

Publicado en www.eldial.com.ar el día 28/04/2005

I. LA GARANTIA Y SUS APLICACIONES.

La Superintendencia de Seguros de la Nación autorizó, por Resolución General 19.356 ¹, los elementos técnico - contractuales y tarifarios que permiten a las Aseguradoras - autorizadas para operar en el ramo caución - emitir garantías judiciales en procesos civiles y comerciales, normativa que fue luego extendida al ámbito penal.²

Dicha norma implicó un paso muy importante en materia de nuevas aplicaciones de este tipo de garantía ya que hasta ese momento era extremadamente restringida.

La facultad de emitir tales garantías resulta de lo dispuesto por el art. 7 inc. "b" 2do. párrafo de la ley 20.091 ³ que regula la actividad aseguradora y establece que las entidades aseguradoras podrán otorgar fianzas o garantizar obligaciones de terceros cuando los planes que propongan configuren económica y técnicamente operaciones de seguro aprobadas.⁴

La herramienta por la cual las aseguradoras pueden otorgar garantías judiciales es el denominado "seguro de caución", que es una de las figuras con que cuenta el derecho moderno en materia de garantías.

La cobertura se instrumenta en una póliza y cuenta con todas las herramientas de la técnica aseguradora, habiéndose reconocido por la jurisprudencia de que se trata de un verdadero contrato de garantía ⁵.

En el supuesto de que la garantía haya sido emitida en conjunto por más de una Aseguradora, utilizando la figura del "coaseguro" resulta necesario que en la póliza se deje debida constancia de la participación que le corresponde a cada entidad aseguradora ya que de lo contrario la denominada "compañía piloto" deberá soportar íntegramente la atención y pago del siniestro sin perjuicio de la obligación de contribuir que tienen las otras Aseguradoras para con la "piloto", en la medida de su participación, y así ha sido entendido por nuestra jurisprudencia. ⁶

En materia judicial esta garantía se puede utilizar en muchos supuestos, incluyendo las fianzas penales que originalmente se habían excluido ⁷, y puede resumirse en dos operatorias básicas: sustitución de contracautela o sustitución de cautela.

Como en todo seguro de caución intervienen tres partes:

- El ASEGURADO : También llamado "Beneficiario", es la parte a favor de quien el juzgado exige la caución. No obstante ello, como se verá mas adelante, la póliza se extiende a la orden del juzgado que autoriza la cobertura.

- El TOMADOR : Denominado también "Proponente", es la parte que debe prestar la caución ordenada por el juzgado a favor del Asegurado.

- La COMPAÑIA DE SEGUROS.

La existencia de estas tres partes perfectas y totalmente diferenciadas es esencial para la validez del seguro de caución ⁸.

Teniendo en cuenta la finalidad del mismo, se considera que le son aplicables las regulaciones y principios propios del contrato de seguro en todo aquello que no contradiga a la esencia de la relación jurídica, que consiste en la celebración de un contrato de garantía.⁹

A mérito de ello, las partes se someten a las condiciones de la póliza y a las disposiciones legales aplicables (Códigos Civil y de Comercio y

demás Leyes), en las cuestiones no resueltas expresamente en el contrato, y cuanto ello resulte compatible.

Se establece usualmente en las pólizas que los actos, declaraciones, acciones u omisiones del Tomador no afectan los derechos del Asegurado frente al Asegurador y por ello la garantía subsiste aún cuando el Tomador se encuentre en mora en el pago del premio.¹⁰

A su vez, en materia de prescripción liberatoria, mientras en la ley de seguros la regla es la anualidad, en esta materia la prescripción de las acciones contra el Asegurador recién se producirá cuando prescriban las acciones del Asegurado contra el Tomador de acuerdo con las disposiciones legales o contractuales aplicables.¹¹

Lo que se pretende con el seguro de caución es conceder al eventual acreedor un instrumento que no pueda ser enervado por ningún acto u omisión del deudor perjudicando su garantía.

Las relaciones entre la Compañía y el Tomador se manifiestan a través del vínculo contractual establecido en la "Solicitud de Seguro", y en los antecedentes contenidos en la "Declaración para la calificación del Tomador" cuyos términos y condiciones han sido fijados y aprobados también por la Superintendencia de Seguros de la Nación y constituyen la documentación necesaria para el otorgamiento de la cobertura.

Este seguro tiene la función económica de sustituir el dinero o bienes que el litigante tiene que afectar a la orden del magistrado. Es por ello si bien técnicamente "Asegurado" es la persona a favor de quien se emite la caución, en realidad quien tiene el poder de disposición de la póliza es el Juzgado a cuya orden se extiende la póliza, cualquiera sea el tipo de garantía judicial que se emita, y es el magistrado quien tiene el poder requerir el depósito a su orden de la suma asegurada en caso de siniestro.

Los códigos procesales determinan los requisitos necesarios para la admisión de las medidas precautorias, entre los cuales se requiere el otorgamiento de una contracautela.. A su vez la sustitución de cautela permite que la persona que se encuentra perjudicada por la inmovilización de bienes o dinero pueda sustituir tal inmovilización por un seguro de caución y en el caso de un proceso penal la posibilidad de su utilización resulta tanto para sustituir una fianza fijada por el Juzgado para conceder una excarcelación o eximición de prisión como también para reemplazar una medida cautelar de índole patrimonial dispuesta respecto de un imputado.¹²

El caso mas común de requerimiento de esta cobertura es para garantizar los eventuales perjuicios que pueda causar a la parte que sufre una medida cautelar si la misma fue dictada sin fundamento o trabada en forma que pudo ocasionar perjuicio.

Debe tenerse presente que quien solicita este tipo de garantía está solicitando un crédito indirecto a la aseguradora a quien por lo tanto deberá explicar tanto las razones legales que lo hacen merecedor de la misma como su capacidad económico financiera para afrontar la obligación que pretende garantizar.¹³

Por lo tanto ésta deberá evaluar si la garantía solicitada técnicamente puede ser otorgada, si la misma bajo las circunstancias del caso es razonable y por lo tanto si quien la solicita está en condiciones de afrontar las obligaciones procesales y de fondo inherentes a la obligación judicial garantizada.

II. CONFIGURACIÓN Y PROBLEMÁTICA DEL SINIESTRO.

La problemática del siniestro en materia de seguro de caución es substancialmente diferente a la que regula la ley 17.418 para el contrato de

seguro ¹⁴ya que ni la reticencia ni la falta de pago de la prima inciden en la cobertura, ni la falta de pago de los suplementos del premio suspenden los efectos del seguro. ¹⁵

A. GARANTIA DE SUSTITUCIÓN DE CONTRACAUTELA

Señala la póliza que una vez firme la resolución judicial que establezca la responsabilidad del Tomador y la afectación de la caución ordenada en el auto indicado en las Condiciones Particulares, el Asegurado podrá solicitar la intimación judicial al asegurador, luego de resultar infructuosa la intimación judicial de pago hecha al Tomador, no siendo necesaria ninguna otra interpelación ni acción previa contra los bienes del Tomador ¹⁶

Ahora bien, esta “intimación judicial” que efectúa el magistrado, es la culminación de una serie de actos y circunstancias ocurridas en el expediente judicial y que varían según el tipo de proceso y el tipo de caución de que se trate.

Las medidas cautelares se autorizan por los jueces en base a una presunción que resulta de la apariencia de un derecho, que puede luego ser destruida en el curso del juicio. Cabe entonces la posibilidad de que se hubiera decretado indebidamente, y que, en consecuencia, se haya ocasionado al propietario o poseedor de la cosa un daño que debe repararse. Para asegurar esa reparación la ley establece medidas de contracautela, consistentes en garantías que deben suministrarse por quien solicita la cautelar.

