Capítulo I

PRINCIPIOS GENERALES DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

1. Definiciones

Las medidas cautelares tienden a conseguir la eficacia de la gestión judicial, sea mediante el aseguramiento del objeto que se debate en el proceso, o para garantizar el cumplimiento de una sentencia eventualmente favorable. El fundamento que las autoriza se encuentra en la incidencia del tiempo en el proceso, el cual, naturalmente, ocupa un largo plazo hasta que llega al reconocimiento del derecho. La lentitud de la justicia se cubre preventivamente con estas medidas provisionales, obrando como paliativos de los riesgos que puede llevar la tardanza en obtener un pronunciamiento judicial ([1]).

Al mismo tiempo son un reaseguro para el órgano jurisdiccional porque permiten resguardar el cumplimiento de las sentencias, tornando así efectiva la acción judicial y el proceso desarrollado.

Pero el curso de actividades posibles no se reduce a este juicio hipotético de probabilidades. La función de las medidas cautelares no quiere ser, simplemente, un medio de satisfacción de intereses que espera una respuesta jurisdiccional. En la dimensión del peligro que lleva el tiempo en el litigio puede ocurrir que sea necesario cubrir necesidades inmediatas (por ejemplo, ordenando garantizar el cumplimiento del acto electoral), o bien que deba lograrse una paz social rápida, aun cuando sea provisoria (v.gr.: aprobar el acto comicial aunque esté en conflicto el cómputo final del sufragio electivo), también para resguardar la permanencia de cosas o lugares en la eventualidad de su destrucción por el no uso, la degradación posible, o la pérdida de huellas imprescindibles para tomar una pauta de acción.

---

[1]. Ramos Méndez, *Derecho Procesal Civil*, tomo II, cit., p. 941.

En suma, el tiempo incide directamente sobre los hechos del proceso y, de alguna manera, en los derechos que se pretenden propios, porque si éstos se consiguen declarados en una sentencia favorable, y después de ello, no pueden cumplirse por que el objeto se perdió, ese mandato es virtualmente ineficaz, fue dictado para una situación abstracta que, oportunamente, pudo preverse.

De este modo, las medidas cautelares tienen una finalidad preventiva y conservatoria que Chiovenda las interpretó con dos exigencias preliminares: *justificación actual* y *asunción de riesgos*. Es decir […]

> en la medida provisional es pues necesario distinguir su justificación *actual […]* La acción aseguradora es, pues, *ella misma una acción provisional;* pero esto importa que se ejercite regularmente por cuenta y riesgo del actor, o sea que en caso de revocación o desistimiento sea responsable de los daños causados por la resolución, sea o no culpable ([2]).

También Carnelutti compartió la idea que, de algún modo, significó ir contra el tiempo; una suerte de tutela dispuesta por el legislador para que el juez pueda luchar más eficientemente contra la demora del tiempo judicial ([3]).

Tanto la posición de Chiovenda como la de Carnelutti exponen lo que fue la historia del procedimiento cautelar y la evolución de su naturaleza. En el derecho romano no tuvo práctica ni interés pese a instituciones destinadas a fines precautorios o provisionales como los interdictos; el *nexum,* la *cautio damni infecti,* la *missio in possessionem,* el *apud sequestrum,* la *pignoris capio* etc*.,* todas destinadas a resguardar el crédito; recién con la codificación del siglo XIX comienza a tratarse en forma sistemática, apareciendo en la ley de enjuiciamiento civil española y también en la mercantil. Pero la idea fue más preventiva, que para garantizar el crédito; vale decir, se estableció un sistema de responsabilidades individuales que pesaban sobre el beneficiario de las medidas cautelares, de forma que cambió el régimen de la discrecionalidad judicial para la concesión o

---

[2]. Chiovenda, *Principios de derecho procesal civil,* tomo I, cit., p. 262.

[3]. Carnelutti, Francesco, *Derecho y Proceso*, Ejea, Buenos Aires, 1971, ps. 412 y ss..

elección de la precautoria, para tolerar la tutela bajo responsabilidad de quien la pidiera.

Este es tiempo del positivismo que marcaba la regla de aplicar la ley o conceder aquello que estuviera reglado. El juez solo elegía entre las opciones de la ley, igual que el interesado hacía al formular la pretensión. Pero en el siglo XX se produce otra innovación al dejar al procedimiento cautelar en manos de la jurisdicción, exclusivamente.

Se establecen parámetros de análisis previo (urgencia y necesidad verosímil) aunque se mantiene el afianzamiento como sistema de responsabilidad.

2. Presupuestos

En cierta forma el planteo pone de manifiesto el expreso reconocimiento a la demora implícita del procedimiento, y en la imposibilidad de llegar a tiempo con la respuesta que se pretende. Además, la figura cautelar como herramienta de la eficacia, adquiere un contrasentido con la afirmación realizada sobre el carácter instrumental del proceso; si éste es el elemento de trabajo para la satisfacción de los derechos; lo cautelar es la herramienta de la que se vale el proceso para garantizar su eficacia.

En consecuencia, así como el derecho de fondo y los derechos fundamentales usan el proceso como objeto de realización y aplicación de sus determinaciones, esto solo puede resguardarse con otro instrumento como son las medidas cautelares.

En las definiciones preliminares al estudio, hay que recordar la verdad de este aserto pues si las precautorias persiguen evitar los perjuicios que lleva la rémora en las actuaciones judiciales, tendrán que ser observadas, adecuadamente, las finalidades de cada una.

Cuando sea necesario detener el tiempo (v.gr.: embargo preventivo, no innovar), anticiparse al mismo (secuestro; intervenciones, protección de cosas o personas), o simplemente acelerar (v.gr.: peligro de pérdida o desvalorización que autoriza la venta anticipada), siempre estará de por medio la "urgencia" (peligro en la demora) y la "necesidad" (verosimilitud del derecho), de manera que para proceder con la pretensión se deberán evaluar ambos presupuestos y asegurar la afectación que sufre la otra parte mediante la imposición de fianzas o contracautelas.

Por otra parte, si las provisiones preventivas razonan sobre el derecho del que las pide, se debe zanjar el predominio mayor, esto es, si corresponde al derecho material que se alega y fundamenta, o si basta, en su caso, con demostrar la urgencia y la presunción de buena fe que delinean como presupuestos los códigos procesales.

En este piso donde asienta lo puramente cautelar, no podrá dejarse de ver el avance científico adquirido, que por su fuerza y convicción logró conmover los cimientos teóricos y preparó el campo para un desarrollo nuevo como fue la tutela de urgencia, que se introduce por vez primera en el art. 700 del código italiano.

Este es el segundo tiempo de la experiencia cautelar, que se debe, de algún modo, al peso de Carnelutti que dividió al proceso cautelar con dos finalidades: *instrumental,* para resolver la finalidad del proceso y su objetivo de paz social (que no lo conseguiría si la sentencia fuera ilusoria); y *final*, destinada a garantizar los resultados prácticos de la sentencia ([4]).

A partir de este ensamble entre la protección al derecho subjetivo (derecho material) provisto en una etapa provisional, de carácter preventivo; y el resguardo anticipado de los derechos procesales que permitieran actuar en la ejecución de manera segura, surge un tercer escalón en los objetivos de la tutela cautelar. Es el

[4]. Carnelutti, *Instituciones…*, tomo I, cit., p. 45.

tiempo de los reaseguros, que se manifiestan en las más típicas tutelas rápidas o provisionales, pero que no son cautelares, propiamente dichas.

3. Evolución del derecho precautorio

La elaboración siempre renovada del instituto muestra que, comenzando desde la teorización de Calamandrei hasta el presente, la evolución habida señala etapas que inician con el aseguramiento del objeto del proceso (en cuyo caso no hay una pretensión cautelar sino un objeto específico que es la garantía de eficacia), continúa con la finalidad ejecutiva (que explana la posibilidad de resguardar la ejecución de la sentencia con medidas previas a ese objeto: embargo y secuestro); encuentra en el camino la incidencia de normas y previsiones especiales del legislador que provocan una tutela cautelar de naturaleza distinta (la tutela cautelar material, inhibitoria, etc.); sigue avanzando y aumenta los poderes del juez para actuar con "prevención" (tutela preventiva autónoma no cautelar) y "urgencia" (tutela de urgencia no cautelar), hasta el más actual de los emplazamientos como son las medidas de satisfacción inmediata (autosatisfactivas).

Todo este nuevo material de estudio ha llevado a sostener en las XV Jornadas Iberoamericanas de derecho procesal (Bogotá, 1996) que [….]:

> Las medidas cautelares materiales y los procesos urgentes abren un amplio abanico de interrogantes sin dilucidar, principalmente acerca de los presupuestos de admisión, sus efectos, las potestades judiciales y su prudente ejercicio y otros aspectos no menos sustantivos, que la doctrina más actualizada tematiza y a los que el legislador debería brindar pronta y eficaz respuesta. Sin olvidar la lúcida advertencia de Morello, que reclama poner límites para evitar el abuso de la tutela urgente, que termine por sustituir al proceso ordinario ([5]).

[5]. Berizonce, Roberto O. *La tutela cautelar y la prestación jurisdiccional efectiva,* XV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Bogotá, 1996, p. 646.

En este espacio de avanzada aparecen algunos procesos que reclaman la actuación cautelar fuera del marco tradicional que los engloba. La tutela diferenciada que pide el derecho del niño, menor y adolescente; la mujer con sus propios reclamos de igualdad y dignidad personal; el ambiente que deja de ser un derecho abstracto para querer concretar una defensa preventiva que permita su recomposición inmediata y para evitar mayores perjuicios; y con igual nivel de importancia, los derechos electorales que afianzan la seguridad de las personas para elegir y formar un gobierno representativo.

Es aquí donde las cautelares empiezan a ser autónomas del conflicto que puede llevar a nulidades o confirmaciones; pero en esencia, lo que se persigue es demostrar que las medidas provisionales (tomadas en esta presentación como un sinónimo de precautoria) pueden funcionar antes de que el hecho se consume, ya sea para que cesen los efectos o para impedir su continuación, pero siempre en forma previa a llevar el caso a un proceso judicial que por su condición obraría *ex post facto.*

4. El perfil actual de las medidas cautelares

En la enseñanza dogmática se repite que el proceso cautelar es un procedimiento especial destinado a verificar la existencia de un derecho aparentemente bueno (verosimilitud) que junto al peligro de postergar la decisión urgente (*periculum in mora*) admiten el progreso de una precautoria específica. El riesgo de la contraria que no es oída para tomar esa rápida decisión, se cubre con la contracautela (fianza) que debe prestar el beneficiado.

Las decisiones cautelares tienen modelos particulares según traten de: *a)* obtener decisiones provisionales que aseguren la eficacia del fallo dirimente para cuando éste sea dictado; *b)* resguardar al objeto que provoca la discusión entre partes para evitar que se pierda o destruya por el paso del tiempo; *c)* resolver un

peligro inmediato haciendo cesar los efectos o manteniendo el *status quo*, según corresponda.

Como se ve estos son los clásicos ejemplos que tienen los ordenamientos procesales de cualquier lugar, que en la actualidad evolucionan permitiendo el anticipo provisional que no solo es de conservación o aseguramiento, porque se extiende a todo aquello destinado a dotar de seguridades inmediatas, donde lo provisorio se torna autónomo en eficacia y distanciado de las soluciones finales que puede tener el proceso principal.

Estas medidas mostrarían, *prima facie*, que la pretensión cautelar autónoma, al menos teóricamente, deja de lado su parentesco con el juicio principal para ubicarse con un interés propio y específico. Habría, entonces, un derecho sustancial de cautela, muy común en la justicia preventiva que instala al juez con una misión atenta con los pasajes y desventuras posibles que tiene el desarrollo procesal, acompañando esos repliegues probables con providencias necesarias y suficientes para atemperarlos. En este sentido se aprecia que la providencia cautelar tiene un alcance claramente sustancial y, por tanto, extraprocesal ([6]).

Fue la doctrina europea del siglo XIX la que comenzó a elaborar esta teoría que admite un poder jurisdiccional cautelar independiente del que razona definitivamente y con efectos definitivos (cosa juzgada). Esa potestad se reconoce en la ZPO alemana ([7]) y en la tesis de Wach (después por él mismo abandonada)

---

[6]. Carnelutti, *Derecho y Proceso*, cit., p. 205.

[7]. ZPO: *art. 935*: “Se permite la adopción de medidas de seguridad provisionales respecto del objeto litigioso cuando se tema que, por una modificación del estado actual, se podría frustrar o dificultar notablemente la efectividad del derecho de una parte”. *Art. 938*: “El tribunal determinará, a su arbitrio, las medidas que estime necesarias para el objeto de que se trate. La medida cautelar provisional puede consistir en el secuestro o en imponer al adversario la obligación de realizar un acto o la de omitirlo, especialmente la prohibición de enajenar, grabar o hipotecar una finca”. *Art. 940*: “Se permite la adopción de medidas cautelares para regular un estado provisional respecto de la una relación jurídica controvertida, si tal regulación especialmente cuando se trate de relaciones jurídicas permanentes, se estime necesaria para evitar perjuicios de consideración o actos de fuerza que amenacen o por otros motivos” (traducción Leonardo Prieto Castro, correspondiente a la obra de Goldschmidt, James, *Derecho Procesal Civil,* cit. p. 78; cfr. Rivas, ob. cit., p. 7).

por la cual se verbaliza un derecho autónomo o pretensión de tutela o aseguramiento cuando se afronta el riesgo de empeorar la situación económica del demandado o ser evidente su mala fe; en estos supuestos se podía plantear la fijación de cautelas o fianzas que en caso de ser negadas, daban lugar al *arrest.* Esta modalidad no era más que realizar por una vía procesal el derecho al aseguramiento ([8]).

Cuando el derecho italiano aplica en el código de 1940 el proveimiento de urgencia, el debate llevó a reconocer entre el proceso preventivo y el cautelar, una relación de género a especie, de donde el primero tuvo necesariamente un fin en sí mismo, por el cual pretende conjurar un daño que llega exclusivamente de la conducta extraproceso de la parte.

Cabe recordar que la figura tradicional de lo cautelar puro (preventivo) fue el campo donde mayor conflicto tuvo responder a la naturaleza jurídica, en razón de las múltiples ocasiones que la legislación fue agregando otras medidas y providencias que tenían similares funciones.

Por tanto, el análisis que se presenta, en realidad, corresponde a una etapa de depuración del concepto de tutela cautelar, porque el gran salto ya se había dado. Es decir, si lo cautelar no era pura precaución al servicio de saldar el problema del tiempo en el proceso, sino una actividad complementaria o asegurativa de la ejecución de sentencia o del mismo juicio ejecutivo.

5. Polémica sobre la eficacia autónoma de lo cautelar

La polémica quedó instaurada. La posibilidad de actuar con medidas cautelares consiguiendo resultados casi iguales a los de una sentencia favorable, hicieron cuestionar la legalidad.

---

[8]. Wach, *La pretensión de declaración,* cit., ps. 44/45.

El debate planteó posiciones distintas que afirmaron: *a)* No existe el proceso cautelar, sino providencias o medidas que aseguran el resultado hipotético de un proceso, al cual acceden e instrumentan; *b)* El proceso cautelar tiene un contenido sustancial propio que se inserta como manifestación de la justicia preventiva; *c)* Existe un proceso cautelar por las características procesales como se lo dispone, donde la superficialidad del conocimiento y las condiciones que se exigen para su procedencia, revisten las principales notas de su independencia respecto del juicio principal.

En nuestro parecer el carácter accesorio de las medidas cautelares, pese a contar un procedimiento propio -anticipado o inserto dentro del litigio al que concurren- no llevan una finalidad asegurativa propia. El concepto de un derecho sustantivo de cautela sería por demás discutible, pese a la identidad que se quiere descubrir con la tutela inhibitoria. Lo que no priva la factibilidad de celebrar un proceso autónomo cuya única finalidad fuera la de obtener una medida de protección que no tuviera carácter provisional o precautorio, la que una vez lograda cumpliría la pretensión del interesado agotando su cometido.

En este aspecto, la diferencia oportunamente trazada por Peyrano cuando afirma que […]

> Todo lo cautelar es urgente, pero no todo lo urgente es cautelar ([9]) es útil para demostrar la asimetría entre lo que es de esencia procesal respecto de aquello que encuentra otro fundamento de *iure.*

Es verdad que actualmente la parsimonia de la justicia lleva a exacerbar la tutela preventiva propiciando, antes que el proceso, el reaseguro de la ejecución (por el análisis de los referentes: tiempo, inversión y beneficios). También es cierto que, sobre los pilares del sistema cautelar, se han formado procedimientos de tipo preventivo autónomo, utilizado para mediar en los conflictos colectivos (intereses

---

[9]. Peyrano, Jorge W., *Lo urgente y lo cautelar*, en J.A., 8 de marzo de 1995, nº. 5923, p. 2. También en Ius et Veritas, año V n° 10, Lima, 1995, ps. 132 y ss.

difusos, daños ocasionados a grupos indeterminados de consumidores de productos mal elaborados. etc.).

Pero nada de ello descarta que sea propio de las medidas cautelares prestar un servicio de asistencia al proceso. Esa es su finalidad, y todo el campo ganado en su efectiva prédica por la seguridad y la justicia, corroboran, nada más, que la enérgica respuesta que posibilitan.

La evolución alcanzada a partir de su modelo ha permitido debatir con amplitud si es posible tener un proceso al sólo y único efecto de conseguir la disposición de medidas provisionales de distinto carácter (preventivas, conservatorias o asegurativas, ejecutivas, de cumplimiento inmediato, etc.), o si es mejor mantener su carácter accesorio de un juicio central al que accede y protege con sus medidas.

La doctrina más actual refiere a un tránsito de las medidas cautelares hacia las medidas autosatisfactivas ([10]), es decir aquellas que pretenden dar solución urgente y autónoma a la situación subjetiva deducida en el proceso. No obstante, no hay coincidencia pues otros argumentan que […]

> No podrían ser consideradas como medidas cautelares, porque ellas se agotan en sí mismas, sin que existan a ese respecto las notas de instrumentalidad –entendida ésta como funcional a la seguridad de un proceso "principal"–. De este modo, para esta visión <tradicional> de la tutela cautelar, los procesos posesorios (como el interdicto posesorio), o ya una tutela inhibitoria que impida que sobrevenga una lesión a un derecho, o que obligue a cesar inmediatamente una actividad lesiva del derecho, no podrían ser consideradas, en ningún caso, tutelas cautelares ([11]).

En la síntesis, será posible encontrar un procedimiento precautorio con presupuestos y condiciones de ejercicio. Instrumental y accesorio de otro al que

---

[10] . Cfr. Pico i Junoy, Joan, *De las medidas cautelares a las medidas autosatisfactivas ¿un avance del derecho procesal?,* J.A., 10-04-02, ps. 17 y ss.,

[11]. Bordalí Salamanca, Andrés, *Diversos significados de la tutela cautelar en el proceso civil,* Revista de Derecho (Chile), Vol. XII, diciembre 2001, ps. 50/66.

sirve, pero ampliando cada vez más sus objetivos, sea ya con la extensión que tiene en manifestaciones de la denominada tutela de urgencia, o para darle mayor precisión y eficacia a las medidas genéricas que mejoran la aplicación del objetivo cautelar.

Actualmente el modelo no es uniforme y está desformalizado. Apenas conserva como requisitos lo manifiesto del derecho y la urgencia por el despacho. Cada uno está presente dentro de la diversidad de tutelas que el marco precautorio ofrece.

6. El derecho a la tutela cautelar

Donde más avanzada está la doctrina es al referir a un *derecho a la tutela cautelar*, porque desprende la naturaleza procesal para indicarla como una garantía o un derecho fundamental. Algunos lo fundan en el derecho constitucional a la prestación de la tutela judicial efectiva, donde la obra de García de Enterría se tomó como piedra de toque ([12]).

Chamorro Bernal dice que […]

> El derecho a la medida cautelar forma parte necesariamente del derecho a la tutela judicial a través de la efectividad constitucionalmente exigible a éste" ([13]).

En fin, los estudiosos españoles han desenvuelto consistentemente esta idea que nos parece apropiada en el contexto de su estructura jurisdiccional donde el control de constitucionalidad tiene particularidades definidas.

Sin embargo, en nuestro parecer no existe un derecho especial para conseguir la tutela cautelar con base en disposiciones constitucionales; en todo caso, la garantía que el proceso ofrece como tal, debe conseguir reaseguros de su eficacia, siendo éste el que reclama una colaboración y no el derecho del que

[12]. García de Enterría, Eduardo, *La batalla por las medidas cautelares*, Cívitas, Madrid, 1995 (2ª ed.), p. 275.

[13]. Chamorro Bernal, Francisco, *La tutela judicial efectiva: derechos y garantías procesales derivados del art. 24.1 de la Constitución española,* Bosch, Barcelona 1994, p. 286.

peticiona. Hay, es cierto, una revolución importante en el concepto que permite diseñar la trascendencia de lo cautelar a partir del derecho a la efectividad de las decisiones judiciales, pero no surge explícito que sea lo cautelar una garantía autónoma.

Conviene darse cuenta de la trascendencia que tiene la diferencia, porque anidan en el problema cuestiones que exceden la simple disposición del derecho. Dar relevancia constitucional propia a lo cautelar supone generar una cuestión de naturaleza fundamental que convierte en autónomo al derecho y en independiente al proceso que resulta de la pretensión. Distinto es valorar su importancia en el concepto global del debido proceso o afincarlo en las garantías del cumplimiento de la sentencia, pero lo cautelar puro (no sus variaciones y extensiones que tienen singularidad y perfiles propios, como la tutela urgente o las de satisfacción inmediata) no tiene naturaleza fundamental como sí lo posee el proceso donde se inserta y al que responde.

A lo sumo, la singularidad que tiene la tutela cautelar es el poder de la jurisdicción para otorgar la medida que considere más idónea y efectiva, siendo la elección discrecionalidad de las facultades, más no una tutela diferente que actúe con independencia del proceso donde interviene.

Es necesario apuntalar esta idea de eficacia, porque allí se instalan las medidas cautelares. Ellas no son salvaguardas del derecho subjetivo, sino de la finalidad jurisdiccional. Si es necesario actuar el conocimiento o provocar la ejecución el problema es similar a la cuestión que presenta un proceso ordinario: siempre depende de la pretensión que se formule. La subordinación de la tutela cautelar a los fines del proceso principal es la característica primordial de esta modalidad en el ejercicio de la función jurisdiccional.

El conflicto de interpretación surge cuando se siembran dudas sobre qué es lo central en lo esencialmente precautorio. Buena parte de la responsabilidad que plantea esta institución se debe a las diferencias con que el derecho comparado resuelve esta cuestión.

La doctrina alemana considera que es subsidiaria de la ejecución forzosa; la italiana la confunde con otros trámites de carácter preventivo, y la española solo da importancia al embargo. Otras legislaciones, cuadran las medidas en el plano de su procedencia ritual, para luego enumerar taxativamente los casos donde tienen cabida. A veces, no existe tal número *clausus*, permitiendo cualquier otra cautela que se solicite que recibe tratamiento dentro del molde conocido más adecuado.

La confrontación de los institutos con las finalidades que portan, muestran que existe diversidad de pretensiones. Algunas persiguen resolver situaciones donde el mismo derecho subjetivo está en crisis y urge una solución -provisoria- inmediata. Son los llamados *procesos urgentes* (interdictos, acciones posesorias, alimentos, incapacidad) que, por su especial manifestación coincidente con las precautorias, llevaron a fundar otrora la procedencia de un proceso cautelar autónomo e independiente. En Italia, por ejemplo, la ausencia de otras medidas fuera del embargo, propiciaron esa confusión.

En ocasiones la tutela preventiva se dirige a impedir eventuales perjuicios futuros. Se refiere a daños potenciales, absolutamente hipotéticos, pero sin referencia con la pretensión que moviliza un proceso cautelar. En estos, la fuente de la precaución radica en el mismo objeto procesal que la acción postula.

El proceso se basta a sí mismo, a diferencia de la tutela jurisdiccional que, además de alegar la lesión de un derecho, la medida que se ordena no es definitiva -sino provisional- y depende de otro proceso. La sentencia que se alcanza dirime definitivamente la litis en los procesos preventivos, en cambio, en los cautelares se auxilia al principal.

En síntesis, pese a las confusas construcciones de cada legislación, la influencia de los modelos europeos en la legislación latinoamericana, y la evolución habida, se puede llegar a conclusiones distintas a las hasta hoy escritas.

7. La satisfacción preventiva

El fenómeno que se avizora impulsa una renovación en el diseño de las providencias cautelares que, trabajando sobre la función tuitiva que de ellas se espera, puede instalar un concepto extensivo, dinámico si se prefiere, demostrando así que la tutela cautelar no es una mera construcción científica.

Este avance no es nuevo si vemos las inhibiciones que se podían disponer en el Código Sardo que tuvo a Franz Klein como fuente de inspiración; pero se entendió que era demasiado riesgoso, y quizás por eso fue que en el código italiano de 1865, desaparecieron las inhibitorias y el poder cautelar general del juez, siendo reemplazadas por el sistema de las medidas cautelares típicas.

Este modelo se mantuvo en el código de 1942, que bien pronto sufrió los embates del foro hasta llegar a la crisis que obligó a replantear los presupuestos y requisitos de la tutela cautelar, dentro de una necesidad de tutela de urgencia. De este modo, Italia encontró en el modelo de la tutela de urgencia un rol distinto al de las cautelares típicas, provocando en el derecho comparado las primeras experiencias de la anticipación inmediata del resultado final.

La dimensión de lo cautelar, en definitiva, tiene que definir sus alcances. La transformación de lo cautelar en posibilidades de actuación jurisdiccional menos definidas por la legislación, pero factibles en el marco de los poderes-deberes de la función, intervienen para reclamar certidumbres allí donde existe la posibilidad de ordenar sin ley que lo admita.

O bien, dejar en claro que los principios generales sirven para cubrir las lagunas normativas, todo con la finalidad que el procedimiento preventivo puede revertir en anticipos jurisdiccionales o el aseguramiento puro de una sentencia probablemente favorable.

Por eso, las *medidas de prueba anticipada* pueden ser cautelares cuando la coincidencia se expresa en el objeto de preservar la eficacia del medio que adelante el tiempo de producción; pero es diferente, porque las condiciones de

admisión no son las mismas ni se relacionan entre sí. Es decir, no es la verosimilitud del derecho lo que autoriza la prueba *ante tempus* sino el riesgo de perder la oportunidad de practicarla cuando corresponda, que tiene simetría con el peligro en la demora.

Cuando el paralelo se pone con la provisión de medidas de resguardo para la *ejecución forzosa* la distancia es muy clara, porque lo compatible es el *aseguramiento* aunque los moldes sean desiguales. Uno trabaja con la fehaciencia del título que autoriza la prevención; los demás, con los presupuestos objetivos tradicionales.

Actualmente, la tendencia a *ejecutar provisionalmente la sentencia* de primera instancia (con o sin fianza) acentúa la semejanza entre el instituto y lo cautelar; de todos modos el fin es disímil porque el primero tiende a la seguridad de lo resuelto que se cumple de inmediato, aunque pueda ser revertido; y lo precautorio mira al futuro sin pretender que se cumpla ya con el objeto; en todo caso, si lo hace, no será cautelar aunque pueda ser urgente.

El anticipo de la sentencia resuelto no por la urgencia sino por las condiciones que lo hacen posible (v.gr.: alimentos provisorios urgentes; sentencia ejecutiva; desalojo anticipado) puede ser cautelar, como lo señaló Calamandrei ([14]) al advertir que hay en ellas una satisfacción parcial de la pretensión; pero no lo es porque en realidad constituye una sentencia provisional a la que le faltan los caracteres esenciales de las providencias cautelares y, sobre todo, el carácter hipotético que las distingue ([15]).

La *sentencia anticipatoria* resuelta en el modelo de la *tutela urgente,* no es una variación del mecanismo precedente, sino una posibilidad propia que se funda en presupuestos de hecho que, basados en lo manifiesto de la urgencia para resolver y en lo expresivo del derecho en que se apoya, permiten adoptar una

---

[14]. Calamandrei, *Providencias cautelares*, cit., p. 105.

[15]. Calamandrei, *Providencias cautelares*, cit., p. 105; cfr. Rivas, ob. cit., p. 20.

decisión anterior al tiempo normal de las etapas preclusivas del procedimiento, dando una respuesta provisional que beneficia al que lo pide. Este sistema lo tiene Italia, y lo recogió Brasil en el art. 273 de la Ley 8950 ([16]).

La diferencia es tenue pero tiene distancias significativas, las que sugieren distinguirlas también de la tutela inhibitoria de carácter preventivo y de la cautela material donde la sentencia resuelve sobre el mérito, sin que se pueda retrotraer, a cuyo efecto se exige la prestación de contracautela y un severo control judicial ([17]).

En síntesis, las medidas cautelares se desempeñan en el plano de resguardar los fines del proceso principal, siendo admisible y procedente cuando se cumplen requisitos propios. Entre esas finalidades puede estar lo esencialmente preventivo, pero ésta función encuentra extensiones que, sin ser precautorias en el sentido de la teoría cautelar, laboran con fines independientes que no tienen subsidiariedad con nada, salvo con la propia misión que persiguen.

Cada una de ellos son mecanismos preventivos, y los vemos en el capítulo siguiente.

---

[16] . Cfr. Marinoni, Luiz Guilherme, *La anticipação da tutela,* Malheiros, 1998 (4ª ed.), p. 255; Falcón, *Tratado de derecho procesal civil y comercial*, tomo IV, cit., p. 489.

[17]. Cfr. Falcón, *Tratado de derecho procesal civil y comercial,* tomo IV, cit., p. 489.

Capítulo II

La tutela cautelar de tipo preventivo

1. La tutela inhibitoria

En la práctica la característica de la tutela inhibitoria es impedir que un daño se concrete, continúe o repita. De algún modo supone el tránsito de la reparación *ex post facto* a la prevención anticipada, que lleva a un cambio sideral para la atención normativa.

En efecto, mientras *ab initio* se castigó al autor del ilícito, actualmente se atiende la situación de la víctima. De este modo, el derecho a la indemnización que era un valor equivalente a la ponderación del daño sufrido, ahora se convierte en un derecho crediticio que persigue garantir en su integridad al derecho en sí mismo.

En el derecho de daños, dice Nicolau […]

> Paulatinamente se ha pasado de considerar la indemnización del daño como una responsabilidad a calificarla como un crédito por reparación. Este proceso supone un avance hacia la justicia, ya que se traslada a la víctima el eje de la responsabilidad civil, que en el siglo XIX se había centrado en el autor del daño ([18]).

El carácter de *mandamiento de abstención* o *la orden de no hacer* que con la inhibitoria se busca, enfrenta un conflicto natural con la idea de reparar sin daño causado, porqué la decisión judicial que en tal sentido pudiera ser dictada, tendría que elaborar un fundamento diferente a la definición clásica del hecho ilícito contractual, delictual o cuasidelictual. En este aspecto se parece a una cautelar, pero no lo es, siendo un instituto semejante pero asimétrico.

---

[18]. Nicolau, Noemí L, *La tutela inhibitoria y el nuevo artículo 43 de la Constitución Nacional*, La Ley, 1996-A, 1245.

La relación daño efectivamente sufrido igual a derecho a la reparación, pierde consistencia en este fenómeno que visualiza la asignación de responsabilidad allí donde haya probabilidad de un daño injusto, difuminando el sentido objetivo antes consagrado. La transformación que trae el derecho sustancial se evidencia en la innovación que tiene pensar en el hombre como tal, antes que en la riqueza frustrada por el daño ocasionado. Lo mismo ocurre en el derecho procesal que pone a un lado la regla del derecho manifiesto para acordar la acción judicial contra el peligro de práctica, continuación o repetición del hecho ilícito.

Si la dimensión moderna enclava el respeto por la persona humana evitando la indigna relación con su capacidad de producir, este cambio supone otorgar un alcance más genérico al derecho otorgado. No se trata de la reparación única, o de la satisfacción económica integral; ahora, el norte está en la vida humana, como una manifestación vital para la sociedad y esencia de sus semejantes.

Teniendo en cuenta esta dimensión constitucional, las posibilidades de actuación pueden:

a) Impedir la práctica de un hecho ilícito

b) Impedir la continuación

c) Impedir la repetición del hecho ilícito

En todos los casos, el objeto de la tutela inhibitoria se parece a las medidas cautelares del derecho procesal, aunque tiene otras diferencias. Donde mayor proximidad manifiesta es con los mecanismos procesales de urgencia donde lucen la tutela anticipada (también llamada, cautela material, o tutela urgente sustancial) y las medidas autosatisfactivas.

Actuando como pretensión se diseña dentro del grupo de las cautelares (con el requisito del peligro en la demora), pero no es una actuación cautelar propiamente dicha. Tampoco es un amparo (contra la amenaza, o para lograr el

cese del acto lesivo) porque la tutela inhibitoria no es un proceso constitucional; a veces puede conseguir los efectos de una medida de satisfacción inmediata, e inclusive se resuelve sin sustanciación, pero cuando el proceso tiene partes definidas la bilateralidad se concreta.

La tutela civil inhibitoria es precautoria en su objeto, pero no es preventiva como pretensión; su acogimiento depende del peligro actual o inminente que tenga el acto o la amenaza, respectivamente considerados. El peligro de daño debe ser acreditado sin necesidad de forzar el proceso de prueba, pues debe ser manifiesta la gravedad del hecho o estar apoyado en una fuerte probabilidad para que suceda.

El requerimiento de protección lo puede plantear el afectado, que es quien ostenta el interés directo e inmediato (derecho subjetivo), pero no se puede agregar ningún pedido indemnizatorio porqué no es propio de la protección que se dispensa por este remedio. En su caso, si la vía elegida fuera otra, por ejemplo un proceso de conocimiento sumario o sumarísimo, de igual modo habría que dividir las pretensiones entre lo que es urgente y exige una rápida decisión, y aquello que no lleva dicha celeridad para resolver.

Las modalidades de la inhibitoria que, dicho en otros términos supone encontrar una vía procesal por la que un juez pueda ordenar medidas inmediatas que eviten la producción de daños o impidan su continuación, puede tener algunas de estas variables:

a) Protección inmediata a través de una medida provisional o definitiva, pero donde el proceso continúa;

b) Protección inmediata que satisface plenamente la pretensión y, como tal, termina el procedimiento con la sentencia.

En el primer caso, la tutela opera como medida cautelar dictada en un proceso en trámite, que puede tener cualquiera de las características de la actualmente denominada tutela de urgencia; en el segundo, la protección se

otorga sin oír a la otra parte y con una providencia asimilable a los efectos de la cosa juzgada formal (pues la característica es la provisionalidad y la posibilidad de revisión en un juicio pleno).

La tutela final está relacionada no tanto con el peligro en la demora sino con la amenaza de daño. De modo que se puede discernir entre un perjuicio derivado del transcurso del tiempo del proceso, que autoriza la cautelar, y otro derivado del hecho ilícito. En este último, el tiempo del proceso no es relevante, no es una variable con aptitud para distorsionar el resultado final

Cuando la pretensión se sustenta dentro de un proceso en trámite, la tutela se puede plantear como *medida de no innovar* o *de innovar*, según el caso. Por ejemplo si se demanda por la construcción de un edificio en una zona residencial que no tiene posibilidad de hacerlo en virtud de un código específico, la tutela inhibitoria persigue que se ordene el cese de la obra para impedir el perjuicio que generaría a los vecinos por la construcción en sí misma, como para el supuesto de una eventual demolición posterior. En el caso, la inhibitoria se concede como medida innovativa, porqué modifica la autorización oportunamente concedida.

El espacio procesal puede ser diferente. O se trata de un juicio ordinario que subordina la cautelar; o es un procedimiento precautorio autónomo; se puede dar dentro de un amparo, o bien resolverse en una instancia administrativa con facultades para hacer o actuar la petición respectiva.

Otra variable es plantear la medida de prevención como pretensión autónoma, en cuyo caso la decisión judicial agota (en teoría, satisface el objeto procesal) la instancia y termina el proceso.

El objeto de la *condena inhibitoria* es hacer que un sujeto se abstenga o cese en la violación de un interés simple patrimonial o extrapatrimonial.

Resta considerar un aspecto tangencial sobre cuánto se resuelve con estos mecanismos, porqué es evidente que la esencia del sistema no es compensar a la víctima, ni prevenirle el riesgo de una sentencia incierta, o de asegurar la

ejecución de ella; se trata de algo distinto que muestra porque la tutela inhibitoria no es un modismo cautelar. La consecución es reducir el peligro, obstruirlo o anularlo, que importa un análisis económico del derecho.

Además, están fuera del espectro de lo cautelar puro al no exigir los presupuestos de esta figura; ella trabaja con condiciones propias que también las tienen algunos procedimientos similares originados antes de ahora, como son los interdictos (amenaza de ruina), o algunas acciones sindicales (reposición en el puesto de trabajo); o también las más actuales del derecho ambiental (prohibición de contaminar).

2. El amparo como medida cautelar

La nueva Ley de Amparo consagra un derecho nuevo que antes era solamente un proceso judicial protector de garantías constitucionales. La dirección actual apunta al derecho a la *tutela judicial efectiva*.

La posibilidad de atender al amparo como un modelo nuevo de tutela preventiva, lo sostiene Rojas, proponiendo la introducción de modificaciones que permitan ubicarlo dentro de los procesos urgentes ([19]).

El artículo 4° dice:

> De manera excepcional, y sólo cuando exista urgencia atendiendo al interés social o al orden público, las Cámaras del Congreso de la Unión, a través de sus presidentes, o el Ejecutivo Federal, por conducto de su Consejero Jurídico, podrán solicitar al Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que un juicio de amparo, incluidos los recursos o procedimientos derivados de éste, se substancien y resuelvan de manera prioritaria, sin modificar de ningún modo los plazos previstos en la ley.

La urgencia en los términos de este artículo se justificará cuando:

> I. Se trate de amparos promovidos para la defensa de grupos vulnerables en los términos de la ley.

[19]. Rojas, Jorge A., *Un "nuevo" molde para el amparo,* en Revista de Derecho Procesal n° 5, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires / Santa Fe, 2000, ps. 83/84.

II. Se trate del cumplimiento de decretos, resoluciones o actos de autoridad en materia de competencia económica, monopolios y libre concurrencia.

III. Se trate de prevenir daños irreversibles al equilibrio ecológico.

IV. En aquellos casos que el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación estime procedentes.

Recibida la solicitud, el Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación la someterá a consideración del Pleno, que resolverá de forma definitiva por mayoría simple. La resolución incluirá las providencias que resulten necesarias, las que se notificarán, cuando proceda, al Consejo de la Judicatura Federal.

Para la admisión, trámite y resolución de las solicitudes, así como las previsiones a que hace referencia este artículo, deberán observarse los acuerdos generales que al efecto emita la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

3. Otros procedimientos preventivos

El desarrollo doctrinario de la denominada “tutela inhibitoria” fue producto de la doctrina civilista; buena parte de ella toma información y fundamentos del derecho italiano y francés donde existen medidas similares a las que aquí se presentan. El derecho procesal, de su parte, ha discernido esta modalidad de tutela con otras denominaciones, pero que a título general puede llamarse como “tutela de urgencia” o “procesos urgentes”.

Esta categoría permite dividir a las *medidas cautelares clásicas*, de aquellas otras que se presentan nominadas como *cautela material*, incluyendo entre el grupo de las tutelas diferenciadas a las medidas autosatisfactivas y las sentencias anticipatorias.

Cada una reporta una finalidad similar pero difieren en sus requisitos y contemplaciones, poniendo entre ellas mismas una suerte de discusión generalizada acerca de si participan o no de los presupuestos generales de las medidas cautelares (es decir, de las características de instrumentalidad, provisionalidad, mutabilidad o flexibilidad).

En suma, la tutela inhibitoria no es más que una forma rápida y expedita de proteger un derecho amenazado a través de alguna de las modalidades procesales que facilitan los procesos urgentes. Se prefiere hablar de una protección sustancial como una manera de ampliar el horizonte de lo estrictamente civil, y alcanzar así, la tutela constitucional de los derechos, pero ello no modifica la conclusión que precede.

Ahora bien, este emplazamiento agiliza las facultades del juez en orden a la eficacia del servicio que presta; admite el criterio de la urgencia como pauta que fundamenta la postergación del contradictorio; pero no tiene en cuenta que las formas procesales se corresponden con procedimientos adecuados para cada pretensión en particular, y la amenaza de producir un daño o impedir su agravamiento, puede o no lesionar, alterar, modificar o restringir, con arbitrariedad o ilegalidad un derecho subjetivo o de incidencia colectiva.

También resulta procedente cuando el daño o el peligro inminente afecta a un grupo indeterminado y el interés de éstos se representan como derechos de incidencia colectiva, o derechos de pertenencia difusa. En este supuesto, el amparo colectivo tiene mejor relación con la tutela inhibitoria.

En síntesis, así como el derecho de fondo emplaza la revisión de sus criterios, lo mismo sucede en el derecho procesal cuando persigue abandonar su condición de técnica pura para fomentar un sistema de discusión y debate más próximo con la realidad del conflicto y con un lenguaje más apropiado a lo cotidiano. En vías de lograr la preciada eficacia y confianza en la sociedad, la relación entre el derecho procesal y el derecho material deja basarse en la pura aplicación mecánica, donde el primero presta la herramienta para que el segundo trabaje con sus dogmas; para argumentar sobre las necesidades inmediatas que requiere el derecho material.

Con este objetivo, la actuación de la voluntad legal encuentra que al lado de la tutela ordinaria surgen tutelas diferenciadas que pondrían tres grandes categorías: la *tutela común*; la *tutela cautelar* y la *tutela constitucional*.

No se trata de utilizar la expresión “tutela” por un amor conceptual, o lo que es peor, como simple referencia terminológica, sino de intentar elaborar una construcción dogmática capaz de contar con diferentes necesidades para la adecuada tutela de los derechos, tomando en consideración sus peculiaridades y características y, principalmente, el papel que tiene destinado cumplir en la sociedad ([20]). La urgencia que se pondera (principio de proporcionalidad) y que cobra vida en el proceso con diversas manifestaciones, tiene en cada una de “las tutelas” un parecido con las medidas cautelares, pero sin serlo, laboran con el mismo concepto de “lo urgente”.

Es decir, la actuación del juez en el proceso permite que resuelva cuestiones de urgencia sobre la base de lo cautelar (con las medidas específicas que disponga, v.gr.: embargo, secuestro, etc.) o anticipándose a la sentencia definitiva (en cualquiera de las formas de tutela, v.gr.: medidas autosatisfactivas, medidas provisionales), logrando autonomía respecto al modelo clásico de confrontación entre partes.

4. Tutela común y diferenciada

La discusión acerca de si es posible encontrar una pretensión autónoma cautelar que se agote con la decisión consecuente, permitió elaborar otras proyecciones paralelas que basándose en el derecho constitucional o en la expansión del objeto comprendido por el debido proceso, pensaron que la protección judicial tenia expresiones semejantes (la sentencia) pero asimétricas (las pretensiones).

La reducción del conocimiento como forma de dividir las diferencias en la tutela jurisdiccional coincide con la clasificación de los procesos, pero no es suficientemente claro para demostrar la distancia. Hasta pareciera que la misma

---

[20]. Marinoni, Luiz Guilherme, *Tutela específica (arts. 461, CPC e 84, CDC)*, Revista Dos Tribunais, San Pablo, 1998.

expresión “tutela diferenciada” es discriminatoria, imprecisa y desigual para las partes, *salvo que se interprete como una nueva forma de hacer justicia emplazando la misión jurisdiccional en la senda del llamado a la socialización del proceso civil y constitucional.*

Se afirma que la tutela diferenciada es […]

> Un derecho de los justiciables hacia el Estado. En un primer momento es un derecho hacia los legisladores, de modo que adopten y prevean los mecanismos legales adecuados para brindar una tutela efectiva. Esto implica que el legislador debe establecer una tutela eficaz particular que le sea inherente a cada tipo de derecho, la oportunidad en que deba actuarse dicha tutela y el contenido de la misma. Asimismo, también debe establecer las técnicas de aceleración del proceso que sean adecuadas para cada caso ([21]).

En realidad, se trata de advertir un emplazamiento diferente al habitual en la misión de los jueces. Hay un sentido social al que responder y un deber de efectividad para el servicio que obliga a ciertos cambios de conducta. No se trata de preferir a una de las partes, ni de acentuar el protagonismo de los jueces a espaldas del principio de imparcialidad, o bosquejando una engañosa aplicación de la garantía de igualdad.

Por eso hablamos de diferenciar la protección judicial con una diversidad de acciones donde el juez pueda realizar más allá de lo legislado; pero también habilita la creatividad del abogado que solicita desde la demanda innovaciones de pretensión que no se muestran en el clásico conjunto de la “material” y la “procesal”.

Dicho esto en el sentido de advertir una transformación en la dinámica del objeto, que no encuentra el molde apropiado en el sistema procesal que tiene, toda vez que la costumbre de práctica cotidiana es que el juez actúa, a instancia de parte, para reparar el perjuicio sufrido o restablecer el principio de legalidad. Entonces ¿qué ocurre? La respuesta nos parece simple: hoy los roles de jueces y tribunales son diferentes pues tienen un deber implícito en la función que es

[21]. Zela Villegas, ob. cit., p. 41.

“hacer justicia”, más allá de las pretensiones interesadas de las partes, aunque sin quebrar las garantías que a éstos se debe preservar. Pero el problema está en los esquemas no han variado, y siguen aplicables principios y reglas que, a pesar de los reclamos de la doctrina para su adaptación, siguen tratando la controversia judicial como una lucha entre partes.

En este contexto es preciso obrar claramente para impedir que la actividad no se vea como un ejercicio de autoritarismo judicial. Sobre todo, porque los perfiles novedosos que se encuentran, en realidad tienen precedentes conocidos, solo que nominalmente se los ha conocido con denominaciones diferentes.

5. Tutela preventiva

Peyrano define la acción preventiva como aquélla […]

> Que persigue evitar el acaecimiento, repetición, agravación o persistencia de daños potencialmente posibles, conforme al orden normal y corriente de las cosas, a partir de una situación fáctica existente; existiere o no algún vínculo jurídico preexistente con el legitimado pasivo de ella. De tener éxito, se traducirá, por lo general, en una orden de hacer o de no hacer que busque revertir o modificar la situación fáctica que genera el riesgo de daño (o de persistencia o repetición) que justifica su promoción” ([22]).

La definición podría ser la misma para la tutela inhibitoria, pero lo preventivo supone, además de un mandato específico de hacer o no hacer, adelantarse al peligro y eludir a actuación *ex post facto.* Se trata de llegar a tiempo con la resolución judicial, que es provisoria pero suficiente.

Se aclara que la emisión de un “mandato preventivo” no guarda más que una relación de ocasión o “excusa” con el proceso dentro del cual se imparte; pero en realidad se debiera concebir como un juicio “nuevo”, un trámite independiente del juicio original y como tal (independiente que es) susceptible de generar todas

---

[22]. Peyrano, Jorge W., *La acción preventiva*, LexisNexis- Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2004, p. 36.

las actividades de control y recursivas que pudiera estar en condiciones de ejercitar ([23]).

Por supuesto que hay adversidades propias del conservadorismo jurídico, sin que puedan explicar en la oposición el rol preventivo que tuvieron y tienen, por ejemplo, todas las posibilidades de actuación preventiva del código procesal (alineados con el control de la conducta en el proceso, que supone no solo contabilizar medidas coercitivas o conminatorias, sino también, expulsar al que perturba la audiencia; en el daño temido; la protección de personas que en suma disponen una acción preventiva para aventar el peligro en ciernes).

La tutela preventiva de carácter procesal, distinto a la "cautela material" que ensaya respuestas anticipadas ante el riesgo inminente; cuenta con apoyos constitucionales que se explanan desde las garantías implícitas.

En materia ambiental, por ejemplo, se permite la prevención del daño, o la anticipación del daño a futuro. Es en este último aspecto en donde cobra especial trascendencia el *"mandato preventivo",* que resulta el instrumento clave de la protección especial que se explica.

Con afán docente, Peyrano culmina explicando la acción preventiva indicando que […]

> Genera un proceso de conocimiento. Más concretamente: un proceso de condena atípico. ¿Por qué esto último?. Seguidamente aludiremos a algunos de los rasgos que avalan tal calificativo: a) sólo reclama la amenaza de un daño. Vale decir que únicamente exige la presencia de una situación fáctica actual idónea para producir un daño futuro, haciendo nacer así en el potencial afectado un interés de obrar suficiente para estar en condiciones

[23]. Peyrano, *La acción preventiva*, cit., p. 23. Conviene aclarar el punto -dice el autor- porque el "mandato preventivo" no es una medida para mejor proveer (insusceptible, como se sabe, de ser objeto de una actividad recursiva), dado que no se trata de una diligencia de prueba y no guarda –insistimos en ello- ninguna relación sustancial con el proceso dentro del cual se emite […]. El "mandato preventivo" es una orden judicial de características y consecuencias análogas a la mayoría. A saber: si no se acata en tiempo y forma puede quedar incurso el destinatario en el delito de desobediencia, y su cumplimiento efectivo puede, en su caso, estimularse a través de la instrumentación de medios compulsorios tales como la aplicación de astreintes o el despacho de medidas conminatorias.

de promover una acción preventiva y conseguir una sentencia de mérito sobre el particular; b) como se ha visto, no se requiere la materialización de un daño para que pueda promoverse y prosperar una acción preventiva. Sí, en cambio, se exige la presencia de un acto ilícito perpetrado por el demandado, aunque quizás más correcto sería hablar de acto antijurídico ([24]).

En nuestra opinión, la tutela preventiva reclama mayores exigencias procesales que resguarden el equilibrio o facilite el control sobre el principio de proporcionalidad. En la dimensión de los "nuevos derechos", como los que se vinculan con el derecho a la salud, al desarrollo, a la inclusión social; o los más difundidos como la protección del usuario y consumidor, o los derechos ambientales, se torna expreso y manifiesta la necesidad de actuar mandatos de urgencia destinados a impedir o cesar comportamientos lesivos.

No es propiamente una tutela inhibitoria sino la expresión de una función jurisdiccional de tipo preventivo (por lo autónomo) no cautelar (porque es independiente del proceso principal). Brasil la denomina "tutela específica" (art. 461 del código procesal federal) y se dirige a proteger un derecho de contenido material sin convertir la reparación en un equivalente al daño infringido, sino que, antes bien, inhibe la práctica del acto contrario o del daño, o determina un resarcimiento *in natura* o el cumplimiento de la prestación en forma específica, o tal y como fue contratada ([25]).

En cuanto al formato procedimental, se coincide en que debe elegirse un procedimiento breve y expeditivo, proponiéndose, de ordinario al juicio sumarísimo para que asuma dicho rol ([26]). Creemos con Peyrano que mientras no se regule legalmente el asunto, el juicio sumarísimo podría proporcionar una solución. Empero, participamos con él del criterio de que lo ideal pasa por construir un procedimiento autónomo con algún ingrediente propio del monitorio, para así dar

---

[24]. Peyrano, *La acción preventiva,* cit., p. 56.

[25]. Marinoni, Luiz Guilherme, *El derecho fundamental de acción en la Constitución brasileña,* Boletín Mexicano de Derecho Comparado, 27 de abril de 2008.

[26]. Peyrano, *La acción preventiva,* cit., p. 59.

debida respuesta a la necesidad de que las acciones preventivas se ventilen de manera expeditiva.

6. Tutela anticipatoria

En esta modalidad lo que se anticipa es el resultado de fondo, sea total o parcialmente. Por eso, la coincidencia se puede encontrar en el objeto de la pretensión o en los efectos de la cosa juzgada. En la legislación comparada, el código de proceso civil de Brasil establece que:

> El juez podrá, a requerimiento de parte, anticipar total o parcialmente, los efectos de la tutela pretendida en la petición inicial, desde que, existiendo prueba inequívoca, se convenza de la verosimilitud de la alegación y:
>
> I. Exista fundado temor de daño irreparable o de difícil reparación,
>
> II. Esté caracterizado el abuso del derecho de defensa o el manifiesto propósito retardatorio (malicioso) del demandado".

Por su parte, el ordenamiento procesal del Perú, en su artículo 618 dispone:

> Medida Anticipada: además de las medidas cautelares reguladas, el juez puede adoptar medidas anticipadas destinadas a evitar un perjuicio irreparable o asegurar provisionalmente la ejecución de la sentencia definitiva.

Se transcriben ambos códigos para confrontar las tendencias recién dichas. Cuando se quiere anticipar la pretensión, la provisionalidad es la característica y la posibilidad de reversión, la contracara o reserva del derecho. El adelanto es sobre la petición (v.gr.: pretensión indemnizatoria que se solventa parcialmente con la sentencia anticipatoria) y los presupuestos se corresponden con los de las medidas cautelares, es decir, verosimilitud del derecho, peligro en la demora, y posibilidad de afianzamiento.

