

EL DEBIDO CONCEPTO DE LO CAUTELAR.

Por Sartori

LAS MEDIDAS CAUTELARES

I.- GENERALIDADES

CONCEPTO:

a) Al estudiar la clasificación del proceso, se definió al proceso cautelar como aquél que tiende a impedir que el derecho cuyo reconocimiento o actuación se pretende obtener a través de otro proceso, pierda su virtualidad o eficacia durante el tiempo que transcurre entre la iniciación de ese proceso y el pronunciamiento de la sentencia definitiva. Para encontrar el contenido y en definitiva el debido concepto de las cautelares habrá de estudiar su composición y génesis para elaborar el mismo. De ello surgirá la proposición Valenciana de verificar ante todo sí "... La realización de los procesos concretos no puede olvidar que si importa, desde luego, el resultado del mismo, esto es, el contenido de la decisión judicial. También importa, y no menos, el camino, el cómo se llega a ese resultado, pues el fin (el resultado o decisión judicial de tutela del derecho subjetivo) no justifica el desconocimiento de la legalidad procesal (el camino o modo de llegar a la decisión). ...". Dentro de tal aspiración se inscribe tanto como una garantía en sí misma la tutela cautelar como el resultado de la justicia en su aspecto de utilidad para los justiciables, aspiración que conlleva a examinar en la moción citada: "... El resultado y el modo de llegar al mismo están indisolublemente unidos, de manera que si se prima al resultado sobre el camino para llegar a él, se convierte en inadmisibles el resultado mismo, dado que a él se ha llegado sin respetar las garantías previstas para ello." (Moción de Valencia).

b) Dado que la satisfacción instantánea de una pretensión de conocimiento o de ejecución resulta materialmente irrealizable, la ley ha debido prever la posibilidad de que, durante el lapso que inevitablemente transcurre entre la presentación de la demanda y la emisión del fallo final, sobrevenga cualquier circunstancia que haga imposible la ejecución o torne inoperante el

pronunciamiento judicial definitivo, lo que ocurriría, por ejemplo, si desapareciesen los bienes o disminuyese la responsabilidad patrimonial del presunto deudor, o se operase una alteración del estado de hecho existente al Tiempo de la demanda.

A conjurar tales peligros obedece la institución de las diversas medidas que pueden requerirse y disponerse dentro del llamado proceso cautelar, a las cuales cabe denominar, indistintamente, "cautelares" o "precautorias". Dicho proceso, por consiguiente, carece de autonomía, pues su finalidad consiste en asegurar el resultado práctico de la sentencia que debe recaer en otro proceso. De allí que CARNELUTTI haya expresado que el proceso cautelar sirve no inmediata, sino mediatamente a la composición de una litis, porque su fin inmediato está en la garantía del desarrollo o del resultado de un proceso distinto. CALAMANDREI enuncia un concepto semejante cuando dice que las medidas cautelares, en tanto se hallan ineludiblemente preordenadas a la emisión de una ulterior resolución definitiva, carecen de un fin en sí mismas (Calamandrei, Piero, Introducción al estudio sistemático de las Providencias cautelares, traducción de Sentis Melendo, Bibliográfica Argentina, Bs. As., 1945, p.31). Nacen, en otras palabras, al servicio de esa resolución definitiva, con el oficio de preparar el terreno y aportar los medios más aptos para su éxito.

c) El debido concepto de lo cautelar obliga a revisar cual es el justo término en equidad y en definitiva lograr el equilibrio que debe imperar en todo proceso judicial. Esto es mantener en un pie de igualdad a las partes durante el desarrollo del proceso. Investigando (Arbonés) el contenido del proceso como un instrumento de la convivencia comunitaria, independiente de su finalidad, estructura o instrumentalidad, contiene las bases o pautas del proceso justo, señala Arbonés; que es un punto de partida, junto a la legitimación que debe contener el mismo. Legitimación, a la que referiré únicamente en el presente siguiendo a Luigi Ferrajoli, como la legitimidad jurídica formal, que son las formas prescritas para los actos normativos y por consiguiente hacen a la vigencia de las normas producidas y a la legitimidad jurídica sustancial, que es

por el contrario el contenido de esas mismas normas allí donde también éstos estén prescritos o prohibidos por normas acerca de su producción; cabe concluir que las normas vigentes en un estado de derecho pueden ser en definitiva, además de eficaces o ineficaces, también válidas o inválidas, es decir jurídicamente legítimas en el plano formal pero no en el sustancial.