Hay coincidencia en que la responsabilidad del embargante comprende las costas, daños y perjuicios ocasionados por el embargo indebidamente trabado, cuestiones que se discutirán por el procedimiento que indique el magistrado ante el mismo juez que decretó la medida. Su procedencia se halla regida por el art. 1109 del código civil y, por consiguiente, será necesario acreditar que hubo dolo, culpa o negligencia por parte del acreedor. De acuerdo con este concepto, se ha declarado que responde por los daños y perjuicios derivados de esa medida el acreedor que emplazado para iniciar el juicio correspondiente no lo hace en el término fijado, siendo indiferente el hecho de que haya o no tenido derecho para solicitarla; pero también se ha dicho que basta la más leve negligencia y efectividad del daño para responsabilizar al que trabó el embargo injustamente; que es procedente la acción de daños y perjuicios contra una institución bancaria que inhibió al actor cometiendo un error por falta suficiente de diligencia para la comprobación de la identidad de la persona; contra el que dedujo una acción que luego fue desestimada; etc.”. ¹⁷

No hay duda que las medidas cautelares sobre los bienes, cualquiera sea su especie y su duración, ocasionan perjuicios al litigante a quien afectan. Como el embargo, todas las medidas cautelares limitan, en algún grado, “las facultades de disposición y goce” de los bienes sobre los cuales recaen. Desde el secuestro, que priva de la tenencia del bien secuestrado y en consecuencia de la posibilidad de disponer de él y de usarlo, hasta la anotación de la litis, que no impide en ningún grado el uso, ni tampoco la disposición del bien, pero puede hacer más difícil la venta o disminuir su precio, todas las que recaen sobre bienes pueden, en razón de esas limitaciones y de la medida misma, ocasionar perjuicios al litigante cautelado.

También una medida cautelar puede ocasionar perjuicios a terceros, sea porque resulten propietarios o con algún derecho real sobre los bienes afectados por la medida, sea por otras circunstancias.

Pareciera que tanto frente al otro litigante, como frente a los terceros, existe una paralela responsabilidad del litigante que solicitó la medida. Pero el origen de la responsabilidad puede ser diverso: en el primer caso, la

medida misma, si ha sido pedida sin derecho o con abuso de él; en el segundo, la negligencia, la culpa o el dolo al afectar bienes de tercero¹⁸

Tratándose de una medida precautoria mal trabada, es competente para entender en los autos el juez que decretó la medida objeto de juicio, aplicándose este principio aun cuando se trate de jueces de distinta jurisdicción territorial, por lograrse así la unidad de juzgamiento impuesta por exigencias de orden práctico que resultan evidentes.¹⁹

Con relación al trámite procesal que se impone para determinar los daños y perjuicios emergentes de una medida cautelar mal solicitada, se ha señalado que el art. 208 del Código de Procedimientos Nacional establece un doble procedimiento; en el primero se solicitaría el levantamiento del embargo y la condena a pagar daños, en el segundo se determinaría el monto del perjuicio.

Este doble procedimiento muy difícilmente lo veremos en la práctica. Si el demandado gana el juicio, lo más probable es que solicite el inmediato levantamiento de la medida precautoria que está trabando la libre disposición de sus bienes, y con posterioridad promueva acción de daños y perjuicios para que se condene al actor a reparar el daño en base al monto que se pruebe.²⁰ No obstante tal afirmación entendemos que nuestro ordenamiento procesal y la seguridad jurídica en esta materia requieren que quien luego pretenda reclamar un daño requiera que el Tribunal declare al levantar la medida el abuso o exceso en que incurrió el solicitante de la misma. Así se ha dicho que para que proceda la formación de un incidente para determinar el monto del perjuicio ocasionado por un embargo mal trabado, conforme lo dispone el art. 208 del C.Pr., es necesario que previamente exista una resolución que al ordenar levantar el embargo, establezca que el embargante abusó o se excedió del derecho y condene al pago de daños y perjuicios²¹

Obtenida la declaración y condena al pago de los daños, la determinación del monto puede hacerse por dos vías: 1) por el trámite de los incidentes, es decir, en el mismo proceso, o, 2) por juicio ordinario, "según que las circunstancias hicieren preferible uno u otro procedimiento a criterio del juez, cuya decisión sobre este punto será irrecurrible" (arts. 208 y 319, Cód. Proc. Nac.).

Las dos vías que marca la ley son al solo efecto de la determinación del monto, ya que la condena debió haberse dictado, a pedido del demandado, en el momento de disponerse el levantamiento de la medida cautelar.

La acción recién se puede iniciar una vez que en el expediente judicial donde se decretó la medida se ha dispuesto su levantamiento fundándose en la improcedencia de la traba ya sea por una decisión incidental o coincidente con la sentencia definitiva²²

Se ha dicho también que la acción de responsabilidad no se enerva por la circunstancia de que quien ha sufrido la medida la haya consentido, sobre todo si se tiene en cuenta que el éxito de la oposición que dedujera fincaba esencialmente en la falta de derecho de la actora para deducir la acción principal, cuestión que únicamente podía ser juzgada en la sentencia final del juicio.²³

Es requisito ineludible la prueba de los daños sufridos por el afectado por la medida ya que sin ello no es posible afectar la garantía.²⁴

Si bien la fijación de los distintos rubros de la indemnización de los perjuicios causados por una medida cautelar y sus montos, no encuentran en la teoría procesal reglas específicas, es claro que las características de la medida inciden sobre los rubros y la actitud procesal de ambos litigantes puede ser de importancia en la fijación de los montos.

La efectiva privación del uso de una cosa productora de frutos o rentas o cuya utilización por el cautelado ha dado lugar a gastos extraordinarios, no hay duda que ocasiona un perjuicio cierto, sea por la falta de la renta, sea por la erogación necesaria para suplir su uso.

Pero, si se invoca la existencia de perjuicios ocasionados por una anotación de litis, por ejemplo, será necesario acreditar, en primer término, el nexo entre el daño que se dice sufrido y la medida cautelar. No basta invocar la medida genéricamente, como posible origen de perjuicios al disminuir las posibilidades de venta o el valor venal del inmueble. Habrá que acreditar que, específicamente, la medida impidió la venta a tal persona y en tal circunstancia, y que ella produjo un perjuicio apreciable en dinero; que la venta se efectuó a menor precio por razón de la medida, etc.

En general la jurisprudencia interpreta que la falta de admisión de la pretensión por parte del Tribunal permite concluir "prima facie"- que la medida fue solicitada sin derecho.²⁵

Tratándose de embargo en bienes de terceros, como no se trata de una medida precautoria pedida sin derecho (en la hipótesis de que hubiera derecho a la medida en contra del demandado), sino de negligencia en la individualización de los bienes, culpa o dolo, la responsabilidad se origina en actos o circunstancias no previstas por la ley procesal y en consecuencia pueden ser aplicados por analogía los principios que surgen del código civil.

Analizando esta cuestión, coincide Podetti en que "la responsabilidad del tercerista por haber deducido la acción o la del demandado - ejecutante por haber trabado el embargo, no pueden resolverse con el criterio objetivo, sino que necesariamente debe correlacionarse el hecho con el sujeto, es decir que la solución ha de venir de una confrontación de los elementos objetivos y subjetivos".

El Código de Procedimientos Civil y Comercial de la Nación ha adherido a la doctrina subjetiva de la responsabilidad, ya que el artículo 208 dispone que "cuando se dispusiere levantar una medida cautelar por cualquier motivo que demuestre que el requirente abusó o se excedió en el derecho que la ley otorga para obtenerla, la resolución lo condenará a pagar los daños y perjuicios...".

Señala Podetti que, no obstante, el artículo 199 del código citado puede causar equívocos, cuando al exigir la prestación de la contracautela dice textualmente: "...deberá dar caución por todas las costas y daños y perjuicios que pudiere ocasionar en caso de haberla pedido sin derecho". Una cosa es pedir sin derecho y otra abusar o exceder el derecho a pedirla²⁶.

Puede advertirse que en forma casi uniforme los tribunales exigen que el litigante que ha pedido la medida sin derecho incurra en una actitud dolosa o culposa²⁷

En idéntico sentido se ha señalado que no es suficiente la admisión de una tercería de dominio para la procedencia de una acción de responsabilidad²⁸, exigiéndose una conducta culposa imputable a quien solicitó la medida²⁹

Si bien parte de la doctrina considera que se trata de un supuesto de responsabilidad objetiva nosotros creemos que siendo un derecho concedido por la ley el de pedir una medida precautoria, como la de deducir cualquier acción en justicia, no cabe responsabilizar al actor si no existió negligencia, culpa o dolo conforme con los principios generales de responsabilidad que resultan de los artículos 1071 y 1109 del código civil.

