NEUQUEN, 7 de Diciembre del año 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"CAREDDU RICARDO JOSE C/ BANCO PROV. DEL NEUQUEN S.A. S/ INCIDENTE DE APELACION" (JNQLA1 ICL 938/2010)** venidos en apelación a esta **Sala I** integrada por los Dres. **Jorge PASCUARELLI** y **Patricia CLERICI**, por encontrarse excusada la Dra. Cecilia PAMPHILE a fs. 711, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. **Estefanía MARTIARENA**, y de acuerdo al orden de votación sorteado el Dr. **Jorge PASCUARELLI** dijo:

I. Que a fs. 664/668 vta. la demandada deduce recurso de apelación contra la resolución de fs. 657 y vta., por la cual se rechazó el levantamiento de la medida cautelar dispuesta a fs. 194 y 206 a partir de la resolución de la Alzada de fs. 186/190 de fecha 12/04/2011.

En primer lugar alega la escasa factura argumental de la decisión recurrida para disponer una cautelar que lleva más de seis años basada en la naturaleza jurídica de las sumas abonadas y omitiendo considerar los planteos de la demandada. Sostiene que se equivoca el *A-quo* porque la medida no se dispuso para suplir el salario o remuneración del actor sino para morigerar una eventual condena resarcitoria. Agrega, que luego de seis años la medida cautelar innovativa resulta desvirtuada y corresponde su levantamiento, que el tiempo transcurrido demuestra que no hay peligro en la demora y que las sumas abonadas superan el importe consignado en liquidación de la demanda. Expresa que la medida resulta desnaturalizada por el tiempo transcurrido y el monto de las sumas abonadas.

Agrega, que luego de seis años no hay condena judicial firme y se abonaron más de $ 400.000. Dice que las

medidas cautelares son provisorias y mutables, no resultando razonable mantener la medida hasta la sentencia definitiva.

Solicita que se revoque la resolución recurrida y se levante la medida cautelar.

La contraria no contestó el traslado del memorial.

II. Ingresando el análisis de las cuestiones planteadas la apelación resulta procedente atendiendo al carácter provisorio de las medidas cautelares, el tiempo transcurrido desde que se interpuso la demanda y la medida se viene cumpliendo así como los montos depositados.

En autos se interpuso la demanda el 21/10/2010 y se dispuso la medida por resolución de abril de 2011 y providencia de mayo de 2011, con *"miras de morigerar la eventual condena resarcitoria"* (fs. 189 vta.), es decir que, desde hace más de seis años se viene depositando el 50% de los salarios del actor al momento del despido y otorgando la obra social.

Entonces, teniendo en cuenta que por el transcurso del tiempo y las sumas depositadas no puede considerarse que se mantenga el motivo por el cual se dispuso la cautelar, así como por su carácter provisional corresponde revocar la decisión recurrida y disponer el levantamiento solicitado (arts. 202 y 204 del CPCyC).

Asimismo, cabe tener en cuenta que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que:

"4°) Que, sin perjuicio de lo expuesto, y atento la fecha en la que la medida cautelar fue dictada (29 de diciembre de 2004 —confr. fs. 24/26—), corresponde reiterar en el sub examine el criterio recientemente expuesto por este

Tribunal en la causa G.456.XLVI "Grupo Clarín S.A. y otros s/ medidas cautelares", fallada el 5 de octubre de 2010, según el cual la falta de sentencia definitiva aplicable al caso debe complementarse con otra regla tradicional de esta Corte, que el tribunal de grado deberá tener en cuenta, y que consiste en que la medida cautelar no debe anticipar la solución de fondo ni desnaturalizar el derecho federal invocado."

"No debe perderse de vista que si la sentencia en la acción de fondo demorara un tiempo excesivo, se permitiría a la actora obtener por vía del pronunciamiento cautelar, un resultado análogo al que lograría en caso de que se acogiera favorablemente su pretensión sustancial en autos. Por esta razón, no sólo debe ponderarse la irreparabilidad del perjuicio del peticionante de la medida, sino también el del sujeto pasivo de ésta, quien podría verse afectado de manera irreversible si la resolución anticipatoria es mantenida "sine die", de lo cual se deriva que la alteración del estado de hecho o de derecho debe encararse con criterio restrictivo (Fallos: 331:941)."