Como respuesta a la utilización abusiva del instituto el legislador cordobés con la sanción de la ley 9280 (del 20/02/06), modifico el art. 463,464 del C.P.C. en el capítulo dedicado a las medidas cautelares. En lo que atañe a la búsqueda de nuestro objeto de investigación, el art. 464 ha producido una importante innovación, ya que ha facultado al tribunal a: “autorizar la realización de los actos necesarios para no comprometer los actos de fabricación o comercialización”. De tal manera surge que se intenta con esta reforma lograr el equilibrio mentado, salvaguardar dos valores la satisfacción del acreedor-actor, pretendiente y la continuidad de la actividad del deudor-demandado, resistente.

Crítica: A todas luces surge que en pos de un objetivo como el planteado, se le acuerda al juez facultades discrecionales en la operatividad de la norma, es decir con un sesgo paternalista le otorga amplias posibilidad al órgano jurisdiccional.

II.- PRESUPUESTOS:

Tres son los presupuestos de las medidas cautelares (y, por consiguiente, de las pretensiones del mismo nombre): 1) La verosimilitud del derecho invocado como fundamento de la pretensión principal; 2) El temor fundado de que ese derecho se frustre o sufra menoscabo durante la sustanciación del proceso tendiente a tutelarlos; 3) La prestación de una contracautela por parte del sujeto activo.

Así lo establece normativamente casi toda la legislación procesal de la argentina arts. 466, 467 y 459 del C.P.C. de Cba. y arts. 199 y 209 C.P.N y códigos que tomaron el modelo de la ley de enjuiciamiento civil española.

En primer lugar, de este requisito de simple apariencia o verosimilitud del derecho (*fumus boni iuris*), en cuyo efecto el procedimiento probatorio es

meramente informativo y sin intervención de la persona contra la cual se pide la medida, se ha desarrollado en la doctrina toda una elaboración por lo cual aparece como innecesaria su investigación para el presente.

Otro tanto podemos señalar del presupuesto que tienen todas las medidas cautelares que recaigan sobre bienes, el previo otorgamiento, por su beneficiario, de una caución que asegure a la otra parte el resarcimiento de los daños que aquéllas pueden ocasionarle en la hipótesis de haber sido pedidas indebidamente. La contracautela, por consiguiente, en tanto asegura al destinatario de la medida la efectividad del resarcimiento de los posibles daños, concreta en cierto modo la igualdad de las partes en el proceso, pues viene a contrarrestar la falta de contradicción inicial que caracteriza al proceso cautelar.

Ahora bien, no ocurre lo mismo cuando además, toda medida cautelar se halla condicionada a la circunstancia de que exista un peligro en la demora (*periculum in mora*), es decir a la posibilidad de que, en caso de no adoptarse, sobrevenga un perjuicio o daño inminente que transformará en tardío el eventual reconocimiento del derecho invocado como fundamento de la pretensión. Corresponde destacar, asimismo, que en ese riesgo reside el interés procesal que respalda a toda pretensión cautelar. Por otra parte, no siempre es necesario que el peticionario de la medida acredite *prima facie*, la existencia de peligro en la demora, pues hay situaciones en que éste se presume por las circunstancias del caso. Tal lo que ocurre, v.gr., con relación al embargo preventivo, en el supuesto en que la verosimilitud del derecho alegado surge de la confesión o admisión de hechos, o cuando el peticionario hubiese obtenido sentencia favorable, aunque estuviere recurrida (CPN, art. 212, incs. 29 y 39). Por ello la importancia a los fines del presente trabajo, se encuentra en ahondar el contenido de los peligros que puedan contener de no dictarse la medida cautelar y aquellos que trata de conjurar para procurar una ejecución en su caso posible, la cual a su vez debe reconocer una gama más o menos amplia para entender dicho proveimiento como motivo de la pretensión cautelar.

Siguiendo en este sentido al Profesor córdobes, Mariano Arbonés quien al desarrollar el tópico advierte una serie de situaciones no detectadas por otros autores que parece cuanto menos interesante el planteo para encontrar el debido concepto de lo cautelar (Arbonés Mariano, Providencias cautelares, medidas autosatisfactivas o medidas innovativas, inédito).