Por su parte afirma Podetti que en cuanto al diferente trato que debe tener el vencido en proceso ejecutivo, ordinario o especial y el vencido en las medidas cautelares, resulta de dos circunstancias que hacen diversas las situaciones, imposibilitando que reciban iguales soluciones. En primer lugar, en

el proceso - llamémosle definitivo -, donde se pide se declare y actúe el derecho, la decisión judicial viene después de la secuela de actos procesales que aseguran la audiencia y la prueba de ambos litigantes, mientras que en las medidas cautelares, la decisión se produce inaudita parte y mediante una *summaria cognitio* o sin ella, aceptando la afirmación de quien la pide. En segundo lugar, el proceso definitivo no ocasiona perjuicios patrimoniales directos antes de la sentencia ejecutoriada y las erogaciones que exige deben ser resarcidas por el vencido, conforme al principio objetivo en la imposición de costas; en cambio, las medidas cautelares, en algún grado, inmovilizan bienes, ocasionando o pudiendo ocasionar daños, fuera de los gastos causídicos. “Es que la medida cautelar y en consecuencia la facultad de pedirla, es un instrumento peligroso, para el contrario y también para quien la usa. Es como un arma muy rápida y celosa que debe ser manejada con suma prudencia. Por eso se otorga por cuenta y riesgo de quien la pide.” La justicia procura, mediante la contracautela, asegurar la igualdad de los litigantes y descarta así su propia responsabilidad al hacer fe de la existencia del derecho que se quiere cautelar en base a una prueba sumarísima o sin ella.

En los regímenes procesales provinciales que no instituyen la simultaneidad del levantamiento con la declaración de responsabilidad y condena al pago de los daños y perjuicios, como lo hace el código nacional, no resulta dudoso que debe existir la decisión judicial del levantamiento de la medida cautelar, sea cualquiera la causa y el cumplimiento de aquélla, para que quede expedita la acción de resarcimiento, como tampoco se podría iniciar en el orden nacional en forma autónoma y anterior al respectivo pronunciamiento. De lo contrario podría presumirse que la medida no ocasiona perjuicios y tampoco sería posible deslindar cuáles se deben a la actitud del actor y cuáles a la propia negligencia del demandado, si pudiendo lograrlo, no hace levantar la medida.

Resumiendo y sistematizando los supuestos de responsabilidad y conforme con lo expresado precedentemente, el hecho constitutivo de la responsabilidad - haber pedido la medida cautelar sin derecho, abusando o excediendo el que la ley otorga para obtenerla - puede derivar del instrumento usado (el proceso) o de la pretensión deducida en justicia (el derecho subjetivo invocado).

Puede derivar del proceso mismo, es decir, formalmente considerado: a) si se desiste de la medida; b) si queda sin efecto por no iniciarse el proceso definitivo (art. 207, Cód. proc.nac.); c) si la medida se revoca por inexistencia de alguno de los presupuestos específicos ; d) si se deja sin efecto por resultar luego ineficaz la prueba de dichos presupuestos.

Puede derivar de la pretensión: a) si se desiste de la demanda principal (desistimiento de la acción o de la instancia, en este caso si no se inicia la nueva demanda); b) si la demanda principal es desestimada, por inexistencia del derecho pretendido o de legitimación sustancial activa o pasiva; c) si producida la caducidad de la instancia no se inicia la nueva demanda (como en el caso de desistimiento de la instancia, sin iniciar nuevo proceso, se presume la inexistencia del derecho que se cauteló; d) si se rechaza la demanda por prosperar la excepción de cosa juzgada; e) si se acoge una excepción dilatoria y no se modifica o inicia nuevamente la demanda.³⁰

La prescripción de la acción se produce a los dos años (art. 4037 Código Civil) computados desde la fecha en que por una decisión judicial se determinó la improcedencia de la medida o se puso fin al juicio desestimando la pretensión principal que originara el dictado de la cautelar³¹

Si bien la póliza de seguro de caución no lo exige, resulta conveniente que se informe al Asegurador sobre aquellos hechos en que incurra

el Tomador que sean susceptibles de producir el siniestro y que lleguen a conocimiento del Asegurado, toda vez que es de interés de la misma tratar de evitar el siniestro o disminuir su cuantía.

Si el Asegurador es informado en tiempo podrá estar en condiciones de intentar alguna solución que evite el acaecimiento del siniestro.

B. GARANTIA DE SUSTITUCION DE CAUTELA.

A diferencia de la garantía de contracautela, que es de corte procesal, la sustitución de cautela tiene una estrecha vinculación con el derecho de fondo debatido en el juicio ya que su función es sustituir una medida cautelar dictada para garantizar el futuro cumplimiento de la sentencia.

En consecuencia, la determinación del siniestro en sede civil requiere simplemente que se acredite en el proceso la situación de incumplimiento por parte del deudor principal y que, como único recaudo exista una resolución judicial que establezca la responsabilidad del Tomador y la afectación de la garantía y se cumpla con una interpelación judicial al deudor principal por el plazo que fije el tribunal.

Cumplido con dicho recaudo el Asegurado podrá solicitar la intimación judicial al Asegurador para que, sin más, cumpla con el requerimiento depositando en el juzgado a la orden del magistrado la suma asegurada o que acredite en el expediente que ha desinteresado al Asegurado.
32

Como antes se señalara en estos casos, para garantizar el derecho de defensa del asegurador, que asume la figura de un fiador solidario, es prudente darle intervención en el proceso desde el momento en que se denuncia el incumplimiento de la obligación garantizada.

Es en este tipo de cobertura donde el asegurador puede tener un rol importante para lograr el cumplimiento del deudor garantizado, convirtiéndose el seguro de caución en una importante herramienta para concluir en forma satisfactoria un conflicto judicial.

C. GARANTIAS PENALES.

En un proceso penal con relación a la cancelación o caducidad de las cauciones existen diversos aspectos a considerar. La cancelación implica extinción de la garantía personal o real, dejándola sin valor alguno. En este caso supone liberación de la fianza o del gravamen, evitándose la necesidad de su cumplimiento. Toma estado jurídico y provoca la restitución de las garantías cuando el imputado es constituido en prisión dentro del plazo acordado después de revocada la excarcelación, sea por su propia voluntad, por haber sido detenido o por haber sido presentado por el fiador. También se cancela cuando se extingue la libertad caucionada por los medios normales: revocación de la prisión preventiva, sobreseimiento o absolución o encarcelamiento en término.³³

Señala Clariá Olmedo que “se autoriza asimismo al fiador (o propietario de los bienes caucionados) a dar aviso al Tribunal en caso de sospecha de fuga, cancelándose la garantía en caso de detención; pero si la petición fuere infundada, se autoriza la imposición de una multa (Córdoba, art. 363). De esta manera se evita la llamada industria de las fianzas, que se prestara a procedimientos extorsivos contra los excarcelados.”³⁴ El Código de Procedimiento Penal de la Nación impone en su art. 326 el deber al fiador de “comunicar inmediatamente al juez si temiere fundadamente la fuga del imputado.”

Señalemos desde ya que tratándose de un seguro de caución en principio por ser una fianza onerosa no cabe pedir la exoneración de la fianza (art. 2025 C. Civil) correspondiendo peticionar, en caso de temor fundado, embargo sobre bienes del imputado ejecutando las “contragarantías” que le

fueran dadas al Asegurador al momento de solicitarle el seguro de caución. En tal sentido señala Darritchón que “el fiador, dentro del plazo acordado para la presentación del fiado, puede denunciar a embargo bienes de este, con la finalidad de sustituir la garantía y ejecutar esos bienes en lugar de los suyos”.³⁵ Debe tenerse presente que por todo pago que deba efectuar el Asegurador quedará subrogada u facultada para repetir del Tomador.

