

Título: Las costas en la sustitución de embargo y el nuevo presupuesto cautelar del principio de adecuación: el ciego análisis del interés del embargado vs. su necesidad como ejercicio regular de un derecho

Sumario:

I. Sustitución del embargo. II. Costas de sustitución. III. El caso de sustitución de embargo por deudas fiscales en la Corte Suprema de Santa Fe.

Doctrina:

Por Carlos A. Carbone (*)

I. SUSTITUCIÓN DEL EMBARGO

La regla en materia de embargo preventivo como surge de varios ritos (ej. el art. 285 CPCSF) es la de la sustitución, salvo privilegio especial respecto del bien embargado mientras en el embargo ejecutivo se necesita la conformidad expresa del actor embargante, obrando como regla la sustituibilidad en materia de embargo sobre dineros depositados (ej. cuenta corriente bancaria) dado los perjuicios que acarrea para el tráfico comercial del embargado, siendo más restrictivo el hecho que los fondos se graven en un juicio ejecutivo. En materia de embargo sobre bienes objeto del proceso, se impone la no sustituibilidad (1).

Los sujetos del levantamiento del embargo son el deudor o tercerista que otorgue fianza, capital, intereses y costas para garantizar la deuda a raíz de dicha liberación, si no se acepta otro bien a embargar o caución real (dinero, títulos, joyas, etc.) todo a ventilar en un incidente con trámite sumarísimo.

II. COSTAS DE SUSTITUCIÓN

La regla general conforme un sector importante de la jurisprudencia santafecina es que las costas estén a cargo del que lo pide, puesto que se hace el cambio de bienes en interés del embargado, motivó la reclamación del actor y así no quiera beneficiar al deudor moroso (2).

Desde otro lugar se responde a ese criterio arraigado al pasado -cada vez con voces más autorizadas- que con aquel criterio litiga gratis el acreedor-actor, con tal triunfo teórico nunca se allanaría, molestaría en la incidencia, etc., total no paga nada (3).

Sostiene Peyrano (4) hoy, como síntesis de estas teorías opuestas, que surgen otras reglas que se compadecen de ambos argumentos distinguiendo: si hubo un perdidoso en el incidente, porque el actor se opuso, se aplican las reglas generales: si se opone el embargante y pierde, paga de consuno con el régimen general de las costas en el art. 251 del CPCSF.

III. EL CASO DE SUSTITUCIÓN DE EMBARGO POR DEUDAS FISCALES EN LA CORTE SUPREMA DE SANTA FE

Motiva nuestra atención un caso donde la Administración Provincial de Impuestos solicitó se ordene, conforme al art. 37 del Código Fiscal, el embargo preventivo de cuentas bancarias de titularidad de un banco de la ciudad hasta cubrir la suma de \$4.270.014,30 con más lo que se estime provisoriamente para intereses y costas por resultar contribuyente del Impuesto a los Ingresos Brutos y Aportes Sociales Ley 5110 y que la suma por la cual se peticiona la medida cautelar responde al monto determinado correspondiente a los períodos fiscales que se detallan en la resolución administrativa que adjunta, lo que se hace lugar sobre los fondos -en pesos o en moneda extranjera- de titularidad de dicho banco, lo que motivó que la firma mencionada comparezca y solicite la sustitución de dicho embargo. Invocó en apoyo de la procedencia de la sustitución el art. 37 del código citado y solicitó que las costas se impongan por su orden al no estar agotada la instancia

administrativa, no estar acreditado el peligro en la demora y porque la propia norma prevé la sustitución peticionada, máxime si el embargante se allana. La API manifestó que no se opone a la sustitución propuesta siempre y cuando se acredite la suficiencia y disponibilidad de los bienes ofrecidos, pero que las costas deben ser a cargo del banco luego de lo cual embargada solicitó que la sustitución de la medida ordenada se efectivice sobre la constitución de seguro de caución, insistiendo en su pedido de costas en el orden causado, no oponiéndose a la medida de sustitución siempre y cuando se configuren ciertos requisitos que detalla y solicitó costas a la contraria.

Siguiendo la excusión del fallo del Máximo Tribunal Santaferino, vemos que en fecha 30 de junio de 2009 la jueza de primera instancia de distrito de la 5ª nominación resolvió «Disponer la sustitución del embargo ordenado en fecha 28.1.2009 por el Señor Juez de FERIA, por el seguro de caución garantizado imponiendo las costas de la presente incidencia en el orden causado».

Apelado dicho decisorio por ambas partes, la Sala I de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de esta ciudad resolvió hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la API y en consecuencia revocar el fallo alzado en la parte que refiere a la distribución de las costas, las que serán a cargo del banco.

Contra dicho pronunciamiento interpone el banco recurso de inconstitucionalidad: que la sentencia atacada ha valorado negativamente normas constitucionales y federales, las que no han sido aplicadas al caso y que resulta arbitraria produciendo un perjuicio que no es susceptible de reparación en una ulterior instancia. El caso tratado revela que no hubo oposición y de hecho la Sala I integrada de Rosario tomó lisa y llanamente la opinión referida en primer término y en el pensar de la Corte de Santa Fe «surge que dicho pronunciamiento no satisface adecuadamente el derecho a la jurisdicción que asiste al justiciable, ya que bajo la apariencia de fundamentación contiene afirmaciones que no resultan idóneas para sustentar razonablemente lo decidido al omitir, de modo principal, el tratamiento de cuestiones conducentes que fueron debidamente planteadas en orden a dicha

temática desde el inicio mismo de la discusión y que debieron ser necesariamente consideradas a la hora de fallar para arribar a un pronunciamiento judicial válido (doctrina de Fallos, 311:1656 y 2547; 317:768, entre otros) [...] porque la Cámara [...] prescindió dar un tratamiento adecuado a la controversia generada en torno a las costas vinculadas con la sustitución de la cautelar trabada [...] la Sala echó mano en su decisión a un "criterio dominante" en la materia pero no destina argumento alguno que dé respuesta a los serios planteos de la recurrente referidos al especial ámbito en que se inserta el artículo 37 del Código Fiscal de la Provincia» (5).