Existe unanimidad que lo cautelar obedece a una necesidad común que se invoca como su justificación: la de evitar el *periculum in mora*, esto es, el peligro del daño efectivo. Genéricamente, el peligro por retardo, o en el retardo, no es otra cosa que el riesgo de la tutela jurisdiccional constituido por el transcurso del tiempo necesario para su realización de la tutela.

El *periculum in mora* que constituye la base de este presupuesto en las medidas cautelares, no es el peligro de daño jurídico, sino que es específicamente "el peligro del daño marginal" que podrá derivarse del retardo de la providencia definitiva. Es la imposibilidad práctica de acelerar la emanación de la sentencia definitiva, la que hace surgir el interés en el dictado de una medida cautelar (Perrachione Mario C., *K Medidas Cautelares*, Ed. Mediterranea, año 2006, pág. 16).

Morello, Sosa y Berizonce expresan que el "estado de peligro en el cual se encuentra el derecho principal, y que da características propias a aquéllas frente a la duración o demora del proceso, pues la prolongación del mismo durante un tiempo más o menos largo crea siempre un riesgo a la justicia y si bien no es necesaria la plena acreditación de su existencia, se requiere que resulte en forma objetiva. No basta el simple temor o aprensión del solicitante, sino que debe derivar de hechos que puedan ser apreciados -en sus posibles consecuencias- aun por terceros. Se acredita sumariamente o *prima facie* o mediante una *summaria cognitio*, pudiendo en ciertas hipótesis presumirse a través de las constancias de autos" (Morello, Sosa y Berizonce, *Códigos procesales* pág. 536).

Si bien, tradicionalmente se ha establecido como un presupuesto el peligro en la demora –*periculum in mora*– de lo que se trata en su total dimensión es conjurar un daño inminente, pues no cabe duda alguna de lo

dicho cuando nos encontramos con la medida cautelar de carácter asegurativa (art. 456 del C.P.C., Cba. y 209 C.P.Nac.), siendo muy distinto el contenido cuando en el otro extremo se solicita una medida innovativa (art. 483 del C.P.C.,Cba. y art 232 C.P.Nac.), cuando las propias normas establecen una facultad genérica al juez conforme a las necesidades del caso.

Entonces, para analizar los peligros que se intenta precaver, podemos señalar siguiendo en este punto al Dr. Arbonés:

Peligros desde una perspectiva temporal:

- 1.- periculum in mora (de demora)
- 2.- Periculum praesens (actualidad)
- 3.- Periculum in futuro (eventualidades)

Peligros desde una perspectiva fáctica:

- 1.- Periculum interitus (pérdida de la cosa)
- 2.- Periculum in facto (alteración de cosas o lugares)
- 3.- Periculum in damni (daño, y daño temido)
- 4.- Periculum in deteriorationis (de degradación o deterioro de la cosa)
- 5.- Periculum in inopiae (que caiga en la miseria voluntaria – vaciamiento – o involuntaria).

Por último, según los efectos:

- 1.- Suspensivas o retroactivas (no innovar – statu quo).
- 2.- Conjuntorias (daño temido, quiebra, habeas corpus, internaciones, interdicciones, continuación de la actividad empresarial, intervenciones)
- 3.- Asistenciales (enfermedad, necesidad, trabajo)
- 4.- Conservatorias (ecológicas, retención, oposición a la turbación posesoria)
- 5.- Personalizadas y erga omnes
- 6.- De garantía: reales y personales.
- 7.- Tutelares patrimoniales: (depósito, curaduría de bienes, inventarios, ejecución parcial de la sentencia recurrida)

8.- Fiduciarias (tutela anticipatoria: sentencia de futuro, convenio de deshaucio).

9.- Enervatorias: citación de terceros (en garantía, aseguradoras, evicción, citación del poseedor)

10.- Constatativas (inspección judicial, verificaciones)

11.- Penales: detención, arresto, prisión preventiva.

III.- El debido concepto del peligro en la demora.