La caducidad de la cauciones tiene lugar cuando se ha dado una de las circunstancias previstas para que se hagan efectivas. Es la pérdida del derecho a la liberación de la responsabilidad asumida, lo que da paso a la ejecución del fiador o a la realización de los bienes caucionados. Se produce ante el incumplimiento del imputado a las obligaciones impuestas, relacionadas con la sujeción al proceso y a la pena en su caso. Cuando esto ocurre, no obstante la orden de captura se fijará un plazo, para la comparecencia, lo que será notificado al fiador (y al propietario de los bienes caucionados), haciéndose constar el apercibimiento de la efectivización de la caución. Señala Ledesma que “el incumplimiento de esta exigencia da lugar a la nulidad del auto que ordena hacer efectiva la fianza por omisión de una forma esencial de procedimiento”³⁶ La efectivización sólo se evitará si el imputado comparece dentro de ese término o justifica que no lo hizo por habérselo impedido una circunstancia de fuerza mayor. Salvo estos casos, aunque el imputado fuera después detenido, no se revocará la caducidad de las cauciones.”.³⁷

D. PAGO DE LA INDEMNIZACIÓN Y CUESTIONES COMUNES A ESTAS COBERTURAS.

Tratándose de una garantía de “cautela” el Asegurador deberá abonar la suma correspondiente dentro del plazo de 10 días y en el caso de una garantía de sustitución de “contracautela” dentro del plazo que determine el juzgado, (³⁸)debiéndose proceder siempre a su notificación e intimación judicial.⁽³⁹⁾

En caso de pluralidad de garantías la cláusula 7 de las condiciones generales establece que “si el presente seguro cubriera sólo parcialmente la caución exigida por el Asegurado, el Asegurador participará a prorrata en concurrencia con los otros garantes hasta el importe total de la garantía que se exija”.

Es así que el Asegurador tiene un límite máximo comprometido que es el que resulta del importe de la suma asegurada el cual puede verse reducido por la existencia de otros garantes con los cuales corresponda participar a prorrata.

Los derechos correspondientes al Asegurado contra el Tomador en razón del siniestro cubierto por la póliza se transfieren al Asegurador hasta el monto abonado por éste.

Este es un principio general en materia de seguro de caución y está expresamente contemplado en la cláusula 5 de las condiciones generales aprobadas por la Superintendencia de Seguros de la Nación. Además ello resulta de lo dispuesto por los arts. 768 inc. 2 y 767 del Código Civil.

La obligación de pago tanto del premio recae con exclusividad en cabeza del Tomador y la falta de pago no puede serle opuesta al Asegurado razón por la cual el seguro se mantendrá vigente no obstante la falta de pago que pudiere sufrir la Aseguradora. En seguros se denomina “premio” al precio final del seguro comprensivo de la “prima” y de los impuestos que lo gravan. Este es exigible al momento de su contratación.

Debe tenerse presente que el Tomador no solamente debe abonar el premio inicial sino que también se encuentra obligado al pago de las sucesivas refacturaciones que la Aseguradora efectúe hasta tanto no se libere la garantía, circunstancia ésta que en materia de seguro de caución ocurre con la

devolución de la póliza y que en la especie puede razonablemente suplirse con la resolución judicial firme en dicho proceso que disponga la extinción de la obligación principal⁽⁴⁰⁾

(*)Abogado. Asesor de Aseguradoras y empresas sobre temas de seguro de caución. Titular del Estudio Jurídico Silva Garretón. E-mail sgarreton@speedy.com.ar.

¹ 30-10-87 con vigencia a partir del 1-12-87. La ampliación de la operatoria fué dispuesta por Proveído No. 78.568 de fecha 28/7/94.

² Fuero respecto del cual originalmente se había excluido la posibilidad de emitir garantías para sustituir medidas cautelares debido principalmente a la falta de experiencia en este seguro, y por no resultar en aquel momento una cobertura con una demanda suficiente en el mercado que justificara su operatoria.

³ Para un examen exhaustivo de dicha norma legal recomendamos el valioso trabajo de MORANDI, Juan C.F. "De los Aseguradores y su Control", en R.C.D.O. 1978 pag. 1105 y ss.

⁴ Cuando la ley 20.091 autoriza a las Aseguradoras a "otorgar fianzas o garantizar operaciones de terceros" no alude al contrato de seguro regulado por la ley 17.418 y se refiere al concepto económico, y no jurídico, de "operación de seguro". En tal sentido señala Bastin que "...lo que le confiere el carácter de operación de seguros cuando la realiza un asegurador es la técnica utilizada por las compañías que, más que otros organismos, harán jugar la compensación de riesgos y establecerán tarifas generalmente más diversificadas basadas en estadísticas minuciosamente confeccionadas." (BASTIN, Jean "El seguro de crédito en el mundo contemporáneo", Ed. Mapfre. Pag. 76.)

⁵ C.S., 23-4-81 "Previsión del Hogar c/ Provincia de Neuquén", Fallos 303-565; idem 30-6-92 "Estado Nacional C/ Prudencia Cia. de Seguros", diario La Ley 1-3-93; CNCom. Sala "B", 23-10-90 "Gerlach Campbell Construcciones S.A. c/ Varnacons S.R.L. y otra", diario E.D. 15-7-91.

⁶ C.S., Estado Nacional [Ministerio de Economía - Sec. de Intereses Marítimos] c/ Prudencia Cía. Arg. de Seguros Generales S.A. s/ cobro, 30-6-92.

⁷ La prohibición originaria estaba fundada en la falta de experiencia siniestral de la cobertura ya que no existe impedimento jurídico para su utilización en procesos penales como también sucede en otros países (Conf. Galindo Cubides, Hernando "Seguro de Fianza en Colombia", Bogotá, 1977, pag. 61 y ss.

⁸ Ver sobre este tema BASTIN, Jean "El Seguro de Crédito en el mundo Contemporáneo", Ed. Mapfre, Madrid, pag. 70 y ss.

⁹ CS,30-6-92 "Estado Nacional c/ Prudencia Cia. de Seguros", diario La Ley 1-3-93.

¹⁰ Cláusula 2 de las condiciones generales (CNCom. Sala "C", 22-4-77 E.D. 76-607).

¹¹ Cláusula 6 de las condiciones generales

¹² Tanto la persona del fiador como los bienes afectados a la caución pueden ser sustituidos. El primero por otra persona que se ofrezca a tal efecto y acredite capacidad y solvencia; los segundos, por otros efectos, valores, bienes o gravámenes. Fenecen cuando se dan los extremos para su cancelación, es decir cuando al libertad caucionada se convierte en liberación provisional o definitiva, o cuando el imputado se constituye en prisión, sea en carácter preventivo o para cumplir la pena, antes de que la caución hubiere caducado. si esto último ocurre, se procederá a la ejecución de las cauciones..." Tratado de Derecho Procesal Penal, V La Actividad Procesal, Jorge A.Clarí Olmedo, Ediar, 1966, Págs. 342).

¹³ Para este tema recomendamos "La Técnica de Suscripción para Fianzas de Contratos", publicación de la Compañía Suiza de Reaseguros y Bastin, Jean op. cit.

¹⁴ GARCIA, Marta Eva "Naturaleza jurídica del seguro de caución", LA LEY 1975-C 763.

¹⁵ CNCom., Sala C, 22-4-77 "La Construcción S.A. Cia. De Seguros c/ Cerquetti, Serafín", E.D. 76-607.

¹⁶ Cláusula 4 de las Condiciones Generales.

¹⁷ Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, segunda edición, Tomo V Ejecución forzada y medidas precautorias, Dr. Hugo Alsina, Ediar Soc. Anón. Editores., Buenos Aires, 1962, Págs. 489/494

¹⁸ Derecho Procesal Civil, Comercial y Laboral, Tomo IV Tratado de las Medidas Cautelares, J.Ramiro Podetti, Ediar 1969, Págs. 151/152.

¹⁹ art. 6, inc. 4, C.Pr.; C.S.N., L.L., 7-722, L.L., 16-1182, Fallos, 156-9, 137-367, 197-157; Cám. Civ. 2da. Cap., L.L., 30-435; Cám. Civ.1ra. Cap., J.A., t. 51, ps. 123 y 124; CNCiv., Sala B, L.L., 118-900, 12.041-S, y arg. leyes 7109 y 17.109 (Cám. Civil y Com. de Mar del Plata, Sala I, causa 33.166, del 2/4/74) citados por Jorge Orlando Ramirez en "Medidas Cautelares", Ed. Depalma pag. 68..

²⁰ Jorge Orlando Ramirez en "Medidas Cautelares", Ed. Depalma pag. 68

²¹ CNCiv., Sala C, J.A., reseñas, 1969, p. 413, nro. 23.