En cambio, cuando el anticipo trabaja sobre los efectos de la sentencia, cabe hacer una diferencia según el pronunciamiento sea *provisional* (v.gr.: alimentos provisorios urgentes; sentencia ejecutiva), y como tal revisable y

pendiente del proceso principal que lo subordina; respecto de las *sentencias anticipatorias,* propiamente dichas, que asignan un tipo de cosa juzgada diferente a la formal y material, y que podría ser instalada en un grupo nuevo, como *cosa juzgada anticipatoria.* En estas la *res judicata* opera cuál los efectos de la preclusión, de modo tal que la consolidación del estado jurídico (sobre bienes, cosas o personas) si no puede ser revertido ante una sentencia desfavorable, sólo cambiará con un crédito emergente del pronunciamiento.

La duplicidad muestra que no son dos caras de una identidad, sino fisonomías diferentes con particularidades también distintas. La tutela anticipada forma parte del elenco de las "tutelas de urgencia", y le permite al juez satisfacer la pretensión antes de llegar a la sentencia final. Para hacerlo la certeza es ineludible, la urgencia debe ser manifiesta, y la posibilidad de revertir el anticipo un elemento esencial para el test de admisión.

El debate sobre su configuración es ríspido por las acusaciones de autoritarismo judicial, o de prejuzgamiento inconstitucional. Sin embargo, no se puede ser tan extremo sin advertir que la legislación procesal, tiene un nutrido conjunto de posibilidades reales de anticipar la tutela sin sacrificar garantías ni principios del proceso.

Es cierto que una cosa es asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia y otra, diferente sin duda, resulta anticipar la decisión en forma total o parcial, lo que en alguna jurisprudencia se lee como "despacho interino de fondo".

Este grupo está dentro del género de las tutelas especiales, o de urgencia, y acomete como sentencia anticipatoria, que resulta definida como […]

> La que tiende a obtener una providencia no contemplada en previsiones legislativas específicas, otorgando en forma anticipada total o parcialmente el objetivo mediato de la pretensión contenida en la demanda y que, según la naturaleza del interés, el carácter del peligro que lo amenaza, o las particulares circunstancias que surgen de la situación jurídica por la inminencia o presencia efectiva de un perjuicio irreparable, o de difícil reparación, atento el grado de convicción enmarcado en la certeza suficiente que se forma el juez en

forma sumaria en base a la prueba aportada, y de acuerdo a su criterio discrecional por conceptuarla más idónea para obviar las consecuencias disvaliosas de un evento que podría producir la supresión o la restricción de los efectos obligatorios o ejecutivos de la decisión sobre el mérito ([27]).

En funcionamiento, la tutela anticipatoria exige más que la verosimilitud en el derecho. La proximidad con la certeza es el estado ideal, al punto que no se podría adelantar el resultado con la mera posibilidad que surge del presupuesto cautelar, pero sería factible cuando la sumatoria de probabilidades aumenta la certidumbre. Lo manifiesto por su evidencia palpable y clara es el punto de partida que posibilita plantear la pretensión.

Luego debe ser analizado el riesgo que importa no resolver de inmediato, por el peligro de tornar inútil la decisión de fondo o de ver frustrado el derecho. La irreparabilidad del perjuicio en los tiempos normales del litigio es la pauta, pero no el fundamento. El peligro en la demora es cautelar, mientras que la urgencia fundada es propio de la tutela anticipatoria. No puede trabajar aislada de la certeza absoluta, pues allí donde exista un alea o eventualidad de tener soluciones distintas, anula la procedencia ([28]).

La bilateralidad con el derecho a la contradicción permanente genera otra diferencia con lo cautelar puro, pues no se elimina en la especie.

La anticipación de la sentencia es coincidencia con la pretensión material, no con las prevenciones de naturaleza cautelar que se pueden conseguir, por ejemplo, con las acciones preventivas. Un buen ejemplo de ello surge con el juicio de escrituración, donde el embargo (medida cautelar) obstruye la disposición del

---

[27]. Carbone, Carlos, *Los despachos interinos de fondo,* en “Sentencias anticipadas”, AAVV (obra dirigida por Peyrano, Jorge W.), Rubinzal Culzoni, Buenos Aires / Santa Fe, 2000, p. 89. Marinoni, Luiz Guilherme, *La tutela anticipatoria en la reforma del proceso civil brasileño,* Jurisprudencia Santafesina, n° 25, p. 17.

[28]. La doctrina coincide en señalar que la inmediatez del daño y la irreparabilidad del perjuicio deben demostrarse sumariamente, o bien surgir de los hechos narrados, o ser éstos de conocimiento público (cfr. Falcón, *Tratado de derecho procesal civil y comercial,* tomo IV, cit., p. 863).

bien objeto del juicio principal, pero donde el embargante no puede usar la cosa hasta que tenga sentencia definitiva; mientras que un despacho favorable de carácter anticipatorio, le daría la disposición inmediata.

Finalmente, la irreversibilidad es una traba para que se autorice el adelanto que beneficia al que pretende (el actor, desde que se trata de resolver anticipadamente la pretensión, no la resistencia), porque es de la esencia de este mecanismo, la provisionalidad; vale decir, la solución instantánea pero no definitiva, en cuyo caso, de tornar de imposible devolución las cosas al estado anterior, vuelve en un crédito emergente de la sentencia (título ejecutorio), que no significa accionar de regreso.

7. Tutela de satisfacción inmediata

El principio de bilateralidad supone que cuando alguien pide ante los jueces, se escucha a la otra parte para que, confrontando razones de la afirmación y de las negaciones, se pueda tomar una decisión justa; a veces, cuando es manifiesto el derecho del que peticiona y promedia un peligro claro de tornar ilusorio el cumplimiento de la sentencia, esa posibilidad de oír al contrario se posterga; primero se resuelve y después se da posibilidad de réplica u oposición.

Pero en las llamadas “medidas autosatisfactivas”, que nosotros preferimos llamar de satisfacción inmediata, el problema está en que trabaja sobre un modelo inédito: se pide y de inmediato se resuelve; no hay tiempos para la bilateralidad; no hay espacios para la provisionalidad.

Pero ¿son ciertas estas observaciones?

Peyrano, de algún modo el padre de la institución, explica que las medidas autosatisfactivas son […]

> Un requerimiento *urgente* formulado al órgano jurisdiccional por los justiciables que se agota –de ahí lo de autosatisfactiva- con su despacho favorable, no siendo, entonces,

necesaria la iniciación de una ulterior acción principal para evitar su caducidad o decaimiento" ([29]).

Pico i Junoy afirma que […]

Se trata de medidas que se adoptan en un procedimiento que podríamos calificar de sumarísimo, en el que sólo se pretende la protección expedita y rápida del actor debido a la situación de urgencia que requiere su tutela, y nada más ([30]). El carácter sumarísimo se deduce de la posibilidad de adoptarse la medida autosatisfactiva sin audiencia del demandado. Su derecho a la defensa se posterga a la formulación del recurso de apelación contra la sentencia en la que se adopte la medida o al proceso declarativo posterior (la elección de una vía defensiva excluye la otra). Así, como destaca Marinoni, la clásica tutela cautelar se transforma en técnica de sumarización para con ello lograr superar la ineficacia del procedimiento ordinario y obtener una sentencia rápida y capaz de hacer efectivo el derecho material reclamado ([31])" ([32]).

La doctrina ha trabajado muchísimo la materia, como también se ocupa la jurisprudencia de llevarla a cabo y señalar presupuestos y condiciones que legislativamente aparece en pocos ordenamientos.

En este sentido se exponen como requisitos:

---

[29]. Peyrano, *La medida autosatisfactiva: forma diferenciada de tutela que constituye una expresión privilegiada del proceso urgente. Génesis y evolución*, en "Medidas autosatisfactivas", AAVV (obra dirigida por Peyrano, Jorge W.), Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires / Santa Fe, 2001, p. 16. Idem, en *Régimen de las medidas autosatisfactivas. Nuevas propuestas,* en "Medidas autosatisfactivas", ob. cit., p. 27.

[30]. Calderón Cuadrado, advierte del riesgo de la sumarización de la tutela cautelar, cuando afirma: "Sin embargo, una y otra [la medida cautelar conservativa y la anticipatoria], sin distinción, si no están en función de una sentencia del proceso principal, si no se ha establecido ese nexo de unión entre ambos, sino que se solicitan con la intención de convertirse en definitivas, se corre el riesgo de modificar su naturaleza y convertirlas de medidas cautelares en procesos sumarios" (*Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*, Cívitas, Madrid, 1992, p. 80).

[31]. Marinoni, Luiz Guilherme, *Novas linhas do Processo Civil*, Malheiros, Sâo Paulo, 1996 (2ª ed.), p. 75. De igual modo, vid. Bedaque, José Roberto, *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematizaçâo)*, Malheiros, Sâo Paulo, 1998, ps. 24/26.

[32]. Pico i Junoy, *De las medidas cautelares, a las medidas autosatisfactivas ¿un avance del derecho procesal?,* ob. cit., p. 2.

a) Que fuere necesaria la cesación inmediata de conductas o vías de hecho producidas o inminentes, contrarias a derecho según la legislación de fondo o procesal;

b) que el interés del postulante se circunscriba, de manera evidente, a obtener la solución de urgencia no cautelar requerida, no extendiéndose a la declaración judicial de derechos conexos o afines;

c) Los jueces podrán fijar límites temporales a las medidas de satisfacción rápida que despacharen, y disponer, a solicitud de parte, prórroga de las mismas. No rigen en la materia los principios de instrumentalidad y caducidad propios del proceso cautelar;

d) Los jueces deberán despachar directamente la medida autosatisfactiva postulada, o excepcionalmente según fueran las circunstancias del caso y la materia de la medida, someterla a una previa y reducida sustanciación, que no excederá de conceder a quien correspondiere la posibilidad de ser oído;

e) El legitimado para contradecir una medida autosatisfactiva ordenada, podrá optar para impugnarla entre la interposición directa del recurso de apelación que será concedido en su caso, con efecto devolutivo, o iniciar un proceso declarativo general sumario de oposición cuya promoción no impedirá el cumplimiento de la decisión judicial impugnada; elegida una vía de impugnación, se perderá la posibilidad de hacer valer la otra. También podrá solicitar la suspensión provisoria de la medida autosatisfactiva que lo afectare, en el supuesto de que acreditare *prima facie* la existencia de la posibilidad de sufrir un perjuicio de difícil o imposible reparación; previo ofrecimiento y prestación de contracautela suficiente ([33]).

Para comprender cabalmente el modelo, primero es necesario responder a su objetivo. Las medidas de satisfacción inmediata son providencias que anticipan

---

[33]. Corresponde a las exigencias del art. 232 *bis* del Código procesal civil y comercial de la provincia del Chaco de Argentina.

un resultado coincidente con la pretensión principal, tornando innecesario continuar con el trámite del proceso, al quedar cumplido su objeto con la decisión adoptada.

La presentación de ellas supone trabajar con los requisitos de la tutela de urgencia y particularmente de la tutela anticipatoria. Vale decir, certidumbre absoluta sobre la fehaciencia del derecho que se invoca; evidencia notoria y sin necesidad de prueba corroborante, más la necesidad imperiosa de solucionar cuanto más rápido se pueda para evitar un perjuicio irreversible. Con estos requisitos se plantea la pretensión urgente que, como tal, no es una medida cautelar, porque no persigue la satisfacción provisional sino la obtención de un resultado pleno.

La certidumbre inicial que se exhorta ante los jueces para que sean éstos quienes decidan, da lugar a la cuestión siguiente: ¿Es suficiente para obrar la función jurisdiccional de conocimiento y ejecución, acordando efectos de cosa juzgada, a una pretensión que no tiene posibilidades de resistencia, más allá del control de razonabilidad y prudencia que el tribunal ejerza? Probablemente sea muy riesgoso afirmarlo, pero si se intercala entre el pedido y la decisión una etapa de bilateralidad, se resuelve –en nuestro parecer- la inconstitucionalidad manifiesta que surge de ser negada.

Inmediatamente aparece otro motivo de esclarecimiento: ¿se trata de oír, nada más? ¿Se puede ofrecer prueba en contrario? ¿La petición de medidas de satisfacción inmediata requiere prueba que acredite el derecho más que verosímil?

La bilateralidad que vemos necesaria es para confrontar argumentos y razones, no desarrollos probatorios que parecen innecesarios cuando el conflicto versa entre certezas (es decir, con evidencias suficientes). A lo sumo la prueba es documental o anticipada, logrando de ella la certidumbre que se pide para actuar de inmediato (v.gr.: si se realizó como prueba *ante tempus* una experticia que pretende demostrar los efectos nocivos de la contaminación que produce un

desecho industrial, y practicada dictamina la verdad de la hipótesis, la demanda de satisfacción inmediata puede plantear cuál si fuera una tutela inhibitoria, el cese de las emanaciones; cuya satisfacción coincide con la eventual pretensión principal si fuese propuesta como demanda central de la prueba antes producida).

Por eso, la medida de ejecución plena e inmediata no tiene autonomía porque, en realidad, lo que se agota con la decisión y el cumplimiento, es el objeto de la pretensión, no así el procedimiento que sigue pendiente de las actuaciones procesales que el afectado podrá deducir (recursos, incidente de nulidad, proceso con discernimiento más amplio).

El trámite exige una sentencia que cierre el circuito para que sea un proceso (todo proceso es bilateral y contradictorio), en cuyo caso, es preciso advertir que la bilateralidad (la existencia de otra parte) existe, aunque los tiempos no sean iguales a los que suscita un juicio de conocimiento (no urgente), y que la medida de satisfacción inmediata no es la sentencia, sino una providencia de tipo cautelar (urgente) que deviene en resolución definitiva con la sentencia de mérito que la fundamenta, o en su caso, homologa lo actuado ante la urgencia.

Pensar en las medidas de satisfacción inmediata como procedimientos autónomos, o como innovación en las funciones jurisdiccionales que carecen del modelo típico del método judicial de debate, tiene para nosotros dos inconvenientes de naturaleza constitucional:

a) De aceptarse que es un despacho singular que torna innecesaria la promoción de un proceso porque ya se consiguió el objeto que en éste se debiera plantear, supone generar una providencia de naturaleza administrativa (no jurisdiccional, porque resuelve una demanda que no quiere ser pretensión, porque ésta exige sustanciación) que, al afectar el derecho de terceros a quienes no se escucha, es inconstitucional;

b) si acordamos que hay sustanciación por mínima que sea, hay garantías, principios y reglas que se deben cumplir para que haya proceso; y para ser tal

culmina, únicamente, con la sentencia fundada que la Norma Fundamental instala entre las garantías del debido proceso. Si es una providencia, o un despacho, no será la sentencia debidamente fundamentada que piden las normas básicas mencionadas.

Capítulo III

Presupuestos de las medidas cautelares

1. Introducción

La procedencia de las medidas cautelares depende de tres condiciones; dos de ellas objetivan el requerimiento y lo tornan procedente, siempre con un amplio margen de discrecionalidad judicial. El restante, tiene como finalidad garantizar al afectado por los perjuicios eventuales que sufra por el abuso de derecho; éste último, por lo tanto, antes que una condición para que procedan las medidas cautelares, es un presupuesto o gravamen de exigencia formal.

Los *presupuestos objetivos* son: *a)* la verosimilitud del derecho y *b)* el peligro en la demora. El *presupuesto subjetivo* se denomina *contracautela*.

2. Verosimilitud del derecho (fumus bonis iuris)

Cualquiera sea el objetivo cautelar, es ineludible acreditar que el derecho que se esgrime tiene suficiente respaldo y fundamentos jurídicos para tener una lógica expectativa a una sentencia favorable. El humo de buen derecho (*fumus bonis iuris*) o apariencia suficiente de la razón, se convierte en el presupuesto principal, porque sería arbitrario conceder una cautelar sin este requisito.

La apariencia fundada de actuar con derecho y razón se refiere a la posibilidad jurídica de lograr un pronunciamiento final que le conceda el éxito, sin que esa verosimilitud sea el motivo de la pretensión cautelar sino el respaldo que la sostiene.

El análisis judicial sobre la pretensión cautelar determina la provisionalidad de la decisión. Es cierto que hay una cognición limitada y sin otro apoyo que la credibilidad primera, más siempre existe conocimiento y la resolución supone

ejercer una actividad propia del juzgamiento o de la ejecución, pero en etapas distintas.

En tal sentido, este presupuesto asienta, principalmente, en la etapa de proposición, cuando el juez recibe la demanda principal con un capítulo inserto donde se pide la precautoria, o en una acción anterior que se peticiona con las responsabilidades de comenzar el juicio principal tiempo después de ordenada y trabada la medida cautelar.

Es un juicio provisorio que tiene en cuenta las probabilidades de éxito sobre la base de las certezas objetivas que surge de los hechos y el derecho, *prima facie*, aplicable. Calamandrei lo explica como […]

> Un juicio de investigación sobre el derecho. La cognición cautelar se limita en todo los casos a un juicio de probabilidades y de verosimilitud. Declarar la certeza de la existencia del derecho es función de la providencia principal; en sede cautelar basta que esa existencia del derecho aparezca verosímil, sea, para decirlo con mayor claridad, basta que, según un cálculo de probabilidades, se pueda prever que la providencia principal, declarará el derecho en sentido favorable a aquel que solicita la medida cautelar" ([34]).

Este tiempo es el de la verosimilitud, porque tras el debate técnico, el juego de presunciones habidas por reconocimiento ficto; o por el silencio o las evasivas allí donde hay una carga de expedirse, permite también que se dicten medidas cautelares pero ellas no son por la verosimilitud derivada, sino por los efectos consecuentes de una norma legal que autoriza la cautela. Por eso la verosimilitud del derecho no es un juicio a futuro, sino la decisión inmediata que se toma ante la pretensión dispuesta con la demanda o en un incidente autónomo.

La particularidad asienta en que la sentencia cautelar se apoya en un derecho que se considera bastante. Es un juzgamiento *prima facie* que algunos piensan que tiene cierta dosis de inconstitucionalidad porque "prejuzga" en el principal, teniendo en cuenta para ello, que lo precautorio es un instrumento de garantía y eficacia para el proceso principal. Quizás, basados en esta

---

[34]. Calamandrei, *Providencias cautelares*, cit., p. 77.

preocupación, algunas legislaciones evitan decretarlas "*inaudita pars*", como sucede en Brasil y Perú ([35]).

Sin embargo, la provisoriedad del examen de admisión no juzga los hechos de la causa sino la necesidad de asegurar un resultado futuro. De aquí la mentada instrumentalidad del proceso cautelar que mediante la actividad preventiva quiere resguardar la eficacia del resultado final.

El problema siguiente es deducir si el conocimiento preliminar tiene un fin en sí mismo que permita disponer medidas provisionales de oficio, porque si el objetivo es escudar la vigencia del pronunciamiento final de modo que pueda ser ejecutable, esto podría ser interés del tribunal sin necesidad del impulso o la disposición de la parte ([36]).

---

[35]. El proceso cautelar ordinario se resuelve sin oír a la otra parte, pero en el procedimiento cautelar *especial* del código procesal civil del Perú (previsto para obtener una medida cautelar frente a las actuaciones violatorias de derechos fundamentales cometidas por los gobiernos locales o regionales), dispone que la solicitud debe ser puesta en conocimiento de la parte demandada por el término de tres días; se exige que previamente se interponga la demanda principal, ya que la solicitud cautelar debe ser notificada a la parte demandada, acompañándose copia certificada de la demanda y sus recaudos, así como de la resolución que la admite […] "lo que implícitamente significa que no existe la posibilidad de que se conceda una medida cautelar anticipada o fuera de proceso; se exige la intervención del Ministerio Público; se considera la procedencia del informe oral; la apelación se concede con efecto suspensivo; y, para concluir, el proceso cautelar es conocido en primera instancia no por el juez de la demanda principal, sino por la Sala competente de la Corte Superior de Justicia del Distrito Judicial correspondiente y la apelación es resuelta por la Corte Suprema. Las evidentes diferencias entre ambos tipos de proceso cautelar, específicamente lo gravoso que resulta el que está dirigido a obtener tutela cautelar frente a los actos violatorios de los derechos fundamentales realizados por los gobiernos locales y regionales, ha puesto en cuestión la eficacia e, incluso, la constitucionalidad de este último tipo de proceso cautelar" (cfr. Salcedo Cuadros, Carlos, *La tutela cautelar en los procesos constitucionales de la libertad contra las actuaciones de los gobiernos regionales y locales*, en Actualidad Constitucional, n° 172, ps. 175 y ss.). En Brasil, la citación es indispensable para ordenar medidas cautelares (art. 802, CPCC) y debe ser requerida por el actor; se sustancia por cinco (5) días (cfr. Bomfim Marins, *Tutela cautelar*, cit., p. 285).

[36]. Por ejemplo, el art. 797 del Código de Proceso Civil de Brasil, dice: "*Solo en casos excepcionales, expresamente autorizados por ley, determinará el juez medidas cautelares sin audiencia de las partes*"

Esta es una visión que trasciende el espacio de los derechos disponibles para quedar instalado en las funciones jurisdiccionales o en el poder del que juzga. Son resoluciones que apremian la aplicación de lo resuelto, antes que bonificar al que pide por un derecho que se considera verosímil.

*3. Peligro en la demora (*periculum in mora*)*

Así como sin verosimilitud no es posible decretar medidas precautorias, también la urgencia en hacerlo se fundamenta con ella. El perjuicio irreparable da motivos suficientes para ordenar lo que se pide, sea para conservar el estado en que se encuentra o para impedir situaciones otras situaciones irreversibles.

El requisito se debe acreditar objetivamente. No es suficiente la simple creencia o buena fe del solicitante, sino que debe ser la derivación de hechos razonablemente apreciados en sus posibles consecuencias.

Para Rivas […]

> El peligro no es que se produzca la demora pues este es un hecho inexorable y no por ello corresponderá que se decrete cautelar en todo pleito. El peligro consiste en que durante la demora ocurran hechos que puedan hacer que la sentencia no pueda hacer sentir los efectos buscados por quien resulte vencedor, frustrándose así la efectividad de la protección jurisdiccional (por ejemplo, que se produzca la enajenación del bien en litigio, su deterioro o destrucción, la pérdida de solvencia patrimonial del deudor, el cambio de situaciones jurídicas o de hecho)” ([37]).

Así como en la verosimilitud se habla de prueba manifiesta de producción innecesaria por ser evidente o no exigir actividad en tal sentido; en el *periculum in mora* la acreditación del riesgo no supone el deber de investigar y demostrar que la persistencia del estado litigioso es el motivo central que funda la admisión; en realidad, lo que se tiene que poner en evidencia es la realidad que está

[37]. Rivas, ob. cit., p. 48.

comprometida con la controversia, la que por ser multifacética, permite obrar con discrecionalidad y prudencia.

A veces, el impedimento del requisito no se trata por la solvencia evidente del deudor que resiste en una causa de contenido patrimonial, sino del contenido del problema que obliga a dejar las cosas en el estado en que se encuentran (v.gr.: el aumento del capital social dispuesto en la asamblea societaria como mecanismo de socavar el peso del voto del socio minoritario, no se resuelve con la matemática de reparar en dinero el perjuicio, sino con la medida oportuna que prohíba el abuso hasta que se resuelva con la sentencia de fondo); en otras, el peligro de continuidad es evidente, como suspender la prestación de asistencia médica a un enfermo de atención diaria (v.gr.: diabético; enfermos renales con tratamiento de diálisis; Síndrome de inmuno deficiencia adquirida y provisión de drogas, etc.).

En la doctrina se toman como elementos de ponderación los que reglamentan los ordenamientos procesales, de forma tal que el peligro en la demora se confunde con los motivos que la ley impone. En cambio la doctrina española más calificada prefiere clasificar las situaciones de riesgo en:

a) Riesgos que afectan a la posibilidad práctica de ejecución considerada en absoluto, como por ejemplo, el riesgo de insolvencia del demandado que puede frustrar la ejecución genérica.

b) Riesgos que amenazan a la posibilidad práctica de una ejecución en forma específica (por ejemplo, que la cosa mueble no pueda ser habida y deba procederse a una ejecución genérica), o a la posibilidad de que la ejecución específica se desarrolle con plena utilidad.

c) Riesgos que amenazan la utilidad práctica de los efectos no ejecutivos de la sentencia (por ejemplo, la estimación de una pretensión declarativa de dominio deviene inútil, porque, en el ínterin del proceso, el titular

registral ha vendido el inmueble a un tercero de buena fe, que lo ha inscripto a su favor).

d) Riesgos de inefectividad que deriva del mero retraso del momento en que pueden producirse los efectos de la sentencia en cuanto por la naturaleza de la situación jurídica a la que la sentencia ha de referirse, ese retraso supone por sí una lesión irreversible de tal situación ([38]).

4. Autonomía o vinculación entre los presupuestos

La duda más importante que tiene este presupuesto general de admisión de las medidas cautelares, está en la posibilidad de ser aislado de la verosimilitud y permitir que trabaje con independencia.

Si bien es cierto ambos presupuestos están vinculados en la etapa de admisión, no es posible descartar que el peligro en la demora puede estar en situaciones extrañas o distintas a las que presentan las sentencias de condena. En tal caso, el estado de peligro debe radicar en el derecho principal, al punto de constatar que la demora en otorgar la medida crearía un serio riesgo a la tutela que el requirente tiene desde el comienzo; sin perjuicio, de la condición instrumental que asume la cautela para robustecer el carácter ejecutivo de las decisiones judiciales.

En tal sentido, no siendo el caso de previsiones ya establecidas, el riesgo de alterar el objeto procesal con la continuidad de las actuaciones sirve como ejemplo y testimonio para la autonomía del recaudo. Un ejemplo habitual se da en el contencioso administrativo con la suspensión cautelar de la ejecución del acto (v.gr.: impugnación judicial del reglamento que suspende su ejecutividad hasta que se esclarezca con la sentencia); pero hay otras cuestiones que exceden la disputa común entre partes, donde el conflicto resiente derechos constitucionales cuyo mantenimiento y continuidad no es posible obstruir.

---

[38]. Ortells Ramos – Calderón Cuadrado, *La tutela cautelar en el derecho español,* cit., p. 14.

En esta, como en otras situaciones similares por su entidad y trascendencia, la urgencia adquiere singularidad y no debe ser vista como paliativo de las demoras del proceso (que es cuando resulta simultánea con la verosimilitud en el derecho), sino como un elemento fundamental para resolver la protección urgente que se deduce.

Por ejemplo, el art. 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos ha consagrado el derecho a la justicia efectiva, de manera que para evitar los perjuicios que irroga la lentitud de los procesos se acepta a las medidas cautelares como un medio de conseguir que la garantía constitucional se reasegure.

Para Ferrer Mac Gregor también las medidas cautelares son trascendentes para los procesos constitucionales […]

> En los procesos constitucionales subjetivos para la protección de los derechos fundamentales, como el amparo, hábeas corpus y hábeas data, la suspensión de los actos (en sentido amplio) provenientes de autoridad o de particulares (en ciertos casos), constituye frecuentemente una decisión primordial, de tal suerte que sin su otorgamiento puede la vulneración ser irreversible o mermar la eficacia del fallo protector, por lo que es necesario en ciertos casos la dación de medidas cautelares no sólo conservativas, sino de carácter innovativas al coincidir en parte o en todo con la eventual sentencia estimatoria.
>
> En otros procesos constitucionales, como en los conflictos competenciales y de atribuciones entre poderes y órganos del estado, resulta de igual importancia este tipo de medidas cautelares contra actos (y en ocasiones disposiciones generales), para evitar daños irreparables (a las partes o a la sociedad) y lograr la eficacia del proceso. La importancia de las medidas cautelares en estos instrumentos procesales aumenta en aquellos sistemas que prevén que las sentencias no tendrán efectos retroactivos, como sucede en el caso mexicano, al operar esta regla en general, salvo en materia penal que rigen los principios y disposiciones legales aplicables para esta materia, de conformidad con el artículo 45 de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 constitucional (en adelante LR105).
>
> En cambio, su importancia se reduce en los procesos de regularidad constitucional abstracta de normas generales, que por regla no prevén la suspensión, como sucede

en la acción de inconstitucionalidad mexicana en el que: “La admisión de una acción de inconstitucionalidad no dará lugar a la suspensión de la norma cuestionada”, como lo predica el tercer párrafo del artículo 64 de la LR105. Regla que también se sigue en la controversia constitucional cuando se hubiere planteado respecto de normas generales, en términos del artículo 14 del mismo ordenamiento, conforme lo analizaremos más adelante ([39]).

169.3 Contracautela

La contracautela o caución, en realidad, no es un presupuesto de admisión, sino de procedencia formal, al constituir el reaseguro del sujeto pasivo de la medida cautelar. Por ella obtiene una relativa seguridad respecto a los daños hipotéticos que podrían surgir si la precautoria que se ordene fuera sin derecho o abusiva.

El motivo que la inspira reposa también en el equilibrio que las partes deben conservar en el proceso (arts. 16 y 18 de la Constitución Nacional), frente a la medida que se decreta en base a una *cognitio sumaria* y sin contradicción alguna.

Es una condición previa a la ejecución de la medida, no así de su admisibilidad y procedencia. Viene a importar, una limitación impuesta al juez para que, antes de efectivizar la medida cautelar, disponga el cumplimiento estricto de la contracautela.

Si ésta no fuera observada antes de trabar la precautoria, y no obstante, ella tuviere ejecutoriedad, corresponde emplazar perentoriamente al beneficiario para que la otorgue "bajo apercibimiento de levantarse sin más trámite" ([40]). En consecuencia, la falta de prestación de la caución o, en su caso, la insuficiencia de la misma, no constituyen circunstancias decisivas que determinen,

[39] Ferrer Mac Gregor, Eduardo, Los poderes del juez y las medidas cautelares en las controversias constitucionales, ponencia presentada en las VI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal Constitucional, Cancún (México), 2008

[40]. Podetti, *Tratado de las medidas cautelares*, cit., p. 69.

necesariamente, la revocabilidad de la medida decretada, tan sólo se podrá postergar hasta que se afiance o garantice la responsabilidad por la ejecución.

En la exposición de motivos de la nueva Ley de Enjuiciamiento civil española (Ley 1/2000) siguiendo el temperamento poco resistido de la contracautela, como garantía de respuesta y solvencia para el embargado que puede sufrir perjuicios abusivos o innecesarios ante la medida ordenada, se justifica como "factor fundamental imprescindible" ([41]), tornando lo que para otros era un presupuesto no esencial ([42]), en algo que puede parecer un freno contra los abusos.

El art. 199 del código federal reglamenta la contracautela, estableciendo que debe decretarse en toda providencia cautelar a fines de responder por los daños y perjuicios emergentes que pudiera ocasionar si la cautelar fuese obtenida sin derecho o ejercitando un franco abuso, o bien, para utilizar la medida como una acción conminatoria. Se vincula por ello con el art. 208 del mismo ordenamiento, respecto a la responsabilidad que tiene el que requiriendo una medida cautelar, luego se demuestra que abusó o se excedió en el derecho que la ley otorga para obtenerla. Eventualmente, la resolución inmediata será condenarlo a pagar los daños y perjuicios que el perjudicado reclame.

El criterio legal desdibuja el sentido dogmático de la contracautela, al instalar el presupuesto como una herramienta jurisdiccional indirecta (es una admonición o apercibimiento), que trabaja con la coacción o la amenaza, cuando no con la exagerada cuantificación del riesgo, que tornan de imposible cumplimiento lo que es un derecho del que obtiene la prevención.

En efecto, en su parte pertinente el código sostiene que "*la medida precautoria sólo podrá decretarse bajo la responsabilidad de la parte que la solicitare quien deberá dar caución por todas las costas y daños y perjuicios que*

---

[41]. Cfr. Fundamento XVIII y arts. 728 y 737.

[42]. Ramos Méndez, *Derecho Procesal Civil,* tomo II, cit., p. 731.

pudiere ocasionar…“ (art. 199). Es decir, la misma norma pone en crisis al sistema cautelar porque suma cuestiones que en la práctica debieran ser optativas de un sistema de responsabilidad.

Dicho esto en el sentido de las dos vías que se tienen para ordenar una fianza previa a que se trabe la precautoria.

Una transita el camino del *derecho a la tutela cautelar* que expusimos en los parágrafos precedentes. La idea central es que se asegure un resultado, o se resguarde el objeto de cosas, bienes o personas, para que el proceso tenga efectividad y certeza futura. De este encuadre, las medidas cautelares (y también las tutelas de urgencia) estimulan la adopción de medidas idóneas y útiles a los fines antedichos. En esta corriente, la contracautela debiera ser el reaseguro del afectado por la conducta abusiva, trabajando como una multa procesal, sumado a los daños y perjuicios (inciertos y que debieran ser probados en proceso autónomo) derivados de la responsabilidad emergente.

La otra es *responsabilizar el uso abusivo de las medidas cautelares*, que lleva al objetivo de indemnizar a la víctima, en cuyo caso, la suma de multa e indemnización es una posibilidad de práctica difícil pero no imposible.

La caución de “*costas*” más “*daños y perjuicios*” reúne ambas direcciones pese a que el dispositivo legal pareciera estar en el curso de la primera senda, con la particularidad que obstruye claramente el objetivo cautelar. De algún modo es la diatriba entre resolver si la “contracautela” es siempre exigible y ejecutable; o si puede ser un presupuesto no esencial, canjeable o sustituible por otros mecanismos.

Cuando la tutela cautelar se objetiva y persigue con fines propios, ya sea poniendo libertades para que la certeza posible posibilite la actuación plena e inmediata, o disponiendo, además, que se acredite el peligro en la demora para evitar el perjuicio irreparable, en estos casos (que es el sistema cautelar federal) la

contracautela, si bien resulta un plus de la seguridad que reporta el sistema de la responsabilidad por el abuso (art. 208), no puede ser la causa de frustración.

En cambio, si lo que se quiere es tener un instrumento con el cual perseguir al que violenta el principio de moralidad procesal y comete abuso con las medidas cautelares, pues al mismo habrá que penalizar y castigar conjuntamente, como puede resultar del mecanismo del art. 199 citado.

De inmediato surge la pregunta: ¿Cuál es el importe de la contracautela? Porque de su respuesta depende la conexión clara entre multa y responsabilidad. De ello nos ocupamos apenas poco más adelante; pero el interrogante permite contestar con dos parámetros: *a)* o se deja a la discrecionalidad judicial; b) o se dan pautas para su fijación. Por eso, algunos se han planteado si la caución no debiera ser calculada sobre la base de los daños que pudiera sufrir el actor sino puede ejecutar la medida cautelar ([43]), en lugar de ponderar una indemnización que no tiene bases ciertas, y menos aún, sumar una multa que tiene como único sustento la prudencia judicial (en cuyo caso, se pierde objetividad, porque si se trata de prevenir el abuso, el monto podrá ser exorbitante; mientras que la facilitación de cautelares podría requerir una simple caución juratoria con su carga de imprevisión e inseguridad) ([44]).

Inclusive, tampoco es suficiente dar dos opciones, porque con buen tino Ramos Romeu advierte que hay, al menos, cuatro alternativas […]: “Una primera

---

[43]. Ortells Ramos, ob. cit., p. 112.

[44]. Un estudio jurídico-económico de la caución lo realiza Ramos Romeu, que responde a nuestro interrogante con las siguientes ideas […]. Para establecer el monto de una caución “son necesarias tres condiciones. *Primero*, que existan medidas que no sean óptimas. Si no existieran medidas que no fueran óptimas, entonces serían innecesarios el control del juez, el sistema de responsabilidad y la caución. Bastaría con que se solicitaran las medidas para que fuera deseable adoptarlas. *Segundo*, que existan demandantes que no sean solventes. En efecto, si todos los demandantes fueran solventes, entonces bastaría con el sistema de la responsabilidad para hacer que los demandantes solicitaran medidas sólo cuando fuera óptimo hacerlo. En estos casos serían innecesarios el control del juez y la caución. *Tercero*, que el juez no tenga información acerca de si la medida es óptima. Si el juez tuviera información acerca de si la medida es óptima, entonces bastaría con que controlara las medidas que se solicitan y sólo permitiera las óptimas. En estos casos serían innecesarias la responsabilidad y la caución. En definitiva, es una conjunción de factores lo que hace deseable la instauración de esta institución” (ob. cit., ps. 305/6).

para solucionar el problema consiste en hacer *responder a un tercero* que tiene un patrimonio suficiente para responder por los daños que se pueden causar y tiene capacidad de controlar los daños o controlar al agente causante de los daños. En este caso el tercero tendría incentivos para controlar la actividad del solicitante de forma que sólo se solicitaran medidas óptimas […]. Una segunda alternativa es *regular la tutela cautelar* de forma que sólo puedan obtenerse medidas cautelares en casos en que el solicitante vaya a poder hacer frente a los daños que puede causar la misma […]. Una tercera alternativa sería *exigir que el demandante aportara datos suficientes acerca de su solvencia* para poder solicitar la medida cautelar […]. Una última alternativa sería *obligar al solicitante de tutela cautelar a asegurar* obligatoriamente la responsabilidad derivada, mediante el pago de una prima" ([45]).

a) Destino de la contracautela: Pese a que la caución se dirige a responder por todas las costas más la eventual indemnización de daños y perjuicios, la doctrina condiciona la ejecución directa. Palacio dice que ella no tiene por objeto asegurar al presunto deudor el cobro de las costas si el litigio se falla a su favor, de manera que, para afectar el dinero depositado a dicho fin al crédito por las costas, el demandado debe obtener el correspondiente embargo ([46]). Rivas aclara que […] "la responsabilidad que asume quien la obtiene no se limita al alcance económico de la contracautela pudiendo excederlo, sino que ésta proporciona una garantía concreta sobre la cual se puede operar para lograr la consiguiente compensación. De tal manera, los bienes comprendidos en la garantía quedan sujetos a tal objetivo, solución que se obtendrá haciendo que sobre ellos pese una medida judicial" ([47]).

---

[45]. Ramos Romeu, ob. cit., p. 308.

[46]. Palacio, *Derecho Procesal Civil,* tomo VIII, cit., p. 37 nota 51.

[47]. Rivas, ob. cit., p. 55.

En esencia la contracautela es una garantía, con la particularidad que para ejecutarla no es suficiente que se haya prestado, sino que debe actuarse sobre ella con acciones directas. Al ser una expensa provista para responder por una responsabilidad objetiva emergente de una actuación revocada por abuso o negligencia culpable, el afianzamiento se debe continuar en la determinación del monto del perjuicio, a cuyo fin el beneficiario ha de requerir el embargo pertinente.

En cuanto a las costas, que por vía de principio se liquidan en la etapa de ejecución, o mediante la sustanciación de la cuentas de gastos, la imputación de la contracautela tiene similar procedimiento. Primero hay que embargarla y después ejecutarla.

La seguridad que aporta la caución solamente beneficia a las partes, de modo tal que, cuando la medida trabada perjudica a un tercero, e incluso, si ésta deduce una tercería, los daños y perjuicios que *a posteriori* se reclamen deben serlo en un proceso independiente; a diferencia de los sujetos procesales (actor y demandado), que siendo partes, pueden deducir los incidentes o el juicio sumario a que refiere el art. 208 parte final del código local.

Finalmente corresponde aclarar que la garantía exigible no es una fianza como la dispuesta en el art. 1998 del Código Civil; ésta se constituye en favor del acreedor, mientras que la contracautela la presta quien pide una medida cautelar; la fianza civil tiene requisitos que no son necesarios en el aseguramiento, por ejemplo, que no tenga domicilio en el lugar de cumplimiento de la obligación o por quien carezca de solvencia pero se encuentre amparado por el beneficio de litigar sin gastos ([48]).

b) Exención de la contracautela: La contracautela se convierte en un requisito de carácter subjetivo que tiene en cuenta, además de la prudente igualación de las partes en el proceso, algunas condiciones particulares del sujeto

[48]. Rivas, ob. cit., p. 57.

que las solicita. En efecto, el art. 200 del sistema federal exime de ella al Estado Nacional, las provincias, los municipios o persona que justifique ser reconocidamente abonada, o actuare con beneficio de litigar sin gastos.

La calidad de suficientemente abonado para justificar la exoneración de contracautela, debe medirse en relación adecuada a la importancia económica de la cuestión a satisfacer, es decir, comparativamente con el patrimonio de la persona física o jurídica que pretende reunir las condiciones procesales de liberación.

Si se trata del Estado, las provincias o alguna de sus dependencias autorizadas a litigar en ejercicio de una representación propia, o de una Municipalidad, la suficiencia económica se presume. Alguna jurisprudencia extiende a los bancos y otras entidades económicas, el beneficio de la eximición; sin embargo creemos que ella es improcedente a tenor de lo normado en la parte final del art. 199 ("*Podrá ofrecerse la garantía de instituciones bancarias o de personas de acreditada responsabilidad económica*"), porque sería una contradicción del código admitir que afiance en los casos de asistencia a terceros, y que no lo haga a su propio respecto.

En verdad, el carácter de "reconocidamente abonado" en un banco sería difícil desconocer, pero como empresas comerciales que son, no están libres del riesgo financiero. Sin perjuicio de ello, la solvencia tiene como parámetro la diferencia entre activos disponibles y pasivos que responder, hecho que subraya la incógnita emergente y la inconveniencia, en general, para admitir la exención prevista.

Ahora bien, si la medida precautoria se dicta a resultas del beneficio de litigar sin gastos, corresponde atender si él ya se otorgó, o se encuentra en trámite. En el primero caso, el carácter provisional del beneficio de pobreza no impide proceder tal como la ley procesal establece, esto es, asignando la medida cautelar sin caución alguna.

Si la precautoria se ordena condicionada al beneficio de litigar sin gastos que se encuentra en curso, no es pertinente establecer fianza, ya que dicho beneficio está destinado a asegurar la defensa en juicio, la que se vería frustrada de no contarse con los medios suficientes para afrontar los gastos que comporta.

La eximición alcanza si el trámite de pobreza está pendiente y no surgen presunciones que inclinen a pensar que aquél pueda denegarse. En cambio, si la alegación formulada acerca de la carencia de otros bienes o rentas no fue propuesta por la vía procesal conducente del beneficio de litigar sin gastos, la solicitud de obtener la concreción de la cautela ya decretada con la sola caución juratoria de los demandantes, no resulta posible ni procedente.

c) Monto de la contracautela: El importe que se debe caucionar queda librado al arbitrio judicial. Es el juez quien resuelve la calidad y el monto, a cuyo fin ha de tener en cuenta la intensidad de la verosimilitud del derecho y otras circunstancias particulares de la causa. Existe una regla no escrita, pero que se adapta a un modismo jurisprudencial, que establece la contracautela sobre la base de la solidez del *fumus bonis iuris*, y de la magnitud de los peligros patrimoniales que, eventualmente, pudiere ocasionar la medida cautelar. La prudencia para la fijación es vital en este aspecto, porque una determinación gravosa tornaría ilusoria la posibilidad de trabar cualquier precautoria.

En actitud opuesta debe alertarse, también, acerca de los peligros que importa una caución nimia o de escaso compromiso económico. Dentro de los tipos posibles de contracautela, la caución juratoria tiende a eliminarse en la aplicación actual, en tanto como sólo importa una promesa de responder por los daños posibles, nada agrega a la responsabilidad genérica que la norma procesal dispone.

De todos modos, esta eliminación por superflua resulta razonable en procesos de contenido patrimonial, pero en otros, la estimación sobre las causas y razones puede ser más justa y equitativa.

El art. 199 párrafo segundo establece que: "*En los casos de los arts. 210 incisos 2° y 3°, y 212, incisos 2° y 3°, la caución juratoria se entenderá prestada en el pedido de medida cautelar*", lo cual viene a introducir un caso atípico de caución previamente establecida. Al juez le queda graduar el monto, no así la calidad (personal) por cuanto ella se ha determinado.

Cuando la fianza es real debe depositarse el importe fijado en el expediente y a nombre del titular del juzgado. No obstante y como sustitución, se puede ofrecer la garantía de un bien inmueble o mueble registrable propio sobre el cual se constituir un embargo u otra medida que el juez considere apropiada, si hace lugar al cambio.

Las sumas que se otorgan como contracautela, permanecen indisponibles por el tiempo que perdure la medida precautoria, de manera que cesan conjuntamente. Sin embargo, la modalidad de la cautelar determina la suerte de este principio, porque debe atenderse el tipo de traba que se ordena, y el juego de los arts. 207 -sobre caducidad de las medidas- y 208 -responsabilidad- del código procesal. Sin perjuicio de ello, no debe olvidarse el carácter provisional y aún revocable que tienen las medidas precautorias.

d) Mejora de la contracautela: El art. 201 establece que:" *En cualquier estado del proceso, la parte contra quien se hubiere hecho efectiva una medida cautelar podrá pedir que se mejore la caución probando sumariamente que es insuficiente. El juez resolverá previo traslado a la otra parte. La resolución quedará notificada por ministerio de ley*".

Nos encontramos en una etapa posterior a la traba de la precautoria. Se ha superado el principio *inaudita pars*, y quien se encuentra sometido a una medida

cautelar tiene derecho a exigir un mejoramiento de la contracautela, a cuyo efecto debe demostrar sumariamente la insuficiencia de la prestada.

El trámite procesal es el incidente, si bien el juez puede disponerla sin más trámite cuando se trata de ampliar una cautela ya otorgada.

Existen múltiples circunstancias que inciden en las disposiciones que pueden ordenarse en este tema. Vayan, como ejemplos, algunas cuestiones jurisprudenciales que orienten al respecto: "El hecho de que el bien ofrecido para satisfacer la contracautela se halle hipotecado, no es suficiente para desdeñarlo, pues en la medida que su valuación exceda, al menos iguale, el monto del crédito garantizado con mas la cifra fijada como caución, no se aprecia reparo que lo torne insuficiente". Igualmente "es improcedente la contracautela o su mejora, si el bien se encuentra hipotecado a favor de quien la solicita" ([49]).

La modificación de la contracautela debe basarse no sólo en la mayor o menor verosimilitud del derecho y en las circunstancias del caso, sino también en la magnitud del menoscabo patrimonial que eventualmente pudiera derivarse.

La decisión judicial que admite o deniega el incidente de mejora de la contracautela, se notifica "*ministerio legis*" lo que parece un contrasentido con lo dispuesto en el art. 180 que manda notificar por cédula o personalmente la admisión de un planteo incidental. En todo caso, suponiendo que se traten de cauciones otorgadas que deban mejorarse, la notificación por nota no supone más que un conocimiento ficto, lo cual no condice con la finalidad perseguida al entablar la petición.

La jurisprudencia indica que, una vez decretada una medida precautoria y fijada una determinada caución, si se pretende su sustitución por otra distinta, debe darse traslado de dicha solicitud a la parte afectada, pues si bien esta

---

[49]. Gozaíni, Osvaldo A., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, La Ley, Buenos Aires, 1988, p. 130

situación no está prevista, resultan aplicables al caso otras normas en forma analógica, como los arts. 201 y 203 de la ley ritual ([50]).

e) Clases de cauciones: Son de dos tipos, *personales* o *reales* ([51]).

La personal se funda en el juramento que presta la beneficiaria de la medida cautelar para responder por los daños potenciales que puede causar la precautoria lograda. Como dijimos, es una modalidad que no agrega seguridad alguna y se sostiene en la simple confianza que se tenga de la contraparte; por lo tanto, existe una tendencia a suprimirla ([52]).

La caución real puede ser propia o de terceros. Consiste en la fianza o garantía que se otorga mediante el depósito de la suma de dinero que el juez ordena como contracautela. Esos montos pueden sustituirse por títulos valores representativos (v.gr.: títulos, acciones, seguros de caución), o bien, por la garantía de instituciones bancarias que acreditan mediante las respectivas cartas de fianza.

Si fuese pretendido suplantar la caución real por la solvencia de personas de acreditada responsabilidad económica, es preciso informar sumariamente al órgano jurisdiccional sobre esta seguridad económica.

170. Caracteres de las medidas cautelares

---

[50]. CNFed. Civ. y Com., Sala I, 1999/04/29, "*Abrego y Goncalves S. A.",* La Ley, 2000-B, 564 - DJ, 2000-2-471.

[51]. Las clases son de nuestra legislación nacional. En cambio, en la normativa española (art. 728.3 y 529.3 LEC) las hay de tres tipos: *a)* dinero en efectivo; *b)* aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca y, *c)* cualquier otro medio que a juicio del tribunal garantice la inmediata disponibilidad de que se trate (cfr. Ramos Romeu, ob. cit., p. 369).

[52]. Cfr. Loutayf Ranea, Roberto G. – Ovejero López, Julio César, *Caución juratoria y personal, como contracautela*, en La Ley, 149 p. 773. Di Iorio, *Temas*..., cit., p. 104.

La naturaleza jurídica de lo cautelar puro es de garantía. Su destino es prevenir el impacto del tiempo en el proceso, sea conservando la cosa objeto del conflicto, o resguardando el interés legítimo de las partes para que la sentencia no sea ilusoria. Desde esta perspectiva, no hay autonomía del proceso cautelar, porqué él existe en función de otro litigio por el que responde; y se inserta en él apenas cumplidos los trámites formales de la admisión, procedencia y ejecución de las precautorias dispuestas.

Este es el esquema de la tutela cautelar, donde lo más complejo para dilucidar es si el amparo que ofrece es para las personas o para la misma esencia de la función jurisdiccional. Ello así porque la doctrina tradicional sostiene que la verdadera protección no es para el proceso y su eficacia proyectiva (en esencia, la ejecución de lo juzgado) sino para el objeto del litigio, que se guarece con medidas provisionales de tipo cautelar.

En términos ejemplificativos sería confirmar que una medida precautoria no anticipa el mérito del derecho planteado sino que ampara provisionalmente la cosa o personas que son objeto del debate entre partes; esa provisoriedad caracteriza lo cautelar, que culmina su función con la sentencia de mérito, que es la única vía desde la cual se puede esperar la tutela judicial efectiva. De allí la instrumentalidad que tiene la decisión cautelar, al prestar un servicio en transición hasta la resolución final del proceso.

Esta noción subsidiaria, viene pergeñada por varios autores, y según Calamandrei muestra el ligamen inevitable que tiene toda providencia cautelar respecto a la providencia definitiva en previsión de la cual se dicta, otorgando […] "el carácter que más netamente distingue la providencia cautelar de la llamada declaración de certeza con predominante función ejecutiva: ésta nace con la esperanza de que una providencia posterior no sobrevenga y le impida convertirse en definitiva; aquélla nace en previsión, e incluso en espera de una providencia definitiva posterior, en defecto de la cual no sólo no aspira a convertirse en

definitiva sino que está absolutamente destinada a desaparecer por falta de objeto" ([53]).

La subsidiariedad emerge distintiva hacia otros procesos naturalmente preventivos que, a veces, se confunden con las medidas cautelares. Sin perjuicio de lo dicho, corresponde agregar que los perjuicios que tienden a evitarse con estas providencias asegurativas, responden a tiempos desiguales de la urgencia para dictarlas. Algunos procesos preventivos como la condena de futuro o la de *mere* certeza, operan sobre una base conocida que está en la conducta de quien sufre la cautela; en cambio, las medidas cautelares inspiran su aparición en la demora consustancial al trámite de los procedimientos.

De igual modo, se observa como uno cumple la finalidad dentro del mismo proceso, en tanto las otras subordinan su eficacia al resultado del litigio que apoyan. La accesoriedad es de tal significación que extiende sus efectos mientras persistan en el proceso principal las causas que la motivan. Si ese proceso no fuese iniciado, caducarían de pleno derecho, dando lugar inclusive, a responsabilidades procesales y civiles por la actitud imprudente.

A partir de la instrumentalidad se derivan las notas características de las medidas cautelares: *sumariedad del conocimiento* y *cosa juzgada formal*; *provisionalidad* de las disposiciones sobre la materia como de las medidas que se dictan en consecuencia; *mutabilidad* o *variabilidad* de las precautorias dispuestas; discrecionalidad para resolver el tipo de medidas cautelares; *preventividad* como fundamento y razón de procedencia; y *responsabilidad* emergente por los daños potenciales que pueda ocasionar la traba, plano dentro del cual se encuentra, la caducidad de las medidas.

En suma, estas son las características de la tutela cautelar común, pensada como se planteó al comienzo; pero si la idea se amplía hacia fines incomensurables, la dimensión de lo cautelar abandona los moldes predispuestos

---

[53]. Calamandrei, *Providencias cautelares*, cit., p. 44

como lucha contra los riesgos del tiempo; o como herramienta para conservar las cosas u objetos de la litis; o finalmente, como elemento de facilitación de la eficacia jurisdiccional en su etapa ejecutiva. Entre otras extensiones, se podrían encontrar las previsiones cautelares dispuestas de oficio ante situaciones de emergencia o crisis constitucional (v.gr.: inaplicabilidad provisional de una ley); o lograr que se establezca una tutela diferenciada con lógicas de lo cautelar puro (provisionalidad de las decisiones en razón de la urgencia para adoptarlas); también para que la justicia actúe preventivamente eludiendo su tipicidad *ex post facto* (tutela cautelar material); o resolviendo con urgencia sin bilateralidad alguna cuando sea manifiesto y grave el riesgo de la sustanciación (medidas de satisfacción inmediata).

