

Medida Cautelar Verosimilitud En El Derecho Fianza

JURISPRUDENCIA

Medida cautelar. Verosimilitud en el derecho. Fianza

Se

resuelve suspender la aplicación de la ordenanza 7638/2015 de la Municipalidad de Reconquista -ergo, de la ley 13441-, previa constitución de fianza, a resultados de la decisión que recaiga en la instancia extraordinaria abierta. Reconquista, 01 de Noviembre de 2017. VISTOS: Los presentes autos ?Foschiatti, Marcelo René c/ Municipalidad de Avellaneda s/ Prórroga Medida Cautelar?, Expte. N° 268 - Año 2017, de los que RESULTA: Que el actor inicia incidente de prórroga de medida cautelar, alegando que esta Cámara dictó sentencia revocando la sentencia de primera instancia y ante ello las codemandadas interpusieron Recurso de Queja ante la Corte Suprema Provincial y debido al rechazo del Recurso de Inconstitucionalidad previamente incoado, del cual alega no haber sido notificada, pero que tomó conocimiento por un medio periodístico. Aduce que si bien el art. 9 de la ley 7055 suspende los efectos de la sentencia recurrida, los graves perjuicios de revertir la situación de trabajo del actor en su negocio solo pueden ser morigerados dictándose la prórroga solicitada de la medida cautelar, la cual considera que debería ser inaudita parte y con habilitación de días y horas inhábiles, en razón de ser una prórroga de la ya concedida y tratada procesalmente entre las partes y con la finalidad de mantener el status quo hasta tanto recaiga sentencia definitiva, y conforme lo normado en el art. 16 de la ley 10.456 (Fs. 11 y vta). A fs. 22/23 contesta la Provincia de Santa Fe manifestando su rechazo a lo solicitado por la actora, argumentando que el art. 9 de la ley provincial es claro al determinar la suspensión de los efectos de la sentencia recurrida; que para hacer viable la prórroga requerida, debe acreditar la urgencia del caso para que la cautelar continúe. Asimismo, aduce que el incidentista no elabora un escrito que vislumbre acreditación del daño irreparable y el peligro en la demora. Y pretendiendo asimismo, que en caso de ser admitida la cautelar solicitada la amparista deberá prestar nueva fianza que sea suficiente. A fs. 24/25 vta. responde la Municipalidad de Avellaneda la cual sostiene que la cautelar oportunamente librada en los autos principales ha caducado, por lo cual no es correcto el pedido de prórroga de una medida que ya se ha extinguido; que no existe verosimilitud del derecho en virtud de la presunción de legitimidad de la normativa municipal impugnada; que la amparista no ha acreditado la existencia de peligro en la demora, puesto que el perjuicio que invoca es meramente conjetural e hipotético y por último peticiona que se constituya nueva contracautela. Que a fs. 26 vta. por decreto de fecha 04.07.2017 el juez aquo deniega el despacho de la medida cautelar solicitada. Para así decidir el juez de grado consideró que la verosimilitud del derecho no aparece ni fortalecida ni debilitada luego de la circunstancia de que la Corte Suprema de Justicia haya admitido dar trámite a la queja, que la cautelar ordenada supera el límite temporal fijado por la ley de amparo (art. 16 ley 10.456) y que funciona también como valladar a su procedencia que la cautelar coincide con el fondo de la pretensión, por lo cual considera existe razón suficiente para denegar una medida tan heroica y excepcional como una prórroga, máxime cuando el Procurador de la Corte ya ha dictaminado y aparece inminente el desenlace final. Que el amparista interpone recurso de apelación fundado contra el auto denegatorio. Que radicados los autos en esta Alzada (fs. 36), se da vista el Sr. Fiscal de Cámaras que se expide en sentido favorable a la pretensión del amparista (fs. 37 y vta.) y pasan a resolución. Y, CONSIDERANDO: Que en primer término y como insoslayable pauta de análisis se advierte que los presupuestos fácticos y jurídicos merituados por este Cuerpo para despachar en el marco de este proceso de amparo una medida cautelar innovativa (cuya vigencia temporal además de acotada a 90 días, expiró como consecuencia de la sentencia de mérito recaída en la causa) no se han modificado(1), sólo que se ha adicionado como un hecho nuevo la apertura del Recurso de Queja por parte de la Corte Suprema de la Provincia de Santa Fe que conlleva consigo la suspensión de la resolución de fondo (art. 9 ley 7055). Que puestos por lo tanto a decidir si el hecho nuevo de la admisión de la Queja por parte de la Corte Suprema Provincial conmueve el standard cautelar de la verosimilitud del derecho que fuera analizado en su hora por este Cuerpo, adelantamos que la respuesta negativa se impone atento al análisis meramente epidérmico que efectúa al Tribunal Supremo para aperturar la instancia extraordinaria, puesto que en definitiva ?...el acogimiento de una queja por denegación del Recurso de Inconstitucionalidad -y la consecuente concesión por dicha vía de la impugnación extraordinaria-, de ningún modo inhabilita a la Corte para volver a examinar la concurrencia de los requisitos de admisibilidad, al decidir la suerte del recurso, pues al contarse con los autos principales -lo que en principio no ocurre al resolverse la queja, salvo que excepcionalmente se hayan pedido ?ad effectum vivendi?- aparece como perfectamente razonable la posibilidad de arribar a una conclusión distinta sobre dicho extremo. Más aún en el carácter insoslayable del análisis de admisibilidad, atento a la previsión contenida en el art. 11 de la ley 7055...? (C.S.J., Santa Fe, Zeus 35 r 25, N° 5.142). Que tampoco se avizora en el diseño del proceso de amparo ley 10.456 un valladar temporal para el despacho favorable que se pretende, puesto que el citado art. 16 supedita la vigencia de cualquier medida cautelar a un plazo máximo de 90 días y/o en su defecto al dictado de la sentencia definitiva, la cual en el sub-exámine está suspendida y su vigencia se encuentra a resultados de la decisión que recaiga en la instancia