Entre otros argumentos la demandada embargada aborda el tema de la verosimilitud en el derecho, -que en el rito santafecino no se exige y solo la acreditación de fianza- pero señala que no se trata de impugnar la constitucionalidad de la norma que habilita el despacho de la medida cautelar, sino la forma en que dicha medida fue despachada para, sobre esa base, decidir si es justo o no aplicarle las costas al peticionante de una sustitución. La norma del Código Fiscal local permite la cautela estando pendiente la cuestión administrativa, tal lo sucedido en el caso, previendo también, de manera concordante, su caducidad «si dentro de los 180 (ciento ochenta) días hábiles judiciales de trabada cada medida precautoria, la API no iniciare el correspondiente juicio de ejecución fiscal» como así también que dicho término «se suspenderá durante todo el término de sustanciación de los recursos que pudieren interponer los contribuyentes responsables o cautelados, y hasta treinta días posteriores de quedar firmes y ejecutoriadas las resoluciones recurridas» -último párrafo de la norma-.

Pero, por otro lado, también razonablemente el dispositivo citado -ej. art. 37, Cód. Fiscal) autoriza a que el cautelado obtenga la sustitución de ese embargo, facultad legal a la que recurrió la aquí demandada y que, en el caso, **IMPORTÓ EL EJERCICIO REGULAR DE UN DERECHO.**

Tuvo por cierto la Corte que la norma recaudadora presenta esas especiales características, que «en nada han sido valoradas por la Sala quien no consideró ni dio respuesta, por ende, a planteos conducentes para la solución

del litigio y que, en la especie, resultan de por sí suficientes a los fines de la descalificación del fallo a la luz del mecanismo previsto por la Ley 7055», que la pretensión de la embargada era cierta cobrando vida su argumento: la jurisprudencia no puede conformarse con analizar si la sustitución del embargo es en interés de la embargada -agregamos nosotros que siempre ineludiblemente será de interés de todo embargado puesto que decide cambiar los bienes objeto de cautela- y aplicar ese criterio dominante en la jurisprudencia sino que se debe analizar si en el embargado existen argumentos que obstan a la aplicación lisa y llana de la jurisprudencia que estipula que las costas deben ser soportadas por el sustituyente. Así, señala el recurrente y con razón «que cabe interrogarse si el pedido de sustitución es en el "INTERÉS" de la parte afectada o si configura una verdadera NECESIDAD DE ESTA».

Este pensar sin duda persuadió a la Corte de Santa Fe porque se refirió a la sustitución de embargo de la embargada como el ejercicio regular de un derecho: si ello es así no hay abuso alguno en el pedido y en la dación aceptada por el acreedor de otra garantía y por tanto no es lógico que pague todas las costas de la incidencia, sino que lo sean por su orden. Más bien, pareciera que puede haber abuso si se puede llamar así a la pretensión del acreedor actor de eximirse del pago de sus costas cuando acepta la sustitución sin oponerse.

No hay mucho esfuerzo que hacer para por lo menos analizar si la sustitución -no el levantamiento- es una necesidad del embargante cuando se inmovilizan preventivamente fondos -en pesos o en moneda extranjera- de titularidad de un banco para cobrar impuestos provinciales por una suma «de \$4.270.014,30 con más lo que se estime provisoriamente para intereses y costas» (monto en enero de 2009), liquidación de impuesto que se hace preventivamente en sede administrativa y fue objetado, no habiéndose resuelto cuando se peticiona el embargo.

Y estos postulados que damos cuenta en el título de este trabajo cobran fuerza a la hora de analizar embargos preventivos directamente sobre fondos líquidos

bancarios, puesto que un principio nuevo en materia cautelar es el principio que llamamos de adecuación o proporcionalidad del embargo con el fin buscado, lo que parece no cumplirse para asegurar el pago de impuestos a una entidad bancaria sin siquiera hacer un mínimo esfuerzo de buscar otros bienes libres que no puedan afectar el normal desenvolvimiento de la actividad comercial de la embargada (6).

(1) Carbone, Carlos A.: "Embargo y Secuestro" en Medidas cautelares, Jorge Peyrano (Director) Carolina Eguren (Coordinadora), Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2010 pp. 479 a 507.

(2) Juris T 61, 55.

(3) Zeus 44, J-62.

3) Zeus 44, J-62.

(4) Peyrano, Jorge W.: Procedimiento procesal civil, Zeus Rosario 2003 pp. 486 y ss.

(5) CSJSF in re "API c/ Citibank N.A. -medida de aseguramiento de bienes- s/ recurso de inconstitucionalidad" 14-feb-2012, Microjuris [en línea], MJJ71664 .

(6) Carbone, Carlos A.: "Revisión de los presupuestos de los procesos cautelares" boletín Zeus N° 8084 el 13/12/2006 y "Revisión de los presupuestos de la teoría cautelar", en Medidas cautelares, cit., pp. 105 a 151.

(*) Docente, UNR. Juez de Distrito en lo Penal de Sentencia N° 8 de Rosario.