170.1 Sumariedad y cosa juzgada

La condición subsidiaria que acarrean las medidas cautelares respecto a otro proceso (vinculación que subyace en los límites entre el derecho sustancial en conflicto y los derechos subjetivos que persiguen asegurar el resultado eventual), no impide considerar que exista en los procedimientos para concretar una providencia precautoria, un conocimiento sobre los presupuestos y condiciones que posibilitan el ejercicio de la pretensión.

Hay, entonces, una pretensión cautelar. Ella para ser procedente debe cubrir una serie de aspectos que la determinan formalmente, siendo precisamente en estos roles, donde el juez debe conocer. El objeto que propone tiene que ser claro y preciso, de modo tal que, la resolución consecuente tiene la virtud de ponderar y resolver sobre toda la materia deducida. La particularidad está en que esa pretensión tiene presupuestos singulares, pero la decisión no está enmarcada en la congruencia absoluta, en la medida que el juez puede disponer una precautoria distinta a la solicitada si ella genera menores perjuicios y tiene a misma eficacia.

Como es propio de este tipo de providencias, la cognición se recorta a los requisitos de admisibilidad, circunstancia que demuestra el alcance limitado que el juicio efectúa. En realidad es un perfil de probabilidades que aparecen *prima facie* evidentes, a diferencia de los procesos de conocimiento propiamente dichos, donde existe un grado de certidumbre concreto y abarcativo, al punto que a veces, consigue hacer cosa juzgada material.

El carácter instrumental, adicionado a la sumariedad del conocimiento, delimita la cosa juzgada que consiguen forjar las medidas cautelares.

Dado que éstas, en su mayor parte y disposición, sólo producen la eliminación del riesgo que importa sustanciar un conflicto a través de un proceso independiente que puede ser largo y complejo, el rendimiento que aportan se mide en relación con el tiempo del proceso principal y con las circunstancias que en este se cumplan.

De esta manera existe una variabilidad contingente en las medidas precautorias que se corresponde con los hechos por los que atraviesa; del análisis de todos los componentes se desprende que la cosa juzgada que alcanzan es meramente formal.

Claro está que las decisiones que ordenan medidas cautelares no son definitivas. Además, al ser dictadas sin oír a la otra parte, e inclusive, sorprendiéndolo con su traba, no importan afectar la condición bilateral del proceso, desde que esta condición no es propia de las precautorias ([54]), y en definitiva existe aunque postergada en el tiempo.

---

[54]. Este es un punto neurálgico que ha llevado a legislaciones como la brasilera y peruana a dar traslado de la petición cautelar, en algunos supuestos que se consideran especiales. Un voto meditado del vocal de la Suprema Corte de Justicia del Perú, Víctor Ticona Postigo, al analizar el art. 15 del Código Procesal Constitucional sostuvo [...]: “a) Respecto al *subprincipio de idoneidad* o de *adecuación*, considera que el cuestionado procedimiento [proceso] especial resulta adecuado para conseguir un fin legítimo: la protección de la autonomía local y regional que se ve afectada por el dictado de determinadas medidas cautelares; b) Respecto al *subprincipio de necesidad*, considera que dicho procedimiento [proceso] constituye una legítima regulación en el derecho fundamental al libre acceso a la jurisdicción, toda vez que no existen otras alternativas más

En tal sentido, la cosa juzgada tampoco podría sentarse como tal, porque si ella supone inmutabilidad e indiscutibilidad de las resoluciones judiciales, se observa inmediatamente que la ausencia posterior de discusión no la alcanza, por ser las medidas cautelares provisorias y modificables. En todo caso, más que de cosa juzgada podríamos hablar de una preclusión de las acciones para discutir sobre la procedencia de una medida cautelar.

Es el criterio de Podetti al señalar que […] "el carácter provisorio de las medidas cautelares, no significa apartamiento del principio de preclusión, que opera la extinción de la facultad de impugnar los pronunciamientos jurisdiccionales cuando transcurre infructuosamente el plazo establecido por la ley para su ejercicio. Lo que sucede es que, una vez consentida la providencia respectiva,

---

moderadas, susceptibles de alcanzar ese objetivo con igual grado de eficacia. Así, los jueces que conozcan estas medidas cautelares podrán ponderar correctamente los intereses privados y públicos en conflicto; c) Respecto al *subprincipio de proporcionalidad stricto sensu*, considera que se trata de una opción legislativa adecuada para evitar la interposición de medidas cautelares que dificulten la labor de los gobiernos locales y regionales, en materia de protección de la salud, seguridad de los ciudadanos y en particular de los menores. Pero siempre dentro de un límite, de manera que no obstaculicen arbitrariamente a los justiciables respecto del libre acceso a un tribunal de justicia para la protección de sus derechos; d) Respecto a la *separación de los jueces* que conocen el procedimiento [proceso] cautelar y el proceso principal, el Tribunal considera que la misma tiene por objeto garantizar para el justiciable que solicita una medida cautelar contra los actos administrativos de los gobiernos locales y regionales una decisión prudente y justa en doble instancia (fundamento 36). - Que el legislador al configurar el procedimiento [proceso] cautelar especial cuestionado, ha actuado limitadamente, respetando los derechos fundamentales como el de libre acceso a la jurisdicción y la igualdad en la ley; así como la supremacía constitucional expresada en la gobernabilidad del Estado en sus niveles descentralizados. En tal sentido, crear un procedimiento [proceso] cautelar único hubiera significado limitar irrazonablemente la autonomía municipal o regional, desconociéndose la necesaria gobernabilidad que podría verse comprometida con medidas cautelares inmediatas e irrevisables. En el mismo sentido, cuando se intente la defensa constitucional de los derechos fundamentales a través de un amparo, los jueces constitucionales no pueden desconocer la autonomía política, económica y administrativa reconocida para los gobiernos regionales y locales, en los artículos 188, 190 y 194 de la Constitución (fundamento 39). Por las mismas razones señaladas, los extremos del artículo 15 del Código Procesal Constitucional referidos a la intervención del Ministerio Público, a la posibilidad de solicitar informe oral, a la concesión del recurso de apelación con efecto suspensivo y el otorgamiento de audiencia a la parte demandada, no suponen una restricción ilegítima del derecho al libre acceso a la jurisdicción (fundamento 40) (Cfr. cfr. Salcedo Cuadros, Carlos, *La tutela cautelar en los procesos constitucionales de la libertad contra las actuaciones de los gobiernos regionales y locales*, en Actualidad Constitucional, n° 172, ps. 175 y ss.).

siempre que varíen las circunstancias que la determinaron, la medida puede ser dejada sin efecto. Por ello, el auto que deniega u ordena una precautoria, no tiene fuerza material de cosa juzgada, pues no obstante la preclusión de la facultad de impugnarlo, puede ser modificado cuando lo sean también las circunstancias de hecho que fundamentaron el auto en cuestión" ([55]).

O bien, considerar presente en ellas la cláusula *rebus sic stantibus*, de modo tal que sea posible concebir una vigencia temporal que se modifica cuando desaparecen o transforman las circunstancias relativas a la razón misma que le dieron origen.

170.2 Provisionalidad

Las resoluciones cautelares son esencialmente provisorias. La transición de una medida a otra puede llegar de las impugnaciones o planteos de revisión del afectado, e inclusive de la propia decisión jurisdiccional que cambie el tipo de precautoria oportunamente dispuesta.

La variación sólo es factible para la disposición ordenada, no así para el auto resolutorio. Éste no causa estado (vale decir, que no recibe los efectos de la cosa juzgada sino de la preclusión), característica que permite variar cuando se alteran los hechos y razones que antes la permitieron. Esta provisoriedad no significa que puede caer en cualquier momento, porqué la transformación también sucede ante la insuficiencia o inutilidad de las precautorias trabadas.

En otras ocasiones, la pretensión de remover la cautela sobre la base de nuevas alegaciones, que fueran sustanciadas, exige innovar el pronunciamiento judicial para que se dimensione, en su adecuado fundamento y trascendencia, la incidencia planteada. Este replanteo fuerza a pormenorizar, una vez más, la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora, porque de resolverse por el

[55]. Podetti, *Tratado de las medidas cautelares*, cit., p. 86.

levantamiento se caería en la inconsistencia de ordenar una derogación dejando subsistentes los presupuestos que antes la motivaron.

Si la revisión se intenta sin modificar argumentaciones, es obvio que la provisoriedad alegada tiene fines conservatorios, a cuyo fin puede el juez rechazar "in limine" el planteo en virtud de los principios preclusivos de los actos procesales.

En idéntico sentido cuadra subrayar la forma como opera la preclusión en esta instancia. La base que permite la reedición del planteo de admisibilidad y procedencia radica, solamente, en las circunstancias posteriores a la resolución que ordena la traba. Va de suyo que todas las anteriores se han tenido en cuenta y, a su respecto, obra la convalidación procesal. Por eso, si la medida precautoria quedó firme ante la ausencia de impugnaciones por el sujeto afectado, no puede por la vía incidental reclamar un levantamiento sin acreditar, sumariamente, esa alteración de las contingencias fácticas que le dieron origen.

Otra particularidad reposa en la competencia del órgano que admite la medida cautelar, porqué por vía de principio, él debe conservar la jurisdicción para finiquitar la temática precautoria. En este aspecto, si se pretende un levantamiento, debe plantearse al mismo juez que oportunamente lo ordenó, aún cuando el juego de las competencias favorece el cambio de magistrado si el primer interviniente resulta, luego, incompetente, y la jurisdicción se desplaza hacia otro, quien asume en toda su extensión la competencia. De todos modos, creemos que debe imperar el principio de prevención, según el cual el juez que dictó las medidas tiene preeminencia para conocer en la sustitución o levantamiento de las precautorias.

170.3 Mutabilidad o variabilidad

La eficacia que contiene cada medida cautelar propicia variarlas cuando se entienda que otra es más útil que la trabada. Como en el caso anterior, se incursiona en el ámbito de la movilidad de las circunstancias.

El código procesal tiene varias situaciones. En el art. 203 dispone: " *El acreedor podrá pedir la ampliación, mejora o sustitución de la medida cautelar decretada, justificando que ésta no cumple adecuadamente la función de garantía a que está destinada. El deudor podrá requerir la sustitución de una medida cautelar por otra que le resulte menos perjudicial, siempre que ésta garantice suficientemente el derecho del acreedor. Podrá, asimismo, pedir la sustitución por otros bienes del mismo valor, o la reducción del monto por el cual la medida precautoria ha sido trabada, si correspondiere. La resolución se dictará previo traslado a la otra parte por el plazo de cinco días, que el juez podrá abreviar según las circunstancias"*.

Obsérvese que las pretensiones son diferentes; el *acreedor* puede plantear la ampliación, la mejora o la sustitución; en cambio el *afectado*, solamente esta ultima ofreciendo una cautela de igual o mayor seguridad. También está facultado a promover el incidente de reducción del monto por el cual la medida se ha trabado (v.gr.: esta es la vía para requerir el levantamiento de los embargos en cuentas corrientes que suman en distintos bancos el monto que se quiere resguardar, afectando por demás el derecho del presunto deudor a quien se lo inmoviliza por créditos que en solo una cuenta ya puede asegurar). El equilibrio prudente -necesario- debe igualar las situaciones, por eso, cuando de mudar una medida hacia otra se trata, deben cuidarse los presupuestos que permiten esa alteración.

Al cabo y como síntesis, la mutabilidad característica de las medidas de resguardo, obliga a no prescindir de la realidad económica litigiosa, lo cual conduce a que las mismas deban ser efectuadas con la máxima prudencia para no

incurrir en excesos perjudiciales a los intereses de todos, contemplando la situación del afectado y, desde luego sin desmedro del acreedor ([56]).

La *modificación* puede consistir en una ampliación de las sumas, del tiempo o de las modalidades decretadas; también en la mejora de la cautela lograda, o bien por la sustitución de la precautoria. La suma de importes que se acumulen al embargo decretado, responde a la mayor cuantía de la pretensión principal que se encuentra en trámite, sea por el vencimiento de nuevas cuotas emergentes de la misma obligación, o de otra; o bien, por la incidencia de la inflación en el valor del dinero.

El tiempo de la cautela, supone que deban ampliarse los plazos del término por el cual se la dispuso. Por ejemplo, si fuese una intervención o administración judicial, la extensión consecuente en el tiempo de vigencia.

También pueden *acumularse* medidas, siempre que entre ellas no existe incompatibilidad. Así, el embargo puede complementarse con una inhibición general de bienes, o con el secuestro correspondiente.

La *sustitución* consiste en la variación hacia una medida más enérgica, o en el reemplazo de una medida por otra, o de un bien por otros de valor equivalente. Son supuestos que impulsa el interés del acreedor o beneficiario de la precautoria.

También la sustitución puede deducirla el sujeto perjudicado con la cautela, proponiendo fórmulas alternativas que no sacrifiquen el beneficio conseguido por el acreedor. Ello significa que, aún cuando prevalece el principio dispositivo, el juez debe procurar no perjudicar los derechos obtenidos. Por eso no procede ofrecer en sustitución bienes que se indican genéricamente, o sin discriminar ni con valores determinados.

Con otra visión, Calamandrei involucra en este punto la limitación propia que sigue el rumbo de todas las providencias cautelares, en el sentido de que ellas se extinguen *ipso iure* al momento de ser resuelta la pretensión principal.

---

[56]. Morello - Sosa - Berizonce, *Códigos Procesales*..., tomo II-C, cit., ps. 598/9.

[…]: "Surgida para dar tiempo a nacer a la providencia principal a través de la larga gestación del proceso ordinario, y para desempeñar provisoriamente sus veces dentro del limitado campo en el que el retardo habría sido peligroso, la providencia cautelar ve, con el nacimiento de la providencia principal, agotada su función, cumplido su ciclo vital" ([57]).

Este aspecto puede cubrirse por el art. 202 del ordenamiento procesal cuando indica: "*Las medidas cautelares subsistirán mientras duren las circunstancias que las determinaron. En cualquier momento en que éstas cesaren se podrá requerir su levantamiento*".

Cuando el juez de la causa verifica que el objeto se ha satisfecho, no existen obstáculos para que las cautelas decretadas se dejen sin efecto o se modifiquen. Siendo una función de garantía, alcanzada la sentencia pareciera que pierde virtualidad, consumando su misión preventiva.

Esta es la situación concreta que pone de manifiesto la provisoriedad de las cautelas. Llegada la sentencia, pierden el sustento que las fundamentó oportunamente, de modo tal que para conservarlas, debería mudarse el car cter de prevención para dar paso al carácter ejecutivo que ellas pudieren portar (v.gr.: embargo, secuestro de bienes, etc.).

La variabilidad de las medidas no impide, una vez efectivizadas, el recurso o impugnación del sujeto pasivo. La queja se plantea sobre una situación que tiene curso de ejecución, sin que el escrito tenga efectos suspensivos para la precautoria.

La recurribilidad típica se plantea por la apelación, o por incidente. Pero debe distinguirse la impugnación de la traba por vía de recurso, del pedido de levantamiento, porque en el primero se cuestionan los presupuestos que fundan el progreso de estas medidas (verosimilitud del derecho y peligro en la demora),

---

[57]. Calamandrei, *Providencias cautelares*, cit., p. 91.

mientras que en el segundo, se canalizan argumentaciones vinculadas con el cambio de circunstancias.

Además, el recurso se debe deducir dentro de los plazos previstos por cada uno de los medios impugnativos (cinco días si se trata de recurso de apelación, o tres días si la vía intentada es el remedio de reposición). Cabe apuntar que no puede recurrir quien ha consentido la traba de la medida, por lo cual corresponde atender los plazos preclusivos del proceso. Quien recurre fuera de ese tiempo, ha convalidado la medida, y solamente puede controvertirla por vía del incidente en las condiciones ya señaladas.

Cabe destacar que el código procesal establece en el párrafo final del art. 198 que: "*La providencia que admitiere o denegare una medida cautelar será recurrible por vía de reposición; también será admisible la apelación subsidiaria o directa. El recurso de apelación, en caso de admitirse la medida, se concederá en efecto devolutivo*".

170.4 Discrecionalidad

Esta característica queda en evidencia cuando las medidas cautelares que son peticionadas no se otorgan por que la voluntad jurisdiccional decide en contrario con los intereses planteados. Las medidas cautelares no responden al principio de respuesta concreta a la pretensión, por cuanto ella puede ser denegatoria, o afirmativa, pero con matices que la diferencian del específico reclamo.

No se desvirtúa la finalidad de aseguramiento que se persigue; se trata de aceptar facultades discrecionales del juez en torno a las modalidades de la precautoria.

Puede reconocerse este poder bajo el *principio de proporcionalidad* según el cual la ponderación judicial tiene libertades de elección entre opciones factibles. En otros términos, cuando se analiza la admisión de una medida cautelar el primer

requisito es compatibilizar aquella que se peticiona con el objeto a preservar (idoneidad o adecuación del medio); enseguida se debe observar la eficacia que tiene en sí misma frente a otras posibilidades alternas; y finalmente atender el impacto que sufre el afectado, para ver si el daño producido no es mayor que la cautela acordada.

La libertad para decidir se da en los dos planos ya comentados de la seguridad del justiciable y de la eficacia del servicio jurisdiccional. Por tanto, la directriz que encomienda este principio, admite que las medidas cautelares que se requieren deben ajustarse a sus límites precisos, sin ocasionar daños innecesarios a la contraparte, y preservando la materialización de la ejecución en el supuesto hipotético que fuera necesaria.

El art. 204 del código procesal dice: "*El juez, para evitar perjuicios o gravámenes innecesarios al titular de los bienes, podrá disponer una medida precautoria distinta de la solicitada, teniendo en cuenta la importancia del derecho que se intentare proteger*".

Esta disposición pone en claro la libertad del juzgador para proveer las medidas útiles y efectivas, esto es, de acuerdo con la naturaleza de los bienes y demás circunstancias que rodeen el proceso.

Interesa apuntar que, ordenada la medida precautoria pedida por la parte y puesta en ejecución su traba, al juez le está prohibido modificarla por encontrar consentida la precautoria y con principio de ejecución. El art. 204 que referimos, se refiere a la cautelar solicitada, mas no a la que ha sido ordenada, si no media recurso.

El fundamento de estas facultades radica en evitar que las medidas cautelares sean fomento de actitudes extorsivas, o abusivas, sin perjuicio de la flexibilidad que pondera el uso adecuado de cada una de las precautorias ([58]).

---

[58]. Ramos Romeu explica que […] “El derecho a a tutela cautelar es una de las garantías de la efectividad de la tutela judicial que prestan los tribunales ordinarios, y es parte de la tutela que

El sentido preventivo acusa otra manifestación en el art. 205 del ordenamiento, cuando indica:" *Si hubiere peligro de pérdida o desvalorización de los bienes afectados o si su conservación fuere gravosa o difícil, a pedido de parte y previa vista a la otra por un plazo breve que fijará según la urgencia del caso, el juez podrá ordenar la venta en la forma más conveniente, abreviando los trámites y habilitando días y horas*".

Esta es una forma anómala de preservar la seguridad de una ejecución hipotética, anticipando la venta de los bienes cautelados por el peligro inminente de su desaparición, o por el alto costo que representa su depósito, mayor de los que por sí produce. La conformidad requerida a la parte cautelada para proceder a la venta, no muda el carácter ejecutorio que asume esta modalidad, transfiriendo el monto obtenido en la subasta a la nueva caución constituida.

Por supuesto, al sujeto pasivo de la precautoria le queda siempre la posibilidad de sustituir los bienes por otros de valor equivalente.

Queda claro con esta característica una de las fisonomías propias de las medidas cautelares que mayor impacto tiene para la teoría general. Al dejar en manos del juez el poder dispositivo (que inclusive podría ser aun más grande si queda facultada la jurisdicción a promover de oficio medidas provisionales), la parte interesada solo promueve la pretensión sin que esta importe los efectos comunes y tradicionales de la demanda ordinaria. Ella debe superar el test de proporcionalidad, que importa denegar cuando no se cumpla el objeto previsible o aceptar cuando estén reunidos los presupuestos exigidos normativamente.

170.5 Preventividad

---

tienen la obligación de prestar. Pero el derecho a la tutela cautelar entra en conflicto con otros derechos fundamentales. En efecto, lo único que impide embargar preventivamente ciertos bienes de una persona sin necesidad de proceso no es que el juicio humano necesite tiempo, un problema tecnológico si se quiere, sino que, en el Estado de Derecho actual, antes de hacerlo, se obliga al ciudadano a pasar por un proceso judicial en el que se dan toda una serie de garantías encarnadas en el art. 24.1 de la Constitución española" (ob. cit., p. 127).

Las medidas cautelares son esencialmente preventivas. No juzgan ni prejuzgan sobre los derechos del peticionante ([59]), pero conservan presente el objeto que tienden a proteger, de manera que es fundamental preservar los bienes del cautelado o afianzar la seguridad del justiciable.

El art. 206 del código federal muestra una faceta de esta condición preventiva: "*Cuando la medida se trabare sobre bienes muebles, mercaderías o materias primas, pertenecientes a establecimientos comerciales, fabriles o afines que los necesitaren para su funcionamiento, el juez podrá autorizar la realización de actos necesarios para no comprometer el proceso de fabricación o comercialización*".

El principio de conservación y continuidad de la empresa, tan particular en el derecho comercial, continúa en sede procesal con las condiciones que se indican. En esencia responden al criterio por el cual se sostiene que las medidas cautelares no han de irrogar perjuicios innecesarios.

Opera también aquí la discrecionalidad del juzgador para decidir la medida adecuada (v.gr.: si fuese un embargo sobre mercaderías producidas, puede sustituir la precautoria por una administración o intervención judicial).

Rivas sostiene que todas las medidas cautelares están sometidas al principio del *rebus sic stantibus* que no autoriza a que a decisión que las impone pueda ser revisada de manera constante a voluntad del sometido a las mismas, sino que posibilita sea dejada sin efecto si en virtud de nuevas circunstancias desaparecen los presupuestos que justificaron su dictado y con ello su razón de ser ([60]).

171. La responsabilidad por las medidas cautelares

---

[59]. Morello - Sosa - Berizonce, *Códigos Procesales*..., tomo II, cit., p. 581.

[60]. Rivas, ob. cit., p. 65.

El fundamento de la responsabilidad por los daños derivados de la tutela cautelar debe buscarse en los perjuicios efectivos y concretos, no especulativos o imaginados, que puede sufrir el sujeto que resulta afectado por la medida que se peticiona en forma abusiva o con exceso.

Si recordamos que toda pretensión lleva implícita la responsabilidad de quien la pide, es evidente que la responsabilidad pone prevención en quien la pide y prudencia en cuanto pretende. Pero, al mismo tiempo, una de las características de las providencias precautorias es la discrecionalidad judicial o el poder de decisión del juez en la materia, de modo tal que, en simetría de responsabilidades también el tribunal quedaría comprometido por el daño provocado.

Si a ello se le suma que la decisión se adopta sin oír a la otra parte, es menester, en consecuencia, apreciar cuanto de responsabilidad tiene la parte o el tribunal, si ella es conjunta, o si pesa en realidad solamente en quien las pide.

El código presenta la cuestión cuando hay *abuso* o *exceso* de las medidas, que la doctrina presenta como *responsabilidad objetiva* o *subjetiva*, derivada de las normas del derecho civil o con reglas propias del derecho procesal conforme cada caso.

171.1 Responsabilidad subjetiva

Se entiende que hay *responsabilidad subjetiva* por el simple hecho de requerir una precautoria sin derecho, o por presentar con silogismos los presupuestos que condicionan su procedencia. Se trata de penar el peligro potencial que arrastran, sin necesidad de que se demuestre el daño a la contraparte.

Otros castigan la información imperfecta, o la falta de información, de que dispone el juez a la hora de otorgar la protección provisional de los derechos ([61]), poniendo en cabeza del que pide la obligación de sinceridad y adecuación, que de faltar, es punible en forma subjetiva (es decir, que la parte afectada debe demostrar la mala fe, sin necesidad de acreditar el perjuicio propio).

Según Podetti estas medidas […] "son como una arma 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...Es difícil concebir que se admita la necesidad de probar la mala fe o simplemente imprudencia de quien usa semejante franquicia, para obtener resarza daños injustamente ocasionados. Entre quien usó en su beneficio una medida cautelar, con la mejor buena fe del mundo, pero a la postre sin derecho, y quien la sufre, sin que en ninguna hipótesis pueda de ella obtener un beneficio, no parece dudoso a quien han de cargarse las consecuencias" ([62]).

Una variación de la responsabilidad del beneficiario se postula aplicando los presupuestos de la responsabilidad civil, gobernando los daños emergentes de las normas sobre la responsabilidad extracontractual. De este modo se exige dolo, culpa o negligencia para imputar al sujeto las consecuencias dañosas de la medida cautelar. Por tanto, debe añadirse la existencia de una relación de causalidad que vincule el daño con la precautoria y sus efectos nocivos.

---

[61]. Dice Ramos Romeu que […]: “Mediante el establecimiento de un sistema de responsabilidad del solicitante de tutela cautelar, el Estado consigue apropiarse de una información valiosa que tienen los ciudadanos acerca de qué medidas son óptimas. Y es que, en efecto, hay que pensar que en no pocas ocasiones, los ciudadanos tienen mejor información sobre quién tiene razón en realidad, los beneficios que les reportará una actuación judicial y los daños que pueden causar. Si el solicitante de tutela cautelar va a ser responsable por los daños y perjuicios que cause una medida, sólo la solicitará cuando sea óptimo hacerlo porque asume el riesgo de tener que indemnizar daños y perjuicios al sujeto pasivo que vaya a ser afectado por la medida. Bajo un sistema de responsabilidad, cuando el juez se enfrente a una solicitud de tutela cautelar tendrá un alto grado de seguridad de que se trata de una medida óptima” (ob. cit., ps. 180/181).

[62]. Podetti, *Tratado de las medidas cautelares*, cit., p. 157.

En esta línea se aplican los arts. 512, 1067, 1109 y concordantes del Código Civil, requiriendo siempre la intención de provocar daño (por culpa, dolo o negligencia) al agente pasivo y como medio de atribución al que lo genera (agente activo).

La tesis exige demostrar que el requirente abusó o se excedió en el derecho a trabar la medida cautelar, de manera que la prueba tiende a corroborar la virtualidad del art. 1071 del Código Civil en sus precisos términos: *conducta contraria a los fines que la ley tuvo en miras al reconocerlos o que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres*.

El factor de atribución debe encontrarse en el origen de la cautela, de manera que se pueda advertir el derecho existente a ese momento, pues bastará acreditar la negligencia para determinar la responsabilidad propia de la culpa aquiliana. Por tanto, para configurar esta responsabilidad se exige obrar de manera irreflexiva, precipitada, imprudente, negligente o dolosa, excediendo los límites impuestos por la buena fe.

Una y otra corriente piensan en la *responsabilidad subjetiva* del autor, lo que determina que, para originar la obligación de reparar debe probarse que el solicitante actuó con culpa o dolo, que pongan de manifiesto la utilización de la medida con propósitos extorsivos o para obtener beneficios indebidos y ocasionar molestias inútiles a la otra parte. Al ser la responsabilidad basada en principios de corte sustancial, está claro que no procede condenar automáticamente por el mero hecho del levantamiento de la medida cautelar.

En síntesis, esta posición argumenta que la responsabilidad de quien solicita sin derecho una medida cautelar no debe ser encuadrada en lo dispuesto por el art. 208 del Código Procesal, sino que debe subsumirse en la legislación sustancial, y a los fines de que la pretensión resarcitoria prospere, es menester que se acrediten los presupuestos inherentes a la responsabilidad civil extracontractual, debiendo indagarse especialmente sobre el factor de imputabilidad atribuido a la contraparte.

171.2 Responsabilidad del Estado

Desde otro punto de vista se atiende la responsabilidad por el control judicial ausente o inefectivo, que pondera sancionar el abuso en la discrecionalidad teniendo en cuenta que es el juez quien aplica el principio de proporcionalidad y resuelve la procedencia y ejecución ([63]).

En esta tesis no se cuestionan los presupuestos que permiten dictar providencias cautelares (verosimilitud en el derecho y peligro en la demora), desde que el fundamento normativo y el apoyo fáctico que hace el que lo pide, confiere al juez posibilidades suficientes para decretarlas. La resistencia se plantea con la responsabilidad que se hace caer en la parte que pide (es decir que el presupuesto es el abuso en la pretensión o el exceso en cuanto se pide) cuando es el juez quien permite y tolera el derecho de petición, sin restar suficiente atención al abuso manifiesto que se pretende realizar a través de las medidas cautelares.

Téngase en cuenta que el art. 34 inciso 5º apartado *c),* establece en el código federal, que es un deber jurisdiccional "*mantener la igualdad de las partes en el proceso*", y a renglón seguido dispone que el juez "*debe prevenir y sancionar todo acto contrario al deber de lealtad, probidad y buena fe*". Además, comulga con este principio de dirección activa, el art. 204 que le otorga facultades suficientes para "*evitar perjuicios o gravámenes innecesarios al titular de los bienes*" [...].

---

[63]. Este es un criterio minoritario y de escasa aplicación salvo evidentes signos de arbitrariedad o error judicial manifiesto. Para ello se tiene en cuenta que, pese a los riesgos que significa el sistema de la responsabilidad de la parte, es mejor que el del control judicial, donde son más probables los errores o la imperfección. Para Ramos Romeu […] "las decisiones sobre la tutela cautelar se toman frecuentemente con poca información, cuando el juez conoce mucho menos el caso que las partes. El error judicial en sede de responsabilidad también es posible, pero es mucho menos probable porque el juez tiene más información sobre el caso, más tiempo para decidir; y además, evaluar los daños derivados de una medida injusta es más fácil que determinar la proporcionalidad de la misma. El error judicial no sólo crea distorsiones en el funcionamiento de las instituciones, sino que además lleva aparejada la responsabilidad de la administración de justicia, que se traduce en costes para todos os ciudadanos" (ob. cit., p. 182).

Es evidente que ordenar, por ejemplo, un embargo desproporcionado con los montos en juego, no solo evidencia el abuso procesal, sino también la inobservancia del magistrado que dispone en consecuencia. En tal caso, colabora en la producción del perjuicio, y hasta convierte la decisión judicial en una suerte de acción propia de quien contribuye en la comisión del ilícito.

Es verdad que ya se ha resuelto que, la responsabilidad penal del Estado por los daños y perjuicios derivados de la resolución judicial que prohibió a la actora el uso de maquinarias de su propiedad, no puede extenderse más allá que la de un particular en una situación análoga: la legislada por el art. 208 del Código Procesal. En el caso se dijo que, a diferencia de lo que acontece en el proceso civil, en el que se aplica el principio dispositivo, en el proceso penal rige el proceso inquisitivo que obliga al juez a adoptar las medidas necesarias para el cumplimiento de su misión, esto es, el esclarecimiento y la sanción de delitos ([64]).

Pero también es cierto que el tema del abuso en y con el proceso no puede descansar, únicamente, en los desvíos de conducta de las partes.

En esta línea, cuya minoría reconocemos, algunos autores coinciden en que la doctrina tiene en el proceso principios propios, vertebrados en el deber de lealtad y probidad, o en el principio de moralidad; y algunos más propician su instalación como un nuevo principio aplicable al proceso, con características propias e independientes del principio de buena fe procesal.

171.3 Nuestra opinión

Las corrientes de antes mencionadas se instalan en dos variables de la responsabilidad civil, que nosotros consideramos permeable frente a un nuevo principio como es el de moralidad, o de proscripción del abuso procesal.

---

[64]. Voto del doctor Fayt, CS, 1994/10/13, "*Román S. A. C. c. Estado nacional -- Ministerio de Educación y Justicia*", La Ley, 1995-B, 440, con nota de Jorge Bustamante Alsina - DJ, 1995-2-48 - JA, 1995-I-263.

Calvosa sostiene que es un principio procesal; en su favor indica que la responsabilidad por abuso de las vías procesales debe encontrar un fundamento especial y diferente de la responsabilidad civil, entendiendo que la primera es una responsabilidad subjetiva cuyo fundamento lo encuentra en la violación del principio que impone la obligación de actuar con lealtad y probidad en el proceso que establece el Código de Procedimientos civil italiano en forma expresa actualmente, y que se encontraba como principio general implícitamente establecido en el código antiguo. La responsabilidad de los daños procesales, a diferencia de la que impone el pago de las costas y que es una consecuencia objetiva de la pérdida del pleito, tiene que tener un fundamento subjetivo y basarse en la violación de una obligación o de un precepto, pues no podrá sostenerse que la simple acción en justicia que constituye un derecho subjetivo, puede acarrear una responsabilidad ([65]).

En nuestra opinión, la teoría elaborada en torno al abuso del derecho se ha imbricado dentro de la teoría general, de modo que su influencia se extiende a todas las ramas de un ordenamiento jurídico, sea derecho civil, comercial, administrativo, procesal, etc. En consecuencia, la actuación con culpa, dolo o la misma ligereza culpable, como puede ser la falsa fundamentación de la verosimilitud del derecho o la pretensión exagerada de cautelares con una misma función (v.gr.: embargar simultáneamente varias cuentas corrientes cuando el monto habido en solo una es suficiente para el resguardo), que en paralelo significa el abuso y el exceso, respectivamente, e inclusive, los casos de falta oportuna de notificación al afectado (art. 207, CPCC); el embargo de bienes prohibidos (art. 219), y otras de similar registro, representan las causas de responsabilidad procesal que deriva en un monto indemnizatorio de prueba reducida con trámite rápido y expedito.

---

[65]. *La condenna al risarcimento dei dan per responsabilitá aggravata*, en Rivista Trimetrale de diritto processuale civile, 1954, p. 378.

Ahora bien, si queda focalizado el tema de la responsabilidad civil en orden al abuso o a exceso, que para el caso suponen supuestos de responsabilidad subjetiva, el inconveniente se plantea con el alcance de ella en orden a si tienen iguales efectos que el obrar ilícito doloso o mediando culpa del agente.

Es evidente que la prueba del daño difiere, porque una cosa es verificar que se actuó a sabiendas de la mala fe o imprudencia, en cuyo caso se trata de una demostrar la punibilidad de la conducta; y otra será magnificar el perjuicio sufrido, teniendo presente que no hay responsabilidad sin daño.

Kemelmajer de Carlucci indica que debe aceptarse la teoría subjetiva, argumentando que no existe norma que establezca el deber de responder sin culpa, de modo que para que exista responsabilidad habrá de cumplirse con tal recaudo para que la obligación tenga apoyo legal; agregando […] "la verdad judicial no es absoluta, los juicios se pierden por muchas razones y no solo por no tener derecho, de ahí que sea razonable exigir al perdedor una conducta imprudente o negligente, culpa que -a veces- surge de los hechos mismos ([66]).

Este es el camino que adopta el ordenamiento procesal, es decir que la culpa se configura *in re ipsa*, lo que no quiere decir que sea un temperamento consolidado y aceptado como justo. Apenas se trata de la interpretación justificada del precepto legal.

Si volvemos a Podetti y su reconocida filiación a la corriente objetiva ([67]), mostramos la opinión de Palacio, que reconoce que el art. 208 del código federal se enrola en la doctrina subjetiva, sin compartir la solución, porque la considera injusta ([68]), veremos que la salida dispuesta es una opción, ni mejor ni peor que

---

[66]. Kemelmajer de Carlucci, Aída en Belluscio, Augusto C. - Director - Zannoni, Eduardo A. Coordinador, *Código Civil y leyes complementarias*; Tomo 5, Astrea, Buenos Aires, p. 365.

[67]. Podetti, *Tratado de las medidas cautelares*, cit., p. 157.

[68]. Así, sostiene que aun cuando la medida cautelar haya sido obtenida sin abuso o exceso en el ejercicio del derecho, el único factor que a la postre correspondería computar es el derecho debatido en el proceso principal, de manera que si el fallo declara la inexistencia de ese derecho, resulta desvirtuada la mera verosimilitud apreciada para otorgar la medida, e inconciliable con

otras. Pero ciertamente con ella desaparece el análisis del daño que debiera ser pareja con el estudio de la responsabilidad derivada de la acción cautelar.

171.4 Determinación de la responsabilidad

Cuando se ordena levantar una medida cautelar sin importar el motivo por el cual se ordena, si el juez encuentra que el requirente abusó o se excedió en el derecho que la ley otorga para obtenerla, lo condenará a pagar los daños y perjuicios si la otra parte lo hubiere solicitad (art. 208, CPCC).

Vale decir que la responsabilidad por el *uso abusivo* (pretensión con segundas intenciones, sea para provocar daño; generar una coacción implícita; o para asegurar un derecho que no lo necesitaba por tener otros afianzamientos, entre varios supuestos) o en *exceso* (plus petición inexcusable; embargos simultáneos; secuestro innecesario; etc.) no es automático porque exige: *a)* que la pretensión indemnizatoria se solicite al tiempo de requerir el levantamiento de las medidas cautelares; *b)* que se acredite tanto el abuso o exceso del que la obtuvo como la producción del daño mismo, toda vez que no se trata de una responsabilidad refleja, automática ni objetiva.

El procedimiento persigue cumplirse en dos etapas: en la primera, tiende a obtener el levantamiento de la medida cautelar pedida en abuso o exceso del derecho y plantear la condena a pagar los daños y perjuicios; y en la siguiente, una vez que se tiene la condena al respecto, se encuentra encaminado el curso para estimar el monto de los daños y perjuicios por medio del trámite de los incidentes o por el trámite que el juez interprete mejor.

Si la condena fuere requerida y sólo se dispuso el levantamiento, corresponde corregir por aclaratoria, salvo que se interprete que hay una

---

valoraciones de poder, cooperación y solidaridad, la exención de responsabilidad de la parte vencida cuya conducta ocasionó el daño que menoscaba el derecho reconocido a su adversario; y, por ello, la responsabilidad sólo podría descartarse en la hipótesis de mediar exención al pago de las costas (Palacio, *Derecho Procesal Civil,* tomo VIII, cit., p. 92)

denegación indirecta, en cuyo caso se puede deducir reposición apelación en subsidio. Recuérdese que la pretensión se resuelve contemporáneamente con el levantamiento de la medida.

No obstante, si bien el art. 208 que se indicó con anterioridad, establece el momento para dictar una condena genérica a pagar los daños y perjuicios provocados por el requirente de una medida cautelar, determinándolo en ocasión de disponerse su levantamiento, si la otra parte lo hubiere solicitado; no existe óbice alguno para que tal pretensión indemnizatoria se formule con posterioridad, por acción autónoma, con sustento en lo dispuesto en el art. 1109 del Código Civil ([69]).

La pretensión resarcitoria prescribe en el plazo de dos (2) años conforme lo dispone el art. 4037 del Código Civil, comenzando a correr una vez que la sentencia judicial establece la ilicitud de la precautoria trabada ([70]).

172. Caducidad de las medidas cautelares

La provisoriedad de las medidas precautorias depende del tiempo en que se instauran. Si ellas se dictan en un proceso ya iniciado, extiende sus efectos en tanto perduren las circunstancias que la determinaron. En cambio, cuando son el producto del procedimiento previo establecido específicamente para su procedencia, una vez trabada, empieza a correr el plazo para deducir el proceso principal.

---

[69]. Sin embargo, los daños y perjuicios que pueda irrogar una medida precautoria, no pueden reclamarse por vía reconvencional en el mismo juicio, en que la medida se ha decretado pues el procedimiento en esos casos es el que corresponde a la norma en estudio (CNCom., Sala A, 1983/12/05, "*A-Gas, S. A. c. Agip Argentina, S. A.*", ED, 107-596). De este modo, tampoco procede aplicar a una hipótesis que se encuentre dentro del criterio aquellas conductas que se sancionan por inconductas procesales (CNCom., Sala D, 1997/12/16*, "Ferrostal Argentina S. A. c. Super Type S. A."*, La Ley, 1998-B, 938).

[70]. Cfr. Kielmanovich, Jorge L., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación,* Tomo I, Lexis – Nexis - Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003, p. 301.

Se advierte con suficiente nitidez en este pasaje, la subsidiariedad del proceso cautelar; el tiempo opera de pleno derecho, sin necesidad de petición de parte y con efectos automáticos.

La caducidad de las medidas trabadas es la primera consecuencia. Las restantes se dan en relación con los perjuicios irrogados y las costas emergentes. La preclusión de los tiempos para articular la acción principal, manteniendo en ejecución la cautela lograda, responde a razones de orden público e interés general, porque no sería posible sostener un estado de incertidumbre que ocupe un tiempo más prolongado de aquél que naturalmente justifica la urgencia de las precautorias.

El art. 207 del código federal establece:" *Se producirá la caducidad de pleno derecho de las medidas cautelares que se hubieren ordenado y hecho efectivas antes del proceso si tratándose de obligación exigible no se interpusiere la demanda dentro de los diez días siguientes al de su traba, aunque la otra parte hubiese deducido recurso. Las costas y los daños y perjuicios causados serán a cargo de quien hubiese obtenido la medida, y ésta no podrá proponerse nuevamente por la misma causa y como previa a la promoción del proceso; una vez iniciado éste, podrá ser nuevamente requerida si concurrieren los requisitos de su procedencia*..."

Interesa agregar que aún las doctrinas que aceptan la existencia de un proceso cautelar exigen una correspondencia entre la cautela y la carga de instar el procedimiento continente de la pretensión asegurada.

El plazo comienza a correr desde que la medida se hizo efectiva. Si son muebles, desde el momento cuando se realiza el embargo; si son inmuebles, a partir del día siguiente a la toma de razón; si es dinero, desde la notificación *ministerio legis* de la providencia que hace saber el depósito del dinero embargado.

Cabe agregar que el término se cuenta en días hábiles, y que los recursos articulados no suspenden el período acordado para concretar la demanda.

Cuando se consigue trabar una medida cautelar sin haber sustanciado la etapa de mediación obligatoria, se interpreta que el plazo de diez días que señala el art. 207 referido es para la presentación del formulario de requerimiento.

Esta evidente relación entre la ley de mediación -en particular el art. 2º- y el régimen adjetivo, lleva a situar el sistema cautelar en una dimensión distinta de las cuestiones que deben transitar por la etapa obligatoria legalmente dispuesta. Y es una consecuencia lógica que nos lleva a sostener que la conciliación que ordena la Ley 24.573 no es exigible a la luz de lo dispuesto en el art. 207 del Código Procesal, en tanto ello importaría desvirtuar la esencia de toda medida cautelar al poner el futuro demandado en conocimiento anticipado de la pretensión que esgrime su contraria.

Temperamento que se ratifica en varios fallos, donde se reitera que, en los supuestos comprendidos en el régimen de la mediación obligatoria la habilitación de dicha instancia queda postergada hasta que haya quedado consentida o ejecutoriada la traba de la cautela, y a partir de allí comienza a computarse el plazo para acudir a la mediación ([71]). Por eso, el plazo de caducidad deja de correr mientras subsista la etapa de mediación obligatoria, pues la imposibilidad del actor de interponer en término la demanda, determinaría la inicuidad de admitir la operatividad del plazo de extinción.

173. El procedimiento cautelar

La diferencia entre proceso y procedimientos se torna evidente en torno al sistema cautelar. Una finalidad tuitiva es la protección cautelar (que se da en el plano de la tutela ordinaria y la constitucional, diferencia que otros dividen entre

---

[71]. CNCiv., Sala I, 1998/10/01, "*F., M. E. c. B., E.",* La Ley, 1999-F, 790 [42.220-S] - JA, 1998-IV-490.

tutela común y tutela diferenciada) a cuyo fin el proceso, como género, es el que permite mediante la organización judicial conseguir las finalidades propias que se persiguen; para ello se dispensa un procedimiento distinto al que implora la garantía constitucional, sin que cambien más que algunas reglas y principios (v.gr.: bilateralidad, contradicción, congruencia, entre las más visibles). Este procedimiento es el que reúne características propias que perfilan una fisonomía particular.

La simple ausencia de bilateralidad en la mecánica que provoca la resolución, demuestra que la regla *inaudita pars* bosqueja una parte de esa acusada singularidad. Luego, la falta de contradicción obliga a equilibrar prudentemente la igualdad procesal, a cuyo fin se activa una ficción de la ley que tiende a lograr la equiparación de seguridades y posibilidades. La contracautela viene así a constituirse en una fuerza económica distinta a las fuerzas que activan las partes que confrontan efectivamente, pero que hace las veces de preventivo tendiente a no agravar el desequilibrio inicial.

173.1 La bilateralidad en el procedimiento cautelar

La anulación del contradictorio pone dudas sobre la garantía de bilateralidad en los procesos, lo que en realidad, no es tal porque no hay ausencia de notificación sino diferimiento de ella a un tiempo posterior a trabar la cautelar dispuesta, pensado así para lograr eficacia en la medida.

Para Falcón […] “en el sistema nacional esa bilateralidad se encuentra bastante limitada, ya sea porque se debe seguir a través de un recurso, donde las pruebas no se revisan, ya porque en el incidente de revisión de las medidas la reproducción de la prueba puede resultar dificultosa por el transcurso del tiempo o por las maniobras que haya tomado el mismo que solicitó la medida. Como paliativo para esta situación la ley ha establecido la responsabilidad para las

medidas tomadas sin derecho (art. 208, CPCC), pero ello no permite un adecuado y certero control en su trámite por el perjudicado" ([72]).

La ineficacia reconocida en el funcionamiento del sistema nacional federal no significa que sea inconstitucional la regla dispuesta, porque el derecho de audiencia existe aunque prorrogado; quizás el problema esté en el derecho de defensa que tiene el cautelado para revertir la medida que se le impone.

En tal sentido hay que dividir las aguas, para atender por un lado que la regla de disponer medidas cautelares típicas sin oír al afectado es una expresión del más amplio poder jurisdiccional, siendo que es el juez quien tiene la potestad de hacerlo ([73]); y por otro, cuanto de verdad asienta en que la disminución de posibilidades de contradicción afecta el derecho de defensa en juicio.

La primera cuestión tiene, para nosotros, una polémica aún sin resolver. Ella consiste en definir con exactitud la responsabilidad judicial en la adopción de medidas cautelares. Si la regla actual se considera válida y se acepta la irresponsabilidad porque depende de cuánto pida y quiera el demandante, no parece demasiado justo penar a quien tiene una cautela previa y una sentencia desfavorable, ante la discrecionalidad del magistrado para controlar oportunamente y no cuando el perjuicio se ha concretado, siendo que pudo evitarlo.

La siguiente se relaciona también con éste principio de intervención oportuna para equilibrar las posibilidades de acción y reacción. Es cierto que el mejor sistema cautelar trabaja sobre la sorpresa, de modo que al ser pedidas y decretadas *inaudita pars* se impide la distracción de bienes o el ocultamiento de

---

[72]. Falcón, *Tratado de derecho procesal civil y comercial,* tomo IV, cit., ps. 94/95.

[73]. Monroy Palacios afirma que […] "la especial situación del contradictorio en materia cautelar no significa, en lo absoluto, un desconocimiento del contenido de aquel, sino, una reformulación, un acondicionamiento de su función a las particularidades que encierra la fase cautelar en la búsqueda por asegurar la eficacia del proceso, disponiendo actos materiales que neutralicen la amenaza inminente de que se disminuya o afecte en su totalidad el derecho reclamado por el actor. Tal necesidad se concreta en una postergación del traslado del pedido cautelar hacia un momento de mayor pertinencia" (ob. cit., ps. 133/134).

ellos. En mecanismos como el nuestro donde no tienen cabida instituciones como la denuncia de valores, bienes o posesiones, la interdicción de actividades bancarias, entre otras, el peso específico de las medidas cautelares nominadas e innominadas es supremo y se tiende a preservar su eficacia.

La crisis aparece cuando ellas se consiguen, porque el afectado tiene reducidas las posibilidades de reversión o variación. En este aspecto, la provisionalidad de las precautorias responde a la consigna de sostener el principio de bilateralidad; pero el de igualdad procesal no parece suficientemente amparado.

El modelo que se critica, se adapta a uno de los esquemas que reglamentan el régimen de la contradicción en materia cautelar. En efecto, hay en el derecho comparado, cuatro modelos que desarrollan Ortells Ramos y Calderón Cuadrado:

"1°) Para algunas medidas cautelares se halla establecida la normal contradicción previa a la adopción de la resolución, de modo que al demandado se le admiten alegaciones y prueba o acreditamiento antes de que la resolución se dicte.

"2°) En un caso en nuestro ordenamiento (embargo preventivo –art. 1418 LEC-) se permite la contradicción diferida pero preceptiva: la medida cautelar se ha acordado y ejecutado sin previa audiencia del demandado, pero después se reconsidera –con contradicción y por el mismo órgano que acordó la medida- la concurrencia de sus presupuestos, y ello aunque el demandado no pida esa reconsideración.

"3°) Método muy frecuente en el derecho español es el de la contradicción diferida y a instancia del sujeto pasivo de la medida. Ésta fue acordada y ejecutada sin oírle previamente, pero después se le permite formular una oposición que posibilita que el órgano jurisdiccional que resolvió reconsidere,

atendiendo también a las alegaciones y prueba o acreditamiento del demandado, si la medida es fundada.

"4°) Un cuarto sistema, que es en realidad un defectuoso sucedáneo del método anterior cuando éste no puede entenderse establecido, es el de la contradicción diferida a iniciativa del demandado pero instrumentada a través de los recursos admisibles contra la resolución (generalmente reposición y apelación)" ([74]).

173.2 Las medidas cautelares dispuestas de oficio

El procedimiento persigue un objeto inmediato que pretende la seguridad que promete la cautela; el objeto mediato lo busca la jurisdicción al resguardar la probable ejecución de sus mandatos. Todo el desarrollo sugiere una provisoriedad manifiesta; si bien la medida trabada alcanza el resultado, no deben descartarse efectos secundarios dirigidos a respaldar la eficacia de la sentencia sobre la pretensión principal.

Este mecanismo, generalmente, tiene sentido desde la perspectiva del requirente que procura un beneficio particular mirando al futuro, y con ello auxilia al tribunal ofreciéndole un medio de resguardar la ejecutividad de las decisiones. La particularidad está en que el poder cautelar es del tribunal, no de la parte, quien sólo posee el principio de disposición o el interés para obrar.

Sin embargo, visible en la tutela cautelar y más evidente en la tutela urgente, la posibilidad de decretar de oficio medidas cautelares (nominadas e innominadas) existe. Aparece implícita en el art. 195 del código federal respecto al tiempo para decretarlas y surge del art. 34 inciso 5° apartados *c)* y *d)* del código referido.

---

[74]. Ortells Ramos – Calderón Cuadrado, ob. cit., ps. 28/29.

Normativamente se reglamenta en la prohibición de innovar, para la designación de interventor informante o veedor, también en ejercicio de acciones preventivas de protección de cosas o personas, y en reglamentos especiales como la Ley General del Ambiente que las establece precisamente en el marco del poder jurisdiccional.

El fundamento constitucional está en el deber de impedir que la amenaza conspire con la afectación de derechos especialmente protegidos por la Norma Fundamental (art. 43) y en la necesidad de actuar en forma cierta, eficaz y oportuna (debido proceso, art. 18 CN) como un deber propio de la actividad judicial.

171.3 Competencia

La complementariedad que supone el proceso cautelar respecto a otro, principal, determina que la competencia se deduzca de conformidad con las reglas que asignen actuación jurisdiccional al último. Quien deba conocer en el juicio sobre el objeto material, también resuelve en las medidas precautorias.

Sin embargo, la superficialidad que tiene la cognición liminar, puede derivar en una presentación insuficiente o al menos titubeante en cuanto a afirmar quien ha de ser el juez que debe intervenir. Incluso, aunque así no lo fueren, puede darse la circunstancia que se explique la verosimilitud y el peligro en la demora, sin destacar con la solidez necesaria, la jurisdicción competente. En estos casos, es obvio que la urgencia que necesita la resolución, sustituye a la seguridad de las reglas de atribución de competencia.

Así lo entiende el art. 196 del código que establece: "*Los jueces deberán abstenerse de decretar medidas precautorias cuando el conocimiento de la causa no fuese de su competencia. Sin embargo, la medida ordenada por un juez incompetente será válida siempre que haya sido dispuesta de conformidad con las prescripciones de este capítulo, pero no prorrogará su competencia. El juez que*

decretó la medida, inmediatamente después de requerido remitirá las actuaciones al que sea competente".