²² En tal sentido señala Ramirez que " No decidida en sentencia firme la inexistencia del crédito del embargante, resulta prematuro que el embargado sostenga, como base de una demanda de daños y perjuicios, la sinrazón del embargo (S.C.B.A., L.L., 58-177). Y agrega en nota este autor que "Es evidente que si el embargo se encuentra firme, sólo una sentencia adversa para el embargante puede hacer que éste se levante, por lo que hasta que ello no suceda mal puede resolverse sobre al ilicitud de la medida y el consiguiente derecho del "embargado" a solicitar daños y perjuicios. Pero puede suceder que durante el proceso el accionado promueva incidente sobre sustitución o disminución de la medida trabada, demostrando que el actor ha ejercido abusivamente su derecho; si obtiene resolución favorable, nada obsta a que de inmediato promueva acción por daños y perjuicios, ya que la sentencia a dictarse en la causa principal no tendrá incidencia en la cuestión." Op. Cit. Pag. 69. 41.- La acción resarcitoria por embargo indebido supone una decisión previa que levante la medida, reconociendo así su ilegalidad (CFed. Bahía Blanca, junio 5-953, LA LEY, 71-569).

La acción por daños y perjuicios fundada en la ilegalidad del embargo, presupone que el mismo haya sido levantado por el único juez que lo puede hacer, esto es, el que interviene en el juicio respectivo (ST San Luis, octubre 9-943, LA LEY, 33-235).

La ilegalidad del embargo o inhibición en que se funda la acción de daños y perjuicios debe ser declarada previamente por el juez que decretó la medida, pero el carácter ilegítimo de la misma puede derivar, sin necesidad de una declaración literal y solemne, en ese sentido, del solo hecho de haber sido dejado sin efecto por el propio tribunal que lo decretó o por el tribunal de apelación (CCivil 2da. Cap., junio 13-938, LA LEY, 11-35).

La acción por daños emergentes de un embargo requiere la previa declaración judicial de su ilegalidad, y no puede intentarse como reconvencción en el juicio mismo en que se solicitó y obtuvo la medida precautoria (C2da.Civ. y Com. Córdoba, noviembre 29-946, LA LEY, 46-70).

Debe tenerse en cuenta, ahora, la disposición del art. 208 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

La tesis conforme a la cual el ejercicio de la acción por los daños y perjuicios derivados de un embargo está supeditado a la sentencia que lo declara mal trabado, se justifica en los casos en que el embargo se mantiene mientras se substancia la cuestión de su procedencia, pero no en el caso en que la medida ha quedado insubsistente con anterioridad (CCivil 1ra. Cap., agosto 22-944, LA LEY, 35-849).

No decidida en sentencia firme la inexistencia del crédito del embargante, resulta prematuro que el embargado sostenga, como base de una demanda de daños y perjuicios, la sinrazón del embargo (SC Buenos Aires, diciembre 20-949, LA LEY, 58-177).

²³ SC Mendoza, Sala I, L.L. 105-650.

²⁴ La acción indemnizatoria por un embargo trabado sin derecho, requiere una primera y esencial condición: la prueba de los perjuicios efectivamente sufridos (CFed, Resistencia, L.L., 88-620; C.Com.Cap., L.L., 9-265; CNCiv., Sala F, E.D., 20-566, fallo 10.396). Ramirez op. Cit pag. 73. 47.- Si bien es cierto que quien traba la libre disposición de un bien sin derecho, en principio está obligado a resarcir los daños y perjuicios que con dicha medida ocasiona a su dueño por aplicación de los principios generales de la responsabilidad civil, al recurrir a vías legales desviándolas de sus fines legítimos (arts. 1067, 1074, 1076 y 1109, Cód. civil), no lo es menos que el damnificado está obligado a armar la prueba concreta y cierta de tales daños para que proceda su resarcimiento (CNCiv., sala F, agosto 23-966, E.D., 20-566, fallo 10.396).

La acción indemnizatoria por un embargo trabado sin derecho, requiere una primera y esencial condición: la prueba de los perjuicios efectivamente sufridos (CFed. Resistencia, julio 11-957, LA LEY, 88-620).

No hay necesidad de probar la existencia de los daños materiales y morales sufridos por el actor, si se ha justificado la actitud persistente del querellante, no sólo frente al actor, sino ante terceros, en el sentido de atribuirse el derecho para impedir la disposición de la mercadería intervenida, pues ello ha determinado como natural consecuencia la paralización comercial de la misma, ya que en el orden natural de los

acontecimientos, el querellado, pendiente del proceso, no podía encontrarse en igual situación que un comerciante libre de toda traba para activar el tráfico de la mercadería de su propiedad (CCom. Cap., julio 15-938, LA LEY, 11-334).

Para la procedencia de la acción resarcitoria fundada en un embargo preventivo trabado sin derecho, debe probarse, además de la falta de derecho para obtener la medida, los demás extremos exigidos por los arts. 1067, 1068 y 1069 del Cód. civil (CCom., Cap., diciembre 20-937, LA LEY, 9-265).

Los daños y perjuicios derivados de la paralización de una suma de dinero depositada en un banco, que quedó retenida debido a un embargo pedido sin derecho, consisten en el pago de los intereses dejados de percibir (JPaz Letr. cap., 1ra. instancia firme, doctor EDUARDO A. BROQUEN, febrero 29-936, LA LEY, 1-530).

No puede tenerse por probado el lucro cesante derivado del embargo trabado sin derecho sobre una lancha, por la sola manifestación de haber estado impedido de disponer de ella, sin intentar siquiera la prueba de que en algún momento, durante ese tiempo, se haya tentado ocuparla en algún fin lucrativo (CCom. Cap., diciembre 20-937, LA LEY, 9-265).

Al demandado que aduce en su defensa la legalidad del embargo y consiguiente irresponsabilidad por los daños y perjuicios que se le reclaman, incumbe en principio la prueba de su aserción y al embargado actor, la de la existencia y extensión de los perjuicios y daños de que se queja (CCom. Cap., abril 14-939, LA LEY, 14-211).

Un embargo es susceptible de causar perjuicios no sólo por el monto que se haga efectivo, sino también por las consecuencias que origina; como podría no causar ninguno (CCom. Cap., agosto 7-941, LA LEY, 23-692).

El resarcimiento debido por la suma de dinero inmovilizada por el embargo se traduce en el pago de los intereses correspondientes, y no cabe considerar el problema de la depreciación monetaria por tratarse de una deuda de numerario y no de una deuda de valor (C1ra. CC Bahía Blanca, julio 24-959, LA LEY, 99-796, 5039-S).

²⁵ El embargo indebido da derecho para pedir la indemnización de los perjuicios causados (CFed. Paraná, junio 5-953, LA LEY, 71-569).

El embargo indebido es un acto ilícito, un cuasidelito (ST San Luis, octubre 9-943, LA LEY, 33-235).

El hecho de embargar bienes sin derecho, constituye un acto ilícito en los términos del art. 1109 del Cód. civil y apareja, por consiguiente, la obligación de reparar los daños y perjuicios que con él se han originado (CCivil 1ra. Cap., setiembre 2-936, LA LEY, 3-825).

Si bien el ejercicio de un derecho propio no puede constituir como ilícito ningún acto, ello no obsta que el actuar en justicia debe ser realizado sin dañar a terceros. El derecho para solicitar embargos u otras medidas equivalentes, no tiene otro fin que el de asegurar, de parte del deudor, el exacto cumplimiento de sus obligaciones; ese derecho no puede ser ni más absoluto ni más extenso que el propio derecho que tiende a proteger, de suerte entonces que por no estar autorizado por la ley, ni habérselo solicitado de buena fe, ha de eximirse el embargante de toda responsabilidad si de él resulta para el embargado un daño que pudo evitar tomando las precauciones necesarias. Es en razón de ello que la cuestión es regulada por las disposiciones de los arts. 1067 y 1109 del Cód. civil (ST Santa Fe, noviembre 12-943, LA LEY, 33-394).

Si en el juicio en que se trabó el embargo preventivo la demanda fue rechazada con costas por sentencia definitiva, ante ello, y sin que proceda entrar al análisis de los fundamentos de la sentencia, debe concluirse que el embargo fue pedido sin derecho, en razón de que el crédito en base al cual se trabó la medida era inexistente, por falta de titularidad de la actora con respecto al mismo. Por lo tanto, la embargante es responsable de los daños y perjuicios ocasionados por la medida cautelar pedida sin derecho, conforme con lo dispuesto por el art.444 del Cód. de proced. (CNPaz, sala II, agosto 4-953, LA LEY, 72-53).

