechos tienen una finalidad que justifica su existencia y se pierde cuando su titular los desvía.

Cualquiera de ellos nos conduce a su aplicación al caso ante el reconocimiento del perito y, por tanto, corresponde admitir el recurso y evitar los efectos del acto abusivo ordenando su cese.

Es que ha decidido recientemente esta Sala (20-12-05 *in re* Caja de Seguros S.A. c/Guerra) que los jueces, al interpretar las leyes, deben hacerlo en armonía con la totalidad del ordenamiento jurídico "*de la manera más concorde con los preceptos de la Constitución Nacional*" (Fallos 224:423; 229:456; 234:229; 304: 1636), esto es, con los "*principios que ella establece*" (Fallos 251:158; 252:120; 255:360; 258:75; 277:313; 312:111; 316:2695), "*evitando siempre darles un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras y adoptando como verdadero el que las concilie y deje a todas con valor y efecto*" (Fallos 1:300; 303:578, 1041 y 1776; 304:794 y 1603; 310:195; 312:1614; entre muchos otros); (C.S.J. Santa Fe, 12-08-98, E. D. 179-191, voto del Dr. Vigo, 3).

Agregándose los conceptos de Epifanio J. L. Condorelli (*El abuso y la mala fe dentro del proceso*, edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1986) y de Juan Bernardo Iturraspe (*Las medidas cautelares y el abuso del derecho*, L.L. 2003-D-1152) y coincidiéndose especialmente con el primer autor (pág. 146) en que lo que la ley no quiere, y desde luego sanciona, es la conducta de aquel que, *bastardeando* la finalidad económica o social perseguida por la norma, se vale del vehículo de acceso que le brinda el derecho procesal para extorsionar o lograr una ventaja indebida, para concluir que ello no es el ejercicio *regular* sino el *abusivo* del derecho (Cód.Civ.: 1071).

También se coincide con el segundo pues concluyó Iturraspe su estudio

afirmando que es necesario evitar los embargos con fines *extorsivos*, privilegiando el valor eficacia sobre el disvalor indefensión.

En “Caja c/Guerra” recordamos que la Corte de Justicia de Salta ha resuelto: *“Toda medida de embargo es de por sí grave, y no puede decretarse sino al amparo de las disposiciones legales que garantizan por igual los derechos de los acreedores, así como de los deudores. La justicia debe pues, conciliar, siempre el interés del embargante y del embargado, autorizando a este último para procurarse, por medio de la limitación o la sustitución del bien embargado, el mínimos de perjuicios posibles”* (11-11-68 *in re* “Bodegas y Viñedos Grafigna SA c/Bodegas y Viñedos Animaná de Michel Hnos y Cía”, E.D. 33-210, N° 127).

Y también dijimos allí que la apelante es hoy una de las aseguradoras con mejores indicadores de solvencia patrimonial y financiera según resulta de la documentación entonces acompañada, y puede ser confrontado en el portal de la Superintendencia de Seguros de la Nación (<http://portal.ssn.gov.ar>).

Igualmente recordamos que esta Sala ha decidido (26-04-83, *in re* Ignacio Wasserman SA c/ Municipalidad, E.D. 104-338; ver también Sala I, 26-08-97, *in re* Ponce, Jorge G. c Roman S. A. C., L.L. 1998-B-175, DJ 1998-2, 995) que existe una necesaria vinculación entre el peligro en la demora como fundamento de las medidas precautorias, y la solvencia de la parte contra quien se dirigen, de manera que mientras menor sea ésta, mayor será el peligro y a la inversa (Humberto Podetti, “*Tratado de las Medidas Cautelares*”, 1956, ps. 58 y 60 y esta Sala R. 256.067 del 03-07-80; Eduardo de Lázzari, “*Medidas Cautelares*”, t. I, p. 43).