Cuando las medidas precautorias se piden antes de iniciado el proceso principal, la competencia que atrae es por razones de territorio, como de materia y personas. A su vez, la medida cautelar fija la competencia de un juez cuando existe más de uno dentro de la circunscripción territorial y el fuero (principio de prevención), vale decir, que la iniciación previa de una precautoria ante el juez competente para entender en el principal, fija la competencia del juez que debe intervenir en el proceso consecuente.

171.4 Demanda, legitimación y oportunidad

La demanda de medidas cautelares debe cumplimentar, en principio, los mismos recaudos que precisa toda pretensión. La legitimación activa sólo la tiene quien es o vaya a ser parte en el proceso. La titularidad del derecho subjetivo orienta la capacidad de postulación en el proceso cautelar, por lo tanto, si las medidas a requerir inciden en derechos de los cuales no es agente ni tiene expectativa lógica de adoptarlos, carece de aptitud suficiente.

La precautoria puede solicitarla, también, el demandado, aún cuando no revista condición de reconviniente, circunstancia que ha de tenerse en cuenta en ciertos procesos, como los de divorcio y disolución de la sociedad conyugal, que permiten las cautelas para marido y mujer.

Respecto al sujeto pasivo interesa destacar que debe coincidir con la persona que resulte deudora, porque si el patrimonio afectado es de un tercero desvinculado de la relación procesal, la medida precautoria es improcedente. Esto es así porque las medidas se dirigen a asegurar el resultado de una sentencia que produzca efectos de cosa juzgada entre partes, y si los intereses afectados son de otros, queda sin sustento el presupuesto de razonabilidad, verosimilitud o presunción del derecho en cuya preservación se ha decretado.

La formalidad necesaria para presentar el escrito requiriendo se diseña por el art. 195 del código procesal, indicando que […] "*debe expresar el derecho que se pretende asegurar, la medida que se pide, la disposición de la ley en que se funde y el cumplimiento de los requisitos que corresponden, en particular, a la medida requerida*".

Existe una correspondencia notoria con los elementos comunes que debe contener toda demanda judicial, en especial en lo referido al objeto y causa de la pretensión. Ahora bien, como las medidas cautelares pueden requerirse antes o después de deducir la demanda, las cargas rituales son menores en los procesos ya iniciados, por cuanto el juez ya tiene elementos susceptibles de acreditar el derecho que se intenta asegurar; en cambio, los juicios próximos a instaurarse dependen del tipo de pretensión a entablar.

El art. 195 primer apartado aclara que […] "*las providencias cautelares podrán ser solicitadas antes o después de deducida la demanda, a menos que de la ley resultare que ,ésta debe entablarse previamente*".

La presentación anterior puede ser independiente o simultánea con el proceso principal. En este caso, el carácter previo estará en los trámites que resuelvan la medida, habitualmente anteriores al traslado y notificación de la demanda.

Es un supuesto común porque facilita la presentación concreta y fundada de las pretensiones, alegando con el mérito mismo de la causa *petendi* el *fumus bonis iuris* y el *periculum in mora*.

El plazo para deducir medidas cautelares, por su accesoriedad, depende de la prescripción de las acciones. A su vez, el proceso principal debe articularse dentro de los diez días siguientes a la traba de la precautoria.

El plazo de caducidad no extingue el derecho, sólo afecta la postulación, porque si transcurre ese término y no se promueve la pretensión, la precautoria no

puede reintentarse. Una vez comenzadas las actuaciones principales podrán requerirse nuevamente.

La extinción de las medidas opera *ipso facto*, debiendo señalarse que el plazo para instaurar la pretensión comienza desde la traba efectiva de la precautoria. El concepto de "hecho efectivas" que utiliza el art. 207 del código federal, es una noción fáctica que se toma del suceso en concreto, de modo tal que habrá de confrontarse la modalidad de la cautela para resolver cuando debe tenerse a ella como concretada.

171.5 Trámites previos

La verosimilitud del derecho y el peligro en la demora, a pesar de la evidencia manifiesta que descubra el escrito donde se pide la medida cautelar, requiere de información complementaria.

La información sumaria se presta a través de testigos y redunda la prueba que se haya ofrecido para demostrar la necesidad y urgencia de la precautoria. Propiamente, no deberíamos hablar de testigos, porque se trata de informaciones "de abono", que realizan personas conocidas de quien solicita las medidas. Ellas pueden declarar en el mismo escrito de presentación, debiendo ratificarse en "primera audiencia", o al tiempo de presentar la pretensión. No responden a un interrogatorio solemne, si bien el peticionante puede darle esa formalidad. No obstante, el ordenamiento adjetivo para la Nación ha pensado que estas reglas de actuación para los testigos son más apropiadas que las informales.

No puede suplirse este recaudo con una actuación notarial levantada en el mismo sentido y acompañada como prueba documental, porque tal actitud obraría como argumento probatorio escrito -preconstituido-, y el requerimiento se basa en un aporte de presente que permita conocer directamente la situación que se expresa como cierta y necesaria. Es por esto que la apreciación como prueba de estas declaraciones vale sólo para las medidas cautelares y no inciden en el fondo

del problema. La *sumaria cognitio* obra actuando sobre el derecho alegado bastando adquirir una simple probabilidad, o un grado menor de certeza que el necesario para dictar sentencia definitiva.

El código local establece en el art. 197: "*La información sumaria para obtener medidas precautorias podrá ofrecerse acompañando con el escrito en que se solicitaren el interrogatorio de los testigos y la declaración de éstos, ajustada a los arts. 440, primera parte, 441 y 443, y firmada por ellos. Los testigos deberán ratificarse en el acto de ser presentado dicho escrito o en primera audiencia. Si no se hubiese adoptado el procedimiento que autoriza el 1er. párr. de este artículo, las declaraciones se admitirán sin más trámite, pudiendo el juez encomendarlas al secretario. Las actuaciones permanecerán reservadas hasta tanto se ejecuten las medidas. Tramitarán por expediente separado, al cual se agregarán, en su caso, las copias de las pertinentes actuaciones del principal*".

Corresponde así aclarar que la declaración testimonial que complementa la presunción de verdad o verosimilitud del derecho que fundamenta el pedido de medidas cautelares (v.gr.: art. 209 inciso 2º, CPCC) sigue las formas de la prueba de testigos, con la diferencia que estos pueden exponer sus dichos en el mismo escrito donde se solicita la precautoria.

Luego, sea al tiempo de presentar el escrito en el juzgado, o en primera audiencia que convoque el juez interviniente, deberán ratificar sus dichos y la firma que acompañó el pedido. Mientras las cautelares no se ordenen, el trámite debe ser reservado y secreto, e independiente del expediente principal, toda vez que las providencias precautorias se han de ordenar sin oír a la otra parte.

171.6 Resolución, notificación y recursos

Se ha destacado con insistencia que las medidas cautelares se decretan y cumplen *inaudita pars*; característica necesaria para dotar de eficacia su

concreción al evitar la distracción de bienes propios del sujeto pasivo de la cautela.

La ausencia del previo derecho de defensa no vulnera la adecuada prestación de tutela jurisdiccional hacia el demandado, porque se equilibra con la contracautela exigida y, esencialmente, porque al tener también la medida cautelar un destino asegurativo de las decisiones judiciales, esta finalidad podría frustrarse si el deudor conociera anticipadamente la pretensión.

Una vez hecha efectiva la precautoria debe notificarse la traba si el afectado no hubiese tomado conocimiento de ella al tiempo de su materialización. El comunicado pone en camino la bilateralidad y contradicción habitual en todo proceso, dándole oportunidad para que propicie alternativas de modificación, cambio o sustitución que, con derecho, creyere conveniente formular.

El cautelado puede, asimismo, recurrir por reposición la medida, toda vez que ésta se decreta como si fuera una providencia simple. La apelación también está prevista conforme lo explicamos precedentemente.

La notificación de las medidas trabadas se debe concretar en el plazo de tres días desde que se cumplimentan, siendo responsable por la demora el propio beneficiario.

CAPÍTULO XIX

TEORÍA GENERAL DEL EMBARGO

174. Precisión terminológica

Usualmente al embargo se lo concibe como un mecanismo de apropiación de bienes del deudor; pero lejos está de significar tal cosa, aunque de hecho lo suponga. En realidad proviene del latín *imbarricare* que expresa la idea de impedir, estorbar, obstaculizar y embarazar, y así es como lo adoptan muchos textos. Recién en el Ordenamiento de Alcalá adquiere el sentido técnico que representa, esto es, como retención judicial de un bien para sujetarlo a las resultas de un proceso ([75]).

Ahora bien, detrás del enunciado se esconden otras situaciones que es necesario comprender, para que desde la interpretación, se consigan explicaciones coherentes con la función que persigue el instituto.

La primera es deducir si el embargo es un poder jurisdiccional o un derecho del que lo pide, o si ambos simultáneamente; luego, determinar si hay un procedimiento particular que sea propio y realizable solo en el embargo; y finalmente establecer la situación jurídica que se crea a partir del sometimiento de bienes, ya sea con relación a ellos o con las personas que son dueños, poseedores o simples custodios de la cosa.

Estos son encuadres que corresponden al derecho procesal, y se aclaran porque también el embargo es analizado por el derecho civil, que lo concibe como

---

[75]. Cachón Cadenas, Manuel J., *El embargo*, Bosch, Barcelona, 1991, p. 23.

un derecho real ([76]), en la medida que es una potestad del titular para tener un poder directo e inmediato sobre la cosa; lo cual es contradictorio, porque salvo situaciones excepcionales de afectación por el titular (v.gr.: embargo voluntario para afianzar), la indisponibilidad la pretende el embargante quien no tiene poder alguno sobre la cosa, sino, en todo caso, sobre el derecho que lo fundamenta.

En consecuencia, […] "no es posible trasladar al embargo el esquema peculiar de las situaciones y relaciones jurídicas pertenecientes al derecho privado. Es cierto que alguno de los efectos del embargo incide, indirectamente, en el ámbito sustantivo. Pero hay otros cuyo alcance queda circunscripto al desarrollo del proceso" ([77]).

175. El poder cautelar

El embargo está inserto dentro de las medidas cautelares que se pueden disponer de oficio o a petición de parte interesada. Como son esencialmente discrecionales, también el embargo corre esa suerte, aunque sea la medida más habitual y corriente por la versatilidad y adaptación que tiene para afectar cosas y bienes registrables.

La autoridad del tribunal permite elegir la medida más apropiada al fin dispuesto, sea preventivo o ejecutorio, en cuyo caso, también es diverso el sistema de ejecución y cumplimiento.Si la medida es el embargo, el poder jurisdiccional será cautelar cuando la orden de afectación sea preventiva; mudando el carácter a lo puramente ejecutorio cuando se trata de realizar las cosas o bienes oportunamente embargados.

Esta diferencia tiene importancia e impacta en la discrecionalidad. Mientras en la etapa cautelar, el juez conserva el poder de disposición (porque las medidas

---

[76]. Ramos Folques, *El procedimiento real de las anotaciones preventivas del embargo,* en Revista de Derecho Privado, 1952 p. 720; Roca Sastre, *Derecho hipotecario,* Bosch, Barcelona (7ª ed.), 1979, p. 222, cfr. Cachón Cadenas, ob. cit., p. 67

[77]. Cachón Cadenas, ob. cit., p. 68.

cautelares son provisionales y esencialmente conservatorias pudiendo cambiar por otra cuando la finalidad sea más efectiva), no lo es en la etapa ejecutiva, donde la realización de los bienes solo puede alterarse por una sustitución voluntariamente aceptada por el ejecutante del derecho (v.gr.: impedir la subasta del bien por el pago de suma líquida).

En esto la distancia del interés es manifiesta. La potestad dispositiva del órgano jurisdiccional tiene naturaleza pública; en consecuencia, es distinta de la facultad de disposición que corresponde al titular de los bienes embargados. Hasta tal punto esto es así que –dice Cachón Cadenas- […] "durante la vigencia del embargo, pueden coexistir ambas situaciones jurídicas subjetivas, aunque la facultad dispositiva del ejecutado sufra algunas limitaciones" ([78]).

176. El poder dispositivo del embargante

Quien consigue una medida cautelar no se hace dueño de un derecho especial que pueda tener una naturaleza distinta al efecto que produce un acto procesal favorable a la petición realizada. Con ello queremos indicar que no se adquiere ningún derecho real, y las únicas ventajas son de orden técnico, como puede ser la *preferencia* en el cobro que no es un *privilegio* del derecho material.

En la práctica, el embargo no crea ni declara derecho alguno, ni altera la naturaleza de las obligaciones, ni convierte en real la acción que carezca de este carácter, ni prejuzga sobre la situación del crédito, entre otras consecuencias que se quieran encontrar.

El poder que tiene el embargante, una vez que consigue superar la admisión formal que hace procedente el requerimiento, consiste en la elección del objeto sobre el cual recaerá la medida; si fuesen bienes muebles, podrá seleccionarlos con las limitaciones de la inembargabilidad, y aunque afecten el

[78]. Cachón Cadenas, ob. cit., p. 70.

derecho de terceros que, en su caso, podrán plantear las acciones que competan a cada caso (v.gr.: levantamiento de embargo; tercería de mejor derecho; etc.).

No obtiene la posesión de la cosa; sólo consigue una situación procesal que le acredita una ventaja respecto de otros acreedores del deudor, que aun no tuvieran resguardos legales. En su caso, el embargo competirá con otros créditos en la preferencia para el cobro, o en la calidad del reaseguro (v.gr.: los créditos que tienen privilegios son de mejor "calidad" que los que cuentan solo con preferencias).

El embargante, solo tendrá la cosa si al tiempo de trabar la medida practica simultáneamente el secuestro y es designado depositario; de otro modo, el embargado mantiene el deber de custodia.

Prieto Castro, al referirse a la privación del deudor de la facultad de disposición sobre sus bienes y derechos, señala que […] "un efecto de tal clase es de gran importancia fáctica, porque los bienes no pasan a poder del depositario inmediatamente después del embargo, ni tampoco la anotación registral del embargo se practica de forma inmediata, de manera que el deudor se podría sentir tentado a disponer de los bienes durante el lapso de tiempo que media entre el embargo y la ejecución de la correspondiente medida de aseguramiento de la traba" ([79]).

177. Las modalidades del embargo

El embargo tiene tres modalidades. Dos son de naturaleza precautoria, propiamente dicha, por eso se llaman *embargo preventivo* regulado en los arts. 209 a 212 del código procesal federal, y *embargo ejecutivo* que se otorga al acreedor de una obligación documentada en un título que trae aparejada ejecución

[79]. Prieto Castro, *Derecho Procesal Civil,* ob. cit., p. 106.

([80]). El restante, se denomina *embargo ejecutorio* que se admiten en los procesos de ejecución forzada (ejecución de sentencias) y persigue la realización inmediata de los bienes que se indisponen.

El *embargo preventivo* o precautorio persigue asegurar el resultado futuro de una sentencia, impidiendo que el deudor se desprenda de los bienes cautelados provisoriamente, los que se afectan al pago eventual e hipotético de una sentencia favorable. Es una herramienta disponible con los presupuestos generales de las medidas cautelares, pero también procede en situaciones regladas que le permiten eludir estos recaudos, en forma total o parcial, en cuyo caso el requisito de admisión es el encuadre legal previsto.

Por su lado, el *embargo ejecutivo* respalda la ejecución forzada del crédito. Éste puede provenir de una obligación previamente documentada que, al ser reclamada en un juicio ejecutivo, faculta al acreedor a anticipar el resguardo con un embargo de tipo preventivo, que se convierte en ejecutivo, tras la sentencia que manda llevar adelante la ejecución; o bien, ser producto del acto consecuente y necesario de la ejecución de sentencia, que constituye el presupuesto para que el embargo sea *ejecutorio*, que se convierte en un modismo del embargo ejecutivo.

La diferencia está en que el *embargo preventivo* es *provisional* y *condicionado* al resultado que la sentencia persigue obtener; mientras que el *embargo ejecutivo* es también *provisional* pero no *requiere de presupuestos de admisión* porque ellos están ya enumerados en la ley (v.gr.: el art. 502 del código local, al comienzo, establece que si la sentencia contuviere condena al pago de cantidad líquida y determinada o hubiese liquidación aprobada, a instancia de parte se procederá al embargo de bienes, de conformidad con las normas establecidas para el juicio ejecutivo). De su parte, el *embargo ejecutorio* es definitivo porque permite proceder de inmediato al cobro del crédito respectivo.

---

[80]. Arazi, Roland - Rojas, Jorge, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación,* Tomo 1, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2001, p. 675.

Cabe aclarar que, el embargo, aun ejecutorio, no consagra automáticamente derechos, porque su ámbito es por naturaleza instrumental. Aquél sirve al fin del cumplimiento de la ley que es la única fuente esencial de derechos. Si el contenido de esta fuente se altera no cabe que por un mero juego de relaciones temporales de índole procesal, ciertos derechos se petrifiquen al margen del cambio legislativo y aseguraren a quién no es sino titular de una disposición de tal carácter instrumental el goce de un derecho de fondo que ha cesado de asistirle.

Palacio sostiene que el embargo de este tipo no actúa propiamente como una medida cautelar, porque se diferencia en los presupuestos y en las consecuencias; no requiere la prestación de contracautela, no está sometido a plazo de caducidad y solo puede levantarse si el bien es inembargable o si prosperan algunas de las excepciones previstas por el ordenamiento ([81]). Criterio que no compartimos porque el embargo no es un derecho autónomo, sino un instrumento de la tutela cautelar que puede revertir su estado.

En efecto, el embargo como acto único de afectación de bienes, puede ser, sucesivamente, *preventivo*, *ejecutivo* y *ejecutorio*, pues la naturaleza depende del tiempo y de los actos que respalda con los bienes ([82]). Pero, si se anulare el procedimiento ejecutivo o se declarare la incompetencia, el embargo trabado se mantendrá, con carácter preventivo, durante quince días contados desde que la resolución quedó firme. Se producirá la caducidad automática si dentro de ese plazo no se reiniciare la ejecución (art. 546, CPCC).

El caso es una suerte de reversión del estado progresivo que puede adquirir el embargo. Decretada la nulidad procesal del trámite, o habiéndose declarado la

---

[81]. Palacio, *Derecho Procesal Civil,* tomo VIII, cit., p. 232.

[82]. Dice Rivas que […] “para que el embargo preventivo adquiera la potencia de un ejecutorio será preciso que el vencedor en el juicio de conocimiento inicie la ejecución de sentencia consiguiente pues ello hace a su poder de disposición; en esas condiciones, tendrá trascendencia real la transformación del preventivo en ejecutorio que se produce de pleno derecho y sin necesidad de una declaración judicial específica” (ob. cit., p. 174).

incompetencia del tribunal para entender en el juicio ejecutivo promovido, el proceso vuelve a su punto de inicio, es decir, se anula todo lo actuado desde el momento en que el vicio se produce.

La anulación obedece al error de procedimiento, y no puede afectar ni alcanza a las actuaciones cumplidas en orden a la admisión formal del título ejecutivo, el cual al tener superada la etapa de verosimilitud, proyecta su eficacia a los actos de aseguramiento que se hubieran conseguido. Por eso, si bien el código federal refiere al mantenimiento del embargo decretado, la continuidad alcanza a otras medidas cautelares, como la inhibición general de bienes, o las intervenciones dispuestas.

El error *in procedendo* exige reparación inmediata, acordando al actor un plazo de quince días (hábiles) contados desde que queda firme la providencia que declara la nulidad, para reiniciar la ejecución o enmendar el vicio advertido. Si transcurre el tiempo establecido y el actor no concreta los actos consecuentes, cesa *ipso iure* la vigencia del embargo; quedando a cargo del afectado el levantamiento de las medidas ordenadas, sin más trámite que requerir la emisión de los oficios necesarios para informar al registro respectivo cuando se trate de bienes inmuebles o muebles registrables. Si lo embargado fuesen bienes muebles, útiles y/o mercaderías, la caducidad es automática.

El *embargo ejecutorio* se decreta exclusivamente en etapa de ejecución de sentencia y constituye una etapa ineludible del procedimiento, a diferencia del trámite opcional que es cuando actúa en el molde de lo ejecutivo.

177.1 Procedencia del embargo preventivo

El embargo preventivo procede en dos vías. Una *general* sustentada en los presupuestos requeridos para todas las medidas cautelares y la cobertura adicional de la información de abono, destinada a acreditar la verosimilitud en el

derecho y el peligro en la demora; y otra *reglada*, donde basta encontrarse en las situaciones que la ley describe para la admisibilidad inmediata.

En ambos casos, la pretensión de embargo se puede deducir antes o después de presentar la demanda (o inserto el pedido dentro de ella), con la variación que en algunos casos predispuestos por la norma, no se va a exigir prestar contracautela.

El código procesal federal engloba todas las situaciones que dan lugar al embargo preventivo con una clasificación similar, de manera que será procedente cuando concurran las circunstancias siguientes: *a)* Relación convencional previa; *b)* verosimilitud del derecho; *c)* peligro en la demora; *d)* supuestos especialmente previstos (reglados).

No obstante, en los casos de embargos especialmente dispuestos, como sucede con las reglas de los arts. 209 a 212 del código referido, es posible distinguir la procedencia cuando la existencia de la deuda se demuestra con instrumentos públicos o privados; respecto de aquellas contingencias basadas en la sospecha fundada que la deuda no será cumplida, donde será necesario elaborar la cautela sobre el peligro en la demora. Cuando el análisis versa sobre estas particularidades, no es necesario acumular los presupuestos de admisión, sino que basta con acreditar la apariencia razonable del derecho o el riesgo de no adoptar decisiones de inmediato.

En los casos del artículo 209 es necesario que el demandante posea un crédito en dinero o en especie. Si es del primer tipo la necesidad es de suma líquida o fácilmente determinable; en cambio cuando resulta en especie, debe acreditarse la posibilidad de un resarcimiento indemnizatorio.

En consecuencia, los casos de embargos reglados que escapan a los presupuestos objetivos y subjetivos de las medidas cautelares (o los cumplen parcial o indistintamente) imponen demostrar en la petición que la deuda que se reclama es líquida o de fácil determinación, o en su caso, que se vincula con un

deber de dar, hacer o no hacer que puede justipreciar el daño por la omisión de acatamiento. Con ello estará en condiciones de plantear el embargo en los casos que la norma particulariza.

a) Deudor sin domicilio en Argentina

Varios códigos adjetivos de nuestro país otorgan al acreedor el derecho de pedir un embargo preventivo sobre bienes del deudor que no tiene domicilio en Argentina. El deudor referido es solo una licencia del idioma porque, en realidad, corresponde interpretar que se trata del sujeto pasivo de la demanda. La sola circunstancia de no tener domicilio en el lugar donde tramita el proceso, es suficiente para acordar el embargo preventivo del demandado (si fuera el actor quien no tuviera domicilio local, la vía es el arraigo), siempre claro está, que haya acreditado y justificado el carácter de la deuda.

Por eso, sostiene Díaz Solimine que […] "la mera circunstancia de que el deudor tenga domicilio en el extranjero crea la presunción de peligro en la demora, circunstancia esta última que no releva al peticionario de acreditar la verosimilitud del derecho" ([83]).

Nos parece evidentemente desproporcionado el derecho que se acuerda al demandante ([84]), porque además de discriminatorio y contrario al derecho internacional de los derechos humanos (genera una discriminación inversa al dar un derecho por la residencia sin posibilidad de equilibrio o igualdad en el derecho del afectado), autoriza a eximir de responsabilidad a quien obtiene la medida, aun cuando fuera ésta trabada indebidamente (cfr. art. 208, CPCC).

---

[83]. Highton, Elena I. – Areán, Beatriz A., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación,* Tomo 4, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 283 (comentarios al art. 209 a cargo de Omar Díaz Solimine).

[84]. Sostiene Palacio que […] "la solución resulta cuestionable, pues el mero hecho de carecer de domicilio en la República (o en la provincia), si bien puede eventualmente dificultar la sustanciación del juicio no compromete la responsabilidad patrimonial del deudor ni afecta el derecho del acreedor, a quien la ley acuerda una amplia tutela cautelar con prescindencia de aquel hecho" (*Derecho Procesal Civil,* tomo VIII, cit., p. 120)

Obsérvese también el caso de personas jurídicas extranjeras sin domicilio cierto en el país, pero con filiales conocidas, pues para ellos no debiera regir el supuesto de marras, ante las leyes internas que disciplinan la constitución de sociedades extranjeras y la organización de sucursales.

Inclusive, la condición de extranjero sin domicilio verificable no determina por sí la presunción de que se habrá de eludir la acción de la justicia o entorpecer la posibilidad de lograr cauciones, pues ello poco sugiere sobre su persona para concluir en una valoración negativa; en realidad lo que importa es que no tenga bienes en la república antes que un domicilio propiamente dicho.

b) Créditos documentados

La posibilidad de requerir un embargo preventivo, sosteniendo la verosimilitud con títulos de respaldo, no siempre es factible desde que el tipo de documentos condiciona la procedencia. Cuando son instrumentos públicos de los reglamentados en el art. 979 del Código Civil, la existencia del crédito es lo único que facilita la admisión de la cautela, porque si el documento también contiene el reconocimiento de deuda líquida, que puede encontrarse vencida y, por tanto, ser exigible, es mejor plantear la validez ejecutiva del título con el adecuado tipo de embargo.

Alsina sostenía que […] “en determinadas circunstancias, es posible que convenga más a sus intereses optar por un embargo preventivo. Por ejemplo, si teme que su deudor enajene sus bienes, puede pedir un embargo preventivo el que … se diligenciará sin previa intimación de pago” ([85]).

Lo cierto es que la utilidad del instrumento público para obtener el embargo preventivo es poco frecuente al ser productor de mejores resultados el embargo ejecutivo disponible.

---

[85]. Alsina, *Tratado teórico práctico…,* tomo V, cit., p. 468.

En cambio la utilidad del *instrumento privado* es evidente, porque consiente asegurar el cumplimiento de una obligación exigible pactada en un documento que por sí mismo no trae aparejada ejecución. El mismo, a los fines del embargo, requiere la información sumaria de dos testigos que declaren sobre la autenticidad de la firma del deudor inserta en el documento, es decir que no resulta necesario que abonen con su presencia la celebración del acto, o que conozcan el contenido del instrumento.

No obstante, la autenticidad de la firma se puede conseguir con otros mecanismos de igual validez, como la certificación notarial ([86]), o el dictamen pericial pertinente.

En algunos supuestos se pone en duda la posibilidad de trabar un embargo preventivo si el título no resulta indubitable, sea por sus condiciones extrínsecas como por faltar el reconocimiento de deuda líquida, vencida y exigible. El argumento para impedirlo se basa en que el documento no tiene verosimilitud suficiente; sin embargo, la admisión de la medida tiene como presupuesto general la existencia de una deuda en dinero o especie, y que se reconozca la autenticidad del crédito abonando la firma del deudor con cualquiera de las mecanismos recién indicados.

En todo caso, la confusión surge derivada de la confrontación que tiene el instrumento privado (art. 523 inciso 2º, CPCC) como título ejecutivo portador del

---

[86]. Díaz Solimine aclara que esta posibilidad se encuentra especialmente prevista en el art. 523 inciso 2º del código, respecto de los títulos ejecutivos instrumentados en documento privado suscripto por el obligado o cuya firma estuviese certificada por escribano con intervención del obligado y registrada la certificación en el protocolo, de modo que la aplicación analógica se impone (Highton - Areán, ob. cit., p. 285). También Palacio argumenta que el precepto no excluye la posibilidad de que la autenticidad de la firme resulte de circunstancias ajenas a la información de abono, lo que ocurre si aquella se encuentra certificada por escribano o no ha sido desconocida por el demandado. Es obvio, por lo demás, que el actor puede prescindir de la mencionada información, que comporta un procedimiento institutito en su beneficio, y requerir, en cambio, la citación del presunto deudor en la forma prescripta para la preparación de la vía ejecutiva, siendo admisible, en caso de negativa, la práctica de prueba pericial (Derecho Procesal Civil, tomo VIII, p. 107).

derecho a conseguir un embargo de esa naturaleza. Es cierto que el sistema procesal argentino adopta una etapa de conocimiento previo que desnaturaliza la esencia de la ejecución pura, tornando al embargo ejecutivo, en preventivo, mientras no se dicte la sentencia que manda llevar adelante la ejecución; pero también lo es, que esta naturaleza está discutida y que el embargo precautorio custodia la deuda en dinero o especie, sin necesidad de que ésta esté vencida y vuelta exigible.

Si queda demostrado el peligro que sufre el demandante de no obtener el embargo, y el crédito lo sufraga dentro de los esquemas previstos por la norma legal (arts. 209 a 212, CPCC), nos parece que no podría negarse la procedencia.

Algunos ordenamientos procesales, como el Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Santa Fe (art. 277) son más claros al permitir que […]: "*En cualquier estado de la causa y aun antes de la demanda podrá el actor pedir el embargo preventivo de bienes del deudor sin necesidad de acreditar la deuda y con la sola condición de prestar fianza o caución bastante para cubrir los daños y perjuicios si resultase que fue solicitado sin derecho*…". Este sentido corriente en lo precautorio debiera ser la regla de razonabilidad para el embargo preventivo.

Vale decir, si la deuda existe y el crédito se demuestra, la contracautela obraría como reaseguro del afectado, anteponiéndose a la discrecionalidad del juzgador que pone condiciones que la ley no exige.

c) Contratos bilaterales

Hablar de contratos bilaterales es ciertamente impreciso, desde que la existencia de partes contratantes es la característica de todo contrato, donde la negociación, celebración y documentación del acuerdo alcanzado construye la convención.

La bilateralidad tiene que referirse a otra cosa; y ésta es la posibilidad de tener mutuas estipulaciones, de modo que, habiendo cumplido una, cuanto se comprometió a realizar, tiene derecho a exigir de la otra, su parte en la ejecución, pudiendo plantear contra el mismo, un embargo preventivo previendo una eventual renuencia u oposición infundada.

De algún modo, es un complemento de la deuda en dinero o especie previsto como condición general, por lo cual las firmas del contrato se deben demostrar con la información de abono. Pero hay algo más: el demandante tiene que probar, al igual que las reglas dispuestas por el Código Civil (art. 1201, 1204 y concordantes), que el ha cumplido la prestación u ofreciese hacerlo, salvo que la obligación sea a plazo. En éste último caso, el solicitante tendría que acreditar que el deudor trata de enajenar, ocultar o transportar sus bienes, o que procura disminuir notablemente su patrimonio después de contraída la obligación ([87]).

La prueba se rige por los principios generales, pero puede extraerse la verosimilitud del contenido de la pretensión expuesta en la demanda principal, donde el actor pone de manifiesto su voluntad de cumplir o de haber realizado las mandas que a él correspondían.

El código federal contempla la hipótesis en el art. 209 inciso 3º ("*Que fundándose la acción en un contrato bilateral, se justifique su existencia en la misma forma del inciso anterior, debiendo en este caso probarse además sumariamente el cumplimiento del contrato por parte del actor, salvo que éste*

[87]. El art. 278 del Código procesal de la provincia de Santa Fe establece esta regla. Según Rambaldo […] "se trata de créditos no exigibles, de lo que se desprende que no le es posible al solicitante de la medida esgrimir ninguna pretensión, ya sea de conocimiento o de ejecución […]. Es así que una interpretación adecuada hace que en el caso de los supuestos previstos en este art. 278 pár. 2º) no sea imperativa la interposición de la demanda o medida asegurativa dentro de los quince días, puesto que se le estaría requiriendo que promoviera una pretensión que seguramente no podría prosperar en virtud de la inexigibilidad del crédito. Pero como la cautela preventiva debe concretarse en el resguardo del crédito pretendido judicialmente, juega al respecto la caducidad de la medida preparatoria en caso de no promoverse la demanda (o medidas preparatorias) después de haber transcurrido quince días desde que el crédito se tornó exigible (art. 286, CPC Santa Fe)" (Peyrano, Jorge Walter [director] – Vazquez Ferreyra, Roberto A. [coordinador], *Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Santa Fe,* Tomo 1, Juris, 1997 (1ª reimpresión), Rosario, p. 837).

ofreciese cumplirlo o que su obligación fuese a plazo), disposición demasiado vaga y diluida ante la multiplicación casuista que obliga a resolver caso por caso un derecho precautorio que no tendría que sufrir tanta dilación. Mucho más, si se tiene en cuenta que la apariencia de obrar con derecho requiere, únicamente, una verificación sumaria.

Por eso hay situaciones confusas como el tipo de pretensiones admisibles. La norma señala el cumplimiento del contrato, no la rescisión, contingencia que parece más una inadvertencia que una prohibición. Palacio, por ejemplo, dice que […] "el embargo procede no obstante reclamarse la rescisión de un contrato bilateral, como es la compraventa, si del correspondiente boleto surge la entrega, por el actor, de una suma de dinero en calidad de seña y aquél es reconocido o sus firmas son abonadas por testigos, o bien el demandado reconoce haber recibido la seña, aunque en tales casos el embargo debe limitarse al importe de aquélla" ([88]).

d) Deuda justificada en libros de comercio

El inciso 4º del art. 209 del ordenamiento local dispone que procede el embargo preventivo cuando la […] "*deuda esté justificada por libros de comercio llevados en debida forma por el actor, o resulte de boleto de corredor de acuerdo con sus libros, en los casos en que éstos puedan servir de prueba, o surja de la certificación realizada por contador público nacional en el supuesto de factura conformada".*

Los casos previstos se refieren a distintos supuestos: *a)* libros de comercio en general, llevados por el actor en debida forma; *b)* boleto del corredor de comercio asentado en sus libros; *c)* certificación contable en el supuesto de factura conformada.

---

[88]. Palacio, *Derecho Procesal Civil,* tomo VIII, cit., p. 112.

De todas formas los supuestos son indicativos pues las situaciones concurrentes, similares o paralelas tienen igual derecho precautorio, en la medida que detrás de cada documento está la firma de quien compromete con ella su responsabilidad profesional, lo que permite deducir la veracidad del contenido.

Con relación a los *libros de comercio,* la justificación que son llevados en legal forma corresponde realizarse por perito contador designado de oficio en la causa donde se promueve la tutela cautelar o se requiere el embargo (causa en trámite); ello impide que la compulsa provenga de un informe particular, porqué la exigencia apunta no solamente a la idoneidad de la compulsa, sino también, a la independencia de las partes que intervienen en el conflicto.

La excepción está en el párrafo final del art. 206.4, pues la certificación contable particular sólo es hábil en el ámbito de la factura conformada.

El contenido del informe contable tiene, a su vez, condiciones para que sirvan a los fines que se solicita. El decir que “son llevados en legal forma” o que no lo son en la forma dispuesta por la ley, no resulta bastante para acceder al embargo preventivo, toda vez que debe correlacionar los asientos con la deuda reclamada (lugar, tiempo de celebración, fecha de cancelación, previsión presupuestaria, imputación, estado contable, etc.).

Si se trata de libros contables llevados en el exterior, quien pretende la cautelar debe tramitar en la sede correspondiente la diligencia procesal, no siendo posible sustituirla con informes particulares.

Finalmente corresponde advertir dos cuestiones que problematiza la eficacia del instrumento. La primera es de orden formal, porque son tantas las condiciones de admisión y las demoras posibles hasta llegar al dictamen, que ponen en crisis la idoneidad que se pretende. La segunda es que no tiene en cuenta la posibilidad de anular el dictamen pericial frente a distintas cuestiones

como la ausencia de control del acto, la impugnación por falsedad del informe, o el incidente de nulidad procesal ([89]).

Cuando se considera el supuesto del *boleto del corredor de comercio,* estamos en el ámbito de las exigencias del Código de Comercio ([90]) que se refiere al deber que tienen estos profesionales de llevar un asiento cronológico de todas las operaciones concluidas con su intervención, transcribiendo sus datos esenciales en un libro de comercio, debidamente rubricado por la autoridad de aplicación.

Esta exigencia modifica el "cuaderno manual foliado" que antes era obligatorio y que fue el tenido en cuenta para acceder al embargo preventivo; de todos modos la actual legislación mantiene las consecuencias con los libros que ahora deben llevarse, en razón de que el corredor continúa la posición imparcial entre las partes que negocian.

La diferencia con el supuesto anterior (libros de comercio) aparece con la citación obligada al corredor para que reconozca la firma y el contenido del asiento, cuando se peticiona sobre ellos un embargo preventivo ([91]).

Finalmente la *certificación contable* solo es admisible en la factura conformada. Aclara Díaz Solimine que este documento sirve […] "de título suficiente para la acción ejecutiva, a opción del acreedor, la certificación contable emanada de contador público realizada sobre los libros del vendedor. Como se impone la necesidad de intimar al pago al deudor por cuarenta y ocho horas,

---

[89]. El art. 202 del Código federal autoriza al perjudicado por la medida cautelar para acreditar, en cualquier momento, la falsedad de la certificación y obtener de tal manera el levantamiento de aquella (Palacio, *Derecho Procesal Civil,* tomo VIII, cit., p. 117).

[90]. La Ley 25.028 derogó el Capítulo I "De los corredores" del libro I título IV del Código de Comercio; también derogó la ley 23.282 y reformó el decreto/ley 20.266/73 que fue la base de la disposición legal comentada en este parágrafo. De allí debe tenerse muy en cuenta la innovación desde que la principal modificación equiparó la actividad de los corredores (cuya calidad de comerciantes de por demás debatida) con la de los martilleros.

[91]. "Frente a su incomparecencia, o en el caso de que aquel documento no haya sido entregado a las partes, la medida puede peticionarse mediante la agregación de certificación contable sobre la existencia de la legislación de que se trate" (Palacio, *Derecho Procesal Civil*, tomo VIII, cit., p. 119)

quedando habilitada la vía judicial después de transcurridos diez días sin que se pago haya sido verificado (art. 14, decreto ley 6601/63 ratificado por ley 16.478), es posible obtener el embargo preventivo sin cumplir estas exigencias, sin perjuicio de que luego se inicie el proceso ejecutivo" ([92]).

e) Deuda sujeta a plazo o condición

El art. 209, inc. 5º del código procesal transmite claramente la idea de evitar que el deudor realice maniobras financieras destinadas a alterar su disponibilidad patrimonial. La norma establece que: "*Que aun estando la deuda sujeta a condición o plazo, se acredite sumariamente que el deudor trata de enajenar, ocultar o transportar sus bienes, comprometiendo la garantía, o siempre que se justifique del mismo modo que por cualquier causa ha disminuido apreciablemente la solvencia del deudor, después de contraída la obligación.*

En el ordenamiento es una previsión singular que debió estar incluida en un inciso anterior, sin quitar con ello las exigencias que tornan viable su procedencia.

En efecto, las posibilidades para plantear un embargo preventivo son dos: *a) cuando el deudor enajena, oculta o transporta sus bienes*, persiguiendo con ello perturbar la garantía que ofrecen al acreedor; ó *b) cuando después de contraída una obligación, el patrimonio del deudor se disminuye apreciablemente.*

La prueba directa es indudablemente la que confirma mejor la intención de quien pretende insolventarse, pero como a veces ella es dificultosa el medio habitual son las sospechas fundadas que trabajan sobre indicios y presunciones.

Este supuesto se limita a la obligación condicional, es decir, a aquella que está subordinada a un acontecimiento incierto y futuro que puede llevar o no a la adquisición de un derecho o la resolución de uno ya adquirido (art. 538, Código Civil); por tanto, mientras la ejecución del contrato sea efectiva, las situaciones de

---

[92]. Highton – Areán, ob. cit., ps. 295/296.

disminución patrimonial que se pretendan como provocadas con intención de perjudicar al acreedor, debe ser notable o manifiesta, pues la precariedad de medios no justifica la medida.

En tal sentido dice Novellino que […] "si bien *notable* y *apreciable* hacen al criterio subjetivo del juzgador, el segundo tiene mayor entidad y exteriorización. En cuanto a la *solvencia* es obvio que puede acreditarse mediante una pericia contable u otros medios informativos como son oficios al Registro de la Propiedad, informes bancarios, etc." ([93]).

La disminución patrimonial no tiene que ser dolosa o fraudulenta, bastando con la intención de sustraer el patrimonio comprometido a las acciones del acreedor (v.gr.: constituyendo una hipoteca, ya que la anotación en el folio real de la emisión del certificado creará la presunción seria de que el deudor está cambiando las preferencias).

En síntesis, las figuras descriptas en el régimen procesal transmiten claramente la idea de una maniobra instrumentada con el propósito de resguardar el patrimonio del deudor de todo tipo de medidas que puedan afectar su disponibilidad, es decir, se procura evitar que los bienes puedan ser alcanzados por diligencias precautorias, disminuyendo la solvencia de aquél. Es aquello que genera la presunción de que el deudor intenta ocultar su patrimonio con el propósito de sustraerlo del alcance de sus acreedores.

177.2 El embargo preventivo en situaciones específicas

Nos referimos en este pasaje a lo dispuesto en el art. 210 del código procesal cuando establece con el título "otros casos", varios supuestos de admisión del embargo preventivo.

Dice el precepto: *"Podrán igualmente pedir el embargo preventivo:*

---

[93]. Novellino, Norberto J., *Embargo y desembargo y demás medidas cautelares,* La Ley, Buenos Aires, 2005 (5ª ed.), p. 156.

“1. El coheredero, el condómino o el socio, sobre los bienes de la herencia del condominio, o de la sociedad, si acreditaren la verosimilitud del derecho y el peligro de la demora.

“2. El propietario o locatario principal de predios urbanos o rústicos, haya o no contrato de arrendamiento, respecto de las cosas afectadas a los privilegios que les reconoce la ley. Deberá acompañar a su petición el título de propiedad o el contrato de locación, o intimar al locatario para que formule previamente las manifestaciones necesarias.

“3. La persona a quien la ley reconoce privilegios sobre ciertos bienes muebles o inmuebles, siempre que el crédito se justificare en la forma establecida en el art. 209, inc. 2.

“4. La persona que haya de demandar por acción reivindicatoria, petición de herencia, nulidad de testamento o simulación respecto de la cosa demandada, mientras dure el juicio, y siempre que se presentaren documentos que hagan verosímil la pretensión deducida”.

La enumeración que trae el código refleja el anacronismo producto de las primeras leyes procesales de nuestro país. La única explicación que encuentra este artículo es para dar supuestos especiales que permiten la procedencia del embargo preventivo, pero aun así son innecesarios pues basta con los presupuestos generales para que ellos entren en consideración. Por ello, entendemos que no es una enumeración taxativa, sino enunciativa de situaciones habituales de conflictos que requieren asegurar el objeto a resolver.

La confusión que plantean es evidente, por ejemplo, en los casos del inciso 1º que exigen la demostración del *fumus bonis iuris* y el *periculum in mora*, mientras que para el inciso 4º solamente pide que la documentación sea verosímil. La discordancia podría llevar a la suposición que los presupuestos no coinciden para todos los casos, sino para algunos, lo que constituye un verdadero error.

a) Conflictos patrimoniales entre herederos, condóminos o socios

El embargo lo puede requerir el *coheredero, condómino* o *el socio*, siempre que acrediten la calidad invocada, cuando demuestren que sus pares en las respectivas situaciones, pueden afectar sus derechos en la sociedad.

Cada uno reporta en las acciones procesales previstas un complemento posible; por ejemplo, el art. 690 del código procesal establece medidas preliminares y de seguridad para conservar el patrimonio y documentos del causante; cuando se trata de dividir el condominio (art. 2692, Código Civil) mientras no sea una indivisión forzosa, también procede asegurar el bien; o en el caso de conflictos patrimoniales entre socios que autoriza a indisponer las acciones mientras se aclara el entuerto.

Si se admite que la institución de herederos crea un estado de indivisión similar al condominio en el sentido lato de copropiedad o concurrencia de varias personas con un derecho de igual naturaleza sobre el mismo bien; ello tornaría aplicable la disposición del art. 2680 del Código Civil que veda a uno de los condóminos ejercer sobre la cosa común, ni sobre la menor parte de ella, actos materiales o jurídicos que importen el ejercicio actual e inmediato del derecho de propiedad, sin el consentimiento de los otros. La prevención para ello, suficientemente demostrado, tolera el decreto de embargo preventivo.

Precisamente, conforme lo preceptuado por el art. 2680 indicado, ningún condómino puede, sin el consentimiento de todos ejercer sobre la cosa común ni sobre la menor parte de ella actos materiales o jurídicos que importen el ejercicio actual e inmediato del derecho de propiedad. La oposición de uno bastará para impedir lo que la mayoría quiera hacer a este respecto. Igual sucede con el cotitular de un fondo común de inversión que puede reclamar la cautelar, al mismo tiempo que reclame por la reparación del daño causado por la administración y gestión financiera de la inversión, toda vez que si lo hace en base a un certificado emitido a la orden recíproca, lo que implicaría que los cotitulares se atribuyeron

mutuamente la facultad de disponer del destino de los fondos con prescindencia de los restantes, quedaría demostrado el *fumus bonis iuris*.

Los embargos entre socios están reglamentados en la Ley 19.550 con criterio restrictivo. Por ejemplo, el art. 114 de la ley 19.550, consiste en extremar las exigencias relativas a la verosimilitud del derecho y al peligro en la demora contrariamente a la pauta directriz genérica en materia cautelar, el cual sin embargo se ve atenuado cuando se trata de establecer un mero control informativo ([94]).

El embargo procede no por el tipo de conflicto, sino porque el que lo pida demuestre con la existencia del crédito en dinero o especie, que la contraparte puede vulnerar la ejecución del resultado si antes no se inmoviliza el bien o la cosa objeto de la controversia. Es decir, que debe acreditarse el "humo de buen derecho" y el "peligro en la demora".

b) Conflictos de locación

La redacción algo confusa de este inciso no impide admitir la prevalencia de normas sustanciales sobre las adjetivas. Es evidente que la ley material invade el ámbito del derecho procesal con el objeto de proteger al locador, y para ello establece la vía ejecutiva en el art. 1578 del Código Civil. Así, la acción ejecutiva del locador procede no sólo para el cobro de los alquileres que se adeuden sino también para el de cualquier otra deuda contractualmente derivada de la locación (art. 1581 del mismo ordenamiento). Esta norma se complementa con el art. 1582

---

[94]. CNCom., Sala C, 1988/08/30, "*Elola c. Frigorífico General Deheza, S. A.*", La Ley, 1989-A, 373 - DJ, 1989-1-553. Asimismo, el embargo previsto en el art. 83 inc. 3º "in fine" de la ley 19.550 sólo procede cuando el acreedor de una sociedad en trámite de fusión vea disminuida la garantía común de su crédito por la concurrencia de los acreedores de la otra sociedad, por ejemplo, cuando la situación patrimonial de esta última no sea floreciente (CNCom., Sala D, 2000/03/04, "*OEM Telefonía Celular Argentina S.A. c. Miniphone S.A*.", La Ley, 2000-F, 302 - DJ, 2000-3-1113).

del Código citado, que hace extensiva la obligación y permite la vía ejecutiva contra quienes garantizaron su cumplimiento.

Los créditos por los que se reconoce el derecho a accionar, en los términos del art. 1578 comentado, se extienden a cualquier otra deuda derivada de la locación, esto es, cláusula penal, impuestos, tasas y expensas ya abonados con los accesorios correspondientes, si el contrato puso su pago a cargo del locatario.

Ahora bien, dada la amplitud de los arts. 1578 y 1581 indicados, es posible extender la ejecución a otros créditos derivados de la locación siempre y cuando surjan del título y representen un crédito líquido y exigible. El primero -en cuanto establece que "*compete al locador aunque la locación esté afianzada, acción ejecutiva para el cobro de alquileres o rentas*"- no se limita al rubro mencionado en el art. 1581, al extender el trámite privilegiado a "*cualquier otra deuda derivada de la locación*", entre las que debe tenerse por incluido, además de los impuestos, tasas y expensas, el pago del servicio telefónico que reconoce la misma fuente convencional.

De igual modo, el juego armónico de los arts. 1622 y 1578 del Código Civil permite concluir que el *status quo* al que el primero de ellas se refiere comprende necesariamente la posibilidad de reclamar los arriendos por vía ejecutiva, por cuanto el propósito legal que enuncia la segunda disposición no se vería cumplido si el locador, que hizo uso de la prerrogativa de mantener la vigencia del contrato, no contara con una vía expeditiva y eficaz para obtener el pago de su acreencia.

El art. 3884 del Código Civil, por su parte, dispone que la garantía se extiende no solo a los alquileres que se adeuden, sino también a todas las obligaciones del locatario que se derivan del contrato de arrendamiento ([95]).

Recuérdese que en este caso la caución juratoria se entenderá prestada en el pedido de medida cautelar (art. 199, CPCC), de manera que basta con demostrar los presupuestos de tolerancia.

---

[95]. Cfr. Kielmanovich, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, tomo I, cit., p. 313.

La limitación prevista en orden a que sea citado el locatario para expresarse al respecto, se relaciona con el derecho de retención que tiene el locador respecto de los objetos que adornan el inmueble arrendado y a ese efecto basta la presentación del título de propiedad o del contrato de locación sin que sea necesario que el locatario exhiba el último recibo, que es una exigencia reservada para la preparación de la vía ejecutiva en arriendos de pago pendiente ([96]).

El embargo preventivo -cuando no recae sobre bienes objetos del juicio o que tengan privilegios- puede sustituirse a pedido del afectado por una fianza personal equivalente.

En suma, este precepto procura la satisfacción plena de los créditos que tenga el propietario o locador de predios rústicos o urbanos, exista o no contrato de locación. La garantía que el embargo garantiza se aplica a las cosas afectadas por el citado privilegio, a cuyo efecto de resguardo es menester diligenciar un mandamiento.

c) Privilegios sobre muebles e inmuebles

El embargo que se autoriza en este acápite se fundamenta a favor de las personas que tiene un privilegio sobre bienes muebles o inmuebles y ha demostrado, previamente, el derecho a la cautela en la forma prevista en el art. 209 inciso 2º del ritual; vale decir, por medio de instrumento público, o privado abonada las firmas por dos testigos.

Son varias las situaciones involucradas, Novellino las presenta con relación a *cosas muebles*, en las siguientes […]: ”El locador de fincas urbanas o rurales tiene privilegio sobre todos los muebles que se encuentren en la casa del inquilino o que sirven para la explotación de la hacienda rural, salvo las excepciones consagradas por la ley. Este privilegio garantiza no sólo los alquileres que se deban sino también las otras obligaciones del locatario, que se derivan del

[96]. Cfr. Novellino, ob. cit., p. 161.

contrato de arrendamiento (art. 3883, según texto ley 12.296 y 3884 Código Civil); 2) el posadero sobre los efectos introducidos en la posada, mientras permanezcan en ella y hasta la concurrencia de lo que deba por alojamiento y suministros habituales a los viajeros (conf. art. 3886, Código Civil); 3) el acarreador sobre los efectos transportados que tenga en su poder o en el de sus agentes y durante los quince días que sigan a la entrega que hubiese hecho el propietario, por el importe del transporte y gastos accesorios (conf. art. 3887, Código Civil); 4) el obrero o el artesano sobre la cosa mueble que ha reparado o fabricado, mientras la cosa permanezca en su poder y por el precio de la mano de obra (conf. art. 3891, Código Civil); 5) el vendedor de cosas muebles no pagadas, sobre el valor de la cosa vendida que se halle en poder del deudor, haya sido la venta al contado o a plazo. Si la cosa ha sido revendida y se debiese el precio, el privilegio se ejerce sobre el precio (conf. art. 3893, Código Civil)" ([97]).

Respecto a privilegios sobre ciertos *bienes inmuebles,* la regla está impuesta en el art. 3878 del Código Civil al sostener que sólo se ejercen sobre inmuebles determinados, a no ser que los privilegios generales sobre los muebles no alcancen a cubrir los créditos privilegiados. Cualquiera sea el privilegio del acreedor, no podrá ejercerse sobre el lecho cotidiano del deudor y de su familia, las ropas y muebles de su indispensable uso y los instrumentos necesarios para su profesión, arte u oficio. Sobre estos bienes tampoco podrá ejercerse el derecho de retención (conf. art. 219, CPCC sobre bienes inembargables).