"5°) Que, en efecto, la esencia de las medidas cautelares es su provisionalidad, según las más tradicionales caracterizaciones doctrinarias. Esto significa que siempre la medida se extingue ante la decisión cognitiva de fondo o la decisión final administrativa. Se trata siempre de resoluciones jurisdiccionales precarias, nunca definitivas. Esta afirmación, que está ampliamente reconocida por la doctrina y por la jurisprudencia dominantes en el terreno del deber ser, se relativiza en el ámbito del derecho vivo que emerge del ejercicio jurisdiccional —en el campo del ser— pues las medidas cautelares tienden a ordinarizarse, es decir, a caer ellas mismas presas del fenómeno que procuran remediar, esto es, que el paso del tiempo convierta en tardía e inútil

la decisión cognitiva. Esto borra su esencia misma, pues hace desaparecer su provisionalidad, dado que la medida cautelar agota o suple en buena parte el contenido mismo de la pretensión jurídica e impulsa al peticionante a prolongar indefinidamente por todos los medios procesales a su alcance la decisión cognitiva de fondo, que llega cuando carece de toda importancia."

"Este agotamiento de la pretensión jurídica mediante la obtención de la medida cautelar es algo que no puede analizarse en abstracto, sino incorporando la dimensión temporal en la evaluación de las circunstancias concretas de cada caso, por imperio del mandato constitucional de afianzar la justicia. Y es aquí donde la jurisdicción debe observar la más cuidadosa cautela en miras al tiempo: si bien en algunos casos el curso del tiempo no afecta la naturaleza provisoria de la medida cautelar, porque dadas las particulares características no satisface el requerimiento de fondo ni se aproxima progresivamente a éste, no es menos cierto que en otros casos es éste el efecto que provoca."

"6°) Que no es posible desvincular por completo la provisionalidad de estas medidas del periculum in mora, pues cuando éste recae sobre un daño irreparable, debe ser muy cuidadosa la jurisdicción y en casos muy excepcionales puede llegar hasta a sacrificar en buena parte la provisionalidad de la medida en función de la naturaleza de los intereses y bienes jurídicos en juego. Pero estas consideraciones no rigen cuando se trata de daños reparables (como pueden ser los intereses puramente patrimoniales en demandas contra el Estado), en que la vigencia de la medida cautelar no puede quedar librada al hiato temporal del proceso cognitivo, cuya excesiva prolongación puede convertirla en los hechos en definitiva. Es en este campo, precisamente, donde las medidas

cautelares deberían ser cuidadosamente limitadas en el tiempo, mediante plazos razonables, adecuados a las características particulares de cada supuesto, atendiendo en especial al gravamen que la medida pueda causar a su sujeto pasivo, a la naturaleza del proceso o acción en que se la impetra, al alcance de la prolongación excesiva del proceso en comparación con la pretensión de fondo, etc."

"7º) Que la prolongación indefinida de una medida precautoria constituye una verdadera desviación del objetivo tenido en cuenta por el legislador al establecer el instituto cautelar. En efecto, la finalidad de tales medidas es asegurar el cumplimiento de un eventual pronunciamiento favorable (Fallos: 327:2490; 330:4076), objetivo que podría verse desnaturalizado cuando el excesivo lapso transcurrido desde su dictado les hace perder su carácter provisorio, permitiendo a quienes las requieren obtener de forma anticipada el objeto principal de su pretensión."

"En estos supuestos, el derecho que fue originalmente ejercido en forma regular y con respaldo jurídico, se ve desvirtuado de los propósitos y fines para los que fue concebido, ocasionando de esta forma un daño procesal a una de las partes que interviene en el pleito. Se configura así un supuesto de antifuncionalidad, que no encuadra estrictamente en la mala fe procesal pero constituye un abuso del derecho que no debe ser tolerado por los magistrados, a quienes el ordenamiento procesal les impone el deber de dirigir el procedimiento y velar por el adecuado cumplimiento de los deberes de lealtad, probidad y buena fe (confr. art. 34 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación)."

"Es que, en definitiva, los derechos tienen una misión social que cumplir contra la cual no pueden rebelarse, por lo que no pueden ser utilizados con cualquier objeto sino

únicamente en función de su espíritu, del papel social que están llamados a desempeñar. No pueden ser ejercidos sin más ni más, sino para un fin legítimo y, en ningún caso, al servicio de la malicia, la mala fe o de la voluntad de perjudicar al prójimo, pues en este caso el apartamiento de la vía regular constituye un abuso del derecho (Josserand, Louis/Brun, André, "Derecho Civil", Buenos Aires, 1950, Bosch, Tomo I, págs. 153 y ss.). Al decir de Spota, las facultades jurídicas deben ejercerse en el plano de la institución, sin desvirtuar su fin social y económico, en cuya virtud la norma implicada ampara al titular de esa prerrogativa individual (Spota, Alberto, "La comprensión judicial de las normas legales y el principio del abuso del derecho", J.A. 1954-1-304).”