Cuando se ha pedido un embargo preventivo al demandar, y ha sido decretado de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 443 y 444 del Cód. de proced., y la acción es rechazada en definitiva, la medida cautelar resulta entonces haber sido pedida sin derecho, y el embargante debe responder por los daños y perjuicios ocasionados a la contraparte en función de lo dispuesto en el citado art. 444. La aplicación lisa y llana del texto de esta disposición procesal no contraría las normas del código civil que rigen la responsabilidad (CNPaz, sala II, agosto 4-953, LA LEY, 72-53).

El embargo se puede pedir sin derecho, o porque el crédito no existe de verdad, o porque existiendo, no se hallen reunidas las condiciones preceptuadas por el art. 443 del Cód. de proced., para hacerlo procedente. En ambos supuestos el elemento culpa o negligencia se encuentra presente. Cuando se carece de derecho para pedir embargo preventivo, hay siempre negligencia, y de ahí que la ley procesal (art. 444), sin violentar los principios que dominan la culpa aquiliana, imponga responsabilidad por los daños y perjuicios a quien lo solicitó en esas condiciones (CNPaz, sala II, setiembre 29-958, LA LEY, 94, 1074-S).

En el caso de un embargo pedido sin derecho, no es necesario que medie dolo o mala fe, bastará acreditar la más leve negligencia para determinar la responsabilidad, debiendo la cuestión ser planteada y resuelta dentro del campo exclusivo y propio de la culpa aquiliana legislada por el art. 1109 del Cód. civil. La imprudencia más insignificante puede constituir un cuasidelito, a poco que de ella se haya derivado un daño, pero la existencia de culpa o negligencia es siempre necesaria para generar la responsabilidad. El embargo se puede pedir sin derecho o porque el crédito no existe en verdad, o porque existiendo no se hallan reunidas las condiciones preceptuadas por el art. 443 del Cód. de proced. para hacerlo procedente. En ambos supuestos el elemento culpa o negligencia se encuentra presente. Cuando se carece, de derecho para pedir un embargo preventivo, hay siempre negligencia, y de ahí que la ley procesal, sin violentar los principios que dominan la culpa aquiliana, imponga responsabilidad por los daños y perjuicios a quien lo solicitó en aquellas condiciones (CNPaz, sala II, agosto 4-953, LA LEY, 72-53).

No debe interpretarse al pie de la letra el art. 444 del Cód. de proced., y, con un mero criterio objetivo, decidir sin más análisis que, por haberse rechazado la demanda, el embargo resulta trabado sin derecho y, por lo tanto, sea responsable el que lo pidió a indemnizar al embargado. Si el embargo lo decretó el juez, es porque procesalmente el acreedor estaba facultado para solicitarlo. Si no obstante ello, el embargante puede llegar a ser responsable, hay que ver en ello una aplicación de la teoría del abuso del derecho. Lo que la ley sanciona es la conducta del que, torciendo la finalidad social o económica perseguida por la norma, se vale de esa arma para extorsionar o lograr una ventaja indebida. El embargo preventivo es para garantizar un crédito prima facie verosímil; no para ocasionar un daño injusto, vejar o causar molestias inútiles al adversario, u obtener ventajas pecuniarias reñidas con la moral, sabiendo o debiendo saber que lo peticionado no es arreglado a derecho o que los bienes pertenecían a un tercero, en cuyo caso la responsabilidad se originaría en el hecho ilícito (CNCiv., sala D, setiembre 10-954, LA LEY, 77-401).

No debe interpretarse al pie de la letra el art. 444 del Cód. de proced., y, con un mero criterio objetivo, decidir sin más análisis que, por haberse rechazado la demanda, el embargo resulta trabado sin derecho y, por lo tanto, sea responsable el que lo pidió a indemnizar al embargado. Lo que la ley sanciona es la conducta del que, torciendo la finalidad social o económica perseguida por la norma, se vale de esa arma para extorsionar o lograr una ventaja indebida sabiendo o debiendo saber que lo peticionado no es arreglado a derecho o que los bienes pertenecían a un tercero, en cuyo caso la responsabilidad se originaría en el hecho ilícito (CNCiv., sala C, agosto 5-959, LA LEY, 96-532).

Cuando el art. 444 del Cód. de proced. habla "del embargo preventivo sin derecho" se refiere más que a los requisitos de forma prescriptos por el art. 443, al derecho de fondo, es decir, al crédito mismo, que sólo puede apreciarse prudencial y verosímilmente al decretarse la medida precautoria, y cuya existencia o inexistencia debe resultar de la sentencia definitiva a dictarse en su oportunidad (CNPaz, sala I, noviembre 21-961, LA LEY, 106-251).

Aun cuando los arts. 444 y 460 del Cód. de proced. rigen situaciones distintas, el embargo pedido sin derecho, el primero, y el alzamiento del embargo por no haberse deducido la demanda en el término fijado -el otro- ambos coinciden en la finalidad de responsabilizar por los daños y perjuicios ocasionados ya que los términos "sin derecho", de que se vale el art. 444 se refiere tanto al de fondo como al de forma, y el

alzamiento que prescribe el art. 460 significa, precisamente sancionar la falta de derecho para mantener el embargo y en uno u otro caso, hay que responder por las costas y los daños y perjuicios (CCom. Cap., agosto 31-938, LA LEY, 11-1198).

Si el tribunal de apelación estima, contrariamente al de 1ra. instancia, que los extremos procesales no han sido debidamente llenados, la sanción para el embargante se limita, por el momento, a las costas del incidente, también previstas en el art. 444 del Cód. de proced. La de los daños y perjuicios no puede derivar sino de la sentencia que reconozca o desconozca o fije la medida del derecho invocado. Y si ésta consagra la existencia de ese derecho, en todo o en parte, no cabría en principio responsabilidad para el embargante, por lo mismo que, dentro del límite respectivo, sólo trató de asegurar un crédito legítimo. Podrá no haber llenado estrictamente los recaudos externos para la traba del embargo, pero lo cierto es que el crédito mismo, el derecho cuya efectividad se propuso garantizar, existían en verdad. Se excluye la hipótesis de embargos manifiestamente improcedentes y maliciosos (CNPaz, sala I, noviembre 21-961, LA LEY, 106-251).

Si bien proceden las condenaciones de daños y perjuicios en determinados casos de embargos preventivos trabados sin derecho, no se debe comprender en éstos aquel en que se declara improcedente el embargo en juicio ejecutivo por razones surgidas de la interpretación de la ley (CApel. Com. y Crim. Mendoza, febrero 21-941, JM, VI-178).

El juicio destinado a obtener el resarcimiento del daño que el embargo habría causado, debe atenerse a lo que se decidió en dicha contienda, porque para las partes que en ella intervinieron, esa fue la oportunidad procesal de debatir lo concerniente al derecho puesto en tela de juicio (CFed. Paraná, junio 5-953, LA LEY, 71-569).

Un secuestro obtenido judicialmente puede constituir un delito o cuasidelito civil, si ha sido indebido o está en manifiesta desproporción con el fin a que respondía, máxime cuando con él se afecta el crédito y se paralizan los negocios del secuestrado (CCivil 1ra. Cap., setiembre 2-936, LA LEY, 3-825).

La exigencia de que el demandado apelara la medida de no innovar, so pena de no poder reclamar los perjuicios de ella derivados resulta carente de verdadera base lógica y jurídica (SC Mendoza, sala I, abril 6-961, LA LEY, 105-650).

No puede atribuirse a la omisión del demandado de apelar la medida de no innovar, el alcance de una actitud culposa, desde que no contando a tal efecto sino con los elementos obrantes en ese momento en el proceso y que no eran otros que los exhibidos por la actora para fundar su pretensión precautoria, era muy improbable, por no decir imposible, que obtuviera una revocatoria, sobre todo si se tiene en cuenta que el éxito de la oposición que dedujera fincaba esencialmente en la falta de derecho de la actora para deducir la acción principal, cuestión que únicamente podía ser juzgada en la sentencia final del juicio (SC Mendoza, sala I, abril 6-961, LA LEY, 105-650).