extraordinaria abierta. Que por último y siendo que la contracautela más que un requisito de admisibilidad de una cautelar funciona como un presupuesto para su despacho, se ha acogido la medida cautelar pretendida previa la constitución de nueva fianza de un tercero con justificación de solvencia hasta cubrir la suma de Pesos Doscientos mil (\$ 200.000). Que por lo tanto ante este pedido de reedición de la cautelar oportunamente ordenada y extinguida en el marco de este proceso de amparo, esta CAMARA DE APELACIÓN EN LO CIVIL, COMERCIAL Y LABORAL DE LA CUARTA CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL RESUELVE: 1) Acoger el recurso de apelación interpuesto por el recurrente. 3) Revocar el auto de fecha 04.07.17 de fs. 26 vta. y en su lugar disponer el despacho de la medida cautelar requerida suspendiendo la aplicación de la Ordenanza 7638/15 de la Municipalidad de Reconquista -ergo de la ley 13.441-, previa constitución de fianza según Considerando, cuya vigencia temporal, para el supuesto que la Corte Suprema de Justicia no se expida antes, tendrá una vigencia de 90 días desde la notificación del presente resolutorio. Regístrese, notifíquese y bajen. CHAPERO Jueza de Cámara DALLA FONTANA Juez de Cámara CASELLA Juez de Cámara ALLOA CASALE Secretaria de Cámara (s) Nota: (1)