Se pueden enumerar los privilegios siguientes: 1) El vendedor de cosas inmuebles que no ha dado término para el pago, puede reivindicarlo del comprador, o de terceros poseedores (art. 3923, Código Civil), o también, aunque hubiese hecho tradición de él, tiene privilegio por el precio que le es debido, y puede ejercerlo sobre el valor del inmueble, mientras se halle en poder de deudor; pero los administradores de los bienes concursados están autorizados para retener el inmueble, pagando inmediatamente el precio de la venta y los intereses

[97]. Cfr. Novellino, ob. cit., p. 162.

que se debiesen; 2) el que ha dado dinero para la adquisición de un inmueble, goza de privilegio sobre el inmueble para el reembolso del dinero dado, con tal que por la escritura de adquisición, conste que el inmueble ha sido pagado con el dinero prestado, aunque no haya subrogación expresa; 3) los coherederos y todos los copartícipes que han dividido una masa de bienes compuesta de muebles e inmuebles, o de varios muebles determinados, tienen privilegio por la garantía de la partición sobre los bienes antes indivisos, y también por el precio de la licitación del inmueble, adjudicado a alguno de ellos (art. 3928, Código Civil); 4) el donante tiene privilegio sobre el inmueble donado por las cargas pecuniarias, u otras prestaciones líquidas, impuestas al donatario en el acto que comprueba la donación (art. 3930, Código Civil); 5) los arquitectos, empresarios, albañiles y otros obreros que han sido empleados por el propietario para edificar, reconstruir, o reparar los edificios u otras obras, gozan por las sumas que les son debidas, de privilegio sobre el valor del inmueble en que sus trabajos han sido ejecutados. Los subempresarios y los obreros empleados, no por el propietario sino por el empresario que ha contratado con ellos, no gozan de este privilegio (art. 3931, Código Civil); 6) las personas que han prestado dinero para pagar a los arquitectos, empresarios u obreros, gozan del mismo privilegio que éstos, siempre que conste el empleo del dinero prestado por el acto del empréstito, y por los recibos de los acreedores primitivos (art. 3932, Código Civil); como también quienes han suministrado los materiales necesarios para la construcción o reparación de un edificio, u otra obra que el propietario ha hecho construir, o reparar con esos materiales, tienen privilegio sobre el edificio, o sobre la obra que ha sido construida o reparada (art. 3933, Código Civil); 7) los hipotecarios son preferidos sobre los bienes gravados con la hipoteca.

Algunos supuestos tienen repercusiones propias; un caso es el beneficio que tiene el abogado por los gastos de justicia y honorarios (conf. art. 3879 Código Civil y doctrina que lo informa: art. 3900); con la aclaración que la manda no deberá hacerse efectiva sobre la totalidad del bien sino en el porcentual relacionado con el crédito, razón por la cual es facultad del Tribunal, a fin de evitar

perjuicios o gravámenes innecesarios al titular de los bienes, limitarlo en atención a la entidad del derecho que se intente proteger (conf. art. 204, Código Procesal).

En todos los casos el crédito se confirma con las pautas ya indicadas, pero gozan del beneficio de no tener que demostrar la cuantía del crédito.

d) Otras acciones

El inciso 4º permite el embargo preventivo a favor de quien promueve una acción reivindicatoria, petición de herencia, nulidad de testamento o simulación; que se aplica sobre el objeto que se pretende asegurar (recuperación del inmueble o muebles; bienes del sucesorio, y cosas afectadas en la simulación, respectivamente), y mientras dure la situación litigiosa. El requisito de procedencia son documentos fehacientes que demuestren la verosimilitud del derecho. No se necesita acreditar el peligro en la demora.

Esto determina que, para la admisión de la medida precautoria solicitada la apariencia fundada del derecho que se pretende asegurar no supone la prueba plena sobre los presupuestos sustanciales de la pretensión que precisamente, constituyen el objeto del litigio. Precisamente el problema estaría en prueba documental que es de difícil o imposible obtención, como sucede en los procesos de simulación.

Por eso, a los fines de ordenar la precautoria, el valor probatorio del contenido del instrumento privado, cualquiera fuese la vía por la cual se ha establecido su autenticidad, se debe considerar análogo al del instrumento público, comprendiendo a los firmantes y a sus sucesores universales.

Sin embargo, corresponde distinguir la verdad material de la relación de los hechos consignados en el documento, y la sinceridad de los mismos hechos. Con relación a la verdad material de instrumento, éste hace plena fe hasta la querella criminal de falsedad o la acción civil de redargución de falsedad, lo cual significa que para desvirtuar la eficacia del instrumento respectivo de la realización de los

hechos aseverados bajo la firma de las partes, será menester demostrar su falsedad, que si es aducida por alguna de las mismas partes, no puede resultar sino de la prueba de la adulteración del documento. En cambio, la sinceridad del instrumento vale hasta prueba en contrario que es posible rendir por cualquier medio y principalmente por el contradocumento que lo desvirtúa, de relevante aplicación en los casos de simulación.

En suma, la procedencia del embargo preventivo en procesos por declaración de simulación por un tercero requiere, para considerar acreditado el "*fumus bonis iuris*", que surja el carácter ficticio del negocio y el perjuicio que ocasiona a quien lo impugna. La calidad y el monto de la caución real respecto de un medida cautelar se graduará en función de la mayor o menor verosimilitud del derecho, teniendo en cuenta además la naturaleza de la pretensión cuyo resultado se quiere asegurar, los bienes involucrados y la gravedad de la medida.

De alguna manera, la misma ventaja tiene la *acción reivindicatoria* (art. 2758 y ss., Código Civil) porque no requiere acreditar el peligro en la demora; sólo exige que el “humo del buen derecho” se ratifique con la prueba documental, sin resultar suficiente las manifestaciones unilaterales del actor o la información de abono de testigos ([98]).

En un proceso reivindicatorio, el embargo es producto de la necesidad que se quiere preservar, y las defensas de fondo han de ser oportunas. Por eso, si el demandado quiere resistir el embargo con el derecho de retención debe hacerlo al tiempo de contestar la demanda y no después, ello por aplicación de los principios de eventualidad y preclusión.

La acción reivindicatoria nace de un derecho real que se ejerce con la posesión, por ello cuando los arts. 2789 y 2790 del Código Civil se refieren a "títulos", ello no debe entenderse en un sentido documental o formal como instrumento probatorio del dominio, sino como causa legítima de transmisión o

---

[98]. Highton – Areán, ob. cit., p. 313.

adquisición de la propiedad, es decir el acto jurídico que le sirve de causa a la tradición de la cosa, comprendiendo tanto a los traslativos de dominio como a los declarativos.

El título exigido para ejercer la acción reivindicatoria no es el instrumento sino la causa de la que proviene el derecho de dominio. Por ejemplo, el comprador de un inmueble tiene acción para peticionar su reivindicación contra el tercero poseedor, aun cuando personalmente no haya tenido la posesión, invocando la que tuvieron sus antecesores en el dominio, pues la venta importa implícitamente la cesión de todos los derechos y acciones que el vendedor tenía sobre la cosa, por lo que no es necesario que el reivindicante haya sido desposeído, siendo suficiente que lo haya sido alguno de sus predecesores en el dominio.

Finalmente debemos observar la situación que afecta los bienes que quedan embargados. Aquí aparecen varias situaciones: La venta en pública subasta del bien objeto de la acción no obsta a la traba del embargo solicitada en los términos del art. 210, inc. 4º. La medida debe afectar el depósito dinerario resultante del remate en tanto, por subrogación real, el precio obtenido sustituye al bien enajenado.Asimismo, como el artículo en cita, hace referencia al embargo preventivo que se traba con respecto a la cosa demandada mientras dure el juicio, la sustitución del inmueble sobre el cual se traba la medida es improcedente.

177.3 El embargo preventivo en la demanda de escrituración

El art. 211 del régimen procesal local dispone: "*Cuando se demandare el cumplimiento de un contrato de compraventa, si el derecho fuese verosímil el adquirente podrá solicitar el embargo del bien objeto de aqué*l".

El precepto recoge la jurisprudencia imperante admitiendo la procedencia del embargo del inmueble objeto de la escrituración, fundada en un boleto de compraventa, con el solo abono de la autenticidad del instrumento que la exterioriza. Este es uno de los pocos supuestos donde procede el embargo sin

monto determinado, porque se trata de asegurar la indisponibilidad del bien que se disputa mientras se resuelve el cumplimiento o la resolución contractual ([99]).

A los fines de admitir el embargo (que puede adicionar la inhibición general de bienes del deudor) quien demanda tiene que acreditar la verosimilitud del derecho mediante la información sumaria de testigos a través de la cual se abonaron las firmas del instrumento privado que sirve de sustento a la solicitada obligación de escriturar. Obviamente, el peligro en la demora existe por la sola posibilidad de que el obligado transfiera o grave en el curso del proceso, el inmueble en litigio, tornando ilusorio el cumplimiento de una eventual sentencia favorable.

No importa que la demanda de escrituración sea para un bien que admite subdivisión o fraccionamiento, porque mientras perdure el estado litigioso debe trabarse sobre la totalidad del inmueble. Excepción hecha cuando el juicio se refiere a la afectación de un edificio completo, donde debe limitarse a aquella sobre la que versa el pleito, lógicamente en el entendimiento de que así habrá de ocurrir cuando la unidad efectivamente exista como corolario de la redacción e inscripción del respectivo Reglamento de Copropiedad y Administración.

La contracautela a prestar tiene contradicciones jurisprudenciales; algunos sostienen que la modalidad *juratoria* debe reservarse para los supuestos que expresamente enuncia la ley, dentro de los cuales no tiene cabida el de escrituración; otros exigen que sea *real*, teniendo en cuenta la entidad e

---

[99]. Por eso se afirma que, si el embargo preventivo solicitado por el actor tiende a garantizar un futuro proceso por escrituración resulta procedente ordenar la traba sin monto determinado pues la finalidad de ese proceso radica en obtener la satisfacción "in natura" de una obligación de dar cosa cierta y de hacer y la medida está enderezada a individualizar e inmovilizar el inmueble a las resultas de lo que se resuelva en el principal (CNCiv., Sala G, 2002/04/02, "*López, Claudio P. c. Obras Civiles S.A*.", DJ, 2002-2, 1012 – La Ley, 2002-E, 622).

importancia de los valores en juego; finalmente están quienes afirman que no es necesario prestar ninguna cuando el derecho es verosímil ([100]).

El resumen observa que, a mayor fehaciencia de la prueba instrumental menores son los requisitos de acreditación para el embargo preventivo, es decir que si la demanda de escrituración se fundamenta en cuestiones muy controvertidas, no se podrá soslayar el requisito establecido de manera general en los arts. 195 y ss.; mientras que la existencia de un boleto, por ejemplo, y el pago a cuenta del precio, son elementos contundentes para demostrar la buena fe y el derecho aparentemente fundado en que funda la pretensión. También sigue este camino la decisión sobre la contracautela.

177.4 El embargo preventivo derivado de situaciones procesales

La verosimilitud del derecho puede ocurrir a través de reconocimientos, admisiones o declaraciones implícitas o expresas que suceden en el curso de las instancias. En virtud de ello, el código admite que esos hechos procesales tengan suficiente entidad para fundar una medida cautelar de embargo, sin necesidad de tener que recurrir a los pasos y presupuestos de los arts. 195 y ss., a excepción de la contracautela, la cual se entenderá prestada en el pedido de la medida cautelar (art. 199 párrafo segundo).

El dictado de precautorias derivadas de las situaciones del proceso, son autorizadas por el art. 212 del código procesal local y tienden a garantizar la

[100]. Por ello, resulta improcedente eximir de contracautela al que peticiona un embargo preventivo, sin monto determinado, a los fines de preservar los bienes respecto de los cuales iniciará juicio -en el caso, por escrituración-, si no se da ninguno de los supuestos contemplados en el art. 200 del Código Procesal (CNCiv., Sala G, 2002/04/02, "*López, Claudio P. c. Obras Civiles S.A.*", DJ, 2002-2, 1012 - La Ley, 2002-E, 622). En cambio no se exige contracautela (art. 199), si la verosimilitud del derecho surge del boleto base de la pretensión y el precio de venta fue abonado en su totalidad, por lo que no cabe exigir caución real por su traba, bastando sólo la juratoria del peticionario (CNCiv Sala C, 1987/08/24, "*Lorna, S. A. c. Copropietarios Charcas 3611/21*", La Ley, 1988-C, 271-DJ, 988-2-880).

eficacia del pronunciamiento, evitando que éste se torne ilusorio, o que la eventual ejecución de hechos posteriores prive al vencedor de consolidar en su patrimonio el resultado favorable que probablemente obtuviere con el dictado de la sentencia.

Hay tres supuestos: *a)* las derivadas de la condición de rebelde; *b)* las que surgen por reconocimiento expreso o ficto; y *c)* la sentencia favorable.

a) La rebeldía

El art. 63 del código adjetivo local permite disponer medidas precautorias (es decir, no solamente el embargo preventivo) sobre la parte cuya rebeldía se hubiera decretado. Es cierto que esta consecuencia procesal se puede tomar también de la prueba de posiciones (en su caso corresponde aplicar el inciso 2º del art. 212 del CPCC), pero en el caso se vincula con la falta de contestación de demanda de quien, debidamente emplazado no lo hace, y la parte contraria solicita la declaración de rebeldía procurando obtener un beneficio con esa resolución.

Se dice así que, la falta de contestación de la demanda sirve de fundamento a la medida cautelar pretendida. También, los documentos exhibidos por el actor, deben tenerse por reconocidos ante la incontestación de la demanda y rebeldía posteriormente declarada; sin embargo ello ha de experimentar las lógicas flexibilizaciones ya que, ningún juez podrá tener como real un documento, cuando de una forma u otra se han incorporado pruebas o evidencias que acreditan con fehaciencia la falsedad de aquél, ello aunque no se hubieren incorporado en el estadio procesal oportuno, ya que, prima la verdad real sobre el exceso de ritual manifiesto.

El embargo decretado tras la rebeldía es un caso automático de procedencia, que no requiere demostrar peligro en la demora ni fehaciencia del derecho. No obstante exige contracautela, pero ella puede ser personal, teniendo en cuenta que el art. 199 señala que la "*caución juratoria se entenderá prestada*

en el pedido de medida cautelar", en los casos de los arts. 210 incisos 2 y 3 y 212 incisos 2 y 3. Es cierto que la rebeldía declarada es un supuesto del art. 212 inciso 1º no previsto entonces para el caso; pero también lo es que el párrafo final del inciso 2º del art. 212 dice […] "*o en el caso del art. 356, inc. 1, resultare verosímil el derecho alegado",* lo que significa que si hay paralelos entre los efectos de la incomparecencia y la rebeldía, violaría el principio de igualdad acordar un embargo con caución juratoria a quien no pide la rebeldía, mientras que tendría que prestar otro tipo de caución (real) si la requiere.

La verosimilitud surge correspondiente con el reconocimiento de los hechos pertinentes y lícitos a que la demanda se refiere (arts. 60 y 356 inciso 1º, CPCC); mientras que el *periculum in mora,* tal como explica Kielmanovich, deviene admisible con abstracción de la solvencia que el rebelde pudiera tener...[...]. Agregando el profesor argentino que "...viene al caso señalar que, a tenor de lo que previene el art. 208, Código Procesal, no corresponderá la condena al pago de daños y perjuicios cuando se trata de una medida cautelar adoptada a raíz de la rebeldía del afectado, si bien, como hemos dicho antes, la exención de responsabilidad antedicha sólo podría referirse a la determinada por aplicación de las reglas generales procesales y por la vía incidental u ordinaria que determine el juez, pero no a la acción o más bien pretensión de responsabilidad común del derecho civil, pues dicho dispositivo no puede modificar el Código Civil" ([101]).

Para trabar el embargo preventivo (o cualquier otra medida cautelar) no es necesario que la rebeldía esté notificada y firme, basta con haberse declarado; el monto debe ser prudencial pues se limita al pago de las costas si el rebelde es el actor, o al aseguramiento del objeto del juicio en caso del demandado.

b) La confesión y el reconocimiento

[101]. Cfr. Kielmanovich, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, tomo I, cit., p. 318.

La confesión expresa, o la ficta deducida de la incomparecencia del absolvente a la audiencia de posiciones o bien por no contestar la demanda o hacerlo de manera insuficiente, admite, cuando el derecho sea verosímil, que se decrete un embargo preventivo.

La confesión es expresa cuando hay una manifestación libre que reconoce derechos u obligaciones a favor de quien los reclama. Ella se puede suscitar dentro y fuera del proceso (obsérvese que el código divide la confesión espontánea de la que se deduce del incomparecimiento o renuencia a contestar la demanda) y hace plena prueba contra quien confiesa.

Obliga al juzgador a desestimar cualquier prueba que pueda contradecirla, debiéndose dictar sentencia conforme a los hechos reconocidos con las salvedades previstas en el art. 423 del código procesal. En el seguro de responsabilidad civil, por ejemplo, la confesión de la parte demandada resulta suficiente para acreditar su existencia e incluso, para obviar la exigencia del principio de prueba por escrito. Sin embargo, ha de procederse con extrema cautela cuando se trate de la confesión del demandado principal en tanto asegurado, pues su interés, en el caso concreto, puede estar enfrentado con el de la aseguradora ([102]).

El problema de la confesión expresa aparece cuando se advierte que el juez tiene que anticipar de alguna manera su consideración, siendo que recién se tiene a la parte por confesa cuando así se declara en la sentencia. El quid está en la verosimilitud del derecho, que a veces es innegable, como cuando existen antecedentes claros y explícitos (v.gr.: condena penal); y en otros, la duda permite encontrar una valla a la orden cautelar inmediata.

De tal modo se sostiene que, la procedencia del embargo, en los términos del art. 212, inc. 2º, está supeditada a que de la confesión expresa o ficta del

---

[102]. CNCiv., Sala B, 1996/10/03, "*Olea de Barrera, María y otros c. Alonso, Raúl O*.", La Ley, 1997-F, 970, J. Agrup., caso 12.120.

demandado se pueda inferir el reconocimiento de la obligación que motiva la promoción de la litis, a efectos de demostrar la verosimilitud del derecho ([103]).

En cambio, tratándose de una acción que persigue el cobro de daños y perjuicios, reiteradamente se ha sostenido que en principio no cabe el embargo preventivo si tan solo existe "una expectativa de obtener en un proceso el reconocimiento de un derecho por más fundado que parezca". Empero excepcionalmente se ha admitido la traba de esta medida cautelar si media confesión expresa o ficta de los hechos y la responsabilidad imputada o existe condena criminal entre el demandado o el agente por quien es responsable.

El interrogante siguiente es saber si configurada *la "confesión ficta",* el decreto que ordena el embargo preventivo es automático.

La confesión judicial expresa -prestada con los requisitos pertinentes- se halla dotada por disposición legal (art. 423, CPCC), de una eficacia probatoria de carácter privilegiado, ya que por sí misma, es suficiente para tener por probados los hechos sobre los cuales recae. Se trata por lo tanto, de una prueba tasada, incluida en las excepciones al principio general consagrado por el art. 386 del régimen adjetivo. Por ello antiguamente se la llamaba: "*probatio probatissima*", "*regina probationum*", "*probatio* superlativa", etc.

No obstante, están quienes opinan que la confesión ficta tiene un alcance distinto al de la confesión judicial expresa, ya que la primera admite prueba en contrario que debe ser suministrada por el absolvente, mientras que la segunda constituye plena prueba. Por eso argumentan que, la confesión ficta del codemandado no resulta hábil por sí sola para autorizar el embargo preventivo solicitado por el actor -en el caso, respecto de una acción de despido-, pues los hechos que fueron admitidos por uno de los coaccionados no se encuentran

[103]. CNCom., Sala E, 1996/06/20, "*Lepera, Fernando R. c. González, Gustavo A.*", La Ley, 1997-C, 959 (39.516-S).

probados en relación a los otros que fueron demandados solidariamente con aquél en el juicio ([104]).

Establecer esta diferencia es una pauta elaborada por la interpretación judicial, con ella se deja de lado la letra de la ley donde la disposición no tiene dichas variaciones. Si bien es cierto la rebeldía en las posiciones no tiene un valor absoluto, también lo es que, mientras no se encuentre desvirtuada o neutralizada por otros elementos de juicio trascendentes, la misma es por sí sola suficientemente apta y eficaz para tener por acreditados los hechos relacionados en el pliego respectivo.

La razonable interpretación de los arts. 212 y 417 del código procesal federal ha de reposar sobre la distinción entre los efectos de la confesión ficta y los que conciernen al solo hecho de tenerse por absueltas las posiciones que, de suyo, nada adelanta sobre la apreciación de la prueba pero habilita para una declaración sobre la verosimilitud a los fines del embargo preventivo.

Precisamente, el objeto de las posiciones es obligar al contrario a que se retracte de sus aserciones, porque la ley presume que los hombres, por sentimiento religioso o por el deshonor que el perjuicio trae, no faltarán a la verdad al serles exigido bajo la santidad del juramento. En este supuesto, ha pensado también la ley que, si el litigante no comparece, es porque de antemano acepta

[104]. CNTrab., Sala V, 2003/09/26, "*Duant, Liliana M. c. Banco Río de la Plata*", DJ, 2004/01/14, 68. Es más, también se sostiene que la confesión judicial expresa no constituye plena prueba cuando se opusiere a la constancias de instrumentos fehacientes de fecha anterior agregados al expediente (CNCiv., Sala A, 1996/06/06, "*Scasana, Jorge c. Arexi der Ohannesian y otro*", La Ley, 1996-E, 641 [38.980-S]). En consecuencia, se resume, la posibilidad de decretar un embargo en un proceso en marcha, en virtud de lo dispuesto por el art. 212 inc. 2º, no implica que la medida cautelar deba ser otorgada en forma automática, es decir, por el solo hecho de mediar reconocimiento *ficto* en los términos del art. 356 inc. 1º del mismo ordenamiento. Por el contrario, debe manejarse esa posibilidad con suma prudencia, de modo que es necesario valorar razonablemente sus alcances, determinando si están reunidos los requisitos de verosimilitud del derecho y peligro en la demora (CNCiv Sala B, 1997/08/26, "*Ponce, Jorge G. c. Roman S. A. C.",* La Ley, 1998-B, 175).

como cierto lo que se le va a preguntar, prefiriendo que su confesión se produzca de esta manera, antes que sufrir el sonrojo de una retratación expresa ([105]).

La pregunta final estriba en interpretar el párrafo final que expresa la procedencia del embargo *"si resultare verosímil el derecho alegado*". Parcialmente se ha desentrañado la cuestión en los párrafos precedentes: la norma exige que se demuestre la verosimilitud en el derecho, con la diferencia que no se requiere de prueba directa, porque la misma se toma de los indicios y presunciones que emergen de la rebeldía, la incontestación, o la incomparecencia a la audiencia de absolución de posiciones. Ocurrida ésta, el embargo debiera ordenarse sin cortapisas.

c) Sentencia favorable

La sentencia favorable referida es la definitiva, pero alcanza a las interlocutorias que reconocen un crédito a favor de la parte. Por eso, resulta procedente cuando se trata de regulaciones de honorarios profesionales, pues la circunstancia de tratarse de un crédito aún ilíquido no impide ponderar la labor desarrollada por el interesado, que debe ser debidamente retribuida, tornándose verosímil el derecho a embargar sin perjuicio de las acciones que -ante una traba abusiva- correspondan al embargado.

---

[105]. En esta línea se afirma que, si bien mientras el juez no declare que se tiene por confeso al demandado, no hay confesión ficta que autorice la procedencia de la cautelar -embargo preventivo- solicitada durante el proceso, la incomparecencia injustificada de la demandada a la absolución de posiciones satisface en principio el requisito de verosimilitud invocado, en tanto constituye un indicio favorable, sumado, a las demás constancias incorporadas a la causa (CNCiv., Sala E, 2002/07/08, "*Falagan, Jorge N. S. c. Gotelli, Ana M.*", DJ, 2002-3, 455). O bien al expresarse que, el embargo procede cuando la verosimilitud del derecho resultare de una confesión (expresa o tácita), pero vertida judicialmente (CNCom., Sala D, 1992/04/03, "*Barcellandi, Domingo A. y otro c. Pillar, Angel R. y otro*", La Ley, 1992-E, 579, J. Agrup., caso 8314). Por eso, la procedencia del embargo, en los términos del art. 212, inc. 2º, está supeditada a que de la confesión expresa o ficta del demandado se pueda inferir el reconocimiento de la obligación que motiva la promoción de la litis, a efectos de demostrar la verosimilitud del derecho (CNCom Sala E, 1996/06/20, "*Lepera, Fernando R. c. González, Gustavo A",* La Ley, 1997-C, 959 [39.516-S]).

La sentencia favorable supone que las pretensiones han sido acogidas en su mayor parte, aunque él mismo hubiera recurrido la sentencia, y pese a que el demandado ya hubiera hecho la presentación de sus recursos. En tal dirección, el alcance de la garantía se extiende a todo lo que, eventualmente, debiera pagar el condenado en costas.

En nuestro parecer no es necesario que se acredite el *peligro en la demora*, que sí requiere alguna jurisprudencia aislada ([106]).

178. El embargo ejecutivo

El embargo se denomina ejecutivo porque se funda en un título de suficiente fehaciencia que al contener una deuda líquida o fácilmente liquidable, permite actuar sobre cosas o bienes, de manera directa, afectándolas al pago del crédito que se reclama.

Es una etapa intermedia entre el embargo *preventivo* y el *ejecutorio*; el primero trabaja precautoriamente, el otro es la fuente de compulsión directa para arremeter contra el patrimonio del deudor condenado. Por eso, el embargo ejecutivo es provisoriamente preventivo ([107]) en la etapa de conocimiento del juicio ejecutivo; y se convierte en ejecutorio tras la sentencia que manda llevar adelante la ejecución.

---

[106]. Se ha dicho que, corresponde el rechazo del embargo preventivo solicitado, con sustento en el art. 212, inc. 3°, ante una sentencia condenatoria, no firme, contra el Banco de la Ciudad de Buenos Aires, al no haberse acreditado el peligro en la demora pues esta entidad no parece ser una institución incumplidora de las condenas firmes que le son impuestas y se presenta como un banco de suficiente solvencia (CNCom., Sala D, 2000/07/13, "*Campos, Juan C. c. Banco de la Ciudad de Buenos Aires*", JA, 2002-I, 696).

[107]. El embargo ejecutivo no es cautelar para Palacio (cfr. *Derecho procesal civil*, t. VII, p. 231,) sí lo es para Podetti (actualizado por Guerrero Leconte) *Tratado de las ejecuciones*, cit., p. 207, Colombo, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, tomo II, cit., p, 247 y Couture que dice […]: "El embargo ejecutivo, aun seguido de una etapa de conocimiento, constituye una forma preventiva de la coacción, supeditada a lo que decida la sentencia" (*Fundamentos del derecho Procesal*, cit., p. 325).

Los títulos de crédito asignan el derecho al embargo ejecutivo cuya fuerza proviene del Código de Comercio y leyes especiales, de manera que las normas procesales actúan supletoriamente.

Materialmente el embargo ejecutivo es una orden judicial que resuelve aprehender la cosa o afectar bienes registrables, que quedan indisponibles para el titular hasta que el crédito que se reclama quede satisfecho. Ellos permanecen en poder del dueño quien asume la condición de depositario con las obligaciones que la custodia implica; cuando son bienes inmuebles, el orden de anotación en el registro correspondiente asigna un orden de preferencia para el cobro.

La traba del embargo en el juicio ejecutivo es un acto voluntario del ejecutante, que sigue la intimación de pago realizada al deudor. En el supuesto de que el ejecutado no pague en el acto de emplazamiento la totalidad de las sumas establecidas en el mandamiento, el Oficial evaluará conjuntamente con la persona autorizada a diligenciar la medida, tomará nota de los bienes que se indiquen y sean pasibles de ser gravados hasta cubrir las sumas reclamadas. Si bien de común se procede a inventariar los bienes con las indicaciones del acreedor, entendemos que se trata de una facultad privativa del Oficial de Justicia, quien actúa como representante delegado por el Juez.

No obstante, el autorizado puede indicar los bienes muebles que someterá al gravamen y que dejará en depósito y custodia de quien se encuentra en la casa. En caso de no aceptar el conferimiento, los bienes podrán trasladarse y quedar constituido el depositario que el Oficial de Justicia autorice a requerimiento del acreedor o su representante en la diligencia. Una vez que los bienes se afectan, se exige al deudor que informe si ellos se encuentran gravados y en qué condiciones y calidades.

Si los bienes que se pretenden discernir son inembargables (art. 219, CPCC), aunque se insista en tomarlos, el Oficial de Justicia debe imponer el criterio procesal que prohíbe afectarlos ("*no se trabará nunca embargo"* dice el

art. 219), pero si autoriza la práctica, queda en el afectado el requerimiento de su levantamiento.

Cabe aclarar que el embargo se denomina ejecutivo en esta etapa del juicio de condición, pero su naturaleza jurídica es “preventiva”.

Las principales diferencias surgen porque el embargo preventivo se resuelve antes o en cualquier estado de la causa; mientras que el ejecutivo es producto de una actuación concreta del juicio ejecutivo. Además, la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora, propio y necesario en el embargo preventivo, no es menester en el ejecutivo cuya fehaciencia viene dada por el título que lo fundamenta.

Cachón Cadenas afirma que […]: “El embargo ejecutivo consiste en una declaración de voluntad mediante la cual determinados bienes, que se consideran pertenecientes al ejecutado, se afectan o adscriben a la actividad de apremio que ha de realizarse en el mismo proceso de ejecución del que forma parte el embargo. Esta nota esencial del embargo ejecutivo engloba los siguientes puntos:

“En primer lugar, se afirma que la estructura simple y unitaria del embargo ejecutivo. Estructura simple por considerar que el único acto integrante del embargo es la declaración jurisdiccional de afectación, excluyendo, por tanto, la pertenencia a dicha estructura de otros elementos, tales como la localización de bienes, la elección entre los bienes de aquellos que han de ser afectados o las llamadas medidas de garantía de la traba. Estructura unitaria por ser común a todos los supuestos de embargo ejecutivo civil.

“En virtud del embargo, unos bienes quedan vinculados jurídicamente a la subsiguiente actividad de apremio. Ese nexo consiste, sustancialmente, en el poder que adquiere el órgano jurisdiccional para llevar a cabo sobre los bienes embargados actos dispositivos que permitan dar satisfacción a la pretensión deducida por el ejecutante. Los efectos que produce el embargo respecto del ejecutante, el ejecutado y los terceros se han de definir a partir de esta

dispositividad del ejecutor. Naturalmente, los actos de disposición que puede realizar el órgano judicial también tienen carácter procesal. En consecuencia, están sometidos a las correspondientes reglas del procedimiento" ([108]).

179. El embargo ejecutorio

Este tipo del embargo tiene resistencias de nombre pues algunos lo ubican como una modalidad del embargo ejecutivo, dependiendo del estado procesal cuando se ordene. Si lo es antes de la sentencia es ejecutivo, si lo es a consecuencia de ella, será *ejecutorio*.

En realidad la diferencia es semántica porque el embargo ejecutorio es una pieza clave en el procedimiento de ejecución de sentencias o en otro tipo de procesos rápidos como el monitorio. Tiene esencialmente una función ejecutiva, y se integra al procedimiento como un acto del mismo. Sin él no hay ejecución porque no habría bienes para realizar.

El embargo es jurídicamente necesario a diferencia de las medidas cautelares que son facultativas. Al quedar constituido como una etapa del proceso de ejecución pura, el embargo se convierte en un acto del sistema, que no se puede confundir con las medidas de aseguramiento propias del derecho privado (prenda o hipoteca, por ejemplo), aun cuando algunos efectos sean similares.

Dice Falcón que […] "el embargo es un acto jurídico procesal que produce una coacción sobre los bienes, los individualiza y establece su indisposición, logrando que éstos sean afectados a los fines del proceso, ya sea para garantizar la sentencia o para cumplirla ([109]). Con igual precisión agrega Fenochietto que […] "la solución para determinar su naturaleza indica la necesidad de estudiar especialmente el particular vínculo jurídico que crea el embargo entre el proceso

---

[108]. Cachón Cadenas, ob. cit., ps. 29/30.

[109]. Falcón Enrique M., *Procesos de ejecución,* Tomo 1 volumen A, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires / Santa Fe, 1998, p. 63

en que se lo ha decretado y el bien individualizado, produciendo efectos entre los litigantes y terceros a la ejecución. Esta relación se caracteriza por la *sujeción* de la cosa, con independencia de los actos del ejecutado realizados al respecto. Así, su venta total o parcial no puede ser opuesta al ejecutante, como tampoco puede impedir la prosecución de la ejecución. El bien permanece sujeto al poder ejecutorio del órgano público, cualquiera que sea el derecho adquirido por el tercero" ([110]).

[110]. Fenochietto, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, tomo 2, cit., p. 762.

CAPÍTULO XX

LAS MEDIDAS CAUTELARES EN PARTICULAR

180. El secuestro

El secuestro es una medida cautelar de *acción directa* que consiste en tomar bienes o cosas de propiedad del deudor que quedan en depósito y a disposición del juzgado mientras se sustancia el proceso donde se ordena.

También puede ser *indirecta* o *subsidiaria* y se configura cuando el embargo no es suficiente como garantía sino va acompañado del desapoderamiento.

De este modo, la doctrina prefiere dividir el concepto entre un *secuestro autónomo* que actúa con independencia del embargo; y otro *complementario*, que interviene cuando aquél, por sí solo, no pueda garantizar el derecho que se pretende resguardar. Por ejemplo, si el depositario de cosa mueble o semoviente -únicos objetos sobre los que procede el secuestro- denuncia que estos pierden valor por su conservación, o por el estado en que se encuentra, el juez puede ordenar el secuestro de los bienes para su inmediata realización (art. 205, CPCC). También, si es la misma cosa embargada la que debe responder por el crédito impago, el secuestro es consecuencia inevitable de la subasta a realizar, salvo que se deposite en pago las sumas condenadas.

Con ello se quiere aclarar que el secuestro, como medida cautelar actúa complementando al embargo, pero que también adquiere identidad como medida conservatoria y necesaria para asegurar, por sí misma, el resultado eventual de la sentencia.

Kielmanovich explica que […] “el secuestro *autónomo* es aquél que tiende en forma directa e inmediata a la tutela de la cosa objeto de la litis, cuando el

embargo no resultaría garantía suficiente –así verbigracia, respecto de la cosa mueble no registrable que se pretende reivindicar-, cuya tenencia pasa así del titular del bien a un depositario, bajo el control jurisdiccional" ([111]).

"El secuestro *complementario* o *indirecto,* en cambio, es aquel que sigue a un embargo ya trabado cuando sea indispensable proveer a la guarda o conservación de cosas para asegurar el resultado de la sentencia definitiva" ([112]).

180.1 El secuestro directo

Todo secuestro es una medida excepcional cuya procedencia se ordena como última *ratio,* al implicar la pérdida del uso y disposición de la cosa o bien afectado, que queda en depósito judicial, bajo la responsabilidad de quien asume el cargo que el juzgado discierne.

Es un desapoderamiento provisorio que dura hasta la sentencia que disponga el destino de la medida; es decir, o devolver las cosas a su dueño (quien conserva el derecho de reparación por la responsabilidad inherente al abuso o exceso de la medida, si la hubiera solicitado oportunamente), o llevarla a la ejecución pura.

El Código Civil tiene varias disposiciones que permiten el uso de esta herramienta conservatoria. El art. 2786 establece que: "*Si la cosa sobre que versa la reivindicación fuere mueble, y hubiese motivos para temer que se pierda o deteriore en manos del poseedor, el reivindicante puede pedir el secuestro de ella, o que el poseedor le dé suficiente seguridad de restituir la cosa en caso de ser condenado".* Por su parte, el art. 3230 establece que: "*Si el acreedor abusare de la prenda, ejerciendo en ella derechos que no eran propios, el deudor puede pedir que la cosa se ponga en secuestro".*

---

[111]. Kielmanovich, Jorge L., *Medidas Cautelares,* Rubinzal Culzoni, Buenos Aires / Santa Fe, 2000, p. 355.

[112]. Kielmanovich, *Medidas Cautelares,* cit., p. 356.

Esta modalidad puede asumir una *función conservatoria de la prueba*, como es común con el secuestro de la historia clínica en procesos de responsabilidad de los médicos, donde se preserva el documento ([113]); aunque tiene serias oposiciones cuando se advierte que con la medida se persigue, antes que asegurar el resultado del juicio, conseguir una prueba del derecho alegado ([114]).

Este es un límite que solo puede resolver la apreciación judicial, porque si con el secuestro se pretende depositar la cosa litigiosa con el fin de impedir su deterioro o alteración, probablemente al mismo tiempo se consiga apropiar de una prueba que se anticipa su incorporación al proceso, dando una ventaja hipotética a alguna de las partes. Por ejemplo, si con el secuestro del programa de televisión por el cual se transmitieron documentales cuya autoría se atribuye el peticionario, que se solicitó como medida fundada en el artículo 79 de la ley de propiedad intelectual, se pretende cubrir el temor de la eventual destrucción y/o pérdida de los medios probatorios en apoyo de su derecho, corresponde *iura curia novit*,

---

[113]. Se ha dicho que el secuestro sorpresivo de la historia clínica, documentación complementaria y eventuales anexos constituye una medida preliminar de decisiva importancia para afirmar la necesaria primacía de la verdad jurídica en el proceso seguido contra establecimientos médicos por negligencia e impericia profesional de sus empleados, por lo tanto debe ser admitida como diligencia preparatoria en los términos del art. 323 del CPC. (CNCiv., Sala C, 1999/02/25, "*D., M. M. c. Hospital C. A.",* ED, 187-42). También es inviable el secuestro, a título cautelar, de documentación y "diskettes de computación" en los que se habrían registrado operaciones "en negro", realizadas por el presidente y por el vicepresidente del directorio -a la vez accionistas de la sociedad demandada- (para cuya localización se necesitarían requisas personales), si no existen en las actuaciones indicios respecto de esa operatoria. En tal caso no hay elementos que hagan verosímil el derecho cuya efectividad se pretende garantizar art. 221 (CNCom., Sala D, 1997/11/28, "*Silveyra, Marcela A. y otros c. Volcamaq S. A*.", La Ley, 1998-B, 936, J. Agrup., caso 12.634).

[114]. Se deniega también, cuando se trata del secuestro de la documentación relacionada con un siniestro, obrante en poder de una compañía de seguros, donde se requiere la demostración de que resulta necesaria, dado que constituyendo su dictado una excepción al trámite normal del proceso, la falta de tal recaudo podría comprometer los principios de igualdad y lealtad, al procurarse una de las partes informaciones por vía jurisdiccional sin la plenitud del contradictorio (CNCom., Sala A, 2000/04/14, "*Belchor, Carlos A. c. Omega Cía. de seguros",* La Ley, 2000-E, 110 - DJ, 2000-3-694).

aplicar la figura prevista por el artículo 326, inciso 4º CPCC y ordenar la medida en carácter de prueba anticipada ([115]).

Para nosotros, el secuestro, propiamente dicho, es aquél que tiene naturaleza cautelar porque recae sobre la misma cosa objeto del juicio; mientras que será una prueba anticipada si la medida se ordene para resguardar un medio de confirmación que durante el proceso se pueda perder, modificar o alterar.

La función restante del secuestro directo es de *ejecución,* que se constituye en el presupuesto necesario para la subasta de cosas muebles (art. 573, inc. 3º, CPCC). En este caso, es probable que vaya precedida de un embargo anterior que inmovilizó los bienes; o en su defecto, que sea dispuesto en una orden judicial de embargo y secuestro simultáneo que solamente se podrá solventar entregando en el acto de la diligencia la suma de dinero que se reclama con sus acrecidos.

Cabe agregar que el secuestro no es admisible como medida previa de la demanda, sino que requiere proceso pendiente. Si anticipa el desapoderamiento cumple función cautelar, no para asegurar el derecho mismo del peticionante.

Por ejemplo, el secuestro del bien prendado es una medida que la ley autoriza en forma restrictiva para ciertos supuestos, y como tal debe ser interpretada. El art. 13 de la ley 12.962 exige la configuración de ciertos requisitos antes de desapoderar del vehículo al ejecutado. Es decir, el ejecutante tiene que demostrar la necesidad de tener el rodado a su disposición, y no proceder a incautarlo como aseguro de la sentencia ([116]).

180.2 El secuestro indirecto o complementario

[115]. CNCiv., Sala G, 2008/11/05, "*Pérez Taboada, Claudio Ángel c. Kolankowski, Diego y otros*", La Ley Online

[116]. Es cierto, no obstante, que el secuestro contemplado en el art. 39 de la Ley 12.962 de Prenda con Registro no es propiamente una medida cautelar, sino, como afirma Kielmanovich, una etapa del juicio ejecutivo. Por ello […] "el secuestro del bien prendado así, no se dispone en base a los recaudos o presupuestos de las medidas cautelares, sino en base a un título como el certificado prendario al que la ley asigna plena fuerza ejecutiva" (*Medidas Cautelares*, cit., p. 358).

El embargo complementario está regulado en el art. 221 del código federal, según el cual: "*Procederá el secuestro de los bienes muebles o semovientes objeto del juicio, cuando el embargo no asegurare por sí solo el derecho invocado por el solicitante, siempre que se presenten instrumentos que hagan verosímil el derecho cuya efectividad se quiere garantizar. Procederá, asimismo, con igual condición, toda vez que sea indispensable proveer a la guarda o conservación de cosas para asegurar el resultado de la sentencia definitiva.*

El juez designará depositario a la institución oficial o persona que mejor convenga, fijará su remuneración y ordenará el inventario si fuese indispensable".

En la hipótesis, hay una función subsidiaria del secuestro que viene a complementar la eficacia del embargo. Procede en dos contextos: *a)* cuando se acredite con documentación la ineficacia del embargo decretado; y *b)* cuando es necesario tomar posesión de la cosa a los fines de su custodia adecuada.

Ambas situaciones se parecen, al punto que la doctrina suele exponer que […] "si por cualquier circunstancia se acredita que los bienes embargados corren el riesgo de desaparecer o desvalorizarse, procede desapoderar de aquéllos al deudor y ponerlos en manos de otro depositario. Para que sea viable esta medida es necesario demostrar la insuficiencia del embargo y el peligro en la demora o que sea factible algún supuesto de negligencia en la custodia y guarda; o que exista la razonable certeza de que su valor se verá disminuido a causa de un uso contrario al destino" ([117]).

Vale decir que se unifica la admisión del secuestro como medida suplementaria del embargo cuando existe el peligro cierto de perder los bienes o las cosas. Sin embargo, la diferencia está en la demostración del presupuesto. En el primer caso, el que pide el secuestro tiene que demostrar con instrumentos fehacientes que el embargo, por sí solo, no responde al fin cautelar. La medida procede respecto a bienes muebles, semovientes y también a muebles

[117]. Highton – Areán, ob. cit., ps. 466/7.

registrables (supuesto común es el desapoderamiento de vehículos por el riesgo implícito de mantenerlo en custodia del usuario).

El caso restante se ocupa de ordenar el secuestro sin necesidad de verificar más que el peligro o riesgo de perder la cosa. Esto es que no requiere de aporte documental alguno pues la verosimilitud del derecho ya fue demostrado al pedir el embargo. Testimonian el presente, el secuestro de bienes prendados; o cuando se autoriza al acreedor hipotecario a tener la cosa en riesgo de uso indebido o peligro de desvalorización; o frente a la prenda civil si el acreedor usa del bien abusivamente puede pedir el deudor el secuestro (art. 3230, Código Civil).

180.3 El secuestro sancionatorio

Se denomina *sancionatorio* porque penaliza la desobediencia a una orden judicial que exige exhibir la cosa mueble o que se restituyan documentos o expedientes ([118]). Por ejemplo, cuando se demanda por reivindicación de cosa mueble y ésta no se presenta al requerimiento del oficial de justicia, ni se dan argumentos o razones válidas para la oposición; o cuando se trate de exhibir cosas muebles (art. 323 inciso 2º, CPCC) o instrumentos (art. 323 incisos 3º, 4º y 5º del mismo ordenamiento), el mandato judicial se realiza con el apercibimiento de indicar el lugar donde se encuentren, si no están en poder del requerido al tiempo de practicar la diligencia. Si al realizar la medida se denuncia desconocer donde se encuentran las cosas, el requerido puede estar alcanzado por las penalidades establecidas en el art. 329 del código federal, cuando se demuestre que ha obrado con malicia procesal y falsedad en sus manifestaciones.

---

[118]. Claramente dice Kielmanovich que esta es una medida que […] “sólo excepcionalmente habrá de tener naturaleza cautelar siempre y cuando se refiera al que sigue como resultado de la n*o exhibición del bien objeto mediato* o *inmediato* de la litis y con la finalidad *instrumental* y *provisional* correspondiente –supuesto en el cual en verdad nos hallaríamos frente a uno *autónomo* o *directo*-; mientras que en los restantes casos, más parecería asemejarse a un modo de *producción* o *incorporación de la prueba* o a una *medida de seguridad* que … no revestirían carácter cautelar” (*Medidas Cautelares,* cit., p. 357).

La exhibición forzada de instrumentos o cosas, así como el resguardo de documentos o el secuestro de ellos para conservar la prueba, se puede dar en la senda de las diligencias preliminares o como prueba anticipada. En uno u otro caso, cuando existe reticencia al cumplimiento, el juez podrá ordenar el allanamiento de los lugares donde ellos se encuentren y practicar el secuestro inmediato ([119]).

Ahora bien, cuando el requerimiento no se cumple, obligando a medidas compulsivas, las facultades judiciales admiten la práctica de sanciones conminatorias (art. 37, CPCC). Por ello encuadran en inconducta procesal demostrativa de falta al deber de cooperación, los términos formalistas y meramente dilatorios con que el abogado apoderado de la demandada contestó la intimación cursada por la actora para adjuntar documentación, cuando en lugar de extensas alegaciones hubiera sido lo correcto adjuntar fotocopias, siquiera simples de la documentación requerida ([120]).

---

[119]. Se ha indicado ya que es requisito de procedencia de una diligencia preliminar -en el caso, el secuestro de la documentación relacionada con un siniestro obrante en poder de una compañía de seguros- la demostración de que resulta necesaria, dado que constituyendo su dictado una excepción al tramite normal del proceso, la falta de tal recaudo podría comprometer los principios de igualdad y lealtad, al procurarse una de las partes informaciones por vía jurisdiccional sin la plenitud del contradictorio (CNCom., Sala A, 2000/04/14, "*Belchor, Carlos A. c. Omega Cía. de seguros*", La Ley, 2000-E, 110 - DJ, 2000-3-694). De igual modo, la medida preliminar consistente en la intimación para que se depositen en el Juzgado los libros y la documentación pertenecientes a una sociedad de responsabilidad limitada no es procedente, ya se la enfoque desde la prescriptiva del art. 323, inc. 5°, o con arreglo a lo establecido en el art. 781 cuando el peticionante, a más de ser socio, reviste el cargo de gerente. En tales condiciones no puede requerir esa media con fundamento en que se trata de una gerencia colegiada y que él desempeñó otras tareas (CNCom., Sala B, 1987/09/23, "*López, Ricardo V*.", La Ley, 1987-E, 474 [37.794-S]).

[120]. CNCiv., Sala A, 2001/03/14, "*Blanco Salas, María S. c. Super Pizza Callao S.A*.", DJ, 2001-3, 823 - La Ley, 2002-A, 599). Cabe aclarar que, la intimación a una sociedad anónima a que presente documentación bajo apercibimiento de secuestrarla no está en pugna con el derecho a no declarar en contra de sí mismo contenido en el art. 18 de la Constitución. Ello así, toda vez que la tradicional interpretación que se ha efectuado de la quinta enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, fuente del citado artículo, se encuentra circunscripto a las personas de existencia visible (CN Penal Económico, Sala A, 1994/11/15, "*A. C. A. de S. S.A*.", ED, 162-471).

Corresponde aclarar que el eventual derecho de retención no es causa ni razón para esconder la cosa objeto de requerimiento, toda vez que el derecho autoriza a conservar la posesión hasta el pago de lo que le es debido por razón de esa misma cosa (art. 3039, Código Civil), pero no para obstruir el cumplimiento de una orden jurisdiccional ([121]).

180.4 El mandamiento de secuestro

Se denomina "mandamiento de secuestro" a la orden judicial que disciplina la realización del desapoderamiento de cosas o bienes que se encuentran en posesión del deudor, las que se indican por el representante del acreedor en el caso del secuestro directo; o que fueron afectadas al concretar el embargo sobre ellas, cuando se trata de secuestro indirecto.

Cuando el origen de la medida está en una demanda por cobro de pesos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación reglamentó (Acordada 9/77, del 19.05.1977) el contenido y alcance del secuestro.

Explica Falcón que los mandamientos que se libren como cumplimiento de la sentencia […] "deberán consignar el monto total de la liquidación aprobada por capital, intereses y costas. El mandamiento se construye como el mandamiento de embargo, pero debe contener la autorización al oficial de justicia para proceder al desapoderamiento del bien, que deberá ser entregado al depositario indicado, y no puede nombrarse depositario al mismo deudor, porque aquí la medida suma al embargo el desapoderamiento del bien, que deberá ser entregado al depositario indicado, o consiste en el desapoderamiento liso y llano del objeto, para evitar la

[121]. "Una excepción importante a tal principio lo constituye el art. 9º del decreto-ley 9327/63 que supedita la devolución de efectos depositados en el Banco de la Ciudad de Buenos Aires al pago de los derechos y gastos adeudados, los cuales deben abonarse al retirarse las cosas depositadas de acuerdo con la suma que unilateralmente exija dicha institución, sin que obste a su fijación judicial en caso de conflicto" (Highton – Areán, ob. cit., p. 476).

posibilidad física de ejercer cualquier acción del hecho sobre la cosa, que es por la que se teme y es fundamento del secuestro" ([122]).

La medida se practica por el oficial de justicia que dirige el procedimiento siguiendo estrictamente las instrucciones y facultades ordenadas por el juez que se exponen en el mandamiento. Solo se secuestran los bienes allí indicados, y el deudor o quien se encuentre presente en el acto de la diligencia, no puede resistir la entrega invocando el derecho de retención (art. 217 párrafo primero, CPCC).

Del secuestro surgen dos efectos importantes, de un lado el deber de conservación y custodia sobre los bienes o cosas desapoderadas; y del otro, la constitución de una nueva figura dentro del proceso que es la del depositario.

La obligación de custodia convierte al depositario, aunque sea parte, en un auxiliar de la justicia, de manera que los bienes que quedan bajo su responsabilidad se consideran públicos. Por ello, constituye violación de las obligaciones de guarda y de custodia impuestas al depositario de la cosa cualquier desplazamiento, sustracción, pérdida, deterioro, o alteraciones sobre las cosas dejados a su cargo ([123]). Para que el depositario pueda eximirse de

---

[122]. Falcón, *Tratado de derecho procesal civil y comercial,* tomo IV, cit., p. 272.

[123]. Inclusive, el recupero de los bienes embargados que fueron mudados por quien se constituyó depositario judicial de los mismos no es óbice para tener por configurado el delito de malversación de caudales públicos -arts. 45 y 261 en función del 263, Código Penal-, siendo un elemento de importancia a los fines de justipreciar la sanción a imponer (CNCrim. y Correc., Sala IV, 2001/05/16, "*Costa, Juan M*.", La Ley, 2000-E, 666 - DJ, 2001-1-366). También, corresponde responsabilizar al depositario judicial por el incendio de un automóvil que estaba bajo su cuidado, si eligió un lugar de guarda inapropiado para garantizar la conservación del rodado -en el caso, un tinglado ubicado en un aserradero-, pues en virtud del art. 2202 del Código Civil pesa sobre el depositario la obligación de poner las mismas diligencias en la guarda de la cosa depositada que en las suyas propias, razón por la cual incurrió en culpa *in vigilando* al no guardar el vehículo en un garaje o playa de estacionamiento (CCrim. y Correc. Civ. y Com., Familia y Trab. Dean Funes, 2003/06/30, "*Roldán, Juan J. y otra c. Navas, Gustavo R*.", LLC, 2004 (junio), 544).

responsabilidad por la pérdida de lo depositado, es necesario que haya empleado todas las medidas preventivas ordinarias ([124]).

La comprobación formal indiciaria de un perjuicio potencial que deriva directamente del apartamiento del bien de la esfera de custodia protectora con que lo había aislado y protegido la actividad jurisdiccional, quebrantada por el encausado, sirve de sustento suficiente en la especie a la imputación penal formulada contra aquél como depositario infiel, por malversar en sentido amplio caudales privados equiparados a público, arts. 261 y 263 del Código Penal, no siendo necesario ahora comprobar perjuicios efectivos que sean diferentes a los inherentes a derivados de la acción misma de disponer, apartar o sustraer los bienes confiados, porque se trata de un delito dirigido básicamente contra la administración pública.

En cambio, no se configura el delito de depositario infiel, si la conducta del depositario no revela la clara intención de sustraer algunos de los efectos que le habían sido confiados en depósito.

181. La intervención judicial

Por intervención judicial se entiende a la medida cautelar en cuya virtud una persona designada por el juez, en calidad de auxiliar externo de éste, interviene en la actividad económica de una persona física o jurídica, sea para asegurar la ejecución forzada, caso del *interventor recaudador*, o para impedir que se produzcan alteraciones perjudiciales en el estado de los bienes, caso del

[124]. Tal cuidado no puede considerarse acreditado si no existió una efectiva e ininterrumpida vigilancia, circunstancia que demuestra la irrelevancia, por imposibilidad fáctica de usarlos, de la existencia en el local de elementos suficientes para combatir el incendio. De tal modo, unido ese hecho a la ausencia de alarmas automáticas o sensores contra incendio, corresponde atribuir la responsabilidad al depositario, máxime considerando la alta combustibilidad de la mercadería depositada (CNCom., Sala A, 1996/04/17, "*La Holando Sudamericana Cía. de seguros c. Mavi S. R. L. y Río Cuarto S. A. c. Mavi S. R. L.",* La Ley, 1997-A, 51).

interventor informante, o bien, para sustituirla directamente de la administración, que es el supuesto del *interventor administrador* o coadministrador.