Quien omite alzarse en contra de una medida precautoria que estima injusta intrínsecamente, pero que por razones formales y circunstanciales no adolece de evidente ilegalidad, exhibe una actitud que debe ser ponderada favorablemente, en cuanto implica prudencia en el ejercicio de los derechos procesales, con resguardo para el propio interesado al no exponerse a una previsible condena en costas y con economía para la justicia al evitar un inútil desgaste de la actividad jurisdiccional (SC Mendoza, sala I, abril 6-961, LA LEY, 105-650).

El hecho de que el buque objeto del embargo e interdicción de salida estuviera asegurado, no es fundamento para la defensa de falta de acción opuesta en el juicio por resarcimiento de los daños y perjuicios causados por esa medida que fue pedida sin derecho (CFed. Cap., diciembre 24-941, LA LEY, 25-439).

La suspensión de la obra nueva, autorizada por los arts. 2500 del Cód. civil y 585, del Cód. de proced., importa claramente una medida precautoria de no innovar. Pero la circunstancia de que esté autorizada por dichas imposiciones legales, no significa que quien la obtuvo no deba responder de los daños que la paralización de la obra pueda haber ocasionado a quien la realizaba, en el supuesto de rechazo de la acción promovida (CNCiv., sala D, marzo 15-960, LA LEY, 98-126).

²⁶ Derecho Procesal Civil, Comercial y Laboral, Tomo IV Tratado de las Medidas Cautelares, J.Ramiro Podetti, Ediar 1969, Págs. 157/160.

²⁷ “La cuestión relativa a la responsabilidad emergente de un embargo debe resolverse de acuerdo con las normas del código civil (arts. 1074, 1076, 1109 y concs.), ya que la tesis contraria, que aparentemente se desprende del art. 459 del Cód. de proced. de la Prov. de Buenos Aires no podría, aun cuando hubiera estado en la mente del legislador, tener prioridad sobre la ley sustantiva que, para responsabilizar a una persona por los perjuicios emergentes de sus actos, exige la demostración de que el agente procedió con dolo o culpa, y no simplemente sin derecho (arts. 31, 67, inc. 11, Constitución Nacional)” (SC Buenos Aires, agosto 22-944, LA LEY, 37-227).

“La necesidad de dolo, culpa o negligencia resulta de la base de la responsabilidad fundada en un pedido de inhibición sin derecho y de lo dispuesto en el art. 1109 del Cód. civil, que es el que principalmente debe aplicarse en el caso” (CCivil 2dra. Cap., junio 13-938, LA LEY, 11-35).

“Los arts. 444 y 460 del Cód. de proced. no juegan automáticamente como sanción del principio generador de la responsabilidad del embargante, sino con subordinación o concordancia a lo preceptuado por el art. 1067 del Cód. civil, que requiere para el acto ilícito punible el daño causado u otro acto exterior que lo pueda causar, caracterizado por la imputación a sus agentes de dolo, culpa o negligencia” (CCom. Cap., agosto 7-941, LA LEY, 23-692).

“Con excepción de pocos casos ya superados, la jurisprudencia se ha orientado de modo uniforme en el sentido de requerir, a los fines del art. 444 del Cód. de proced., la prueba de dolo, culpa o negligencia en quien hubiera obtenido un embargo para obligarlo a reparar los posibles perjuicios. Se pone así el problema en los términos de los arts. 1067, 1068 y 1109 y concs. del código. No es suficiente, por tanto, que el embargo se haya levantado o dejado sin efecto en virtud de alguna otra circunstancia, incluso el desistimiento del embargante, si no se acredita una de aquellas causales de imputabilidad o, por lo menos, falta de diligencia en la substanciación, como se admitió, aunque aisladamente, en algún caso” (CNCiv., sala C, agosto 5-959, LA LEY, 96-532).

“Para que proceda la acción por resarcimiento de los daños producidos por una medida cautelar pedida sin derecho, debe haber mediado dolo o culpa de parte de quien la solicitó” (CNCiv., sala D, marzo 15-960, LA LEY, 98-126).

“No en todos los casos en que se revoque o se anule una medida precautoria por haber sido “pedida sin derecho”, el que la solicitó está obligado por virtud del art. 444 del Cód. de proced. a resarcir los perjuicios ocasionados a la otra parte; será necesario establecer si media el elemento subjetivo que, por regla, debe darse en el acto ilícito, es decir, acreditar la existencia del dolo, de la culpa o de la negligencia, según lo exigen los arts. 1067 y 1109 del Cód. civil, o el ejercicio antifuncional de la prerrogativa, esto es, el abuso del derecho” (CNCiv., sala D, junio 17-960, LA LEY, 100-465).

“La aplicación del art. 444 del Cód. de proced. requiere no sólo prueba concluyente del dolo o culpa, sino un cuidadoso examen de la conducta del embargante y de la justificación del daño causado, como consecuencia directa y necesaria de la medida, pues no debe olvidarse que no mediando alguna de dichas circunstancias de imputabilidad, del ejercicio de un derecho que causa daño, no se sigue ninguna ilicitud” (CNCiv., sala C, agosto 5-959, LA LEY, 96-532).

²⁸ No basta la circunstancia del progreso de la tercería de dominio para que puedan entenderse procedentes los daños y perjuicios; es necesario que aparezca por los menos cierta culpa en el embargante (CCiv., 2da.Cap., L.L., 21-239; C. 1ra. Bahía Blanca, L.L., 99-796, 5039-S; ST Santa Fe, L.L., 3-394; C. Com. Cap., L.L., 22-732; CFed. Cap., L.L., 4-695).

²⁹ Es responsable la sociedad anónima por los daños y perjuicios derivados de un embargo sobre bienes de terceros no deudores que se prolongó debido a negligencia culposa de sus administradores (SC Bs.As., E.D., 8-403, fallo 4494). 80.- No es dudosa la responsabilidad que incumbe al embargante por negligencia e imprudencia, ya que lo constituyen la doble circunstancia de haber peticionado y obtenido el embargo sin tener la documentación necesaria para mantenerlo mediante el ejercicio de la acción dentro del término legal del art. 460 del

Cód. de proced. y de haber abandonado esa acción cuando la tuvo y la promovió, por haberse apercebido de que el actor era un insolvente y no valía la pena gastar dinero en perseguirlo (CCom. Cap., agosto 31-938, LA LEY, 11-1198).

Está demostrada la falta de derecho del embargante, que obtuvo esa medida en base a una compulsión de sus libros y bajo su responsabilidad para el supuesto de que lo pidiera sin derecho conforme al art. 444 del Cód. de proced. si él mismo manifiesta que el crédito contra el actor "no se ha podido hacer valer en justicia por un error deslizado al hacer el asiento en los libros (CCom.Cap., diciembre 20-937, LA LEY, 9-265).

Si el embargante denunció falsamente un domicilio que no era el de la demandada, y obtuvo, bajo su responsabilidad, el embargo preventivo del sueldo de ésta, responde de los daños y perjuicios que haya causado la ilegal traba de la medida precautoria; en el caso, los intereses por todo el tiempo durante el cual la embargada no pudo disponer de su sueldo (CNPaz, sala II, junio 3-966, E.D., 27, fallo 13.828).

El cobro de la suma reclamada por los locatarios de un automóvil al locador, por el costo de las reparaciones efectuadas en el vehículo, de cuya explotación se vieron privados vigente el contrato, es procedente en concepto de daños y perjuicios en razón de que el locador procedió con negligencia al solicitar una medida precautoria en base a un derecho dudoso, que fue desconocido por la sentencia que puso fin al juicio por rescisión del contrato de locación del vehículo (CNPaz, sala II, setiembre 29-958, LA LEY, 94, 1074-S).

La embargante procedió con negligencia al solicitar la medida precautoria e insistir sobre su procedencia ante la oposición fundada de la contraparte, en base a un crédito dudoso y que fue desconocido por la sentencia que puso fin a la contienda en razón de que la accionante no probó ser la titular del mismo -arts. 1109, 902 y 903, Cód. civil- (CNPaz, sala II, agosto 4-953, LA LEY, 72-53).