Nos detendremos en aquellos que por su novedad o descubrimiento puedan tener interés. Seguramente que el peligro en la demora -periculum in mora- obedece a la mayoría de los casos y se encuentra en el cumplimiento de las obligaciones de dar y hacer. La ley acuerda la posibilidad de que, durante el lapso que inevitablemente transcurre entre la presentación de la demanda y la emisión del fallo final, sobrevenga cualquier circunstancia que haga imposible la ejecución o torne inoperante el pronunciamiento judicial definitivo, lo que ocurriría, por ejemplo, si desapareciesen los bienes o disminuyese la responsabilidad patrimonial del presunto deudor, o se operase una alteración del estado de hecho existente al tiempo de la demanda, obtener la interinidad del bien jurídico que contenga o abastezca a la pretensión.

Dentro de esta perspectiva se puede distinguir entre las medidas de carácter conservativo e innovativa.

La cautelar asegurativa (embargo preventivo, secuestro, inhibición general de bienes) sirve para facilitar el resultado práctico de una futura ejecución forzada, impidiendo la dispersión de los bienes que pudieran ser objeto de ella. El carácter instrumental de estas providencias se manifiesta en que procuran el aseguramiento de la futura ejecución forzada, tratando de evitar el riesgo de insolvencia sobreviniente del demandado (Periculum in inopiae).

El denominado periculum in mora lato sensu, constituye una nota esencial que caracterizan a las medidas cautelares; señalando el interés jurídico del peticionario y constituye la razón de ser de ellas. Por eso se ha

dicho que pese a la transformación que se viene operando en los ordenamientos procesales comparados sobre tales medidas, la urgencia con que deben dictarse para evitar un daño grave o irreparable, continúa siendo un presupuesto común a la tutela cautelar.

En cambio, tratándose de cautelares innovativas, éstas contienen un auténtico juicio de mérito. La resolución provisoria recae directamente sobre la relación sustancial controvertida, constituyendo una declaración interina sobre el fondo (por ejemplo, el derecho a los alimentos provisorios art. 375 Código Civil). Al respecto, la CSJN sostuvo que dentro de las medidas cautelares, la innovativa es una decisión excepcional porque altera el Estado de derecho existente al tiempo de su dictado, habida cuenta que configura un anticipo de jurisdicción favorable respecto al fallo final de la causa, lo que justifica una mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión; y por su intermedio se intenta aventar, más que el *periculum in mora*, el *periculum in damni* o *in facti*, esto es un "perjuicio irreparable", que se produciría si no se otorga (total o parcialmente) alguna prestación al actor o peticionario. De ahí que en la cautelar satisfactiva o anticipatoria lo fundamental no es el *periculum in mora* sino *periculum praense* (actual) o *in futuro* (eventual); procurando aventar el "perjuicio irreparable", denominado *periculum in damni*, o sea, el peligro que involucra el hecho. Desde una perspectiva del efecto es conjetural y asistencial.

La irreparabilidad del perjuicio, entonces, constituye un presupuesto propio y característico de la medida cautelar innovativa, consistente en que la situación que se pretende innovar ocasionaría, de subsistir, un daño irreparable al pretensor o de dificultosa reparación.

Se debe buscar entonces como el supuesto recién examinado cuando la ley, el ordenamiento jurídico, provea una solución sea esta de fondo o provisional para no exceder lo debido sea anticipado o cautelado.

Ahora bien, en cuanto a la prueba del "peligro de daño", a semejanza de lo que sucede con el *fumus bonis iuris*, debe acreditarse con un grado de "verosimilitud" para que la cautelar resulte procedente. En algunos casos ese

peligro se encuentra implícito, tal como sucede con las cautelares asegurativas, donde el *periculum in mora*, se configura porque durante el transcurso del tiempo más o menos prolongado que dura la sustanciación del proceso, el deudor puede caer en estado de insolvencia; y en otros casos se requiere de prueba especial, o bien, de la *cognitio sumaria* prevista por el artículo 457 CPC, art. 153 del C.P.Nac.). El juez debe sopesar la prueba del "daño irreparable" que invoca el peticionario y el efecto que el acogimiento de esta medida tendrá en la esfera jurídica subjetiva del afectado, quien por este motivo también sufrirá un daño.

De todos modos, la clasificación entre medidas cautelares asegurativas e innovativas se relativiza en cuanto todas ellas importan una modificación del estado jurídico o de hecho inmediatamente anterior.