Estas modalidades funcionan como medida cautelar dentro del proceso en trámite o a iniciarse, pero no son las principales desde que son figuras concurrentes con las autorizadas por leyes sustanciales. Es decir, que tienen autonomía y dependen en la admisión del modo como se plantean (por aplicación del principio dispositivo y de congruencia).

La especificidad de las normas de fondo puede llevar a dudas sobre la sobreposición con las medidas cautelares de naturaleza procesal, la alternancia entre ellas, o el complemento que se pueda esperar; sin embargo nada es así porque la procedencia no tiene en miras la figura sino la finalidad perseguida. Es decir, si bien conserva el carácter precautorio que significa ordenarlas sin oír a la otra parte, y pensando en resguardar una situación de futuro, cambian los sujetos y las posibilidades de planteo.

Por ejemplo, en la Ley 19.550 de Sociedades Comerciales, el art. 113 establece que: "*Cuando el o los administradores de la sociedad realicen actos o incurran en omisiones que la pongan en peligro grave, procederá la intervención judicial como medida cautelar con los recaudos establecidos en esta sección, sin perjuicio de aplicar las normas específicas para los distintos tipos de sociedad".*

De ello surge que, en las acciones preventivas del art. 113 de la ley de sociedades, el *socio* tiene que acreditar esa condición para encontrar legitimación procesal; también podría plantearlo la *sindicatura,* pese a quienes en contrario afirman que solo tiene función de vigilancia y no de disposición ([125]), y la propia

[125]. Compartimos la opinión de Ricardo Nissen cuando sostiene que el síndico tiene legitimación procesal para requerir la intervención de la sociedad […] "a) por cuanto, al ser la intervención judicial medida precautoria accesoria de la remoción de los administradores, parece evidente que todos aquellos que se encuentran legitimados para promover esta acción de fondo, pueden solicitar la intervención judicial como cautelar de esta. Pues bien, estando la sociedad en etapa liquidatoria, el art. 102 autoriza al síndico a solicitar la remoción de los liquidadores mediando justa causa, por lo que, malgrado el silencio del art. 114 sobre la legitimación de la sindicatura, es evidente que el órgano de control, al menos en esta etapa, puede requerir la designación de un interventor judicial, en cualquiera de sus grados. b) Que si la función primordial de la sindicatura es

Inspección General de Justicia u organismo equivalente de la jurisdicción correspondiente.

Vale decir, mientras la ley de sociedades legisla la protección cautelar de socios o de la misma sociedad, cuando los administradores actúan poniendo en riesgo los derechos de cada uno; el código procesal se ocupa de la finalidad tuitiva pero dando legitimación a terceros, siempre que no exista una medida precautoria más eficaz.

Por otra parte, es más cómodo el reglamento adjetivo, porque la ley de fondo quiere que el peticionante de la intervención acredite la calidad de socio, como el peligro en la demora y la gravedad por la inejecución. Ello, sin contar que debe agotar los recursos acordados por el contrato social y que tiene que promover la acción de remoción de los administradores (art. 114, LSC).

La rigidez de la norma, en nuestro parecer, no constituye un obstáculo para decretar la intervención, como medida autónoma, cuando se acredita el derecho que tiene el socio y el peligro en la demora, sin necesidad de cumplimentar los demás recaudos de la norma sustancial. En definitiva, el espíritu de la medida cautelar regulada a partir del art. 113 de la ley 19.550, es el de proteger la vida de la sociedad en aquellos supuestos en que este valor se encuentre comprometido, siendo convincente y justificada tal medida cuando los hechos por sí mismos,

---

la vigilancia para que los órganos sociales den debido cumplimiento a la ley, estatuto, reglamento o decisiones asamblearias, debiendo impugnar los acuerdos sociales cuando los mismos no se encuentran ajustados a esos cuerpos normativos (art. 251, LSC), mal podría dicho funcionario cumplir con sus funciones si sus obligaciones concluyen con sólo asentar su protesta en el caso de que los administradores, violando la ley, estatuto, o reglamento, pusieran a la sociedad en peligro grave…c) Tampoco debe olvidarse que el síndico está obligado a impugnar las decisiones sociales que colisionen a la ley, estatuto o reglamento, por lo que, si constatadas irregularidades en la administración de la sociedad, no puede obtener una decisión favorable de los socios que disponga la remoción de los administradores que incurrieran en tales conductas, debe proceder de inmediato a impugnar la nulidad de ese acuerdo, pues jamás puede, quien por ley tiene la obligación de custodiar la legalidad en el funcionamiento de una sociedad, sentirse vinculado u obligado por una decisión asamblearia carente de toda validez. d) A mayor abundamiento, repárese que el art. 297, LSC, responsabiliza al síndico, en forma solidaria con los directores, por los hechos y omisiones de estos, cuando el daño no se hubiera producido si hubiera actuado de conformidad con lo establecido por la ley, estatuto, reglamento o decisiones asamblearias…" (Nissen,. Ricardo A., *Ley de sociedades comerciales,* Tomo 2, Abaco, Buenos Aires, 1994, ps. 291/2).

demuestren el riesgo en el obrar del órgano de administración, o que sea éste remiso o impotente para solventar la crisis provocada por sus actos; o haya devenido impotente (por fallecimiento de los socios) para convocar válidamente una asamblea que decida sobre la designación de nuevo gerente, en tanto y en cuanto la demora implique un peligro para el patrimonio societario, entre tantas situaciones más que dan razones y fundamentos para la intervención judicial.

No obstante, otros sostienen que la cautelar basada en el art. 113 citado tiene autonomía y obliga a dar cumplimiento con cada uno de los requisitos, de manera que si no fue promovida la acción de remoción del administrador de la sociedad irregular, la intervención judicial prevista en los arts. 113 de la ley 19.550 carece de respaldo instrumental que la justifique ([126]).

Cabe observar que la ley de sociedades y el código procesal tienen la misma clase de interventores, que pueden ser uno o varios. Por eso la remisión del art. 115 de la norma material que delega en el juez de la causa la orden de fijar la misión que deberán cumplir y las atribuciones que les asigne de acuerdo con sus funciones, sin poder ser mayores que las otorgadas por la ley de sociedades o el contrato social. Al precisar el término de la intervención queda establecido en la norma la imposibilidad de prórroga que no se justifique con información sumaria ([127]).

Otra cuestión similar es el régimen de la *contracautela* establecido en el art. 116 de la ley, que por vía de principio y reglas generales adjetivas, es idéntico al contenido y alcances de los arts. 199 y 200 del código federal, donde lo más

---

[126]. CNCom., Sala C, 1994/11/28, "*Russo, Alfredo c. Alvarez, Sergio*", La Ley, 1995-C, 285.

[127]. La intervención judicial tiene muchos supuestos de procedencia. Por ejemplo: a) en caso de acefalía de la administración; b) ante una permanente práctica de subfacturación por parte de los administradores; c) existencia de irregularidades graves que inciden directamente sobre los ingresos reales de la sociedad; d) comprobación de circunstancias que ponen de manifiesto el irregular funcionamiento de la sociedad; e) confección de estados contables falsos; f) retención por parte de los administradores de las acciones de accionistas que representan el 50 % del capital social, a los efectos de evitar el ejercicio, por estos, de sus derechos societarios y, g) la irreductible distanciación entre los directores de una sociedad anónima agravada por la existencia de querellas criminales mutuas (Nissen, *Ley de sociedades comerciales,* tomo 2, cit., ps. 303/4)

importante, quizá, sea establecer el límite del perjuicio eventual en el sentido de valorarlo sobre el patrimonio, el capital social o el impacto económico que sufra la sociedad.

En este punto se debe recordar que quien peticiona la medida cautelar en el marco del art. 113 de la ley 19.550 no tiene que atravesar por la instancia previa de mediación judicial (art. 2 inciso 6, ley 24.573) como recaudo previo para proveer la solicitud de intervención judicial, pues ésta requiere la promoción de la acción de remoción de los administradores de la sociedad (art. 114, ley de sociedades).

Por su parte el art. 1684 del Código Civil tiene previsto para la administración de la sociedad que: "*Habiendo peligro en la demora, el juez puede decretar la remoción luego de comenzado el pleito, nombrando un administrador provisorio socio o no socio",* disposición que se articula con las procesales autorizando la designación, de oficio o a petición de parte interesada.

En el mismo sentido están las normas especiales de las sociedades cooperativas (art. 100 inciso 10.b de la ley 20.337) y de las entidades financieras (art. 35 *bis,* ley 21.526 y modificatorias) ([128]).

181.1 Intervención judicial y administración provisoria

La confusión entre normas procesales y materiales obliga a ser precisos para ordenar una medida de tanta gravitación en los intereses de una empresa.

El conflicto tiene largo arrastre, reconociendo una profusa jurisprudencia, que se mantiene uniforme merced, seguramente, al Plenario "*Uman, Simón c/*

---

[128]. Highton – Areán, ob. cit., p. 490. También se ha dicho (CNCcom., Sala B, 1980/02/18, "*Instituto Nacional de Acción Cooperativa c. Cooperativa de Almaceneros Ltda*.", La Ley, 1980-C, 94) que aun cuando pudiera sostenerse que la remisión que efectúa la ley 20.337 (art. 118), a la ley 19.550, no comprende a las disposiciones de los arts. 113, 117, de todos modos el art. 100, inc. 10, b), de la primera ley citada exige, para la procedencia de la intervención judicial de la sociedad cooperativa, que los órganos de ésta realicen actos o incurran en omisiones que importen riesgos graves para su existencia, extremo éste no configurado en autos.

Seglin, Gregorio y otros" ([129]) y al fallo de la Cámara Comercial en "*Feune de Colombí, Diego P. y otros c/La Esmeralda Capitalización (SA)*" ([130]), que delinearon la figura del interventor como diversa del administrador judicial, fijando los requisitos de procedencia de tales designaciones y estableciendo los umbrales funcionales de las varias modalidades con que hoy de recoge el instituto en la legislación ([131]).

En "*Uman c/Seglin*"se ratificó la jurisprudencia precedente y se caracterizó al administrador judicial como "el designado a instancia de componentes de la sociedad para hacerse cargo de los bienes y negocios sociales, que en sustitución provisoria de la administración existente toma bajo su cuidado con facultades de dirección y gobierno en ejercicio del <mandato> que desempeña como representante de la sociedad y con independencia de la voluntad de los socios, con respecto a los que sus derechos y obligaciones se rigen por los artículos 1870, inciso 3º, 1945 y siguientes y concordantes del Código Civil, actuando con sujeción a la amplitud o restricción de sus poderes y atribuciones de conformidad a las facultades que se le confieran o cercenen sin alterar lo sustancial de su función, en lo que le son propias, de acuerdo a la índole de la misión que cumple, no pudiendo incurrir en gastos que no sean los corrientes de la administración sin ser autorizado expresamente, ni nombrar empleados auxiliares sin el mismo requisito, debiendo rendir cuentas de su gestión, producir los informes que hagan a su cometido y requerir autorizaciones especiales en todo lo que salga del curso normal de la administración.

"En cambio, el interventor judicial a una sociedad es sólo la persona nombrada por el juez para interferir en dicha administración, asistiendo a las partes en el negocio intervenido, y sin cuya presencia y asenso nada puede

---

[129]. CCom., Cap., "*Uman, Simón c/ Seglin, Gregorio y otros*", 1948/11/26, La Ley, 53-193

[130]. CNCom., Sala B, 1959/12/11, La Ley 90-183.

[131]. Roitman, Horacio (Director), *Intervención Judicial*, Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2000-1, ps. 241 y ss.

hacerse con arreglo a la mayor o menor extensión de su cometido, porque todo lo debe conocer, pero sin facultades de dirección y gobierno, y que, por tanto, no puede sustituir con la suya la voluntad de los dueños, no se hace cargo de los bienes, no tiene iniciativas propias de carácter ejecutivo, limitándose a la vigilancia, cuidado y guarda de los derechos controvertidos en el pleito".

El temperamento que diferencia la "intervención judicial" como remedio cautelar, de la intervención propiamente dicha como actuación destinada a administrar y disponer de los bienes de otro, puede encontrarse en la naturaleza del acto discernido judicialmente.

Cuando la medida se adopta en un proceso en trámite como acción de tipo preventiva, el acreedor tiene que demostrar todos los presupuestos de la tutela cautelar y prestar contracautela. Si se decide como *medida complementaria* de otra cautelar que resulta probadamente insuficiente, la intervención interferirá en el patrimonio de la empresa porque el funcionario discernido tendrá potestades de recaudación gradual y sucesiva hasta cubrir un monto determinado. Estas son intervenciones judiciales *lato sensu* que se promueven a instancia del socio, acreedor o interesado y quedan sometidas a las pautas que dispone la orden jurisdiccional.

En cambio, la intervención de tipo fiscalizadora participa de la naturaleza comercial de la empresa y puede ser pedida por la misma sociedad o demás entes colectivos. Puede llevar finalidades de administración pura, provisoria y sujeta a las reglas de la ley, el estatuto o las decisiones de la asamblea que hayan dispuesto la acción judicial. En tal sentido, el juez podrá ordenar la intervención en el marco de la ley de sociedades y dentro de la congruencia solicitada, ordenar el alcance de la función a desempeñar.

En esta modalidad también se encuentra la intervención judicial pasiva que instala un auxiliar de la justicia al solo efecto de informar el desenvolvimiento del órgano que administra la empresa. Las facultades quedarán establecidas en el mandato judicial.

En suma, la intervención judicial es un género que tiene figuras singulares semejantes a las que se regulan en varias disposiciones de orden sustancial, donde la ley de sociedades refleja la mayor identidad. Precisamente, porque el instituto procesal nace desde fuentes del derecho comercial que fueron visualizando la necesidad del remedio técnico.

La interrelación de los esquemas de fondo o adjetivo va a depender del tipo de mandato judicial dispuesto, sin perder de vista que en todos los supuestos el funcionario elegido tendrá que desempeñar su cargo cumpliendo una serie de reglas que el código establece (art. 225, CPCC).

Hay modismos genéricos como la intervención con fines recaudatorios; de control o información (veedor), y de administración; estos suelen estar presentes en los reglamentos procesales. Las intervenciones reguladas en particular son las ya mencionadas para las sociedades o entidades financieras, que tienen otras manifestaciones en acciones dentro del consorcio, del sucesorio, o en el mismo derecho de familia.

Finalmente, como explica Falcón existe otra distinción que tiene como base la oposición entre […] "intervención judicial a la administración provisoria judicial de la sociedad, a la intervención judicial general y que opera entonces de modo restringido. Esta intervención judicial restringida tiene diversas capas. Por otro lado la descripción de los institutos se apoya generalmente en el modelo de las sociedades y que *mutatis mutandi* resulta aplicable a otros entes colectivos, y el interventor en general puede ser designado para el cumplimiento de varias de estas funciones" ([132]).

181.2 El interventor recaudador

El código procesal reglamenta al *interventor recaudador* en condiciones particulares que lo diferencia de las demás situaciones. Ella se decreta como

[132]. Falcón, *Tratado de derecho procesal civil y comercial*, tomo IV, cit., p. 323.

medida autónoma (cuando no hay otra precautoria de similar eficacia) o *complementaria* de alguna dispuesta que se torna ineficiente (por ejemplo, cuando no es posible trabar en un solo acto embargo sobre dinero o bienes suficientes, y cuando las rentas o frutos sobre los que debe recaer el embargo así como por las del bien que las genera, por su naturaleza y características no puedan ser aprehendidas en un solo acto sino en forma sucesiva durante un período de tiempo) ([133]).

En cualquiera caso, y como primer recaudo, sólo procede a *pedido del acreedor*, quien debe demostrar que no tiene ninguna otra medida cautelar que cumpla con similar energía la función que se pretende conseguir mediante la designación judicial de esta suerte de colector del dinero que ingresa en la empresa.

El supuesto es propio en la etapa de ejecución de sentencias, aunque es admisible, también, cuando el embargo preventivo o ejecutivo no satisface plenamente la finalidad cautelar. Por eso no es requisito de la cautelar que haya liquidación aprobada bastando la sentencia dictada en favor del actor para fundar debidamente la pretensión cautelar.

No obstante, cuando se trata de ejecutar una sentencia, si no se ha intimado ni practicado liquidación que permita conocer suficientemente el monto final que se debe sufragar, la medida es *prima facie* improponible. En tal sentido afirma Palacio, que pese a la aparente generalidad de los términos que utiliza la primera parte del artículo 223 […] "la intervención sólo procede como complemento de un embargo, el cual además, debe haber recaído sobre ingresos que se perciben en forma sucesiva, como sucede, v.gr.: con los honorarios profesionales, los arrendamientos o las entradas a espectáculos públicos" ([134]).

---

[133]. Highton – Areán, ob. cit., p. 508.

[134]. Palacio, *Derecho Procesal Civil*, tomo VIII, cit., p. 205

El requisito es confirmar la ineptitud de las medidas cautelares (inclusive de las innominadas o genéricas) para lograr que se designe un funcionario encargado de recaudar las sumas que quedan sometidas a embargo. De igual modo, interpretamos que no es solo la inutilidad de las precautorias lo que se debe probar, sino también que no hay vías alternativas que permitan satisfacer el fin recaudatorio ([135]).

Cuando se trata de obtener la intervención como medida complementaria del embargo, la prueba sobre la insuficiencia trabaja en la misma dimensión.

El siguiente requerimiento es que la intervención únicamente procede cuando la sociedad o ente colectivo de que se trate obtenga bienes que produzcan rentas o frutos (art. 223, CPCC), pues de otro modo, carece de sentido.

En este supuesto es necesario interpelar al deudor para que ponga a disposición del acreedor las sumas que, de no cumplir, serán tomadas de los ingresos de caja; criterio que según Palacio es ineludible cuando las rentas o frutos debe entregarlas a un tercero ([136]).

Otras características asientan en el modo de cumplir con la orden judicial. Ella debe procurar no entorpecer la marcha regular de la empresa, aun cuando se le puede afectar hasta el cincuenta por ciento (50 %) de los ingresos provenientes de su recaudación diaria, por eso como el haber puede estar compuesto de

---

[135]. Se ha dicho que, corresponde rechazar la medida cautelar de nombramiento de interventor recaudador, toda vez que si procede la acción principal de rendición de cuentas, la eventual condena de rendir cuentas no se asegura con aquella medida cautelar. En efecto, resulta evidente no sólo la falta de congruencia entre la medida solicitada y la acción de fondo en trámite sino también la ausencia de verosimilitud actual del derecho (CNCom., Sala A, 1999/05/28, "*González, Urbano c. Cosolito, Claudia P.",* La Ley, 1999-E, 562). Con otra lectura se dice que, si bien la medida cautelar de la designación de un interventor recaudador se restringe a aquellos presupuestos en que no fuere posible la traba de otra medida eficaz -en el caso, el actor presento un oficio del registro de la propiedad inmueble del que surge que el demandado no cuenta con inmuebles a su nombre y un informe emitido por un banco de datos-, la falta de prueba de tal presupuesto negativo no puede conducir en los hechos a la denegación de la medida (CNCom., Sala A, 2000/04/24, “Mejalelaty, *Teófilo c. Alonso, Oscar*”, La Ley, 2000-E, 903).

[136]. Palacio*, Derecho Procesal Civil*, tomo VIII, p. 206

ingresos líquidos y de otras fuentes (mercaderías, valores, etc.), es necesario que la manda sea totalmente explícita ([137]).

La precisión pone dudas respecto a si la intervención se puede ordenar con establecimientos de conformación irregular (v.gr.: kioscos; almacenes; comercios informales; sociedades de hecho en general), ante la probable afectación del estado contable. Algunos afirman que la medida solo procede cuando se trata de sociedades efectivamente constituidas y no respecto de sociedades de hecho o unipersonales. Por eso se reitera que la medida cautelar de intervención judicial que regulan los arts. 113 y siguientes de la ley 19.550, y 222 del código procesal, en principio, no resulta posible respecto de sociedades no constituidas regularmente ([138]). No obstante, esta solución es compatible con la ley societaria, pero no responde ni restringe al esquema procesal que actúa en subsidio del embargo, tornando admisible la figura si satisface iguales requisitos de necesidad y urgencia que respalda la cautelar lograda con anterioridad.

Finalmente, el interventor recaudador no participa ni tiene injerencia en la administración; las sumas que embargue como consecuencia de la gestión, se deben depositar a la orden del juzgado y con la periodicidad que indique la orden judicial.

---

[137]. Por eso es improcedente la designación de un interventor judicial para obtener la recaudación de un porcentaje de los ingresos brutos de una sociedad de responsabilidad limitada, como medida cautelar complementaria de un embargo recaído sobre las cuotas sociales de dicho ente societario cuyo titular sería el accionado (CNCom., Sala E, 1995/04/11, "*Lami, Mirta G. c. Bigñe, Francisco A. y otro*", IMP, 1995-B, 2854). En este sentido se afirma que, de conformidad con el art. 223, la intervención del recaudador no implica interferir en el aspecto profesional del consultorio donde el demandado desempeña su profesión. Para cumplir con su función de retener los ingresos y liquidarlos, el interventor recaudador puede expresar únicamente el número de facturas o recibos que se otorguen sin expresar el nombre de las personas que abonen las consultas y actuando de modo tal que su presencia no altere la privacidad propia del quehacer profesional (CNCiv Sala A, 1992/12/09, "*H., C. S. c. P., O. A.",* La Ley, 1993-A, 432).

[138]. CNCom Sala C, 1994/11/28, "*Russo, Alfredo c. Alvarez, Sergio",* La Ley, 1995-C, 285.

Cuando la medida se encomienda a juez de distinta jurisdicción, las facultades del interventor recaudador las señala el juez oficiante, de manera que cualquier restricción o limitación que surja en la ejecución de la medida, únicamente las puede saldar el juez competente del juicio donde se ordena y no el que la ejecuta ([139]).

181.3 El interventor informante

El art. 224 del código local prevé la posibilidad de designar, como medida precautoria, un *interventor informante*, que ilustra al tribunal acerca de las operaciones que constata en el lugar destinado y sin abrir juicio, en principio, sobre la regularidad o corrección con que se desempeña la actividad sujeta a contralor.

El propósito aludido no equivale a realizar una pericia contable, ni se confunde con el gobierno del establecimiento mercantil afectado. De allí que el nombramiento del interventor es personal y a título de auxiliar del juez de la causa, autorizando solo la existencia de colaboradores cuando resulta imprescindible por lo complejo de la verificación.

La figura suele llamarse "*veedor*", porque solo vigila la administración desenvuelta en el giro operativo de una sociedad; la diligencia a desarrollar es un control informativo que, como tal, puede ser fuente y razón para que se adopten medidas cautelares más específicas. Es improcedente, entonces, cuando con ella se pretende obtener una prueba directa o indirecta merced a la información que él produzca.

---

[139]. Corresponde al juez oficiante proveer la pretensión de ampliación de facultades del interventor recaudador designado, aun cuando las medidas relativas a la ejecución de la cautelar hayan sido delegadas en el juez oficiado, pues lo solicitado implica la graduación de la intensidad de dicha medida precautoria. No obsta a ello la delegación de competencia en lo referido al cumplimiento de la misma, que no hace a la determinación de sus alcances (CNCom., Sala A, 1996/05/08, "*Beneventano, Osvaldo L. c. Empresa Hotelera Americana y otro"*, La Ley, 1997-C, 970 - DJ 1998-1, 605).

En tal sentido, este tipo de intervención podría tomarse en los carriles de las medidas provisionales de seguridad de una eventual sentencia condenatoria, pero su eficacia implícita para la ejecución es nula, aunque sea un antecedente importante para otros fines (v.gr.: denuncia penal por administración fraudulenta; remoción de administradores; etc.).

Ya hemos señalado en los requisitos generales, la necesidad de acreditar los extremos de verosimilitud del derecho y el peligro en la demora; debiéndose destacar la diferencia con el modismo anterior (interventor recaudador) en que aquí procede de oficio o a petición de parte ([140]).

También se distingue en que la designación del interventor informante prevista se encuentra excluida del régimen de la intervención cautelar de la ley de sociedades comerciales, pues el cometido genérico de ese funcionario en dicha normativa, es dar noticia acerca de los bienes objeto del juicio o de las operaciones de la sociedad, sin interferir en la administración de ella ([141]). Vale decir, se trata de un *veedor* que interviene para vigilar y controlar a la administración en el negocio, con la función de comunicar al órgano jurisdiccional sobre las cuestiones concretas que se le encomendaron.

En la ley de sociedades es la modalidad más leve y el veedor no tiene facultades de dirección y gobierno, ya que se limita a la vigilancia, cuidado y guarda de los derechos controvertidos en pleito. La vigilancia de la administración

---

[140]. La previsión del texto legal de que este tipo de intervención puede ser dispuesta incluso de oficio por el juez, indica que además de ser aplicada en el ámbito de discrecionalidad propio de las pretensiones cautelares (arts. 203 y 204, Cód. Procesal), puede constituir un modo de ejercitar eficazmente sus facultades instructorias (art. 36 inc. 4º, Cód. Procesal). Debe tenerse en cuenta que para algunas situaciones específicas el Código Procesal prevé posibilidades de información que guardan proximidad con esta medida cautelar (v.gr.: medidas preliminares del Código Procesal, arts. 323, incs. 2º, 3º, 4º, 5º y 11 y procesos voluntarios del Código Procesal, arts. 781, 782 a 784) (cfr. Dieuzeide, Juan J., en Highton – Areán, tomo 4, cit., p. 507).

[141]. Ahora, si se designó interventor por seis meses de un comité ejecutivo de un sindicato de acciones, resulta improcedente que los integrantes del mismo objeten la medida, con fundamento en que deviene inaplicable la ley 19.551, sin controvertir la aplicabilidad del régimen común de las medidas cautelares (CNCom., Sala D, 1999/06/04, "*Di Leo, Vito y otro c. Comité Ejecutivo de Acciones clase C de Telecom S. A. y otros*", IMP, 1999-B, 2792).

social implica la posibilidad por parte de la veedora de controlar las operaciones que realice la sociedad en la contabilidad de la misma y requerir los comprobantes correspondientes a los efectos de poder informar al juzgado, sin que ello signifique de ninguna manera injerencia en la administración social ([142]).

Cuando en la ejecución de las instrucciones la administración social imponga obstáculos para lograr la información o desarrollar el control, el interventor podrá requerir del juez la imposición de sanciones conminatorias, procurando con ello revertir la actitud regresiva ([143]).

La intervención informativa es a plazo determinado con renovaciones de acuerdo a necesidades fundadas. Recuérdese que la medida tiene por objeto verificar si con la administración se pone en peligro la subsistencia de la sociedad o el patrimonio del sujeto que se alcanza con la medida; de modo tal que verificado o no tal supuesto, determinará la continuidad de la precautoria teniendo presente el carácter provisional que tienen y la finalidad pensada al ordenarse.

En algunas legislaciones provinciales, como en la de Buenos Aires, la figura del *veedor* puede quedar cifrada a un solo acto (reconocer el estado de los bienes objeto del juicio –art. 227, CPCCBA).

181.4 El interventor administrador

[142]. Roitman (Director), ob. cit., p. 245.

[143]. Son ejemplos de procedencia de intervención informativa, cuando desde la constitución de la sociedad el socio no logra conocer la marcha de los negocios del ente, ni consultar los libros de comercio y se le negó el ingreso al lugar fijado para la realización de la asamblea por él impugnada (CNCom., Sala D, 2000/04/06, "*Límoli, José J. c. Corrientes 2048 S. A. y otro*", La Ley, 2000-F, 982 [43.215-S]). Asimismo, se ha dicho que si de la documentación agregada surge que el demandado posee el ochenta por ciento (80%) del capital accionario de la sociedad en comandita por acciones, siendo además el único socio comanditado, el tribunal conceptúa que se encuentran reunidos en la especie los extremos excepcionales que justifican la intervención judicial decretada por el a quo, máxime cuando la misión encomendada al funcionario designado se limita a la de veedor o mero informante en los términos del art. 224 del Código Procesal, por lo que su situación, por su propia y limitada naturaleza, no habrá de afectar la normal actividad de la sociedad (CNCiv., Sala F, 1985/08/09, "*T. de D., R. A. c. D., P. F.",* La Ley, 1986-A, 44).

El código procesal de la nación y aquellos que siguieron sus aguas dividieron las modalidades de la intervención en cuatro funciones*: a) fiscalización*; *b) recaudación*; *c) administración* y *d)* ser *veedor*, después llamado informante.

Actualmente, el reglamento adjetivo tiene solo dos enumerados: *a)* el *interventor recaudador*, y *b)* el *interventor informante*; pero ello no significa la eliminación de las otras antes existentes, sino establecer un orden de preferencias que comienza con las modalidades de intervención que disponen las leyes de fondo, continúa con las especiales, y recién a falta de éstas "podrán disponerse las que se regulan…" (art. 222 parte final, CPCC) en el código procesal.

En el caso, la exposición de motivos de la ley de reformas (ley 22.434) fue muy clara al sostener que […] "no puede dejar de advertirse que las intervenciones y administraciones previstas en los ordenamientos civiles o comerciales atienden a una diversidad de intereses, contemplan situaciones heterogéneas y suponen la concurrencia de diferentes requisitos"; por lo tanto, la propiedad de la cautelar que analizaremos a continuación debe tener presente que la administración es la figura de mayor dinámica, que por su implicancia en distintos situaciones, contiene adaptaciones y reglas que postergan los presupuestos procesales, concurren con ellos, o agregan requisitos especiales.

Por ejemplo, la ley de sociedades comerciales establece que: "*La intervención puede consistir en la designación de un mero veedor, de uno o varios coadministradores o de uno o varios administradores"* (art. 115); como el alcance de sus funciones se delega en la potestad jurisdiccional, la propia actividad tiene modalidades de información (el llamado veedor se convierte en interventor informante); de recaudación (el interventor recaudador) o de intervención o interferencia en la administración a través de la destitución del organismo director o de cogobierno con el mismo.

En el código, la designación de un *administrador judicial* exige cumplir varias etapas:

a) En la primera, el órgano que actúa como administrador de la sociedad o empresa, debe ser removido de su cargo simultáneamente con la decisión judicial, aunque ésta puede haberse planteado en forma previa ([144]). Si no se ha promovido la acción de remoción del administrador de la sociedad irregular, la intervención judicial prevista en los arts. 113 de la ley 19.550, y 222 del Código Procesal carece de respaldo instrumental que la justifique. Esto es propio de la intervención controlante y no de otras derivaciones de la intervención como la recaudación o la de simple información.

b) La acción debe plantearla quien sea o haya sido socio, porque la legitimación procesal radica en su persona. La designación de interventor de una sociedad requiere que el perjuicio que se invoque a esos fines sea de naturaleza tal que exista un verdadero peligro en la demora en su designación, relativo al interés objetivo de la sociedad ([145]).

c) La administración forzada por decisión judicial es de interpretación restrictiva, constituyendo la última medida o una extrema decisión tomada ante la gravedad probada de los hechos ([146]).

d) Finalmente, la intervención no exime de cumplir con los requisitos generales del art. 195 respecto a la necesidad de acreditar la verosimilitud del

---

[144]. De otro modo, de la misma manera que el código procesal otorga la posibilidad de obtener una medida cautelar antes de que se haya promovido el juicio, debe disponerse su cesación cuando la demanda no se entable dentro del plazo fijado de diez días de su traba, so riesgo de conceder a una de las partes la facultad de presionar a la otra utilizando el poder jurisdiccional (CNCom., Sala B, 2000/05/18, "*Vásquez Pini, Carlos R. c. Vásquez Pini, Horacio A. y otro*", La Ley, 2000-F, 984 [43.225-S] - DJ, 2001-1-516).

[145]. CNCom., Sala A, 1996/10/15, "*Rodríguez, Hilda C. c. Tintorería Tricolor S. A*.", La Ley, 1997-E, 1037 [39.886-S].

[146]. El nombramiento debe ser el último camino restitutivo para establecer el orden societario, pues de no haberse promovido la remoción de coadministradores, la única vía posible es la intervención judicial. No obstante, es inadmisible la pretensión de remoción del interventor judicial fundada en que éste estaría ejerciendo una deficiente representación de la sociedad intervenida en el juicio, pues la gestión del administrador judicial es absolutamente independiente de las causas que motivaron su nombramiento y de la sustanciación del pleito (CNCom., Sala A, 1997/08/28, "*Romero, Roberto c. Eabsa S. A*.", La Ley, 1998-F, 757 - DJ, 1998-2-562).

derecho y el peligro en la demora. Por eso, la medida cautelar de intervención judicial que regulan los arts. 113 y sigtes. de la ley 19.550, y 222 y ss. del Código Procesal, en principio, no resulta procedente respecto de sociedades no constituidas regularmente.

En este aspecto, sostiene Falcón que […] “el artículo 114 de la LS enuncia el *peligro y su gravedad* (aspecto que debe ser demostrado). Esto significa <peligro> como peligro en la demora (en razón de la inminencia de los efectos negativos que se pretenden paliar o evitar con la medida), mientras que la gravedad parece tener dos conceptos: uno, la circunstancia que nos acerca a la certeza por probabilidad es la verosimilitud del derecho; el otro, el perjuicio considerable que irroga el acto impugnado” ([147]).

La ilación guarda lógica con el sistema dispuesto en las normas societarias, que aun así, también se rigen por estatutos y decisiones asamblearias que pueden autorizar la intervención judicial; pero aunque similar, la intervención como medida cautelar en sociedades no comerciales, como la conyugal, tiene reparos lógicos, basados en la necesidad de salvaguardar derechos que se pueden amparar con vías concurrentes o subsidiarias ([148]).

181.5 Disposiciones comunes a toda clase de intervención

El principio de continuidad de la empresa, alineado con el carácter restrictivo de las medidas cautelares, fomenta el carácter excepcional de la intervención o administración judicial. La regla es que, si no hay otra cautelar de

---

[147]. Falcón, *Tratado de derecho procesal civil y comercial,* tomo IV, cit., p. 367.

[148]. Se afirma que la intervención solicitada durante la tramitación del divorcio por uno de los cónyuges sobre los bienes del ente del que el otro es socio son improcedentes cuando afectan el desenvolvimiento de la sociedad; pero cuando no perjudican a los demás socios, como ocurre con la designación de un interventor cuya función es informar sobre las utilidades que en principio le corresponderían al accionante, resultan procedentes (CNCiv., Sala M, 1999/11/29, "*L., A. v. L., E. E.*", JA, 2000-II-458).

similar eficacia, procede una vez que se acrediten los presupuestos comunes y se preste contracautela.

Es común así afirmar que la intervención judicial –en cualquiera de las formas previstas legalmente- se erige como una medida cautelar societaria de excepción, a la cual puede recurrirse una vez agotadas todas las posibles instancias para conjurar el peligro potencial que provendría de acciones u omisiones. De ahí el criterio restrictivo en la materia, pues la intervención judicial no puede importar una injustificada intromisión o interferencia en los negocios de la sociedad, para no provocar un daño mayor del que se quiere evitar ([149]). Además, como se observó con anterioridad, estas medidas atienden las administraciones societarias que sin perder el control de la empresa, pueden verse resentidas en cuestiones donde los derechos en conflicto pueden estar controvertidos y sin suficiente verosimilitud para cualquiera de las partes.

Lo fundamental es que la medida sea un beneficio potencial para el proceso, y no una ventaja para el que pide la cautela, por eso, no es factible instalar a ningún "interesado" en la calidad de interventor, ni siquiera en condición de "auxiliar", salvo que exista una orden judicial expresa y fundamentada que lo consienta.

Una vez resuelta la intervención, ella se dispone como providencia interlocutoria, de manera que admite sendos recursos de reposición con apelación en subsidio, o directo (art. 198 párrafo final, CPCC).

La designación de interventor es *intuito personae*, debiéndose tener en cuenta los conocimientos adquiridos en la función que deba desempeñar y su absoluto desinterés respecto a las partes. Por eso no se puede nombrar a quien haya estado vinculado con la empresa donde deba cumplir la tarea rogada. El inciso 259 de la ley 24.522 establece que debe ser una persona especializada en el área respectiva o con título universitario en administración de empresas.

[149]. CNCom., Sala B, 1999/02/17, La Ley 2000-C, 469.

La propuesta de interventores está limitada a la necesidad fundada de considerar los sin atender a quienes el juez tiene en la lista de expertos que la Cámara de apelaciones le provee. Conviene recordar que cuando se discierne a abogado de la matrícula en la Capital Federal, la función le obliga a suspender actividades de procuración o patrocinio letrado ante el tribunal que lo designa como auxiliar de la justicia (art. 3 inciso a] ap. 8, Ley 23.187).

La intervención o administración se dispone por un tiempo determinado, o hasta recaudar un importe establecido, de modo tal que son plazos prorrogables por resolución fundada.

Es necesario prestar contracautela adecuada con la verosimilitud del derecho invocado, y pueden originar costas que se han de autorizar dentro del quinto día de sustanciado el pedido entre las partes. Si los gastos se debieran practicar de urgencia, el interventor deberá informarlo al juzgado dentro del tercer día de realizados, con el fin de resolver su admisión.

Sin perjuicio del auxilio o colaboración que puede requerir el interventor en cualquiera de sus modalidades, el cargo a desempeñar tiene en cuenta la idoneidad que acredita y el carácter *personal* de la designación.

Se trate de interventor recaudador o informante, en ambas situaciones deben ser presentados informes periódicos, con la frecuencia que el juez indique en las instrucciones dispuestas, con el fin de mantener avisadas a las partes y al tribunal sobre la eficacia de la cautelar ordenada. El exceso en las funciones, o las acciones propias de quien pretende beneficiar con su conducta a alguna de las partes, es causa bastante para producir la remoción del interventor, sea de oficio o a pedido de partes.

Con relación a los gastos que origina la intervención judicial no son, ni aproximadamente, equivalente a la de los daños y perjuicios que contempla el art. 199 del Código Procesal, pues el hecho de que la adopción de una medida cautelar irrogue gastos, no significa que los mismos constituyan un perjuicio, pues

puede tratarse de simples erogaciones operativas o que, en definitiva, originen otros ingresos ([150]).

181.6 Honorarios del interventor

El art. 227 del CPCC dice: "*El interventor sólo percibirá los honorarios a que tuviere derecho, una vez aprobado judicialmente el informe final de su gestión. Si su actuación debiera prolongarse durante un plazo que a criterio del juez justificara el pago de anticipos, previo traslado a las partes, se fijarán éstos en adecuada proporción al eventual importe total de sus honorarios.*

"Para la regulación del honorario definitivo se atenderá a la naturaleza y modalidades de la intervención, al monto de las utilidades realizadas, a la importancia y eficacia de la gestión, a la responsabilidad en ella comprometida, al lapso de la actuación y a las demás circunstancias del caso.

"Carece de derecho a cobrar honorarios el interventor removido del cargo por ejercicio abusivo; si la remoción se debiere a negligencia, aquel derecho a honorarios o la proporción que corresponda será determinada por el juez.

"El pacto de honorarios celebrado por el interventor será nulo e importará ejercicio abusivo del cargo".

La actuación del interventor, a diferencia del sistema anterior que lo fijaba en seis meses, no tiene en la actualidad tiempo establecido por la ley, porque lo deja a la discrecionalidad del juez atendiendo las circunstancias del caso. Por ello, la extensión del tiempo puede originar gastos que el interventor tiene derecho a requerir como pago anticipado. Estas erogaciones anteriores a la liquidación final que determina el monto de los honorarios, se pueden justificar por decisión

---

[150]. Los actos realizados por un interventor judicial que no sólo se extralimitó en sus funciones, sino que también contrató al margen de lo que exigían las circunstancias y los principios jurídicos y morales, no obligan a la asociación intervenida que no se benefició o aprovechó de tales actos (CNCiv., Sala B, 1965/02/26, Rep. La Ley, XXVI, 842, Sum. 5).

judicial, y requerirse a las partes previa sustanciación con ellas sobre el pedido formulado.

Ahora bien, no es este un anticipo de gastos periciales, de manera que la falta de depósito no origina la pérdida del derecho a que se practique la medida, pues son honorarios que se anticipan y no gastos que condicionan la medida precautoria.

Respecto a los honorarios definitivos, estos se fijarán teniendo en cuenta las pautas generales de toda regulación (importancia del trabajo, eficacia de la gestión, responsabilidad comprometida, tiempo invertido, etc.); pero no se establecerá el derecho cuando el interventor sea removido del cargo por causa suficientemente fundada (el código dice: ejercicio abusivo, o negligencia).

El interventor, finalmente, no puede convenir con las partes un honorario determinado, porque ello significa ejercer con abuso la función conferida.

182. Inhibición general

La inhibición general de bienes es una medida de excepción que se otorga cuando no se conocen bienes del deudor, o que habiéndolos embargados, resultan insuficientes para satisfacer la totalidad del crédito.

Inhibir supone evitar o prevenir la disposición del deudor del patrimonio que posee cuya venta debe registrarse; por ello, no alcanza a bienes muebles que, en su caso, debieron quedar resguardados con el embargo.

En tal sentido, la medida ocupa aspectos registrales que llevan a encuadrar al instituto entre las cautelares destinadas a registraciones personales ([151]).

Tal como se presenta, la precautoria cumple una finalidad preventiva y complementaria. Lo primero en el sentido que, como las demás medidas

[151]. Cfr. González, Atilio Carlos, *La inhibición general de bienes en el proceso común y en el régimen concursal,* en “Tratado de las medidas cautelares”, tomo 2 (AAVV, obra coordinada por Jorge W. Peyrano), editorial jurídica Panamericana, Santa Fe, 1996, p. 11.

cautelares, la inhibición se traba previo cumplimento de los presupuestos genéricos de verosimilitud del derecho y peligro en la demora. Lo restante, porqué guarece el cumplimiento efectivo, no solo de una eventual sentencia de condena, sino de otras situaciones donde es necesario gravar la libertad de disponer, como sucede en los procesos concursales, o cuando se tramita la interdicción de una persona, entre otros casos.

De este modo, la inhibición trasciende la cobertura de la tutela procesal de los derechos, para alcanzar un espacio que excede aquello que el embargo no puede solucionar. En el plano de los derechos subjetivos, actúa a petición de la parte que se presume acreedora; pero también es admisible la inhibición decretada de oficio cuando la precautoria tiene por objeto no afectar los bienes o el patrimonio del presunto deudor.

182.1 La inhibición de bienes como medida subsidiaria del embargo

La inhibición general de vender y gravar bienes es una medida cautelar de carácter subsidiario en los términos como la resuelve el art. 228 del código procesal.

Dice, en su parte pertinente: "*En todos los casos en que habiendo lugar a embargo éste no pudiere hacerse efectivo por no conocerse bienes del deudor, o por no cubrir éstos el importe del crédito reclamado, podrá solicitarse contra aquél la inhibición general de vender o gravar sus bienes, la que se deberá dejar sin efecto siempre que presentase a embargo bienes suficientes o diere caución bastante".*

Vale decir que el presupuesto para decretar esta medida extraordinaria, poco conocida en el derecho comparado, es que primero se hayan embargado bienes muebles o registrables y que, ante la insuficiencia de ellos para satisfacer la plenitud del crédito eventual (caso del embargo preventivo), ante la sola

denuncia del deudor de no conocer otros bienes o derechos de crédito del deudor, procede la interdicción de venta y gravamen del afectado.

La redacción acordada al precepto parece sugerir que el embargo debe estar ordenado, y que sólo por el fracaso de la diligencia que comprueba la inexistencia de bienes o la pobreza de ellas, procede disponer la inhibición luego de que el embargante lo solicite.

Siendo así, la medida no se decreta sin haber intentando el embargo, contingencia que coloca al instituto como sucedáneo del acto frustrado. Empero, nos parece que no es ésta la interpretación que corresponde acordar. En efecto, el problema atraviesa por la prueba que exige cualquiera de las posibilidades, como vemos a continuación.

182.2 Requisitos de la inhibición

Hay tres situaciones posibles. La *carencia* de bienes que significa no tener un patrimonio significativo; la *insuficiencia* de ellos, que parte de considerar la existencia de un embargo cuyo monto no se cubre con los bienes afectados; y el *desconocimiento* sobre la situación económica del deudor.

El primero es el más simple, frente al embargo decretado y en caso que éste no se pueda hacer efectivo por la pobreza de los elementos encontrados al practicar la diligencia, o ser ellos inembargables, puede solicitarse la inhibición general de bienes.

El segundo también trabaja sobre bienes conocidos que resultan pocos para dar la garantía de solvencia futura (embargo preventivo) o inmediata (embargo ejecutivo) que el crédito necesita. El supuesto exige demostrar sumariamente que los bienes conocidos son insuficientes ([152]).

---

[152]. Si bien en principio la inhibición general de bienes comprende sólo los inmuebles, puede hacerse efectiva también sobre otros bienes del deudor que cuenten con una forma específica de registración y publicidad, como sucede con los depósitos bancarios. Ello es así porque el art. 228

En cambio el *desconocimiento* de capacidad económica divide a la doctrina, porque algunos argumentan que es un requisito particular que exige, al menos, la demostración sumaria del patrimonio que se presume insuficiente; mientras que otros, donde nos sumamos, sostienen que basta con afirmar la ignorancia de bienes.

Del encuadre surge que, si el presupuesto de la inhibición general es la misma que tiene el embargo (verosimilitud del derecho, peligro en la demora y prestación de contracautela), al que viene a complementar cuando aquél resulta exiguo, no sería necesario más que acreditar estos extremos para la procedencia, aun cuando no se haya embargado. La norma dice que es admisible la inhibición, en todos los casos en que tiene lugar al embargo, no siendo menester ningún otro requisito ([153]).

Por ello, con la sola denuncia de desconocer bienes del deudor, procede disponer la inhibición como medida cautelar directa sin necesidad de atravesar por el embargo previo que resulta insuficiente, o se frustra por la carencia de bienes.

182.3 Requisitos registrales

El segundo párrafo del art. 228 establece que […]: "*El que solicitare la inhibición deberá expresar el nombre, apellido y domicilio del deudor, así como todo otro dato que pueda individualizar al inhibido, sin perjuicio de los demás requisitos que impongan las leyes".*

---

del Código Procesal no alude exclusivamente a los inmuebles sino a los bienes del obligado, expresión que debe interpretarse en sentido amplio y en tanto sea posible su individualización a través de una inscripción registral, no hay motivo para limitar su alcance (CNCiv., Sala A, 1992/11/18, "*M. de W., C. c. W., M. A.",* La Ley, 1993-C, 443, J. Agrup., caso 9088).

[153]. Dice González que la inhibición general, como toda cautela […] "no tolera dilaciones –a punto tal que el Reglamento de la Justicia Nacional (artículo 36), la considera asunto de *preferente despacho*, aparece incongruente imponer al acreedor el previo agotamiento de un procedimiento ordenado a abonar sumariamente el presupuesto de referencia; con el riesgo eventual pero cierto de privar a esa tutela, en alguna medida, de su connotación *inaudita pars.* Máxime si los restantes requisitos de la inhibición se encuentran formalmente cumplidos; en cuyo caso, imponer además la satisfacción de esa carga devendría, lisa y llanamente, superfluo" (ob. cit., p. 29).

En particular, el art. 13 del decreto 2080/80, reglamentario de la ley 17.801, resuelve la necesidad de informar en inhibiciones de personas físicas: *a)* el nombre y apellido completos, sin iniciales intermedias; *b)* Domicilio real; *c)* Número del documento nacional de identidad o de aquél que identifique al sujeto cuando se trata de ciudadanos argentinos; y de pasaporte para los no residentes; *d)* en el caso de menores de edad que carecen de documento nacional de identidad, se informa el número de cédula con indicación de la autoridad que la emite; *e)* si no se consigna el número del documento de identidad, las inhibiciones se inscriben provisionalmente por ciento ochenta (180) días, salvo que judicialmente se declare que el inhibido ha realizado los trámites correspondientes ante el organismo competente, sin haber podido obtener el número de documento identificatorio ([154]).

Cuando son personas jurídicas, los requisitos a cumplir son: *a)* Nombre completo, con independencia de la sigla utilizada. Es decir, se debe denominar conforme lo asienta el estatuto social respectivo registrado; *b)* domicilio social; *c)* número de inscripción en el registro provincial de personas jurídicas o en la Inspección General de Justicia; *d)* en el caso de sociedades irregulares, de hecho o en formación, se debe indicar esta circunstancia.

Si bien en principio la inhibición general de bienes comprende sólo los inmuebles, puede hacerse efectiva también sobre otros bienes del deudor que cuenten con una forma específica de registración y publicidad, como sucede con los depósitos bancarios. Ello es así porque el art. 228 del código procesal no alude exclusivamente a los inmuebles sino a los bienes del obligado, expresión que debe interpretarse en sentido amplio y en tanto sea posible su individualización a través de una inscripción registral ([155]).

---

[154]. González, ob. cit., p. 39.

[155]. CNCiv., Sala A, 1992/11/18, "*M. de W., C. c/ W., M. A*.", La Ley 1993-C-443; íd., Sala C, 1983/09/20, "*Obras Sanitarias de la Nación c/ Club Atlético Boca Juniors*", La Ley, 1984-B, 57; cfr. Highton - Areán, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, tomo 4, cit., ps. 535 y 536.

Un recaudo discutible es la indicación del monto que alcanza la inhibición; algunos afirman que resulta necesario que se *determine el monto* por el cual deberá trabarse dicha medida, pues la indeterminación trae aparejada la imposibilidad de que el afectado por la misma pueda conjurar sus efectos de la forma dispuesta por la última parte del art. 228 del Código Procesal ([156]). De nuestro lado pensamos que es un requisito innecesario porque no está previsto en la ley procesal ni en las de fondo, particularmente las vinculadas con el registro.

Además, el afectado puede levantar la medida *siempre que presentase a embargo bienes suficientes o diere caución bastante.*

182.4 Alcance y preferencias

La inhibición general de bienes es una medida cautelar que actúa en el proceso proyectando en él sus ventajas y prevenciones; pero la eficacia depende de la interdicción que sea capaz de proveer. Palacio dice que […] "dada la forma en que se efectiviza, sólo puede afectar a aquellas cosas sobre las cuales no puede transmitirse, constituirse, modificarse o cederse un derecho real sin la previa certificación, extraída del correspondiente registro, relativa tanto a su estado jurídico como al de la persona que figura inscripta como titular del dominio o del derecho de que se trate" ([157]). De este modo, la eficacia depende más del registro que de la medida cautelar.

---

[156]. Cfr. CNCom Sala A, 1999/10/06, "*Bayer Argentina S. A. c. Agroveterinaria Las Perdices S. R. L.",* La Ley, 2000-C, 719 - DJ, 2000-2-638. A los efectos de la procedencia de la medida de inhibición general de bienes, si la pretensión principal tiende al cobro de daños y perjuicios deviene necesaria la acreditación, al menos "*prima facie*", del daño que haría posible el resarcimiento pecuniario, pues tal medida debe adecuarse a la importancia económica del derecho que se persigue garantizar para no trabar innecesariamente al presunto deudor en la libre disposición de sus bienes, causándole un perjuicio inútil (CNCom., Sala A, 1999/05/28*, "Cartecolor S. A. c. Publipal Publicidad S. R. L.*", La Ley, 1999-E, 279 - DJ, 1999-3-646).

[157]. Palacio, *Derecho Procesal Civil,* tomo VIII, cit., p. 167.

En otra perspectiva, asentada más en el principio de lealtad y buena fe dentro del proceso, si alguien está inhibido y dispone de bienes no registrables de cierto valor (v.gr.: caballo pura sangre de carrera; cesión de derechos hereditarios; venta de cosa mueble; etc.), correspondería sancionarlo en el proceso por la temeridad incurrida, y promover la acción penal correspondiente por la acción dolosa.

Con este parámetro y más flexibilidad, pero sin criterios de realidad posible, se piensa que la inhibición alcanza también a bienes no registrables.

En cuanto a la preferencia que asigna la inhibición, conviene recordar que el art. 228 párrafos tercero y cuarto dicen: "*La inhibición solo surtirá efecto desde la fecha de su anotación salvo para los casos en que el dominio se hubiere transmitido con anterioridad, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación general.*

"No concederá preferencia sobre las anotadas con posterioridad".

La cautelar no concede prioridad sobre otra medida de igual naturaleza trabada con posterioridad y mucho menos respecto del embargo, pese a la identidad de ellas. El orden de anotación es una preferencia para el pago, no un privilegio especial (*prior in tempore potior in iure*).

