CNCiv., Sala H, 27/12/2010. - B., G. C. c. Z., M. A. y otro s/redargución de falsedad

**Medidas Precautorias:**
Medida cautelar no innovativa: procedencia en la acción de redargución de falsedad; rebeldía del demandado; existencia de litisconsorcio pasivo; contestación de la demanda por parte de la escribana actuante; efectos.

Buenos Aires, diciembre 27 de 2010

*Autos*, *Vistos* y *Considerando:*

Vienen estos autos a la alzada para resolver el recurso de apelación introducido por el codemandado Z. contra la resolución de fs. 110/1 que dispuso la prohibición de innovar en los autos conexos sobre ejecución hipotecaria. El memorial ha sido presentado a fs. 116/7 y ha sido respondido a fs. 119/23.

Conviene observar de modo preliminar que la presente causa ha sido promovida por doña G. C. B., quien suscribió juntamente con el apelante una escritura pública por un mutuo hipotecario celebrado el 8/4/2008 que ha dado motivo a un juicio de ejecución que se halla en pleno trámite. La demanda ha sido dirigida contra la notaria ante quien se celebró el acto y contra el acreedor, por los vicios de falsedad ideológica de instrumento público y lesión. La escribana ha contestado la demanda controvirtiendo los hechos invocados, en tanto que el acreedor hipotecario fue declarado rebelde y, como consecuencia de ello, por aplicación de lo dispuesto por el art. 63 del Código Procesal, la juez de grado ordenó la cautelar cuestionada. Luego de dispuesta la prohibición de innovar, el codemandado rebelde compareció al proceso (cesando esa condición) y apeló lo resuelto.

Se agravia el accionado por considerar que no se encuentra reunido en la especie el presupuesto de verosimilitud, indispensable para sostener la vigencia de la medida objetada. Asimismo, considera que no corresponde interpretar que exista peligro en la demora por derivación de la inminencia de la subasta hacia la que se orienta la ejecución conexa, ya que dicha situación ha sido generada por la morosidad de la propia deudora.

Si bien la rebeldía establece una presunción favorable a la pretensión de la actora, la existencia de un litisconsorcio impide hacer efectiva esa presunción si la otra accionada (en la especie, la escribana actuante) contestó la demanda argumentando contra la pretensión de la actora lo que aparta la cuestión de lo previsto por los arts. 212, inc. 1º, y 63 del Código Procesal y la sujeta a los requisitos generales sobre procedencia de las medidas cautelares (Colombo, Carlos J. y Kiper, Claudio M., Código Procesal Civil y Comercial de la Nación anotado y comentado, Buenos Aires, La Ley, tomo 1, pág. 475, CNCiv., sala 1, 4/2/1991, LexisNexis, Doc. 105 308). Este criterio no es más que una derivación del principio de unidad de conocimiento del material fáctico.

Desde tal perspectiva y habida cuenta el estado en que se encuentra la ejecución, puede afirmarse que el pedido de prohibición de innovar formulado por la actora, en la medida en que apunta a impedir el avance de una ejecución en ciernes, no reúne los presupuestos que habilitan su acogida favorable. En tal sentido, no se observa configurada la verosimilitud del derecho. En efecto, tal como ha sido planteado el asunto traído a examen, los eventuales vicios que la actora atribuye al acto jurídico que ha dado origen al proceso de ejecución carecen –al menos en este estado– de verosimilitud suficiente y se limitan a constituir un relato que deberá ser objeto de prueba oportunamente, sin que se presenten hasta el momento circunstancias objetivas que habiliten el dictado de la cautela. Frente a ello, resulta ocioso ingresar a la consideración del peligro en la demora como recaudo de la cautela impetrada; máxime, si los riesgos del avance de la ejecución se vinculan directamente con el obrar de la actora que, por su morosidad, ha quedado expuesta a la situación de peligro que intenta evitar.

Las costas de la alzada deberán ser soportadas en el orden causado debido a que, en razón de la rebeldía decretada, la actora pudo creerse con derecho a peticionar del modo en que lo hizo (arts. 68 y 69 del Código Procesal).

Por lo expuesto, el tribunal resuelve: 1) Revocar, por los fundamentos aquí dados, la prohibición de innovar decretada a fs. 111/2, pto. II. 2) Costas por su orden. 3) Regístrese y devuélvase encomendándole a la magistrada de grado la notificación de la presente juntamente con la de la providencia que se dicte en los términos del art. 135, inc. 7º, del Código Procesal. – *Liliana E. Abreut de Begher. – Claudio M. Kiper*.

Disidencia del Dr. Jorge A. Mayo:

No puedo coincidir con el criterio de mis distinguidos colegas. En efecto, acertadamente la Sra. Juez de grado dictó la medida cautelar recurrida ante esta alzada, habida cuenta de la rebeldía del demandado Z., situación que no se modifica con el cese de aquella dispuesto a fs. 115, toda vez que la demanda quedó sin contestar por parte de aquel, lo que genera la presunción de reconocimiento establecida en el art. 356, inc. 1º, del Código Procesal. Ya ello no empece la contestación de la litisconsorte, quien no es parte en la ejecución y a quien, por ello, no afecta la cautelar. Quizás sería distinta la situación si quien hubiera contestado la demanda hubiera sido Z. y no la escribana. Por ello, estimo que debe mantenerse lo decidido en la instancia de grado. Así lo voto. – *Jorge A. Mayo*.