?...Que el peliculum mora -peligro en la demora- y/o peliculum damni -peligro de daño irreversible- (este último requisito necesario en el supuesto de que se trate la cautelar en danza de una medida innovativa), en el caso de marras en el que no se reclama ningún traspaso patrimonial de la parte accionada a favor de la accionante sino tan sólo la suspensión de los efectos de una norma hasta tanto se resuelva la constitucionalidad de la misma por una vía expedita y rápida como lo constituye un amparo, no pueden ser sino analizados a la luz del moderno ?principio de prevención de daños? receptado por el Código Civil y Comercial de próxima vigencia, el cual compele a la judicatura a actuar no sólo en su función clásica resarcitoria, sino en una jurisdicción ?preventiva? orientada a prevenir las consecuencias dañosas que se estiman previsibles de una acción u omisión antijurídica, comprendiendo dentro de esta última situación todo acto ilegítimo y/o arbitrario emanado del propio Estado, como lo puede constituir una norma que se tache a la postre de inconstitucional. En tal sentido, se advierte que resultaría una prueba diabólica -por la imposibilidad de su realización- exigir al postulante la acreditación de los perjuicios concretos que el cierre del comercio los días domingo le ocasiona, cuando tal situación se podrá apreciar con parámetros objetivos recién luego de que transcurra un tiempo razonable de implementación de la norma. Sin embargo prima facie resulta razonable inferir que todo comercio que tiene su esquema de negocios sustentado en una apertura los siete días de la semana ha de sufrir cierta merma en sus ingresos al suprimírsele uno de ellos, aún cuando se desconozca el comportamiento que asumirán los consumidores ante tal cambio de situación. Por otro lado, tampoco se puede soslayar en el análisis que en el supuesto de declararse la inconstitucionalidad de la norma que prohíbe la apertura del comercio del actor los días domingos, las naturales mermas en los ingresos derivadas de la prohibición en estudio no resultan resarcidas de ningún modo por lo que devienen irreparables y que en cambio de declararse el apego constitucional de la misma, la presente dilación preventiva en su puesta en vigencia resulta comparativamente menos dañosa que lo que el rechazo de la suspensión preventiva de sus efectos ocasionaría. De tal guisa, en el ?clearing de valores? en juego surge que el despacho de la medida cautelar de suspensión preventiva de los efectos de la norma hasta tanto se resuelva definitivamente su constitucionalidad no sólo que no causa daños sino que previene que se causen otros.?. Y los argumentos del tercer vocal, Dr. Casella fueron que: es de valorar que, pese a que la ley provincial en su artículo 9 al condicionar su entrada en vigencia en cada Municipio y Comuna al dictado de una ordenanza de adhesión prevé que la misma ?podrá regular los alcances de su aplicación en función de las particularidades de cada localidad?, la Ordenanza en cuestión no incluye ninguna previsión al respecto. Las numerosas excepciones de la ley y la omisión a toda consideración sobre su aplicación a la realidad comercial local, que los jueces no podemos desconocer, lo que hace prever que la norma general de cierre dominical afectará solamente a pocos y determinados comercios, entre ellos al de la actora que pone de relieve su carácter de PYME local, estableciendo una discriminación prima facie injustificada e irrazonable (véase sobre la afectación al principio de igualdad por normas municipales de este Tribunal: ?Centro Comercial y Social de Villa Ocampo y otros c/ Poder Ejecutivo Municipal Las Toscas y otros s/ Acción de Amparo?, fallo del 8/7/2008), son elementos suficientes para apreciar con carácter meramente provisional, pero suficiente para adoptar la medida cautelar, que la Ordenanza municipal cuestionada puede afectar ilegítimamente el derecho a comerciar de la amparista. Resulta también evidente que concurre el requisito de peligro en la demora, dado la posible aplicación de multas y fundamentalmente de clausuras, o cuanto menos resulta claro que es más conveniente, como se evalúa en considerandos precedentes de este fallo, prevenir los posibles daños que repararlos si a la postre se hace lugar al amparo. Esto, desdoya, sin que implique prejuzgar sobre el fondo de la cuestión planteada. (A y S 164/15, folio N° 17, tomo N° 17)

027089E