El favoritismo que concede la inscripción opera únicamente respecto del deudor "*in bonis*", es decir, aquél que no se encuentra en concurso, ni quiebra.

Sostiene Falcón que […] "más allá de la disposición del CPCCN, la regla de que la inhibición no tiene prioridad sobre otras medidas cautelares resulta discutible, porque no es de la naturaleza de la institución. Aunque es motivo de controversia en doctrina y jurisprudencia si la inhibición general tiene prioridad de derechos sobre los embargos, no lo es cuando la inhibición es voluntaria, ya que la ley sólo concede privilegio al acreedor embargante, no ocurriendo lo propio con el inhibiente voluntario, quien, al carecer de amparo legal, es postergado en su derecho por aquél. Por tal motivo el inhibiente debe, cuando posee título ejecutivo, solicitar embargo en bienes concretos y lograr de tal manera la preferencia que

corresponda según la fecha o inscripción de los respectivos embargos, y ello resulta de los artículos 3875 y 3876 del Código Civil" ([158]).

La inhibición regular (completa y sin errores) se inscribe por cinco (5) años, con posibilidad de ampliar por el mismo plazo tantas veces como se ordene judicialmente antes del vencimiento. Si la reinscripción fuera de plazo vencido, pierde la posición de preferencia para instalarse en el último lugar.

Este plazo es procesal y puede coincidir o no con las normas de fondo. En éstas, por ejemplo, el art. 30 del decreto 4907/73 que se relaciona con aeronaves, establece la interdicción por diez (10) años, que al ser ley especial posterga y amplía el término procesal.

182.5 La inhibición voluntaria

La inhibición puede ser dispuesta en forma *voluntaria* instrumentada por acuerdo entre partes, suscripta en instrumento público, aunque esta modalidad es resistida por las normas registrales (art. 3º inciso d) del decreto 2080/80 reglamentario de la ley 17.801).

También sufre restricciones legales en orden a lo dispuesto por el art. 1364 del Código Civil (*cláusula de no enajenar a persona determinada*) y 2612 del mismo ordenamiento (*"El propietario de un inmueble no puede obligarse a no enajenarlo, y si lo hiciere la enajenación será válida, sin perjuicio de las acciones personales que el acto pueda constituir contra él"*).

Bien aclara Kielmanovich que esta no es una modalidad cautelar, y que sufre la resistencia de la doctrina, pues […] "nos parece absolutamente legítimo en tanto no se refiera a todos los bienes que componen el patrimonio de una persona, pues en tal caso involucraría una suerte de incapacidad de derecho, aun cuando

[158]. Falcón, *Tratado de derecho procesal civil y comercial*, tomo IV, cit., p. 470.

pueda resultar inoponible frente a terceros en ausencia de toda publicidad a su respecto” ([159]).

183. La anotación de litis

La anotación de litis es una típica medida preventiva destinada a proteger el derecho de eventuales adquirentes de un bien sometido a litigio, que producto de tal situación, puede modificar la inscripción que tiene. La finalidad es asegurar la publicidad del juicio y evitar que se frustre la expectativa de aquellos terceros con pretensiones sobre la cosa que puede sufrir alteraciones registrales.

Para Palacio, la medida tiene por objeto asegurar la publicidad de los procesos relativos a bienes inmuebles o muebles registrables, frente a la eventualidad de que las sentencias que en ellos recaigan hayan de ser opuestas a terceros adquirentes del bien litigioso o a cuyo favor se constituya un derecho real sobre éste ([160]).

Kielmanovich enseña que […] “se trata de una medida que tiene por objeto la tutela de la integridad o valor económico de los bienes sobre los cuales recae (inmueble, automotor, buque, etc.), cuya finalidad se agota con la pura oponibilidad de la sentencia y sin que en ningún caso pueda impedir su disposición o embargo ni acordar prioridades ni preferencias respecto de ulteriores anotaciones o de otras medidas cautelares, y sin que a ello se oponga, dicho sea de paso, el dispositivo contenido en el artículo 24 de la ley 21.499 de Expropiación en cuanto establece que <la litis se anotará en el Registro de la Propiedad, *siendo desde ese momento indisponible e inembargable el bien*>, pues, a nuestro modo de ver la cuestión, la indisponibilidad e inembargabilidad que señala este dispositivo aparece aquí como una consecuencia del agregado de la ley (“siendo desde ese momento indisponible e inembargable el bien”) y no como un efecto de

---

[159]. Kielmanovich, *Medidas Cautelares,* cit., p. 309.

[160]. Palacio*, Derecho Procesal Civil*, tomo VIII, cit., p. 236.

la anotación per se, sin perder de vista que esa anotación no sería para nosotros estrictamente cautelar, sino más bien <preventiva> o puramente registral” ([161]).

En cambio, otros consideran que la precautoria provoca un bloqueo registral sobre el bien alcanzado, evitando que el mismo pueda disponerse con libertad sin notificar al beneficiario de la cautela. Posición aislada y de escasa aplicación práctica, desde que la medida se cumple con solo la anotación marginal en el dominio sin acordar ventaja alguna a quien consigue la medida, más allá de la publicidad que provoca sobre el estado litigioso.

La condición de procedencia es la eventual alteración registral y no los conflictos que pueda tener el bien alcanzado ([162]). De este modo, si el consorcio de propietarios tiene procesos abiertos por relaciones de vecindad, probablemente la condena alcance a los sujetos, sin alterar las condiciones del dominio. O bien, si el titular del vehículo embestido pretende anotar la litis respecto al rodado embistente, la precautoria es inoficiosa porque no hay posibilidad de modificaciones registrales.

Además del interdicto de adquirir, procede en todo tipo de proceso que pueda ocasionar una modificación de la inscripción en el registro respectivo. Materializada la advertencia o alerta a través de la anotación de la litis en el registro respectivo, los terceros adquirentes deberán soportar los efectos de la sentencia asegurándose de ese modo la trascendencia de la cosa juzgada en relación a terceros.

---

[161]. Kielmanovich, *Medidas Cautelares*, cit., p. 203.

[162]. La anotación de litis no impide la libre disposición del bien litigioso, pues su finalidad consiste en descartar la posibilidad de que quien adquiera u obtenga la constitución de un derecho real sobre el bien en cuestión, se ampare válidamente enla presunción de buena fe que como principio general instituye el art. 2362 del Código Civil (CNCiv., Sala A, 1995/11/21, "*Siraveña de Denatale, Mary Rosa c. Bernal, Luis y otros*", La Ley, 1996-A, 727). Por ejemplo, se ha dicho que es procedente cuando va dirigida a que los terceros que puedan disponerse a contratar con la afectada por una de las medidas derivadas de la aplicación del art. 79 de la ley 11.723 (Adla, 1920-1940, 443), tengan conocimiento de la existencia del pleito (CNCiv., Sala C, 1994/02/24, "*The Walt Disney c. Multimedia Ed*.", La Ley, 1994-C, 584, J. Agrup., caso 9847).

183.1 Oportunidad de la pretensión

La anotación de litis es de aquellas medidas que sólo pueden solicitarse una vez deducida la pretensión, lo que descarta implícitamente la posibilidad que la litis se anote con anterioridad a la interposición de la demanda principal, aunque debe tenerse en cuenta el impacto producido sobre tal norma por la ley 24.573 de mediación obligatoria, que faculta a requerirla como previa. En tal sentido se ha dicho que, la falta de iniciación del procedimiento de mediación obligatoria no obsta a que se decrete la anotación de litis ([163]).

Inclusive se ha señalado que procede también en el proceso sucesorio […] "en tanto que por la naturaleza de los bienes que componen el acervo hereditario pudiere verificarse una *modificación de una inscripción en el registro correspondiente,* verbigracia, respecto de bienes inmuebles o muebles registrables, tanto sea que se mantenga el estado de indivisión o se proceda a la partición judicial, privada o mixta de los bienes, criterio que, por cierto, debemos reconocer –dice Kielmanovich- por la inmensa mayoría de la jurisprudencia y doctrina nacionales" ([164]).

La oportunidad se ratifica con el art. 609 del código federal al establecer que: "*Presentada la demanda, podrá decretarse la anotación de litis en el Registro de la Propiedad, si los títulos acompañados y los antecedentes aportados justificaren esa medida precautoria*".

Esta disposición tiene en cuenta que la principal característica del interdicto de adquirir es la anotación de la litis, que tiene por finalidad hacer saber a terceros, mediante la publicidad que implica la anotación en el Registro de la Propiedad Inmueble, la existencia del interdicto.

---

[163]. CNCiv., Sala L, 1999/06/16, "*Consorcio Libertad 1168/70/72 c. Bevacqua, María G*.", JA, 2000-III-604.

[164]. Kielmanovich, *Medidas Cautelares*, cit., p. 205.

La procedencia de la anotación de litis está condicionada a la deducción de una pretensión que pueda tener como consecuencia la modificación de la inscripción en el Registro correspondiente, y a la circunstancia de que el derecho invocado como fundamento de la acción sea verosímil.

Sin embargo no toda la doctrina coincide con el tiempo cuando es preciso formalizar el pedido de esta cautelar, pues no solo la priva de la esencia principal que tiene toda medida cautelar por naturaleza, sino también, porque la inhibe de actuar en procedimientos extracontenciosos.

183.2 Requisitos de admisibilidad

La admisión de esta precautoria exime de acreditar el peligro en la demora, pues se desprende de la misma finalidad de la medida. Este peligro por la morosidad resulta de la plena disponibilidad de bienes de relativamente fácil enajenación que, de concretarse, implicaría frustrar el cumplimiento de una sentencia eventualmente favorable.

Sí debe ser manifiesto el derecho a publicitar a cuyo fin el field de la verosimilitud será analizar si con el resultado del litigio podrán suceder modificaciones en el registro correspondiente.

La medida requiere contracautela, cuyo tipo y monto se resuelve por apreciación judicial.

183.3 Modalidades

La anotación marginal que consta en el plano, ordenada por la autoridad administrativa -en el caso, observación indicativa de una superposición de límites- se asemeja, en cuanto a su finalidad, a una anotación de litis. En efecto, su objeto

es dar publicidad al litigio para que los terceros no puedan alegar buena fe en el caso de modificarse la inscripción registral ([165]).

También se ha dicho que la medida cautelar de anotación de litis en el libro de registro de acciones resulta formalmente procedente cuando el juicio pudiera tener como consecuencia la modificación de sus asientos. Además, si se ha admitido el embargo de acciones con inscripción en el mentado libro, no existe óbice para conceder una medida de entidad inferior a aquélla ([166]).

184. Prohibiciones y ejecuciones

Cuando algunas situaciones de hecho o de derecho no consiguen resolver suficientemente la finalidad preventiva que llevan las medidas cautelares hasta aquí analizadas, el juez de oficio, o a petición de parte, puede disponer prohibiciones específicas o mandar que se ejecuten ciertos actos que se integran con las precautorias adoptadas (v.gr.: embargo sobre el inmueble y prohibición de contratar sobre el mismo), o trabajando con autonomía (v.gr.: prohibición de innovar).

Por lo general, el destino de la orden judicial asienta en cosas o bienes que se deben mantener inalterables mientras se sustancia el proceso; pero en otras,

---

[165]. CNCom., Sala B, 1996/09/19, "*Arroyo de Alpataco S. A. s/quiebra s/inc. de reiv. por la quiebra de: Falaschi de Fernández, Hermenegilda*", La Ley, 1997-B, 744.

[166]. CNCom., Sala E, 1997/08/20, "*MYF S. A. c. Sociedad Entrerriana de Electrificación Sedelec S. A. y otros*", IMP, 1998-3-135. En este aspecto se afirma que es procedente acoger la precautoria que se comenta, en el libro de registro de acciones dentro del marco de un proceso en el que se demanda el cumplimiento del contrato de compraventa de acciones, que se han adquirido mediante el ejercicio del acuerdo de "preferencia". Ello porque: *a)* la eventual admisión de la demanda podría incidir sobre la registración respectiva; *b)* media dual inteligencia de cláusulas estatutarias que reglan la transferencia de acciones cuyo real significado, su extensión y su interpretación definitiva sólo podrá efectuarse en la sentencia; y *c)* existe interés de los demandados en vender sus tenencias accionarias (mismo fallo anterior).

precisamente el objeto central es la innovación que se requiere para lograr eficacia cautelar ([167]).

Este conjunto de medidas tiende a conseguir la inalterabilidad de la cosa litigiosa, lo que supone actuar en forma complementaria o autónoma mediante tres modalidades: *a)* la *prohibición de innovar*; *b)* la *medida innovativa*; y *c)* la *prohibición de contratar.*

184.1 La prohibición de innovar

Si el objeto de toda medida cautelar es asegurar la cosa objeto del proceso y preservar la potencial ejecución del resultado habido con la sentencia, la prohibición de innovar encuentra plena coincidencia, al punto que debe considerarse una medida complementaria para fortalecer el objeto general indicado. Así lo indica el párrafo final del art. 230 del código federal al establecer que […] Podrá decretarse siempre que *"la cautela no pudiere obtenerse por medio de otra medida precautoria" (inciso 3º).*

No obstante, como se aplica en todo tipo de procesos, debe emplearse con la mayor circunspección cuando se peticiona en acciones personales, supuestos en los que la garantía del derecho controvertido se debe conseguir, en principio, a través de otro modelo de tutela.

---

[167]. Sostiene Falcón que […] "A pesar de que la medida cautelar se refiere a bienes y no a personas, su referencia está específicamente gobernada por la actuación de esas personas, ya por sí, ya como funcionarios o representantes de los diversos tipos de entidades. Se persigue que alguno de ellos se abstenga de realizar un acto o conducta (faz negativa) o que lo realice (faz positiva). Esta realización supone el cumplimiento de una obligación ya se trate de una obligación de dar o hacer, que comprende las distintas subespecies (de dar: cosas ciertas, inciertas, cantidades de cosas, dinero; de hacer: hacer, no hacer, impedir que otro haga, escriturar). Normalmente se explicita esta medida como una conducta positiva o negativa que requiere la jurisdicción, aspecto que surge de las definiciones de los distintos autores, aunque la tendencia es a definir la medida como negativa (esto es la prohibición de innovar). En otras palabras, es una orden judicial de no realizar actos físicos o jurídicos que alteren la situación de hecho o de derecho existente al tiempo de la promoción del pleito, cuando la ejecución de tales actos pudiera influir en la sentencia o convirtiera su ejecución en ineficaz o imposible, o bien una orden que tiende a la realización de determinados actos" (*Tratado de derecho procesal civil y comercial,* tomo IV, cit., ps. 383/4).

La jurisprudencia es uniforme al señalar que la prohibición de innovar es una medida precautoria que tiene por objeto mantener el estado de derecho o de hecho de la cosa litigiosa, existente al tiempo de la promoción del proceso, pues su modificación o alteración podría tornar ilusoria la sentencia o acarrear perjuicios irreparables ([168]).

La prohibición que se persigue de ningún modo constituye la vía idónea para evitar la promoción o prosecución de otras causas judiciales, aunque posean actual o eventual incidencia sobre el objeto del juicio en el que se pide la medida. En caso contrario, se violaría el derecho de índole constitucional de ocurrir ante el órgano jurisdiccional, o se estaría reconociendo a un magistrado facultades de revisión de la actividad jurisdiccional de otro, que nuestro ordenamiento jurídico no le otorga ([169]).

---

[168]. CNCom., Sala E, 1995/10/06, "*Productos Solmar SA c/ Banco Central de la República Argentina s/ ordinario s/ incidente de medidas cautelares*", entre otros.

[169]. Procede desestimar la prohibición de innovar solicitada por un contribuyente en el marco de una acción declarativa de certeza, a fin de que el Fisco de la Provincia de Buenos Aires se abstenga de ejecutar por vía de apremio el Impuesto sobre los Ingresos Brutos por aplicación directa de la reforma tributaria establecida por los arts. 3° y 5° de la Ley 13.850, en cuanto suspenden la exención impositiva dispuesta por los arts. 39 de la Ley 11.490 y 1, 2, 3 y 4 de la Ley 11.518, en tanto una orden destinada a impedir que una persona determinada – pública o privada- promueva un juicio, además de violentar el derecho constitucional de defensa en juicio resulta desmesurada, interfiriendo y menoscabando la esfera de competencia propia de cada juez (Juzgado en lo Contenciosoadministrativo Nº 1 de Mar del Plata, 2008/09/19, "*N.N. c. Poder Ejecutivo*", PET 12 - IMP 2008-23 (Diciembre), 2009).

Es improcedente la medida precautoria orientada a obtener la paralización o suspensión de la ejecución de una sentencia, ya que su admisión implicaría un inadecuado ejercicio de un acto de imperio que provocaría una alteración sustancial de la decisión ya tomada e importaría impedir el cumplimiento de un acto jurisdiccional firme y ejecutorio de modo tal que, más que una prohibición contra un determinado obrar, la cuestión se transformaría en una indebida limitación de las facultades del propio órgano jurisdiccional en el ejercicio de la aplicación del derecho o en el cumplimiento de sus propios pronunciamientos (CNCiv., Sala G, 2007/09/28, "*Eldes S.A. c. Ahuerhan, Jorge Julio*", La Ley, 2007-F, 284).

La prohibición de innovar que tiene por objeto evitar la promoción o prosecución de otras causas o que la parte contraria se abstenga de solicitar embargos u otras medidas similares -en el caso, respecto del juicio hipotecario en el que existe sentencia firme mandando llevar adelante la

La medida no se opone a otras, a las que viene a complementar, sino que *coexiste* con ellas aunque se tiene que resolver el problema de la acumulación y necesidad al objeto que sirven. Dicho esto en el sentido de advertir que la discrecionalidad judicial puede obstruir el progreso de la prohibición de innovar si considera que el embargo, el secuestro, la intervención judicial, la inhibición general de bienes, o la prohibición de contratar son específicos y suficientes para alcanzar el fin cautelar ([170]).

Excepcionalmente *sustituye* a la cautelar vigente, por ejemplo, se ha dicho que, en el marco de un proceso sucesorio corresponde revocar la anotación de litis ordenada por el juez *a quo* y admitir la prohibición de innovar solicitada a fin de impedir la disponibilidad y/o modificación del estado jurídico de los bienes sucesorios, dado que se encuentra acreditada la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora en tanto se estaría gestionando una operación de

---

ejecución-, viola el derecho de índole constitucional de peticionar ente la Justicia (CNCiv., Sala B, 2004/10/14, "B*., G. S. c. B., I. y otros*", La Ley, 02/11/2005, 12).

[170]. Entre muchos casos se dice que, es improcedente el dictado de una medida de prohibición de innovar en las condiciones de dominio de un inmueble, que ha sido peticionada en forma autónoma y con carácter previo a la promoción de un proceso por escrituración pues, atendiendo a las condiciones de dominio del bien respecto del cual los accionados comprometieron ceder su propiedad, no se acreditó —siquiera sumariamente— que aquellos tuvieran derecho alguno sobre el mismo, no pudiendo soslayarse que la medida tiene carácter subsidiario y que la cautela puede obtenerse igualmente con la inhibición general de bienes que ha sido concedida (CNCiv., Sala G, 2007/02/08, "*Carpinetti, Julio Alberto c. Ruisánchez, Angel Gastón*", DJ 2007-II, 781).

Cuando por medio de una prohibición de innovar se pretende modificar el statu quo existente, los recaudos de viabilidad de las medidas precautorias deben ser ponderados con especial prudencia en tanto un pronunciamiento favorable altera el estado de hecho o de derecho existente al momento de su dictado y configura un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa (de la sentencia de la Corte según la doctrina sentada en "Chiodi", 16/11/2004) (CS, 2005/05/10, "*Silvestri, Juan C. c. Estado Nacional y otro*", La Ley Online).

Es improcedente decretar la prohibición de innovar con respecto a la venta y/o cesión de las acciones de propiedad del ex-administrador de una sociedad a fin de asegurar el resultado del juicio a iniciar por el ente por violación del art. 59 de la ley de sociedades y por daños y perjuicios toda vez que la finalidad que se persigue puede ser lograda mediante un embargo, medida que ampara de igual manera el derecho que se invoca (CNCom., Sala E, 2004/05/14, "*La Besta S.A. c. Tapia, Hugo*", DJ 2005-1, 126).

compraventa y la anotación de la litis no resulta ser una medida suficiente para impedir la disponibilidad de aquéllos bienes ([171]).

En nuestro parecer, la eficacia de una medida cautelar no impide que se agregue la prohibición de innovar, teniendo presente el objeto puntual que ella tiene, y el carácter provisional como se dispone. De todos modos, el juez conserva la facultad de cambio presente en el art. 204 del código procesal que funciona como regla general ([172]).

En los procesos constitucionales, particularmente en la ley de amparo nº 16.986, la prohibición de innovar se instala como medida preferente sin excluir a otras ([173]); ello sin contar numerosos supuestos de procedencia singular que se resumen en leyes especiales y atenciones jurisprudenciales ([174]).

---

[171]. CNCiv., Sala C, 2007/09/26, "*Musso Ferraro Vaz Gil, José*", La Ley Online.

[172]. De acuerdo con el art. 204 Cód. Procesal compete al juez, por vía oficiosa, arbitrar alguna manera de sustitución de la medida cautelar solicitada -en el caso, se sustituyó el embargo sobre todas las cuentas de la empresa demandada, por una prohibición de innovar sobre la titularidad del fondo de comercio-, si existe una duda prudente acerca de la verosimilitud del derecho del peticionario y la posibilidad que la demora pueda representar peligro para su eventual consolidación en la hipótesis de un resultado favorable final, a fin de satisfacer el conveniente equilibrio que debe primar entre los distintos intereses en juego (CNCiv., Sala J, 2002/04/09, "*Mendoza, Santa H. y otros c. Curtiembre Ariel S.A. y otros*", DJ 07/08/2002, 1014 - DJ 2002-2, 1014).

[173]. El Código Procesal Constitucional de la provincia de Tucumán, con simpleza y claridad resuelve: "*MEDIDA DE NO INNOVAR- En cualquier estado de la instancia el Juez puede ordenar, a pedido de parte o de oficio, medidas de no innovar, las que se cumplimentan en forma inmediata, sin perjuicio de su ulterior notificación. El Juez puede pedir la contracautela pertinente para responder por los daños que tales medidas pudieren ocasionar. La solicitud debe resolverse el mismo día de su presentación.*

"Cuando la suspensión acordada por la medida de no innovar afecte un servicio público o a la administración, el Juez puede dejarla sin efecto, declarando a cargo de la autoridad demandada o personalmente por los que la desempeñan, la responsabilidad por los perjuicios que se derivan de su ejecución.

"De igual modo, el Juez interviniente puede dictar cualquier medida de conservación o seguridad que la prudencia aconseje, para prevenir riesgos materiales o evitar que se produzcan otros daños como consecuencia de los hechos realizados, todo conforme con las circunstancias del caso.

a) Presupuestos generales de admisión: La prohibición de innovar, dice el art. 230 del código procesal, procede cuando […] "*1. El derecho fuere verosímil. 2. Existiere el peligro de que si se mantuviera o alterara en su caso, la situación de hecho o de derecho, la modificación pudiera influir en la sentencia o convirtiera su ejecución en ineficaz o imposible" […].*

Como las demás medidas cautelares, la presente no exige el examen de la certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo su verosimilitud. Ello

---

"El Juez por resolución fundada, puede hacer cesar en cualquier momento la autorización de ejecución o las otras medidas cautelares que se hubieren dictado"

[174]. La medida cautelar de prohibición de innovar debe ser solicitada al interponer el recurso, es decir contemporáneamente con la demanda administrativa, siendo éste un requisito temporal que torna inaplicable la hipótesis de la medida cautelar anticipada prevista en los arts. 195 y 207 del CPCC de Santiago del Estero al proceso contencioso administrativo (ST Santiago del Estero, 2006/08/09, "*Castillo Gioya, Carlos A. c. Gobierno de la Provincia de Santiago del Estero*", La Ley Online).

Se configura el requisito del peligro en la demora que torma procedente ordenar la prohibición de innovar con relación a la aplicación del art. 8° de la ley 5324 y los arts. 1°, 2° y 5° del dec. 117/2003, ambos de la Provincia de San Luis -mediante los cuales se persigue la caducidad de los cargos electivos-, pues la inmediatez del acto electoral en el que operarán su eficacia las normas impugnadas, requiere el dictado de medidas que mantengan la situación de derecho existente con anterioridad a su dictado, con el fin de resguardar los derechos esgrimidos hasta tanto se dirima la cuestión debatida (CS, 2003/04/10, "*Ponce, Carlos A. c. Provincia de San Luis*", La Ley Online).

La ley "anti goteo" 25.587, en cuanto prohíbe toda medida cautelar sobre depósitos bancarios alcanzados por el "corralito" distinta de la prohibición de innovar, afecta las funciones esenciales del Poder Judicial con menoscabo del principio de división de poderes, pues el juicio sobre los requisitos que tornan procedente una medida precautoria pertenece al ámbito discrecional del juez, a lo que debe sumarse que en muchos casos el tipo de cautela permitido puede no reunir los requisitos de idoneidad asegurativos necesarios para el cumplimiento de la sentencia CNFed. en lo Contenciosoadministrativo, Sala V, 2002/07/26, "*Barrientos, Germán C. c. P.E.N*.", La Ley, 2002-F, 136).

A partir de la presunción de legitimidad de que gozan los actos administrativos --de la que deriva su ejecutoriedad--, se requiere como requisito condicionante de la prohibición de innovar respecto de aquéllos, que se encuentre configurada la acreditación de su manifiesta arbitrariedad o ilegalidad, pues sólo concurriendo esta circunstancia resulta quebrada tal presunción (del voto en disidencia del doctor Digiorgis) (CNCiv., Sala K, 1996/12/31, "*Algodonera San Nicolás S.A. y otros c. Ciudad Autónoma de Buenos Aires*", La Ley, 1999-C, 770 - DJ 1999-2, 645).

no impone al tribunal la obligación de efectuar un examen jurídico riguroso, cual es necesario para resolver el pleito, siendo sólo menester examinar si el derecho por el peticionario tiene o no apariencia de verdadero y sin que ello implique prejuzgamiento.

Con relación al peligro en la demora, se repite con alguna precisión especial, la necesidad de acreditar el estado de riesgo en se encuentra el derecho, el cual debe consistir en superar el estado actual de la cuestión como medidas positivas (evitar el peligro de mantener las cosas como están), o en evitar que se altere o torne a la sentencia de ejecución imposible.

Por eso es improcedente si la verificación de los presupuestos obliga a avanzar sobre la cuestión de fondo, para determinar la ilegalidad o arbitrariedad de la medida contra la que se promueve la acción principal.

La concurrencia de los requisitos comunes a toda medida cautelar permite visualizar, al mismo tiempo, la conveniencia de otorgarla con una determinada contracautela. Así, la prudencia judicial se mide con la ponderación del proceso donde ha de aplicarse ([175]).

b) Requisitos propios: la procedencia de la prohibición de innovar depende del *interés jurídico* que se quiere proteger, el cual en algunas situaciones, como cuando funciona como variable para suspender la ejecución de actos administrativos, obliga a acreditar el *interés legítimo* del peticionante ([176]).

---

[175]. A los fines de conceder la medida de no innovar solicitada por un trabajador, resulta irrelevante el hecho de que la alteración de las condiciones laborales se haya producido casi cuatro meses antes de promoverse la acción instaurada por el artículo 66 de la ley de contrato de trabajo, ya que en este "proceso sumarísimo" no resulta menester invocar y acreditar la existencia de "peligro en la demora", requisito usual en los ordenamientos procesales, pues se trata de una medida consagrada en una norma sustancial que prevalece sobre las disposiciones rituales (CNTrab., Sala X, 2007/09/27, "*A., A. G. c. Colegio Público de Abogados de Capital Federal"*, La Ley Online).

[176]. Es requisito necesario que la prohibición de innovar pedida contra la Administración pública no afecte el interés público (CNCiv., Sala E, 1984/12/05, "Tervasi*, Carlos A. y otros c. Municipalidad de la Capital"*, La Ley, 1985-B, 355)

Pero antes que ello, aparece una exigencia que no se cumple con la sola consideración "a priori" de que le pudiere asistir la razón al peticionario (*fumus bonis iuris*), sino que es necesario, además, que esa razón puede tener acogida por la vía de la acción entablada, pues si bien el fundamento de la prohibición de innovar reside en la conveniencia de impedir que la acción de la justicia se vea frustrada mediante la alteración de la situación de hecho existente, debe reconocerse como presupuesto necesario la justiciabilidad de la causa, sin la cual aquel accionar no podría desenvolverse.

Si el marco es una acción de amparo, con la consiguiente suspensión del acto lesivo, el requisito de "*fumus bonis iuris*" debe ser fundado expresamente por el juez, como una suerte de antejuicio para la concesión. Lo mismo acontece con la declaración previa que corresponde realizar en la acción declarativa de certeza (art. 322 parte final, CPCC). En los procesos ordinarios, basta con la resolución fundada que encuentre probado el recaudo liminar.

También es necesario evitar que se consume un *daño irreparable* o *irreversible* ([177]), y que sea *inmediato* o de consagración posible en el desarrollo de la instancia. Si el perjuicio eventual se puede concretar con la decisión definitiva, la suspensión de ejecución no es materia de la precautoria en estudio, sino del efecto de los recursos concedidos ([178]).

---

[177]. La procedencia de la prohibición de innovar presupone la concurrencia de los requisitos comunes a toda medida cautelar: verosimilitud del derecho, peligro en la demora, contracautela y la irreparabilidad del daño infligido por la situación de hecho o de derecho que se pretende innovar (CNCom., Sala C, 1999/12/16, "*J. F. Gas S.A. c. Banco Central*", La Ley, 2000-C, 931).

[178]. Si la prohibición de innovar solicitada tiene por objeto asegurar las consecuencias del proceso mediante el mantenimiento de la situación existente con anterioridad a la resolución administrativa que en autos se cuestiona, y tiende a que no se haga ilusorio el fallo definitivo en el caso que se reconozca el derecho que el actor reclama, constituyen requisitos para su procedencia: la verosimilitud del derecho, la posibilidad del daño inminente que la misma no perjudique al interés público y la contracautela (CNFed. Contenciosoadministrativo, Sala IV, 1984/11/01, "*Azucarera Argentina, S. A. -Ingenio Corona- c. Gobierno Nacional -Ministerio de Economía-*", La Ley, 1985-A, 46).

Finalmente se discute si la medida procede antes de iniciar la demanda o solo es factible con proceso iniciado pues de la norma legal que sustenta la petición (art. 230, CPCC) surge que puede decretarse en toda clase de juicio, lo que supone que si no lo hay, no existe posibilidad del riesgo que la prohibición de innovar trata de evitar -esto es la imposibilidad de ejecutar la eventual sentencia que recaiga en el mismo-, ni se puede evaluar la verosimilitud del derecho invocado, ni el peligro en la demora, requisitos propios de toda medida cautelar ([179]).

No obstante, el art. 195 del código procesal es claro respecto a la oportunidad (*las providencias cautelares podrán ser solicitadas antes o después de deducida la demanda*) que no tenía la anterior ley reglamentaria (nº 17.454); aunque en el amparo, por la urgencia del mismo proceso, no cabe esta cautelar como medida previa ([180]).

La eficacia de la medida depende de su notificación al destinatario que debe cumplirla, quien puede haber introducido alteraciones previas en las cosas o modificar las circunstancias de hecho en ejecución, las que no son reversibles con la medida que, en su caso, se cumple a partir de la comunicación fehaciente.

c) Extensión a otros litigios: La prohibición de innovar tiene por vía de principio carácter accesorio, que surge de lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 230 cuando expresa que *(para que se pueda decretar es necesario que…*) ”*existiere el peligro de que si se mantuviera o alterara, en su caso, situación de*

[179]. Corresponde denegar la prohibición de innovar cuando se la solicita en forma previa a la iniciación de la demanda, pues de la norma legal que sustenta la petición -art. 230, Cód. Procesal-- surge que la misma puede decretarse en toda clase de juicio, lo que supone la existencia del mismo criterio ratificado en el inc. 2° de dicha norma cuando, como requisito para su admisión, se requiere la existencia de peligro en la demora (CNCiv., Sala K, 1995/09/29, “*Mefina S. A. c. Municipalidad de Buenos Aires*”, La Ley, 1996-B, 62 - DJ 1996-1, 968).

[180]. Falcón, *Tratado de derecho procesal civil y comercial,* tomo IV, cit., p. 182.

hecho o de derecho, la modificación pudiera influir en la sentencia o convirtiera su ejecución en ineficaz o imposible".

De esta forma, la medida tiende a regresar al tiempo originario donde se plantean pretensiones y resistencias, pues si la sentencia va a declarar derechos que consagrarán nuevos derechos en la relación jurídica trabada, es necesario y congruente, evitar que con maniobras dirigidas de las partes, puedan evitarse consecuencias negativas surgidas en el desarrollo del proceso que, posteriormente, eviten la ejecución procesal o tornen ilusorio el cumplimiento efectivo del mandato jurisdiccional.

Por ello, la prohibición de innovar se funda en el principio de inalterabilidad de la cosa litigiosa y tiende a impedir que las partes innoven en situaciones de hecho o de derecho existentes al iniciarse la controversia (*lite pendente nihil innoveatur; omnia in sue statud esse debent res finiautur* reza el título VII de la Partida 3º); la medida propone, pues, asegurar un efecto típico de la sentencia, cuál es su retroactividad al tiempo de la demanda.

Ahora bien, la naturaleza jurídica de esta medida cautelar muestra su condición residual y contingente, al proceder únicamente cuando "la cautela no pudiere obtenerse por medio de otra media precautoria", y será generalmente posterior al inicio del proceso, es decir, suple la inoficiosidad de otras acciones precautorias y queda supeditada a un litigio en curso. Tal marco conceptual impide extender la medida a un juicio diferente, porque ella no puede interferir en las decisiones que adopta otro juez.

La imposibilidad de interferencia en el poder jurisdiccional de otro se consagra con un límite a las facultades del juez y como un orden superior en la salvaguarda del derecho al debido proceso.

Morello, Sosa y Berizonce, han dicho que "vedar" a priori la posibilidad de promover una eventual demanda a dirigirse contra los peticionantes de tal medida,

representaría un arma excesiva o de ejercicio abusivo (arts. 1071 y 1198 ap. 1º del Código Civil) ([181]).

En nuestra opinión, la valla es prudente siempre y cuando entre los procesos no exista conexidad, porque si entre el que tiene la medida decretada y aquél que pretende obtener la extensión existe algún punto de conexión o complemento, la cautelar podría aplicarse sujeta a pocas, pero precisas y necesarias condiciones.

La conexidad necesaria reconoce algunos precedentes donde se admitió la extensión de la medida. Por ejemplo, la Cámara 1º de apelaciones en lo Civil y Comercial de La Plata, sostuvo en la causa 181.459 que".... *si ambos procesos derivan del mismo negocio jurídico, si en uno de ellos se declaró la rescisión de la compraventa, no puede admitirse la entrega del inmueble si correspectivamente no se restituye el precio percibido por el vendedor, siendo procedente en tales circunstancias la medida de innovar hasta tanto tenga lugar dicho pago; y a lo que no obsta la circunstancia de que la solicitud de entrega de la cosa haya sido formulada en otros autos*" ([182]).

También "*si el cónyuge que pide la nulidad de la escritura que sirvió de base a la ejecución hipotecaria no fue condenado, en ésta, y su intervención se aceptó en calidad de tercero desestimándose su pretensión nulitiva por exceder el marco limitado y compulsorio del ejecutivo, procede la medida innovativa en el citado hipotecario, toda vez que de continuarse el mismo con subasta ya decretada, y progresar el ordinario, la sentencia favorable que lograría ser de imposible cumplimiento*" ([183]).

Dicha conexión entre los procesos es imprescindible para habilitar, extraordinariamente, la intromisión de un juez en el campo de las decisiones

---

[181]. Cfr. *Códigos Procesales en lo civil y comercial de la provincia de Buenos Aires y la Nación*, tomo II-C, cit., p. 957.

[182]. Cfr. Morello-Sosa-Berizonce, ob. cit., p. 969

[183]. Cfr. C. 1º de apelaciones en lo Civil y Comercial de San Martín, Sensus, vol. XI, pág. 181.

jurisdiccionales de otro, pues estando ella ausente, estaríamos en la certeza de vulnerar el derecho de recurrir al órgano constitucional genuino, o dándole a otro magistrado facultades de revisión que no posee, tal como lo indica el fallo señalado.

Esta proximidad en las decisiones paralelas que interfieren en uno y otro proceso debe analizarse no desde el terreno de la superficialidad que ordena el tratamiento para la admisibilidad de las medidas cautelares (verosimilitud del derecho y peligro en la demora), porque la importancia de la providencia a ordenar proyecta sustancialmente los efectos del proceso donde se pide.

Si bien es cierto que para dictar medidas precautorias no se requiere más argumento que la fundamentación del *fumus bonis juris* y *el periculum in mora*, también lo es que este marco se reporta para el proceso donde han de ordenarse; circunstancia que se modifica cuando esa decisión toma cuerpo en extensiones que afectan la conexidad a otros procesos vinculados.

Este acreditamiento previo obliga quien solicita la precautoria a demostrar más que la verosimilitud, para decir donde está el perjuicio imposible de reparación ulterior si no se ordena la medida tal como lo peticiona. Igual confirmación argumental debe tener el peligro en la demora, por idénticas razones. De suyo, la medida procederá mediante la pertinente contracautela.

En suma, reconocemos la excepcionalidad de la medida prohibitiva hacia otros juicios, pero admitimos su operatividad por razones de equidad y eficacia en el servicio jurisdiccional.

184.2 La medida innovativa

La prohibición de innovar tiene una faz positiva que se contrapone a la “congelación” dispuesta cuando se ordena no alterar el estado de hecho o de derecho vigente; también permite *modificar* las situaciones cuando el

mantenimiento del *status quo* puede llevar a la ineficacia de las actuaciones porque la continuidad puede influir en la sentencia o tornar imposible su ejecución.

Explica Carnelutti que […]: "Existen casos en los que se comprometería el resultado del proceso, jurisdiccional o ejecutivo, si desde el principio no se dispusiese un determinado cambio en el estado de derecho…La posibilidad de medidas preventivas con tal fin es muy escasa en nuestro ordenamiento jurídico, y se presenta principalmente, desde dos puntos de vista: como *privación del bien contendido* y como *modificación anticipada de una situación jurídica*" ([184]).

La medida cautelar innovativa a diferencia de la prohibición de innovar no tiende a mantener el *status quo*, sino a alterar el estado de hecho o de derecho vigente que es la causa principal de la pretensión (v.gr.: si está dispuesta la suspensión de una persona en una actividad determinada y la orden aparece *prima facie* ordenada arbitrariamente, la medida cautelar persigue revertir esa situación permitiendo que durante el debate judicial sobre la razonabilidad de dicha decisión sea continuada sin afectar la prestación del servicio).

Peyrano desarrolló desde 1981 las implicancias de esta cautelar positiva en el derecho argentino ([185]) y en repetidas oportunidades aclaró que es una medida cautelar excepcional que […] "tiende a alterar el estado de hecho o de derecho existente antes de la petición de su dictado, medida que se traduce en la injerencia del oficio en la esfera de libertad de los justiciables a través de la orden de que cese una actividad contraria a derecho o de que se retrotraigan las resultas consumadas de una actividad de igual tenor" ([186]).

La trascendencia que tiene esta precautoria sucede en varios planos, que actúan a diferencia de otras medidas cautelares, sin afectar la libre disponibilidad de bienes por parte de los justiciables (v.gr.: embargo, prohibición de contratar,

---

[184]. Carnelutti, Francesco, *Sistema de derecho procesal civil,* Tomo I, Buenos Aires, 1956, p. 249.

[185]. Peyrano, Jorge Walter, *Medida cautelar innovativa,* Astrea, Buenos Aires, 1981.

[186]. Peyrano, Jorge Walter, *La medida cautelar innovativa "embozada",* La Ley 1994-B, 761 y ss.

inhibición, etc.). De algún modo, es un anticipo de la sentencia de mérito por lo cual sufre la resistencia de cierto sector de la doctrina que interpreta que no es un ámbito propio disponer en tal sentido sin caer en el riesgo de prejuzgamiento

Por eso, aun admitiéndose que la prohibición de innovar tiene un aspecto de actuación modificatoria, se dice que ella conlleva el *non varietur*, pero, bajo ningún punto de vista, tiende a restablecer el estado que existía previamente, toda vez que ello supondría una alteración del mencionado estado de cosas, en franca violación de las garantías constitucionales de igualdad y defensa en juicio (arts. 16 y 18, Constitución Nacional) ([187]).

En la jurisprudencia hay situaciones claras que determinan la admisión por necesidad, como cuando se deduce la inconstitucionalidad de una norma y se pide la suspensión del cumplimiento que viene teniendo, aun cuando tiene decisiones ambivalentes.

Precisamente es lo que ocurre en numeras oportunidades que tornan un acertijo la procedencia. El péndulo se observa, por ejemplo, cuando se resuelve que, si lo que se solicita es una medida innovativa, por la que se decida la inoponibilidad de la legislación de la Ciudad de Buenos Aires y su inaplicabilidad en el predio del Hipódromo de Palermo para la habilitación de un local comercial, que coincide con la pretensión de fondo de la acción declarativa, el análisis de los presupuestos de viabilidad debe ser estricto -en el caso, se la rechazó por inexistencia de verosimilitud en el derecho y peligro en la demora-, pues una medida cautelar innovativa o anticipatoria, constituye una decisión excepcional porque altera el estado de hecho y de derecho existente al tiempo de su dictado y configura un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa ([188]).

---

[187]. Gueller, Isidoro, *Ambito de la aplicación de la medida cautelar de prohibición de innovar*, La Ley, 1989-A, 193.

[188]. CNFed. en lo Contenciosoadministrativo, Sala III, 2007/12/19, "*Tattersall de Palermo S.A. -Inc. Med. c. Lotería Nacional S.E. y otro*", La Ley Online.

La misma estrictez aumentada con la diversidad de criterios se observa cuando se afirma que, en el marco de una demanda de daños y perjuicios entablada por la víctima de un accidente ferroviario, el juez se encuentra facultado para dictar una medida cautelar innovativa tendiente a verificar las condiciones del paso a nivel donde tuvo lugar el siniestro, y en caso de incumplimiento de las medidas de seguridad, intimar a la empresa demandada a que cumpla con éstas, ya que el referido mandato implica el ejercicio de la función preventiva de daños que incumbe a los magistrados (del voto en disidencia parcial de la doctora Kogan). Pero donde la mayoría del tribunal decide que debe revocarse la sentencia que dictó una medida cautelar innovativa tendiente a verificar las condiciones del paso a nivel donde tuvo lugar un accidente ferroviario, y en caso de incumplimiento de las medidas de seguridad intimar a la empresa demandada a que cumpla con éstas, pues, si bien los jueces cuentan con la facultad de adoptar medidas tendientes a prevenir la proliferación del daño ocasionado o la producción de perjuicios futuros, dicha potestad debe ser ejercida en forma restrictiva, atendiendo a las características del caso en juzgamiento más allá de la buena fe y real conciencia inspiradora de los mandatos en cuestión, máxime cuando la prestación de tales dispositivos se encuentra en cabeza de la autoridad que controla y habilita el servicio ferroviario ([189]).

Duplicidad que también se muestra cuando se dice que es procedente la medida cautelar innovativa solicitada por el padre de un menor que presenta dislexia a fin de que, hasta tanto se resuelva el recurso administrativo interpuesto ante el establecimiento educacional al que asiste el menor por el cual se solicita la constitución de mesas examinadoras orales, se le permita cursar el primer año del polimodal, pues el riesgo en la demora está dado por la necesidad de que el niño permanezca en el grupo de origen a fin de evitarle situaciones de stress que

[189]. SC Buenos Aires, 2008/07/11, "*Saladino, Olga Lucía y otros c. Balcabao, Oscar Santiago y otros*", LLBA 2008 (setiembre), 862.

agraven la afección que padece ([190]). Y en otra causa se dispone revocar la medida cautelar innovativa que concedió a un agente municipal, en carácter de anticipo jurisdiccional, la restitución en su cargo y el abono de los haberes dejados de percibir desde que se hiciera efectivo la resolución que dejara sin efecto su designación en planta permanente, pues, decidir sobre la regularidad y validez de la ordenanza de nombramiento del actor, y sobre la invalidez o nulidad de la resolución de revocación de la primera, son cuestiones conexas que deben ser resueltas en definitiva, por lo que en tanto ello no ocurra no cabe asignar mayor verosimilitud al derecho invocado de las partes en base a estos actos cuya irregularidad es concreta y respectivamente cuestionada ([191]).

Asimismo se declara improcedente la medida cautelar innovativa -art. 232 *bis*., Cód. Procesal de la Provincia de Corrientes- solicitada por un usuario contra la Dirección Provincial de Energía de la Provincia de Corrientes a fin de que restablezca el servicio eléctrico si se verifica la ausencia del requisito de apariencia de derecho, porque la suspensión encuentra sustento normativo en las atribuciones y obligaciones que para el citado organismo se desprenden del Reglamento General de Suministro Eléctrico, por lo que el obrar del ente no puede ser reputado ilegal; pese a que en el mismo fallo se considera que corresponde confirmar la decisión que hizo lugar a la medida cautelar innovativa -art. 232 bis., Cód. Procesal de la Provincia de Corrientes- solicitada por un usuario contra la Dirección Provincial de Energía de la Provincia de Corrientes a fin de que le restablezca el servicio eléctrico si las críticas vertidas por el ente están vacías de contenido real de acuerdo a las constancias de la causa, pues si bien refiere a las normas que lo autorizan a llevar a cabo el procedimiento del corte del suministro de energía eléctrica, no ataca el privilegio que otorga el juez de grado a los

---

[190]. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral de Rafaela, 2008/06/05, "*Schatzle, Analía y otro c. Esc. Ens. n° 204 "Dgo. de Oro*", LL Litoral 1150.

[191]. Cámara de Apelaciones en lo Laboral de Posadas, Sala I, 2008/05/23, "*León Ramos, Gabriel A. c. Municipalidad de Apóstole*s", LL Litoral 897.

derechos reconocidos por la Constitución Nacional -art. 42- por sobre las facultades del organismo prestador de energía (del voto en disidencia del doctor Rubin) ([192]).

El antagonismo quizá sea provocado por una distinción que no se advierte en los fallos ¿existe una diferencia entre la medida de innovar que surge del art. 230 y la medica cautelar innovativa? O son denominaciones de un mismo fenómeno con requisitos asimétricos.

Falcón claramente explica que […] "la providencia provisoria cae directamente sobre la relación sustancial controvertida: es una declaración interina de mérito […] que ofrece a la parte que ha obtenido a su favor la providencia cautelar el modo de satisfacer inmediatamente, incluso a través de la ejecución forzada, el derecho que provisoriamente se le ha reconocido, en espera de la providencia principal. Como la innovación en su faz positiva (orden de innovar o medida innovativa) tiende a modificar una situación de hecho o de derecho, ya que si se mantuviera podría influir en la sentencia o convertir su ejecución en ineficaz o imposible, aparece como la inversa de la prohibición de innovar y parecería que la situación es idéntica, con otras palabras, a la <medida cautelar innovativa> e incluso alguna jurisprudencia la ha identificado. Pero no bien llegamos a esta situación advertimos que la orden de innovar choca contra un requisito específico que para muchos hace a la naturaleza propia de la prohibición de innovar y es uno de los presupuestos que hemos indicado de esta última es que la prohibición de innovar en principio no puede plantearse antes del proceso, *no puede surtir efecto antes de que sea notificada,* es decir, su destinatario, entre tanto, no tiene obligación de cumplirla y, consiguientemente, no pueden objetarse, en principio, las modificaciones de la situación existente que en ese intervalo se hayan

[192]. Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Corrientes, 2008/05/06, "*Cubilla, Ramón Federico*", LL Litoral 735.

producido, quiere decir que los efectos de la medida son siempre para el futuro, pero el art. 230 del CPCCN no establece ese requisito" ([193]).

185. La prohibición de contratar

La prohibición de contratar, de algún modo, es una variación de la precautoria precedente, sólo que particulariza la admisión y especifica el objeto del impedimento así como las cosas y personas que comprende.

Es una medida cautelar asegurativa que persigue obstruir la disposición de las cosas objeto de registro, por eso en sus orígenes, la prohibición estaba dirigida a que los bienes raíces no fueran enajenados, aunque ahora esos límites están notoriamente expandidos.

Palacio advierte que es una modalidad de la prohibición de innovar, […] "es la medida en cuyo mérito se ordena a una de las partes de que se abstenga de celebrar uno o más contratos determinados respecto de los bienes litigiosos o que han sido objeto de embargo, acordando a esa orden la consiguiente publicidad" ([194]). Algunas legislaciones, como la provincia de La Pampa, establecen en su código procesal que […]: "*Salvo disposición expresa en contrario, el embargo preventivo o el ejecutivo importarán las prohibiciones de innovar y de contratar sobre los bienes trabados*" (art. 233), dando cuenta así del carácter complementario que a veces tiene (por ejemplo, un bien embargado puede agregar la prohibición de generar gravámenes sobre ella).

Ahora bien, la interdicción de contratar puede tener un sentido amplio y abarcar cualquier tipo de convención posible, como son el alquiler de la cosa, la constitución sobre ella de derechos reales, la venta o el préstamo, etc. O limitarse al único efecto de prohibir la enajenación.

---

[193]. Falcón, *Tratado de derecho procesal civil y comercial,* tomo IV, cit., ps. 430/1.

[194]. Palacio, *Derecho Procesal Civil,* tomo VIII, cit., p. 192.

Asimismo, el alcance de la medida podrá comprender todo tipo de bienes impidiendo que sea la persona quien sobre ellos no pueda contratar (v.gr.: en cuyo caso también obraría procedente la inhibición general de bienes) ([195]); o acotar la admisión al patrimonio registrado en los organismos correspondientes (v.gr.: Registro de la propiedad inmueble; Registro de la propiedad automotor, etc.).

El código federal establece en el art. 231: "*Cuando por ley o contrato o para asegurar la ejecución forzada de los bienes objeto del juicio, procediese la prohibición de contratar sobre determinados bienes, el juez ordenará la medida, individualizará lo que sea objeto de la prohibición, disponiendo se inscriba en los registros correspondientes y se notifique a los interesados y a los terceros que mencione el solicitante*".

El precepto irradia tres circunstancias de procedencia: *cuando la ley lo ordena* (v.gr.: en materia de compraventa los arts. 1358 a 1361 del Código Civil; para la cesión de derechos los arts. 1449 a 1452 del mismo ordenamiento; en las relaciones entre deudor y acreedor hipotecario el art. 3157 del Código Civil; la ley 24.522 <art. 16> respecto de los actos que no puede realizar el concursado) ([196]); cuando se ha convenido expresamente en un contrato (v.gr.: mutuo hipotecario; prohibición de sublocación; etc.); y con la finalidad de *asegurar la ejecución forzada* de los bienes objeto del proceso.

---

[195]. La medida precautoria por la que se prohíbe la celebración de contratos de compraventa y préstamos gratuitos u onerosos de jugadores por parte de la institución constituye una verdadera prohibición de contratar que resulta ajena al ámbito de la inhibición general de bienes que sólo traba la disposición de bienes registrables (CNCiv., Sala F, 1984/07/12, "*Club Atlético Vélez Sársfield c. Club Atlético Huracán*", La Ley Online).

[196]. Asimismo, la prohibición de contratar prevista en la "*abstain*" o "*disclosure rule*" -prevista en la resolución general 227 de la Comisión General de Valores- comprende a todo aquel que posea información referida a una oferta pública de adquisición, realizar o hacer que otro efectúe cualquier operación con los valores de la sociedad destinataria de la oferta, siempre que conozca o tenga motivos suficientes para conocer que ha sido adquirida, directa o indirectamente, del oferente, de la sociedad destinataria de la oferta o de los órganos, empleados o cualquier otra persona que actúe por cuenta de ellos (CNCom., Sala A, 1997/12/05*, "Comisión Nac. de Valores en: Establecimiento Modelo Terrabusi*", La Ley, 1999-C, 764 [41.575-S] - DJ, 1999-2-644 - ED, 177-31).

Esta tercera hipótesis, según Peyrano, […] “pone de resalto una nota que diferencia la prohibición de innovar de la de contratar. Ésta puede versar sobre bienes que no son objeto del litigio (v.gr.: un bien embargado en un cobro de pesos que se pretende ejecutar en el futuro y que se procura subastarlo libre de inquilinos), mientras que la de innovar siempre recae sobre los bienes objeto de litigio” ([197]).

En nuestro parecer, la medida es de carácter excepcional, y de interpretación restrictiva, debiendo disponerse sólo cuando no exista otra medida idónea para obtener el fin perseguido, máxime si se tiene en cuenta que ella afecta no sólo al desenvolvimiento de la accionada, sino que además puede lesionar los derechos de terceros.