“6º) Que, por otra parte, la posibilidad de que se configuren situaciones como las descriptas no pasó desapercibida al legislador quien, en el artículo 208 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, previó no sólo la posibilidad de que el juez disponga el levantamiento de una medida cautelar si se demuestra que el requirente abusó o se excedió en el derecho que la ley otorga para obtenerla, sino que también lo habilitó a condenar al pago de los daños y perjuicios que tal conducta hubiera podido ocasionar.”

“7º) Que por esta razón, y para evitar ese efecto no deseado, se considera conveniente la fijación de un límite razonable para la vigencia de la medida cautelar […]”, (CSJN, 15/03/2011, “Radio y Televisión Trenque Lauquen S.A. —Inc. Competencia— c. E.N.”, LA LEY 01/04/2011, 01/04/2011, 7 - Sup. Adm.2011 (mayo), 38 - LA LEY2011-C, 91 - DJ11/05/2011, 30, AR/JUR/1791/2011).

III. Por todo lo expuesto, corresponde hacer lugar al recurso de apelación deducido por la demandada a fs. 664/668

vta. y en consecuencia, revocar la resolución de fs. 657 y vta., y levantar la medida cautelar dispuesta en autos (arts. 202 y 204 del CPCyC).

Tal mi voto.

La Dra. **Patricia CLERICI** dijo:

I.- Debo disentir con el voto del señor vocal preopinante, en tanto entiendo que no se encuentran reunidas las condiciones legales que habiliten el levantamiento de la medida cautelar.

El art. 202 del CPCyC, de aplicación supletoria en el proceso laboral conforme lo prescripto por el art. 54 de la ley 921, dispone que las medidas cautelares subsistirán mientras duren las circunstancias que las determinaron, y en cualquier momento que éstas cesaren se podrá requerir su levantamiento.

Marcelo López Mesa, con cita de Fenochietto y Arazi, sostiene que para la viabilidad de la modificación de las medidas cautelares debe mediar un cambio en las circunstancias de hecho o de derecho que no pudieron tenerse en cuenta al decretarlas pues, como lo dispone el art. 202 de la legislación procesal, mientras se mantenga la situación fáctica la medida mantiene su eficacia (cfr. aut. cit., “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, Ed. La Ley, 2012, T. II, pág. 768).

En autos la medida cautelar se encuentra firme, por lo que para que proceda su levantamiento deben de haber variado las circunstancias que determinaron su dictado, y el solo paso del tiempo, por la elongación del proceso, no importa un cambio en aquellas circunstancias. Antes bien, revalida la necesidad del mantenimiento de la medida, en atención a la finalidad que tienen los despachos cautelares.

En todo caso, puede la parte instar el trámite del proceso con el objeto de llegar, lo antes posible, a una sentencia definitiva.

Asimismo, cabe señalar que la demandada puede solicitar la modificación de la cautela, en los términos del art. 203 del CPCyC, si entiende que ella resulta demasiado gravosa. Pero esta no ha sido la pretensión de la recurrente, por lo que, en mi opinión, no cabe más que rechazar el recurso de apelación bajo análisis.

II.- Conforme lo dicho, propongo al Acuerdo se rechace el recurso de apelación planteado por la parte demandada, confirmándose el resolutorio recurrido.

Las costas por la actuación ante la Alzada se imponen a la recurrente perdidosa (art. 69, CPCyC), difiriendo la regulación de los honorarios profesionales para el momento procesal oportuno.

Existiendo disidencia en los votos emitidos precedentemente, se integra Sala con el Dr. **Fernando GHISINI**, quien manifiesta:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto del Dr. Jorge PASCUARELLI, adhiero al mismo expidiéndome de igual modo.

Por lo expuesto, esta **Sala I, POR MAYORIA**

RESUELVE:

1. Hacer lugar al recurso de apelación deducido por la demandada a fs. 664/668 vta., y en consecuencia, revocar la resolución de fs. 657 y vta. y levantar la medida cautelar dispuesta en autos (arts. 202 y 204 del CPCyC).

2. Imponer las costas de Alzada por su orden (art. 68 segundo párrafo del CPCC) y diferir la regulación de honorarios para su oportunidad.

3. Regístrese, notifíquese y, oportunamente, vuelvan los autos a origen.

Dr. Jorge D. PASCUARELLI - Dra. Patricia CLERICI - Dr. Fernando M. GHISINI

Dra. Estefanía MARTIARENA - SECRETARIA