Y, aunque ante un supuesto distinto, ha decidido la Corte Suprema de Justicia de la Nación: “4º) *Que si bien -como lo ha sostenido este Tribunal- el dictado de medidas precautorias no exige un examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido (Fallos: 306:2060), pesa sobre quien las solicita la carga de acreditar prima facie la existencia de verosimilitud en el derecho invocado y el peligro irreparable en la demora, ya que resulta exigible que se evidencien fehacientemente las razones que las justifiquen (Fallos: 307:2267)”*; (22-09-94 *in re* “Eco Service S.A. c/Provincia de Buenos Aires s/ inconstitucionalidad”, Fallos 317:978; en sentido similar 17-07-96 *in re* “Líneas Aéreas Williams S.A. LAWSA c/ Provincia de Catamarca”, J.A. 1997-II-451, Fallos: 319:1325).

Respecto al régimen para los Bancos se ha pronunciado la Cámara Comercial por su Sala E (20-04-92 *in re* “Rodríguez, Julio c/ Banco de Previsión Social de Mendoza”): *“No procede decretar el embargo, si la obligación que integra la pretensión consiste en dar una suma de dinero y la emplazada es una institución bancaria oficial, pues no se encuentra configurado uno de los presupuestos de admisibilidad de las medidas cautelares, cual es el peligro en la demora, pues este no aparece manifiesto si se tiene en consideración el carácter de la demandada, la que esta sujeta a un control estatal permanente en su funcionamiento y, en el hipotético supuesto de devenir insolvente deberá ser sometida a un procedimiento liquidatorio frente al cual, carecen de eficacia los embargos trabados por acreedores individuales”*.

IV - 2) De conformidad con las normas legales aplicables, especialmente las de los artículos 953 y 1071 del Código Civil y 198 y 202, y concordantes, del CPCC, consideramos que corresponde admitir el recurso de apelación y revocar el pronunciamiento de fojas 190, mantenido a fojas 194/5, en lo que ha sido materia de agravios, dejando sin efecto el embargo dispuesto a la aseguradora apelante.

Las costas de ambas instancias deben imponerse al perito ingeniero mecánico en su carácter de vencido (conf. arts. 68, 69, 161, inc. 3º, 275, 279 y concs. del CPCC), regulándose los honorarios según las pautas del artículo 33 de la ley de arancel y no del 27 de la misma (conf. Kielmanovich, *op. cit.*, t. II, p.1380, y jurisprudencia individualizada en nota 5251).

Por los fundamentos expresados **SE RESUELVE:** **1)** admitir el recurso de apelación concedido a fojas 193 (I), rechazando el de fojas 190 (II), y reducir los honorarios regulados a fojas 187 para el ingeniero mecánico, por todas sus labores en este juicio, a doscientos dieciocho pesos (\$ 218); **2)** admitir el recurso de apelación concedido a fojas 196v (II) y revocar el pronunciamiento de fojas 190, mantenido a fojas 194/5, en lo que ha sido materia de agravios, dejando sin efecto el embargo decretado; **3)** imponer las costas de ambas instancias al perito ingeniero mecánico vencido; **4)** teniendo en cuenta la naturaleza, importancia y extensión de los trabajos realizados en el incidente, lo dispuesto por los artículos 1, 6, 7, 9, 33 y concordantes de la ley 21.839, modificada por ley 24.432, se fijan, por sus labores en primera instancia, los honorarios de los doctores (...) (letrado apoderado de la citada en garantía) y (...) (letrado patrocinante del perito) en trescientos noventa y dos pesos (\$ 392) y en ciento noventa y seis pesos (\$ 196), respectivamente y, por los trabajos realizados en esta instancia, se regulan los honorarios de dichos profesionales en ciento treinta y siete pesos (\$ 137) y en sesenta pesos (\$ 60), respectivamente (art. 14, ley citada). Agréguese el incidente al principal, notifíquese con habilitación de días y horas inhábiles y devuélvase. El doctor Mercante no interviene por encontrarse con licencia.

Firmado: Diego C. Sanchez y Ana María R. Brilla de Serrat.