Por último, cuando existe coincidencia con el objeto de la pretensión con lo solicitado en la medida cautelar, es decir que lo garantizado se identifica con lo que ha de dictarse en la sentencia final. De más esta aclarar que se obtiene un anticipo de la decisión en el inicio del proceso, implica al menos dos situaciones antitéticas. En un supuesto, la cautelar se limita a mantener el status para facilitar la ejecución de la sentencia por lo trámites que así lo determinen. La situación se torna cuando el rechazo de la pretensión en la sentencia envuelve la devolución por el precavido actor que obtuvo al comienzo de la litis aquello que en las postrimerías no tenía derecho, obligando en el mejor de los casos a verificar la existencia de la contracautela satisfaga la devolución. Presentamos la preocupación pues indagar sobre las respuestas que exceden el marco del presente trabajo por cuanto la producción legislativa no vacila en presentar situaciones de este tipo solamente a manera de muestra son: el denominado corralito financiero que produjo una gran literatura doctrinaria para el recupero vía cautelar los depósitos bancarios; las leyes sobre violencia familiar en el ámbito nacional y recientemente en el orden provincial (ley 24.417 de Protección contra la violencia familiar y ley de violencia familiar N° 9283); y por último, hasta en materia ambiental de tanta actualidad en el diferendo entre Argentina y Uruguay según la repentina

conciencia ambientalista argentina que recoge en la ley 25.675 el principio de prevención del medio ambiente.

CONCLUSIONES:

- Abordar el concepto de lo cautelar implica repasar los contenidos en especial los presupuestos para su procedencia, frente al ensanchamiento que parece tener las medidas cautelares y precisar las facultades de los jueces para otorgarlas en especial en las medidas innovativas, en cuanto solo podrá individualizar la tutela en cuanto la ley de fondo se refiera a ello.

- El peligro en la demora ofrece un rico ámbito para su estudio en tanto a una perspectiva temporal –pasado, presente y futuro-. Del peligro que se intenta cautelar, o bien el contenido de lo cautelado, pérdida o alteración de cosas o lugares, referido al daño, actual o futuro; a la degradación de las cosas y en definitiva a la solvencia del demandado.

- Los efectos que producen las medidas cautelares deben ser analizados dentro de los resultados de las mismas que “importa, y no menos, el camino, el cómo se llega a ese resultado, pues el fin (el resultado o decisión judicial de tutela del derecho subjetivo) no justifica el desconocimiento de la legalidad procesal (el camino o modo de llegar a la decisión)” en la moción de Valencia se adecua al estudio por tanto, “El resultado y el modo de llegar al mismo están indisolublemente unidos, de manera que si se prima al resultado sobre el camino para llegar a él, se convierte en inadmisibile el resultado mismo, dado que a él se ha llegado sin respetar las garantías previstas para ello”, obtendremos medidas cautelares con un plus de justicia temprana, con resultados que exceden el marco normativo y la demostración de su propia iniquidad cuando la sentencia es adversa.

INDICE:

| | |
|--|------------|
| I.- GENERALIDADES. CONCEPTO | PÁG. 1/4 |
| II.- PRESUPUESTOS. | PÁG. 4 |
| Clasificación del Peligro en la demora | PÁG. 7 |
| III.- EL DEBIDO CONCEPTO DEL PELIGRO EN LA DEMORA | PÁG. 8/12 |
| IV.- CONCLUSIONES | PÁG. 12/13 |

BIBLIOGRAFÍA:

- Alsina Hugo, Tratado Teórico-práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. Ediar, Bs. As. 1961.
- Arbonés Mariano, Providencias cautelares, medidas autosatisfactivas o medidas innovativas, inédito.
- Calamandrei, Piero, Introducción al estudio sistemático de las Providencias cautelares, traducción de Sentis Melendo, Bibliográfica Argentina, Bs. As., 1945, p.31
- Palacio Lino Enrique, “La venerable antigüedad de la Medida Cautelar Innovativa”, en Medidas Cautelares T.1, Rev. De Derecho Procesal, Ed. Rubinzal –Culzoni, 1998.
- Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. T. 1 a 10. Ed. Rubinzal-Culzoni. 1998.
- Perrachione Mario C., K Medidas Cautelares, Ed. Mediterranea, año 2006, pág. 16