Responde por los daños y perjuicios causados quien trabó un embargo invocando un derecho inexistente (en el caso, se declaró simulada la cesión del crédito que fundaba la ejecución) (CCivil 1ra.Cap., junio 26-944, LA LEY, 35-168).

Incurrió en negligencia culpable, que hace que le sea imputable el acto, quien trabó sin derecho embargo sobre los sueldos de un homónimo del deudor. Aunque no actuara de mala fe, sino por deficiente información, ello no modifica la situación, desde que la mala fe no es imprescindible para hacer nacer responsabilidad por los hechos, bastando con que el agente haya obrado con culpa o negligencia (CCivil 2da.Cap., mayo 15-942, LA LEY, 27-281).

La insistencia de un banco en perseguir sin derecho el cobro de una suma determinada a un comerciante, la inhibición, embargos trabados o notificados a otras casas de comercio y el pedido de quiebra, constituyen un caso típico de cuasidelito que hace procedente la indemnización de los daños causados desde que, por culpa o negligencia de la institución bancaria, se han obtenido y pedido indebidamente medidas que han creado al comerciante situaciones legales y de hecho que le han ocasionado perjuicios susceptibles de apreciación pecuniaria en las cosas de su dominio, y en el mal inferido a sus derechos y a sus facultades de libre actividad profesional (CNCom., diciembre 31-943, GF, 168-424).

No es necesario apelar al abuso de los derechos, ni a las doctrinas que explican este principio, desviación del fin económico o social impuesto por la norma, o una actuación contraria a la moral y buenas costumbres, sino que en el caso, con la interdicción a raíz del embargo, producido en los barcos de los demandados, trabado a petición de los actores, se han transgredido normas legales que impedían, ante créditos de la naturaleza de los reclamados detenerlos en el puerto, obstaculizando su partida (arts. 869 y 870, Cód. de com.). Se han quebrado normas legales, y quien actúa así es evidente que cae en la esfera de lo ilícito, porque se ha cumplimentado un acto procesal, contra expresas disposiciones legales, a pedimento de los actores. Existe pues culpa, para hablar en términos latos -art. 512, Cód. civil- (SC Buenos Aires, agosto 16-955, LA LEY, 81-344).

Si la cesión del contrato de arrendamiento hecha por el deudor a favor del tercerista figura debidamente inscrita en el registro respectivo, con anterioridad a la época del embargo trabado sobre los cereales existentes en el campo arrendado, ello basta para establecer la responsabilidad del embargante por los daños causados con esa medida (CApel. Rosario, sala III, agosto 12-938, LA LEY, 11-1016).

Debe indemnizar los daños ocasionados, el acreedor prendario que en vez de dirigir su acción contra el acreedor hipotecario que obtuvo la venta de los bienes gravados, en la ejecución seguida contra el deudor común, secuestró éstos de manos del tercero adquirente, cuando lo ordenado en la ejecución prendaria era el embargo de los fondos provenientes de aquella venta (CCivil 2da. Cap., noviembre 5--940, LA LEY, 20-1026).

El propósito del querellante por uso indebido de marca, de impedir a su ex socio la libre disposición de algunos bienes que le habían correspondido en la disolución social -cualquiera sea el alcance legal de la medida judicial del inventario y del secuestro- configuran los caracteres francamente ilícitos para su conducta en la emergencia (CCom.Cap., julio 15-938, LA LEY, 11-334).

Es responsable de los daños y perjuicios quien ha interpuesto interdicto de obra nueva procediendo sobre la base de una conducta culposa -obteniendo hasta la clausura del local ocupado, además de la orden de no innovar- y abusando de los derechos conferidos por la ley (CNCiv., sala D, diciembre 5-963, E.D., 8-172, fallo 4.374).

Es necesario el debido asesoramiento técnico para solicitar, mediante el respectivo interdicto, la paralización de obras nuevas, dado la responsabilidad que ello trae aparejado (CNCiv., sala D, diciembre 5-963, E.D., 8-172, fallo 4.374).

La no exigencia de la garantía de la contracautela a quien solicitó la suspensión de obras nuevas, no modifica su situación jurídica en lo que respecta a la responsabilidad, ya que la finalidad de dicha medida es, simplemente, asegurar la efectividad del resarcimiento en favor del damnificado (CNCiv., sala D, diciembre 5-963, E.D., 8-172, fallo 4.374).

³⁰ Derecho Procesal Civil, Comercial y Laboral, Tomo IV Tratado de las Medidas Cautelares, J.Ramiro Podetti, Ediar 1969, Págs. 162/166

³¹ La prescripción de la acción por la que se reclama el resarcimiento de los daños y perjuicios que se hacen derivar de un embargo indebido se opera al año (art. 4037, Cód. Civil) (nota: ahora son dos años, luego de la reforma de la ley 17.711), computado no desde la fecha de la traba, ni tampoco desde la promoción de la tercería, sino desde la sentencia firme que admitió la tercería (CFed., Cap., L.L., 4-695). En la acción de los daños y perjuicios derivados de un embargo trabado sin derecho, la prescripción del art. 4037 del Cód. Civil comienza a correr desde que el damnificado estaba en condiciones jurídicas para accionar; es decir, en el caso, desde que se le notificó la perención de la instancia en el juicio en que se trabó el embargo (CN Cap., L.L., 9-265). La prescripción de la acción por daños y perjuicios derivados del embargo e interdicción de salida de un buque trabados sin derecho, comienza a correr desde la fecha del laudo arbitral que declaró que el choque origen de la medida se habría producido por culpa exclusiva del vapor del embargante (CFed. Cap., L.L., 25-439). La prescripción de la acción por daños y perjuicios ocasionados por un embargo indebido es interrumpida por las actuaciones tendientes a declarar su ilegitimidad, y sólo empieza a correr desde la fecha en que quedó consentida la sentencia recaída en el juicio que declaró ilícito el embargo (C.Apel. Rosario, Sala I, L.L., 28-243).

³² Cláusula 4 de las Condiciones Generales de la Póliza.

³³ Tratado de Derecho Procesal Penal, V La Actividad Procesal, Jorge A.Clariá Olmedo, Ediar, 1966, Pág. 352

³⁴ Clariá Olmedo op. cit. pag. 351.

³⁵ Darrichón, Luis "Excarcelación y Eximición de Prisión", De. Abeledo - Perrot pag 194.

³⁶ Guillermo A. C. Ledesma "Eximición de Prisión y Excarcelación", Ed. Platano pag. 135 idem C.C.C., Sala 6a. causa No. 8106 "Rubinstein, F" 11-12-73.

³⁷ Clariá Olmedo op. cit. pag. 352.

³⁸ Los plazos se computan en días hábiles judiciales.

³⁹ Cláusula 5 de las Condiciones Generales.

⁴⁰ "...En el seguro de caución en garantía de la deuda aún no exigible, la constructora actúa como tomador y asegura al acreedor, para que en el caso de no realizar la obra, éste reciba una indemnización del Asegurador. La aseguradora tiene la obligación de mantener el seguro hasta tanto el deudor haya sido liberado de responsabilidad, circunstancia que acaece con la entrega definitiva de la obra, es decir, con la extensión de los correspondientes certificados de terminación de obra por parte de la entidad receptora de ella (conf. art. 1 inc. b) dec. 411/69 y arts. 41 y 44, ley 13.064 -Adla, XXIX-A, 341; VII-404-). En el caso de autos, la demandada reconoce que la cobertura del riesgo se mantiene por parte de la aseguradora hasta la devolución de la póliza original del asegurado, conforme lo hubo manifestado en su presentación de fs. 332. Por lo tanto, la obligación del deudor al pago de la primas subsiste por los períodos en que se haya prolongado esa responsabilidad."(ver CNCom., sala A, "Capital Cía. de Seguros c. Talleres Llave S.A.", 17/9/1985, y "La Holando Sudamericana Cía. de Seguros c. Mayvas", 31/8/1981; sala B, "La Gremial Económica Cía. de Seguros S.A. c. Viggiano, Carlos, 12/8/1991 -La Ley, 1991-D,558-; y "Mayo Cía. de Seguros c. Parques Interama S.A.", 30/9/1991)".

(CNCom., sala C, 28/11/994 - "La Construcción Cía. de Seguros c. Norcivil S.A.", La Ley LIX Nro. 25, 3/2/95, Pág.13).