No obstante, la procedencia de una cautelar propia (v.gr.: embargo, secuestro; inhibición general de bienes; intervención cautelar; entre otras que encuentran a las genéricas con importante cabida <[198]>) no impide la acumulación con la presente, desde que por sus efectos no solo complementa, sino que puede

---

[197]. Peyrano, Jorge Walter, *Compendio de reglas procesales en lo civil y comercial,* Zeus, 1997 (2ª ed.), p. 96. También en *Prohibición de innovar y prohibición de contratar,* AAVV, Peyrano, Jorge W. (Director), Baracat, Edgar J. (Coordinador), Rubinzal Culzoni, Buenos Aires / Santa Fe, 2007, p. 165.

[198]. Procede la medida cautelar peticionada a fin de que se ordene a la Administración Federal de Ingresos Públicos abstenerse de iniciar o proseguir cualquier reclamo administrativo y/o judicial tendiente a determinar de oficio y/o percibir importe alguno por el impuesto a las ganancias relacionado con la mecánica de ajuste por inflación, en tanto se verifica el peligro en la demora, relacionado con la existencia de un perjuicio irreparable de no accederse al remedio pretendido, ya que el actor aportó un informe contable tendiente a acreditar que, en el caso, obligar al cálculo del impuesto sin aplicar el citado ajuste conduciría a una iniquidad tributaria, desde que se impone la obligación tomando en cuenta una base imponible materialmente falsa que lleva a tributar por ganancias inexistentes (del voto en disidencia de la doctora Herrera) (CNFed. Contenciosoadministrativo, Sala II, 2004/02/12, “*El Lab Taller de Idiomas S.R.L. y otros c. Administración Fed. de Ingresos Públicos*”, La Ley Online).

La prohibición de contratar sobre el inmueble cuya escrituración y entrega de la posesión se demanda, no se superpone con el embargo preventivo del bien. ya que éste impide su venta o la constitución de derechos reales, y aquélla todo otro convenio (como el de locación, como dato), que puede afectar el cumplimiento de la sentencia, en caso de ser favorable al actor (CNCiv., Sala D, 1978/06/07, “*Aidembaun, Enrique c. Tutunojian, Simón* “, La Ley Online).

ser menos gravosa (v.gr.: respecto a la inhibición general); e inclusive, siguiendo la pautas reglamentarias dispuestas en los ordenamientos adjetivos, también procede con la rebeldía, la confesión expresa o ficta, el reconocimiento de los hechos y la obtención de una sentencia favorable, que son presupuestos que admiten solicitar cualquier medida cautelar.

185.1 Presupuestos

Si bien participa la prohibición de contratar de los presupuestos exigibles para la procedencia de todas las medidas cautelares, cabe observar que la norma procesal reglamentaria no impone una verosimilitud extrema cuando la petición se refuerza con la ley o el contrato ([199]); mientras que como resguardo de la ejecución forzada, el *fumus bonis iuris* tampoco exige plena certidumbre bastando con satisfacer el marco de lo hipotético y razonable.

El peligro en la demora está implícito en el objeto, de modo que no requiere más comprobación que lo obvio del pedido considerado con las máximas de experiencia; en cambio, algunos solicitan además, que exista la posibilidad de un *perjuicio irreparable,* condición ausente en el art. 230 citado, pero delineado en la jurisprudencia que lo pondera. Podría exigirse, sí, en los supuestos que se admitan efectos retroactivos o anómalos de la prohibición de innovar (hay discrepancia en ello), o que se intente a través de esta medida generar una nueva o distinta situación ([200]).

---

[199]. Kielmanovich sostiene que la parte se encuentra dispensada de acreditar la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora cuando la ley sustancial o procesal no exigen tal recaudo, así, cuando se trata de las llamadas medidas de seguridad enumeradas genéricamente en el art. 233 del Código Civil, tanto sea porque los presupongan como porque los consideren irrelevantes, máxime que la legislación local no podría condicionarlas o restringirlas sin violentar la supremacía que consagra el art. 31 de la Constitución Nacional (*Medidas Cautelares,* cit., p. 404).

[200]. Cfr. Barberio, Sergio J., *Prohibición de innovar y contratar "reglas procesales",* en *Prohibición de innovar y prohibición de contratar,* AAVV, Peyrano, Jorge W. (Director), Baracat, Edgar J. (Coordinador), cit., p. 153.

Con relación a la contracautela no hay diferencias que señalar cuando se plantea como garantía de la ejecución forzosa, mientras que es inoperante cuando el fundamento proviene de la ley o un contrato celebrado entre las partes. Por lo general, ante la excepcionalidad de la medida, se desestima la caución juratoria. Aclara Kielmanovich que […] "como regla general podría decirse que la contracautela habrá de ser *real* o *personal* y no *simplemente juratoria,* pues el equilibrio de la justicia exige que mientras menos recaudos se requieran, más severo sea el criterio para apreciar la cuantía de la contracautela, pues ésta no sólo procura el efectivo resarcimiento de los daños que cause la medida precautoria sino también su rápida y expedita percepción, requisito que no halla adecuada garantía en la caución juratoria" ([201]).

185.2 Alcance de la medida

Como antes señalamos, la jurisprudencia no es uniforme respecto al alcance de la cautelar, mientras algunos lo restringen a la prohibición de vender, otros lo proyectan a la administración y disposición. De este modo, también se debate si el objeto de la precautoria recae sobre bienes registrables o sobre cualquier otro, desde que lo importante es la notificación a los terceros que puedan tener derechos en expectativa.

La generalidad del caso está presente en el código de fondo, por ejemplo, con el art. 1277 del Código Civil que pide el consentimiento de los cónyuges para disponer o gravar los bienes gananciales; cuestión que supone la prohibición de contratar individualmente durante la vigencia de la sociedad conyugal. Ello se funda en la inmutabilidad del régimen patrimonial del matrimonio, prohibición que no existe cuando se extingue el vínculo matrimonial, pese a la opinión de algunos

[201]. Kielmanovich, *Medidas Cautelares,* cit., p. 197.

autores que entienden que la prohibición también los comprende, aun siendo una restricción excesiva y sin mayor justificación ([202]).

Pero la dispersión se advierte en temas puntuales, que llevan a opiniones contrapuestas, como las que expresa la propia Corte Suprema nacional al afirmar que con la reunión de los presupuestos establecidos en los incs. 1° y 2° del art. 230 del Código es suficiente para decretar la prohibición solicitada (sentencia de la mayoría integrada por Petracchi, Highton de Nolasco, Fayt, Zaffaroni y Argibay) que se opone al disenso de Lorenzetti, que sostiene la descalificación del fallo cuando no se demuestra el perjuicio irreparable ([203]).

Consideración que se tuvo en cuenta al dejar sin efecto el fallo de un tribunal de apelación que había resuelto confirmar la medida cautelar de prohibición de contratar dispuesta por la Superintendencia de Seguros de la Nación con fundamento en la falta de presentación del balance contable por parte de una aseguradora, pues no tuvo en cuenta la situación de emergencia que notoriamente afectó a todas las actividades económico financieras del Estado y dio lugar al dictado de normas tales como la ley 25.561 y el decreto 558/02, de referencia expresa a situaciones como la suscitada ([204]).

La decisión cautelar tiene que ser clara y precisa, debiendo individualizar expresamente el alcance de la prohibición (de allí que, merced a la discrecionalidad que caracteriza a las medidas cautelares, se encuentre la

---

[202]. Se ha dicho que, no parece razonable presumir que quienes por sus desavenencias no pudieron mantener una convivencia normal, se confabulen para defraudar a terceros, sobremanera si se considera que el bien cuya venta se pretende inscribir en el Registro de la Propiedad fue adquirido por los cónyuges cuando ya estaban divorciados. Tampoco cabe pensar que la mujer divorciada necesita ser protegida jurídicamente de su marido, máxime después de la sanción de la ley 11.357 (CNCiv., Sala E, 1981/12/23, ", La Ley, 1982-C, 117).

[203]. CS, 2006/07/03, "*Arbumasa S.A. c/ Chubut, Provincia del s/ acción declarativa de inconstitucionalidad* ", Fallos, 329:537.

[204]. CS, 2004/05/27, "*Superintendencia de Seguros de la Nación c/ Lua Seguros La Porteña S.A*.", (disidencia de los Dres. Adolfo Roberto Vázquez y Juan Carlos Maqueda), Fallos, 327:1711.

oscilación mencionada respecto a los actos, bienes o personas que afecta) que, tratándose de bienes registrables, agrega la orden de inscripción oportuna.

La notificación a terceros e interesados solo procede cuando el requirente de la cautelar lo solicita, a cuyo fin tiene que mencionar (con nombre, apellido y domicilio) expresamente quienes son.

185.3 Notificación

El código federal y los que siguen sus aguas determinan que una vez que la medida se ordene corresponde que *se inscriba en los registros correspondientes y se notifique a los interesados y a los terceros que mencione el solicitante*.

La anotación registral es distinta a la "anotación de litis" que tiene destino informativo; aquí la inscripción de la cautelar impide la constitución de gravámenes, o actos de disposición que deben estar expresamente indicados en la orden judicial.

La toma de razón (anotación en el registro correspondiente) eventualmente puede ser de fecha distinta a la comunicación a las partes del litigio y eventuales contradictores (terceros) interesados. En cuyo caso, aquellos actos que fueran realizados con anterioridad al registro pero posteriores a la notificación judicial, son *insanablemente nulos*; mientras que a la inversa, todo lo que fuera celebrado sin saber de la medida ya registrada, se presumen de buena fe, aunque son *anulables*.

Cuando la prohibición se decreta hacia bienes que no tiene registro, la regla de validez depende del tiempo cuando llega la comunicación a los afectados que son parte en el litigio, y a los terceros que el requirente de la medida dispuesta ha señalado con anterioridad ([205]).

[205]. Según Camps, en la prohibición de contratar no se trata de la mera noticia de que el bien es objeto de litigio como en la anotación de litis donde no se prohíben los negocios jurídicos a su respecto, sino que se evita que quien compra alegue luego el desconocimiento de la existencia de un juicio respecto de aquél. En la figura que regula el código procesal, se prohíbe directamente el

185.4 Caducidad automática

El párrafo de cierre del art. 231 ya citado dispone que la medida "*quedará sin efecto si quien la obtuvo no dedujere la demanda dentro del plazo de cinco días"*. Norma que se aparta de la regla del art. 207, referido a la caducidad de las medidas cautelares en general ([206]).

Ello lleva a pensar que es inconcebible que el legislador haya cometido el grueso error de hacer computar el plazo desde la providencia que acuerda la tutela y no desde que ella se hace efectiva, ya que de ser así difícil sería impedir la caducidad de la cautelar por el sólo transcurso del tiempo, máxime si se considera que pueden promediar recursos y oposiciones que dificulten la concreción ordenada.

Por supuesto que también es factible plantear el levantamiento cuando se demuestra la improcedencia, a cuyo fin es menester trabajar la petición sobre la base de los principios generales.

186. La medida cautelar genérica o innominada

La medida cautelar genérica es la denominación que se da al poder cautelar que tienen los jueces para disponer y ordenar providencias precautorias que no se encuentran expresamente nominadas en los ordenamientos procesales.

Ella encuentra su razón de ser en que el legislador al no poder prever todas las situaciones de las cuales pueda resultar viable un anticipo de la garantía

---

contrato. El negocio que se realice en controversia con la orden judicial no tendrá validez para ninguna de las partes debido a la existencia de publicidad respecto de la decisión jurisdiccional (Camps, Carlos, *Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires, comentado y concordado,* Tomo I, LexisNexis Depalma, Buenos Aires, 2004, p. 419).

[206]. Los códigos provinciales en general reproducen el mismo plazo, salvo el de Salta que en el art. 231 lo fija en treinta (30) días y el de Tierra del Fuego que lo establece en diez (10) días (cfr. Highton – Areán, ob. cit., tomo 4, p. 231 artículo a cargo de Carlos Ponce)

jurisdiccional, tiene facultades suficientes para decretar la medida que aparezca como más idónea o apta para asegurar provisoriamente el derecho invocado.

En tal sentido se resuelven atendiendo las necesidades del caso, siguiendo los principios y presupuestos comunes, y teniendo presente que el órgano jurisdiccional está obligado a proveer todos los medios necesarios para asegurar la eficacia de sus pronunciamientos. En consecuencia, como las demás medidas cautelares, siguen el requerimiento de la verosimilitud del derecho, el peligro en la demora, y la prestación de contracautela.

Asimismo como no desatienden la necesidad de mantener la igualdad de las partes y evitar que se convierta en ilusoria la sentencia que ponga fin al pleito, quedan subordinadas a la verificación de dos extremos insoslayables: la demostración de la urgencia en resolver a falta de una precautoria precisa que resuelva el peligro que la demora genera; y la apariencia fundada de tener un derecho verosímil y razonable.

El significativo progreso de la teoría cautelar tuvo en la cautelar innominada la fuente de sus posibilidades, pues a partir de su encuadre surgieron la medida de no innovar como la denominada "innovativa", las que después quedaron especificadas sin perjuicio del régimen supletorio aplicado cuando no existe una previsión normativa expresa (art.16 Código Civil).

Encuadran en este grupo, entre muchos ejemplos, la solicitud de atribución del hogar conyugal; la tutela preventiva de los derechos personalísimos; la defensa del crédito; etc.

También es cierto que con esta medida se amplía notoriamente el campo de lo cautelar, pues se permite adoptar como resolución de carácter urgente, cualquier modalidad de aseguramiento considerada de acuerdo con las circunstancias de la causa; lo cual supone que pueda trabajar complementariamente con la precautoria dispuesta o adaptando el régimen

previsto al hecho puntual que se pretende guarecer ([207]). En cambio no se pueden aplicar como recurso de obstrucción para el cumplimiento de decisiones judiciales ([208]).

[207]. Los magistrados están facultados para decretar medidas cautelares genéricas para evitar perjuicios inminentes o irreparables, lo que no puede tener otro significado que poner en manos de la justicia los elementos que sean necesarios para la mejor custodia de los derechos litigiosos (CNCiv., Sala, 1977/10/12, "*Copello, Darío H., suc. c. Domínguez, María G*.", La Ley Online).

[208]. La solicitud de una medida cautelar genérica tendiente a que se prohíba la iniciación de una ejecución en contra del peticionario es improcedente, pues por vía cautelar no puede impedirse accionar en justicia (CNCom., Sala D, 1995/06/27, "*Tsipkis, Pablo J. c. Plan Rombo S.A. de Ahorro para fines determinados y otros*", La Ley, 1996-B, 220).

CAPÍTULO XXI

BIENES Y COSAS ANTE LAS MEDIDAS CAUTELARES

187. La afectación de bienes, cosas y personas

Las medidas cautelares alcanzan a bienes, cosas y algunas veces impacta directamente sobre personas (v.gr.: la guarda dispuesta como protección). La dimensión y alcance depende de la precautoria dispuesta, pero en tren de precisiones, son "*cosas*" de afectación posible todas aquellas que sean *materiales* y susceptibles de tener un *valor* (art. 2311, Código Civil); si resultan *inmateriales* pero tienen valor, ellos no quedan alcanzados porque la estimación económica es propia, y significa que la justipreciación es un derecho individual del que sufre el perjuicio en ese bien inmaterial, como puede ser la lesión al honor, la libertad, el daño físico, etc. Este derecho es intransferible, aunque sea un crédito, porque depende de la voluntad personal de reclamar por el daño padecido.

El patrimonio es el conjunto de bienes de una persona (art. 2312, Código Civil), lo que no significa que todo pueda quedar sujeto a la pretensión cautelar. Por ejemplo, hay bienes inembargables; y cosas que no se pueden transformar en dinero que, en definitiva, es la finalidad que reporta la medida cautelar cuando quiere asegurar la ejecución forzosa de la sentencia condenatoria al pago ([209]).

Además, no todo tiene aptitud suficiente para resguardar el crédito eventual del embargante, tomando como pilar de las precautorias a esta medida, sino

---

[209]. Dice Ramos Méndez que […] "la finalidad del embargo es conseguir dinero o algo que pueda transformarse en dinero, a fin de que el ejecutante pueda cobrar. Por ello, todo lo que tenga un valor económico susceptible de realización es, en principio, idóneo para ser embargado. Esto significa que cualquiera de los elementos patrimoniales del ejecutado que pueden reportar utilidad económica al ejecutante es susceptible de convertirse en objeto de embargo" (Ramos Méndez, Francisco, *Enjuiciamiento Civil. Cómo gestionar los litigios civiles,* Tomo I, Atelier, Barcelona, 2008, p. 211).

aquellas que son propiedad del afectado; que tengan posibilidad de cambiar de manos; o que no estén indisponibles o alcanzadas por la inembargabilidad.

Inclusive, tampoco necesita la cautelar encontrar al receptor de la providencia, en razón de que, como el destino previsto es el aseguramiento tomando bienes de la persona señalada, éstos pueden estar en poder de un tercero, o ser gananciales, o procurarse a través de créditos conocidos del afectado (v.gr.: si es heredero).

Finalmente, hay un conjunto de medidas cautelares que se dirigen a *personas* y tienden a la protección física o moral de éstas o a la satisfacción de sus necesidades urgentes. Dice Palacio que […] "a garantizar la integridad física o moral se hallan orientadas las medidas de guarda previstas en el art. 234 del CPN y disposiciones concordantes contenidas en los códigos provinciales; la exclusión de alguno de los cónyuges del hogar conyugal y la determinación de a cuál de ellos corresponde la guarda de los hijos, que pueden disponerse antes o con posterioridad a la interposición de la pretensión de divorcio, y la internación del presunto demente o inhabilitado que ofrezca peligro para sí o para terceros <arts. 629 y 637 *bis* del CPN>" ([210]).

En síntesis, el objeto de toda medida cautelar recae sobre bienes o derechos; cuando asienta como objeto mediato en personas, se persigue resguardar a ella misma o proteger a terceros de actos que podrían vulnerar el derecho de ejecución (v.gr.: en este terreno también se encuentra la interdicción de salida del país del individuo).

El problema surge cuando una misma medida se torna compleja por la aparición en el cumplimiento de la misma, de los tres niveles de ocupación, vale decir, cuando se resuelve un embargo que recae sobre cosa que no es propia y que al descubrirse produce un cimbronazo particular en los derechos fundamentales del individuo.

---

[210]. Palacio, *Derecho Procesal Civil,* tomo VIII, cit., p. 80.

El caso más recurrente para el estudio es la apertura de los cofres de seguridad.

188. El embargo de cosas

Las cosas pueden ser *muebles, inmuebles* y con alguna polémica para apartarlo del concepto de cosa mueble, se agrega el *dinero.* El embargo puede recaer sobre cualquiera de ellos y agregar también los derechos relativos a títulos al portador o a órdenes, participaciones y otros títulos nominativos del deudor.

El problema que presenta el desenvolvimiento de la medida es saber si aquello que se embarga es de pertenencia del destinatario de la providencia cautelar; y en su caso, determinar a quien corresponde acreditar la titularidad sobre las cosas afectadas.

No surge problema este problema con los inmuebles y muebles registrables (autos, barcos y aeronaves) como sí lo tiene, por su propia naturaleza, las cosas muebles y otros afectos patrimoniales como los derechos, créditos, títulos y acciones.

La norma ritual dice en el art. 213 del código local que: "*En los casos en que deba efectuarse el embargo se trabará en la forma prescripta para el juicio ejecutivo. Se limitará a los bienes necesarios para cubrir el crédito que se reclama y las costas. Mientras no se dispusiese el secuestro o la administración judicial de lo embargado, el deudor podrá continuar en el uso normal de la cosa".*

De esta forma la ejecución del embargo se rige por el trámite y formalidades del juicio ejecutivo, que en materia de cosas muebles significa dejar en manos del oficial de justicia y de las personas autorizadas a constituirse con él en el domicilio del embargado, para señalar los bienes a tomar.

La orden se denomina "mandamiento", el que debe indicar las características como se dispone practicar la diligencia, esto es: personas

autorizadas, requerimiento de auxilio de la fuerza pública, intervención de cerrajero, y constancia de habilitación de días y horas inhábiles cuando así se haya ordenado. Asimismo, practicado el embargo, se debe informar al depositario sobre las responsabilidades del cargo y las sanciones penales consecuentes con la desaparición, pérdida o destrucción de los bienes que quedan en su custodia.

188.1 La titularidad de la cosa

Surge entonces, en este momento, lo crucial para que la medida se efectivice. La pertenencia de los bienes no surge por el solo encuentro en un lugar que lo relacione con quien allí se encuentra, por eso el art. 531 inciso 3º del código le indica al oficial de justicia que requiera al *propietario de los bienes* para que manifieste si se encuentran embargados o afectados por prenda u otro gravamen.

"Exigir una acreditación fehaciente de la titularidad de los elementos patrimoniales en el momento de realizar la traba puede frustrar la actividad ejecutiva ante la simple resistencia pasiva del ejecutado. Afectar sin más todo lo que se encuentre en poder del ejecutado puede vulnerar derechos de terceros, sin motivos suficientes para ello. La solución hay que buscarla en un justo equilibrio entre las expectativas del ejecutante y las de terceros que pueden resultar alcanzados por la ejecución. En principio se debe afectar todo aquello que conste pertenece al ejecutado sin género alguno de dudas. Se puede asimismo trabar aquello que, en el momento de realizar la actividad ejecutiva, se encuentre dentro del señorío del ejecutado, si por las circunstancias se puede presumir que es de su pertenencia. No se podrá trabar lo que, en el momento de practicar el embargo, resulte acreditado que no es de la pertenencia del ejecutado, o aquello respecto de lo que exista una fundada presunción de que no lo es" ([211]).

Corresponde aclarar la importancia de esta definición al tener en cuenta que los bienes embargados quedan fuera del comercio. Si se embarga el interés

[211]. Ramos Méndez, *Enjuiciamiento Civil…,* tomo I, cit., p. 212.

social o las cuotas de un socio en una sociedad o en una empresa, no se podrá registrar ninguna transferencia o gravamen de dicho interés o cuotas, ni reforma o liquidación parcial de la sociedad que implique la exclusión del socio o disminución de sus derechos ([212]).

188. 2 La transmisión del objeto embargado

Los bienes que se toman en embargo deben ser aptos para transmitirse o permitir que se liquiden y conviertan en dinero. Si resultan inalienables, la eficacia de la medida es nula.

La pauta no es analizar si el bien puede o no quedar afectado a la subasta, porque existen muchos que se pueden vender pero no embargar; en realidad el criterio es mucho más simple, viendo cuáles son las cosas que pueden llegar a dicha instancia.

Un ejemplo son los bienes de la iglesia, porque toda interferencia jurisdiccional sobre la disponibilidad de los bienes del obispado, sólo puede decretarse o reconocerse en la República de conformidad con el ordenamiento canónico, en virtud de sus disposiciones aplicables, a las que reenvía el derecho argentino: cánones 1291 a 1293 y 1295 en relación con los 124.1, 127.1 y 127.2 del Código Canónico.

Se ha dicho, entre otros casos, que […]: "Tanto en su redacción anterior, como en la actual, el Código. Civil traduce el reconocimiento de un *status* preferencial a la iglesia católica, ya exteriorizado en la constitución nacional, y que le permite desenvolverse en el ámbito del derecho público, a la vez que en el del

---

[212]. La ley permite, en ciertos casos, presumir el peligro en la demora como presupuesto para la viabilidad de una medida cautelar, dada la situación de las personas o la naturaleza de la acción y de las cosas. Tal solución es aplicable al caso, en el cual el propio afectado por la medida ha manifestado que carece de bienes (CNFed. Civ. y Com., Sala II, 1998/03/05, "*V., D. N. c. Roldán, José María*", La Ley, 1998-D, 273 - DJ 1999-1, 636 - LLP 921).

derecho privado" […] Este ordenamiento, en el artículo 2345 contiene una regulación especifica, inherente a los bienes de la iglesia católica, que contempla también la posibilidad y modo de su enajenación. Dispone así que los templos y las cosas sagradas y religiosas corresponden a las respectivas iglesias o parroquias, y están sujetas a sus reglas. Añade que esos bienes "pueden ser enajenados en conformidad a las disposiciones de la iglesia católica respecto de ellos, y a las leyes que rigen el patronato nacional" ([213]).

La norma no se refiere a la "iglesia" como antes lo hacía la ley sustancial, ni a la "iglesia católica", como se refiere actualmente, sino a las "iglesias o parroquias". Ello importa el reconocimiento no solo de la iglesia católica universal, sino de la pluralidad de personas jurídicas diferenciables en el seno de la propia iglesia, entre las que se halla la iglesia católica nacional, y las diócesis, capítulos, seminarios, parroquias o iglesias, etc.

Esta suerte de inembargabilidad ([214]) se extiende también a los bienes de dominio público; también para aquellos destinados a una prestación de servicios

---

[213]. CNCom., Sala E, 1989/08/30, "*Lemos, Jorge c/ Obispado de Venado Tuerto*", La Ley Online.

[214]. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, al resolver la causa "*Lastra, Juan c/Obispado de Venado Tuerto*", 1991/10/22 (registrado L-267.XXIII-R.H) sostuvo: "Que en virtud del tratado celebrado entre la Santa Sede y la República Argentina –el concordato o Acuerdo del 10 de octubre de 1966, aprobado por la Ley l7.032-, la República reconoce y garantiza a la Iglesia Católica Apostólica Romana el libre y pleno ejercicio de su culto, así como de su jurisdicción en el ámbito de su competencia para la realización de sus fines específicos (art. 1). Tal reconocimiento de jurisdicción implica la más plena referencia al ordenamiento jurídico canónico para regir los bienes de la Iglesia destinados a la consecución de sus fines, en armonía con la remisión específica del artículo 2345 del Código Civil argentino en cuanto a la calificación y condiciones de enajenación de los templos y las cosas sagradas y religiosas correspondientes a las respectivas iglesias o parroquias. Si el bien se encuentra directa y mediatamente vinculado a la finalidad propia de Obispado en los términos del canon 1254.2 del código canónico y, por tanto, es un bien *inalienable, imprescriptible e inembargable*, hasta tanto se proceda a su desafectación o autorización de enajenación de acuerdo con la legislación canónica, por ello toda interferencia jurisdiccional sobre su disponibilidad sólo puede decretarse o reconocerse en la República de conformidad con el ordenamiento canónico, en virtud de sus disposiciones aplicables, a las que reenvía el derecho argentino (cánones 1291 a 1293 y 1295, en relación con los cánones 124.1, 127.1 y 127.2, código antes citado (ED, 145-495 y ss.).

ciudadanos (v.gr.: transporte público), o a otros bienes afectados por una utilidad especial así declarados; las partes en copropiedades de edificios afectados al régimen de propiedad horizontal; o se trate de bienes reconocidos como patrimonio cultural, artístico o arquitectónico.

188.3 Clasificación de bienes que no pueden afectarse

La prohibición de embargar ciertos bienes puede tener causa legal y ser en tal caso *inalienables*; o tener un límite para la afectación que dependa de calidades o condiciones del bien que se quiere tomar, en cuyo caso se habla de cosas o bienes *inembargables.*

En el primer grupo las excepciones son varias y se pueden enunciar entre otras:

a) Los créditos por alimentos (art. 374, Código Civil). Se afirma que el art. 374, en concordancia con lo dispuesto en el art. 825 del mismo ordenamiento, establece que la obligación de prestar alimentos no puede ser compensada con ninguna obligación. Este criterio legal se basa en el principio en virtud del cual no pueden ser compensados los créditos inembargables, pues la compensación supondría para el acreedor un pago forzado sin su voluntad o aquiescencia ([215]).

b) *El usufructo de los padres sobre los bienes de los hijos.* El usufructo de los padres sobre los bienes de los hijos es el derecho que les asiste de percibir los frutos de aquéllos, con cargo de invertirlos en primer término en el cumplimiento de los deberes legales que les son inherentes; por ello, el derecho del padre a

215. CNCiv., Sala B, 1998/05/21, "*O., S. M. c. B., O*.", La Ley, 1999-B, 840, J. Agrup., caso 13.609. Aquí se agrega que la compensación legal es una forma directa de la compulsión o ejecución coactiva, pues el acreedor que la invoca provoca un resultado similar al de un cobro forzado al lograr una liberación coactiva patrimonialmente equivalente. Por ello, el crédito que se pretende compensar no debe estar sustraído al poder de agresión de los acreedores; característica esta última que no se compadece con el crédito alimentario, que es inembargable en virtud del art. 374, "in fine", del Código Civil (mismo fallo anterior).

incorporar a su patrimonio el producido del usufructo no se ejerce sino en la medida del excedente, una vez satisfechas las cargas previstas en el art. 291 del Código Civil.

Estas cargas del usufructo de los padres por gastos de subsistencia y educación de los hijos -previstas en el art. 291 inc. 2º, Código Civil- son debidos no como usufructuarios, sino con prescindencia de que los hijos tengan o no bienes, pues la propiedad de bienes en cabeza del menor no excluye la obligación alimentaria de los padres inherente a la patria potestad, sin perjuicio de su absoluta inembargabilidad ([216]).

c) El bien de familia. El art. 38 de la ley 14.394 establece el principio de inembargabilidad e inejecutabilidad del bien de familia por deudas posteriores a su inscripción como tal, e implica, "*a contrario sensu",* la posibilidad de embargar y ejecutar dicho bien por créditos anteriores a su inscripción. La renuncia a la afectación de un inmueble como bien de familia obsta a la aplicación de esta norma, lo cual torna viable el pedido de citación de venta del inmueble embargado.

La noción de "deudas posteriores" sobre la que se otorga indemnidad, debe interpretarse como referida temporalmente al nacimiento de la obligación, y no a su vencimiento o a la fecha desde la cual ésta se hizo exigible, pues de lo contrario se prestaría al fraude a los acreedores ([217]).

Sin embargo, la Corte ha dicho que, en tanto el pago de expensas comunes constituye un factor indispensable para el adecuado funcionamiento de los edificios afectados al régimen de propiedad horizontal, debe considerarse incluida

---

[216]. CNCiv., Sala E, 1999/11/04, "*B. L., M. L. c. G., A.",* La Ley, 2000-E, 253 - ED, 188-86.

[217]. CNCom., Sala A, 1999/04/29, "*Morrone Automotores S.A. c. Castelli, Pedro H.",* La Ley, 1999-E, 125 - DJ, 1999-3-422. La Corte Nacional sostiene que el art. 38 de la ley 14.394 no habla de deudas exigibles o vencidas, sino que la inembargabilidad allí establecida sólo afecta a las deudas posteriores a la inscripción del bien de familia y no a las anteriores sin distinción alguna, es decir, comprendiendo las deudas contraídas a plazo y las que tienen vencimiento posterior (del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema) (CS, 2003/06/11, *"Abujall, José Omar y Feu, Mario Gustavo c/ García, Erika Ruth; Lehmann, Juan Daniel y otros s/ juicio ejecutivo, Expte. 5185/97 s/ inc. desafectación de bien de familia*"; Fallos, 326:1864).

en la excepción al principio general del art. 35 de la ley 22.232 la situación de quien pretende la suspensión de la ejecución por falta de pago de expensas comunes con fundamento en la inembargabilidad del bien ([218]).

d) *Los sueldos y jornales.* El decreto-ley 6754/43 -ratificado por ley 13.894)-, al exigir como requisito formal para la traba del embargo que el juicio en que se decrete sea ordinario con sentencia firme, no constituye un privilegio para determinado sector del país ni viola norma constitucional alguna, sino que, por el contrario, sus disposiciones se limitan a proteger la retribución del empleado, dejando intacto el derecho de los acreedores para perseguir otros bienes ([219]).

Se aclara que, el sueldo de los empleados públicos es inembargable en el juicio ejecutivo, en tanto no resulta posible determinar ni indagar la causa antecedente de la emisión de los títulos abstractos ([220]).

e) Otras exclusiones legales. Se agregan entre otras exclusiones dispuestas por ley, las remuneraciones devengadas por los trabajadores salvo en la proporción y condiciones del Decreto 484/87. ; los lotes del hogar (*homestead*)

---

[218]. CS, 2002/02/12, "*Consorcio de Propietarios Sarmiento 3063/65/67 c/ Kelly Heurtley, Alejandro s/ ejecución de expensas*", Fallos, 325:101.

[219]. CNCom., Sala A, 1998/12/23, "*Leonardi, Domingo c. Arévalo, Emilia*", La Ley, 1999-D, 13 - DJ, 1999-2-858. Este decreto -que declara inembargables los sueldos, salarios, pensiones y jubilaciones de los empleados y obreros de la Administración nacional, provincial y municipal y de las entidades autárquicas- no es aplicable a quienes integran el Poder Judicial o sus empleados. Ello es así, pues, no corresponde interpretar analógicamente una regla que establece una excepción, toda vez que la interpretación de las mismas debe efectuarse restrictivamente (CNCom., Sala B, 1998/12/29*, "Díaz, Oscar J. c. Masud de Sánchez Parruchi, Marcela A."*, La Ley, 2000-A, 62).

No es inconstitucional el art. 14, incs. b y c de la ley 24.241, en cuanto dispone la inembargabilidad de los beneficios previsionales (CS, 2003/04/24, "*Castilla, Mario c/ Rodríguez, Noemí Esther s/ ejecución de acuerdo*", Fallos, 326:1471).

[220]. CNCom., Sala A, 1997/04/23, "*Banco de Crédito Argentino c. Cantero, Roberto O*.", La Ley, 1997-D, 296). Por extensión es inembargable la suma reconocida judicialmente al ejecutado en concepto de indemnización por las lesiones físicas que le ocasionó un hecho ilícito -art. 1086, Código Civil-, habida cuenta de su carácter alimentario (CNCom., Sala A, 2000/02/28, "*Seltzer c. González, Miguel A*.", La Ley, 2000-E, 403 - DJ, 2000-3-617).

(ley 10.284, art. 2º); las casas objeto de los préstamos ferroviarios en vida del prestatario, su esposa e hijos menores (art. 14, ley 11.173) ; el lecho cotidiano del deudor y de su familia, las ropas y muebles de su indispensable uso y los instrumentos necesarios para su profesión, arte u oficio (artículo 3878 del Cód. Civil mod. por ley 12.296); los bienes del arrendatario y/o aparcero rural que no estuvieren afectados al privilegio del arrendador (ley 13.246, arts.15 y 22); los bienes y recursos de las cajas nacionales de previsión (ley 16.931, art. 1°); las aeronaves públicas (ley 17.285, art. 71 - Código Aeronáutico); las jubilaciones y pensiones de los trabajadores en relación de dependencia, salvo por alimentos y litis expensas (art. 44, ley 18.037); las prestaciones previsionales (artículo 14 inc. c) de la ley 24.241), con la salvedad de las cuotas por alimentos y litisexpensas; las sumas por pagos de prestaciones asistenciales (ley 25.963); las jubilaciones y pensiones de los trabajadores autónomos, salvo por alimentos y litis expensas (art. 32 inc. c], ley 18.038) y de amas de casa (ley 18.916); las jubilaciones y pensiones de contratistas de viñas y frutales (ley 18.438, art. 1°); el salario mínimo vital, en la proporción que establece la reglamentación, salvo por deudas alimentarias (art. 120, ley 20.744); el inmueble sometido a juicio de expropiación (art. 24, ley 21.499); los créditos otorgados y los inmuebles gravados en garantía por el Banco de la Nación Argentina (art. 29, ley 21.799), y Banco Hipotecario Nacional (arts. 34 y 35, ley 22.232); las asignaciones mensuales y vitalicias de miembros del Poder Ejecutivo Nacional y de la Corte Suprema (art. 3 de la ley 24.018); las indemnizaciones por accidentes de trabajo (ley 24.028).

188.4 Los bienes inembargables

La inembargabilidad ordenada desde los reglamentos procesales llega de la Ley de enjuiciamiento civil española de 1855. En la exposición de motivos se lee que […] *"todo lo que se presente como capital acumulado, más o menos considerable, responda a los acreedores"*, dando así al acreedor la posibilidad de

trabar embargo sobre los bienes que tuviera la contraparte, con algunas limitaciones dispuestas como “bienes inembargables”.

Originariamente el artículo 951 de dicha ley establecía que: “*No se causarán nunca embargos en el lecho cotidiano del deudor, su mujer e hijos; en las ropas del preciso uso de los mismos...”*; y con el fin de evitar abusos del precepto incluyeron un párrafo final que se observa presente en nuestro art. 219: “*... ningunos otros bienes se considerarán exceptuados”*.

Este es el antecedente directo de la legislación argentina, aunque entre nosotros se prefirió generalizar la prohibición a los bienes de uso indispensable, provocando una casuística jurisprudencial, a veces vacilante y otras contradictorias.

La extensión del precepto tiene una peculiaridad que no se da frecuentemente; sucede que como las relaciones entre acreedor y deudor sólo pueden ser objeto de regulación por medio del Congreso de la Nación (artículo 75 inc. 11 de la Constitución Nacional), la disposición o regla procesal alcanza a la forma y modalidades propias de la ejecución de los bienes del deudor, de manera que existe un conflicto eventual si una norma procesal local dispusiera con modalidades propias aquello que puede o no ser embargable.

En consecuencia la guía no puede estar en los códigos provinciales y menos todavía en el federal, sino en la legislación común, desde la cual queda afirmado que no corresponde alas provincias incursionar en ese ámbito. Ese poder ha sido delegado por ellas a la Nación al sancionarse la Constitución y esta distribución de competencias no podría alterarse sin reformar la ley fundamental.

De allí que la doctrina de la inembargabilidad se aplica a toda la nación por imperio del art. 75 inciso 11 de la Constitución Nacional que establece como facultad del legislador nacional la determinación de los supuestos de inembargabilidad. Calidad que de alguna manera confronta con el poder reglamentario local para establecer códigos procesales.

La excepción se funda también en el Código Civil que establece en el último párrafo del artículo 3878: *"Cualquiera sea el privilegio del acreedor, no podrá ejercerse sobre el lecho cotidiano del deudor y de su familia, las ropas muebles de su indispensable uso y los instrumentos y los instrumentos necesarios para su profesión, arte u oficio.- Sobre estos bienes tampoco podrá ejercerse el derecho de retención"*.

Las reglas de inembargabilidad se clasifica con criterios dispares: *a)* razones de interés público, social o privado; *b)* por razón de los sujetos; *c)* por la finalidad que el bien tiene previsto para su realización; *d)* por tener carácter alimentario; *e)* por afectar un servicio público, etc. ([221]).

Por eso, el principio según el cual los bienes del deudor constituyen la garantía de sus acreedores no es absoluto; en tanto se reconoce el derecho de preservar al deudor de toda injerencia de sus acreedores en aquellos bienes que le son necesarios para la subsistencia material y moral de sí mismo y de su familia; para llevar una vida digna y mínimamente decorosa.

Es este el criterio que se encuentra plasmado en el art. 219 del código federal, aunque ciertamente existen confusiones reconocidas como al indicarse que, tratándose de muebles sobre los cuales la interpretación judicial no ha sido unánime, corresponde que quien solicita la aplicación extensiva de la norma que contiene el art. 219, demuestre que ellos, en su caso concreto, le resultan imprescindibles para el mantenimiento del bienestar propio y el de su familia ([222]).

A diferencia de los bienes inalienables que pueden embargarse con la limitación para su realización, éstos directamente *no se pueden embargar,* siendo los únicos que el código elimina.

---

[221] . Cfr. Cachón Cadenas, ob. cit., p. 312.

[222]. CNCiv., Sala F, 1980/08/20, "*La Mercantil Andina, Cía. de seguros c. Bencasa, Mario*", La Ley, 1981-A, 71.

El artículo 219 antes referido dice: *No se trabará nunca embargo: 1. En el lecho cotidiano del deudor, de su mujer e hijos, en las ropas y muebles de su indispensable uso, ni en los instrumentos necesarios para la profesión, arte u oficio que ejerza.*

2. Sobre los sepulcros, salvo que el crédito corresponda a su precio de venta, construcción o suministro de materiales.

3. En los demás bienes exceptuados de embargo por ley.

Ningún otro bien quedará exceptuado.

a) El lecho cotidiano: La ley establece la concepción de "lecho" con el mismo sentido que acuerda el Código Civil, es decir, lugar donde se descansa con carácter permanente y se tiene como residencia o morada. Se extiende a las ropas y muebles de uso indispensable, que no signifiquen ajuares o lujos desmedidos, circunstancias que se deben analizar en el contexto que se alegue.

La finalidad es no dañar y permitir que, pese al embargo, se pueda soportar con dignidad.

b) Sepulcros. La ley 4128 en su art. 12, disposición ésta que ulteriormente ha pasado al art. 219 del Código Procesal, al hacer la salvedad referida al precio de compra o construcción del sepulcro, resulta evidente que admite el embargo por estos créditos; y en igual medida permite la ejecución judicial, es decir, la venta en remate público, lo que no podía ocurrir de admitirse la calificación de bienes fuera del comercio o extrapatrimoniales.

Aun cuando la ley 4128 es anterior al régimen jurídico vigente para la concesión de sepulcros, de carácter temporario, la disposición comentada -que no hace distingos de ninguna naturaleza- persuade de su aplicación al sistema de concesión por tiempo determinado; de otro modo, sería inimaginable que el

constructor de una bóveda no pudiera percibir su crédito por esa causa, por la indisponibilidad establecida en normas administrativas municipales.

En suma, de los términos del art. 219, inc. 2°, resulta que no se trabará nunca embargo sobre los sepulcros salvo que el crédito corresponda a su precio de venta, construcción o suministro de materiales. Por eso, cabe concluir que corresponde su interpretación con criterio estricto ya que así fluye de su propio carácter de excepción. De allí que no dándose tales supuestos es improcedente la oposición del letrado en resguardo de sus honorarios, que deviene equivalente a la medida precautoria que prohíbe la norma procesal. Máxime cuando, como resulta de la denuncia de bienes, manifestación del mismo profesional e informe de la Dirección de Cementerios, lo transmitido por la causante es la 1/32 ava parte de la bóveda y mantener su título en autos también afectaría a los restantes condóminos ([223]).

c) Bienes de uso indispensable. La restrictiva aplicación del art. 219, no obsta a que se viabilice el embargo en supuesto de justicia incuestionable, v.gr.: muebles cuyo precio insoluto se ejecuta, bienes sanitarios, de superfluidad manifiesta, etcétera.

Si bien el televisor puede ser calificado como inembargable en los términos del art. 219 inc. 1º, pues permite al usuario captar ideas, conocimientos y noticias conforme al nivel medio de vida alcanzado por la población, el ejecutado que pretende que sea decretado inembargable debe demostrar que satisface necesidades primarias, pues principalmente se trata de un medio que tiende al esparcimiento o la diversión del televidente y su aporte cultural puede ser suplido perfectamente mediante la utilización de otros medios ([224]).

---

[223]. Se revocó una resolución que había admitido la oposición formulada por un letrado a que se desglosase el título de propiedad de una bóveda hasta tanto percibiese sus honorarios. Cfr. CNCiv., Sala B, 1981/06/11, "*Croce de Murchio, Sara A*.", La Ley, 1982-B, 476 (36.096-S).

[224]. CNCiv., Sala B, 1996/03/13, *"López, Ignacio c. Olmo, Raymundo*", La Ley,1996-D, 201 - DJ, 1996-2-706.

También se ha dicho que, si el televisor embargado es en blanco y negro, dada sus características constituye un bien de uso indispensable en los términos del art. 219 del Código Procesal ([225]).

d) Elementos de trabajo. El art. 219 en cuanto alude a la "profesión", "arte" u "oficio", consagra una norma que propende a proteger el trabajo individual a fin de que el deudor obtenga el salario o remuneración suficientes para su sustento. Por lo tanto, sólo resultan comprendidos dentro de su marco los implementos, herramientas, y útiles manuales de trabajo, quedando -por ende- excluidas, las instalaciones, maquinarias o instrumental mecánico que importan una acumulación de capital.

Lo que persigue el dispositivo legal, no es salvaguardar todos los instrumentos útiles para el mejor desempeño profesional, sino que propende a proteger el trabajo individual a fin de que el deudor obtenga ingresos para su sustento.

Por eso, no es procedente el levantamiento del embargo trabado sobre un automotor de propiedad del demandado, por entender que al encontrarse afectado al servicio de taxi constituye el medio necesario para su sustento, en virtud que los bienes no resultan inembargables por su propia naturaleza sino que es menester probar su necesariedad para el ejercicio de la profesión, arte u oficio ([226]).

189. El embargo y secuestro en cajas de seguridad

La diferencia habida entre bienes materiales e inmateriales que son alcanzados por el embargo, no es suficientemente clara, lo que obligó a clasificar

---

[225]. CNCom., Sala A, 1983/11/21, "*Banco Financiero Argentino, S. A. c. Kazimir, Alberto J.*", La Ley, 1984-B, 58.

[226]. C.Civ. y Com. Quilmes, Sala II, 1998/06/26*, "Mansilla, Mónica c. Estebac, Carlos D.*", LLBA, 1999-254; cfr. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación,* Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2006 (2ª ed.), p. 637.

los tipos conforme la ejecución correspondiente: *a)* bienes muebles; *b)* bienes muebles registrables; *c)* bienes inmuebles*; d)* dinero.

Cada cual tiene un esquema de cumplimiento propio y reglas acordes con el objeto que se afecta; pero hay situaciones que resultan complejas de resolver, como sucede con la caja de seguridad y su contenido.

¿Se puede embargar una caja de seguridad? La respuesta es sí, porque es una cosa. Pero la afirmación rápida y contundente puede ser equívoca, porque la caja en sí misma no es de propiedad del deudor, quien solo posee un contrato de alquiler o depósito sobre ella. Además la caja, por sí misma, no se puede secuestrar porque no es posible su traslado. Es decir, que el problema no es el embargo de la cosa, sino del contenido y de lo que de él se desprende. Por tanto, la discusión abierta tiene dos posiciones. Están quienes opinan que los activos bancarios y financieros que pudieren encontrarse depositados en la caja de seguridad del demandado se pueden embargar [(227).]

Para ello […] "Primero: se deberá obtener un mandamiento de embargo con la facultad de constatar previamente –y en el mismo acto en que se concrete la cautelar (ya que si los datos se requirieran previamente al banco por oficio, podría frustrarse la cautelar, ante una infidencia que alertara al deudor de la inminencia de la medida, el cual –obviamente- procedería a retirar los efectos depositados en el cofre con la mayor celeridad)- si el cofre se halla a la orden del ejecutado, con la prevención de que si así fuese, se podrá requerir el concurso de un cerrajero, abrir la caja, constatar su contenido y embargarlo, y tomar luego los recaudos pertinentes para que el sujeto pasivo de la medida no pueda retirarlos sin orden del juez. Segundo: en el escrito en el cual se requiera la medida, se deberá dejar constancia de que no deberá resultar obstáculo para ella, ni el <secreto bancario>, ni el hecho de que el banco –simple tercero en el caso que se estaría limitando a

[227]. Por citar solo la doctrina más calificada, ver: Martorell, Ernesto Eduardo, *Tratado de los contratos de empresa*, Tomo II, Depalma, Buenos Aires, 1996, p.516.

dar cumplimiento a la orden de un juez- no conozca ni pueda dar fe del contenido del cofre que se deberá violentar para concretar la traba” [228].

En la corriente opuesta se ubican los que afirman la imposibilidad de admitir el embargo sobre el contenido de una caja de seguridad. Una de las voces más autorizadas por su academia y experiencia es la de la profesora Nydia Zingman de Domínguez cuando sostiene que […] “El contrato de caja de seguridad reconoce como causa fin la seguridad de los bienes que introduce el cliente o los autorizados en el cofre. El titular puede guardar efectos propios o de terceros sin declararlos a la institución. El contenido de la caja es confidencial y secreto. El banco no es titular de los bienes contenidos; sólo es el guardián del local y del espacio cuyo espacio cedió al titular. El cliente titular de la caja tiene derecho a que no se viole su intimidad hallándose en este punto el conflicto que se suscita con una orden de embargo y su efectivización, además de hallarse eventualmente en el cofre bienes de terceros ajenos a la causa judicial de la que surge la orden de la medida” [229].

El constitucionalismo enfoca la cuestión como una invasión en la esfera de la intimidad considerando que la apertura e incautación de una caja de seguridad arremete contra el derecho a la privacidad y obliga a un tercero (el banco custodio) a violar el secreto pactado al obligarse a custodiar la cosa. Sin embargo, están quienes dicen que si hay orden judicial, todo es posible; porque el artículo 18 de la Constitución Nacional establece la seguridad individual y la inviolabilidad del domicilio, la correspondencia y la documentación siempre que no exista una orden de la justicia que lo permita.

Justamente esta diversidad es la que tuvieron oportunamente las normas fiscales cuando pretendían abrir las cajas de seguridad y bloquear la disposición

---

[228]. Martorell, ob. cit., p. 517.

[229]. Zingman de Domínguez, Nydia, *Responsabilidad derivada del contrato de cajas de seguridad,* en “Responsabilidad de los bancos frente al cliente”, obra dirigida por María Elisa Kabas de Martorell, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires / Santa Fe, 2006, ps. 318/9.

de su contenido con la sola autorización de la ley; cuestión que fue resistida recurrentemente declarando la inconstitucionalidad de dicho proceder; hoy superada por las actuales disposiciones.

189.1 La naturaleza jurídica del contrato bancario que provee de una caja de seguridad

El servicio de cajas de seguridad que en la actualidad brindan los bancos, comenzó a desarrollarse en la segunda mitad del siglo XIX con empresas que ponían a disposición del público cajas fuertes mediante el pago de una retribución que le acordaba a su titular el derecho de uso exclusivo de la misma. Se menciona a la Safe Deposit Corp. de Nueva York, fundada en 1861, como la primera institución que brindó tal servicio a sus clientes. Pocos años después la novedad se traslada a Europa, especialmente en Inglaterra donde aparecen distintos emprendimientos en el rubro. Ya a mediados de los años ochenta del siglo XX la prestación de estos servicios se extiende a toda Europa y al resto del mundo.

Se ha discutido, y se discute, la naturaleza jurídica del contrato de caja de seguridad. Para algunos se trata de una locación de cosas y este es el criterio con que habitualmente los bancos elaboran sus contratos. Otros lo califican como un contrato de depósito, no faltando quien lo defina como un contrato mixto, o contrato de custodia, contrato bancario autónomo o de tipo propio. Resultará de importancia la naturaleza jurídica que se le asigne al contrato en orden a la normativa aplicable y a las consecuencias vinculadas con derechos y obligaciones de los contratantes y responsabilidad emergente de esta relación contractual.

Es que resulta indudable que cuando el cliente solicita del banco el servicio de cajas de seguridad, tiene como fin principal y decisivo la custodia que puede obtener por dos órdenes o medios: reales y personales; esto es mediante el uso de una cosa (arriendo) y la prestación de guarda y vigilancia (depósito). Este débito de guarda o vigilancia es, en verdad, incontrovertible.

El depósito de caja de seguridad bancaria es un buen ejemplo del contrato ubicado en una zona marginal entre la locación y el depósito. En favor de la tesis del depósito se señala que el banco no se desprende de la tenencia, cuidado y conservación de la caja de seguridad, a la que sólo se podrá acceder pasando por un estricto control establecido por el prestador. Sin embargo es más un contrato de locación ya que el cliente tiene el uso y goce de la cosa y paga por él un precio cierto en dinero, no recibiendo el banco el contenido de las cajas ni asumiendo ningún compromiso de guardar y devolver ese contenido ya que ni siquiera sabe cuales son las cosas guardadas, todo lo cual es incompatible con la idea del depósito.

El contrato de servicio de cajas de seguridad es un contrato innominado y atípico, de naturaleza mixta pues en él participan algunos caracteres propios del contrato de depósito ya que se le impone al banco el deber de guarda, custodia y conservación de los bienes, títulos y documentos dejados por el cliente en el cofre, siéndole por ello aplicables las normas del depósito regular (art. 2202 y ss. del Cód. Civil.); también contiene notas tipificantes del contrato de locación -a su vez combinado- porque ambas partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el uso y goce de una cosa y a la prestación de un servicio de seguridad y vigilancia, la otra a pagar un precio cierto en dinero. Esta distinción es importante para destacar cuáles son los límites que se establecen contractualmente cuando se trata de preservar el contenido de las cajas de seguridad.

No obstante lo expuesto, hay que corregir ciertas decisiones judiciales que ordenan el embargo del cofre, cuando en realidad, la caja de seguridad no es propiamente la convención sino el objeto del contrato de depósito, por el cual una o varias personas físicas o jurídicas conciertan el alquiler de un cofre situado en el tesoro o en otro lugar del banco, donde existe seguridad y confianza para depositar dentro del mismo, bienes o cosas acordes con la dimensión del espacio a ocupar, obligándose la institución propietaria de la caja a su conservación y custodia.

La conservación y custodia referida no es del contenido sino del estado del lugar y de las arcas; de otro modo, cada vez que se agrega algo en la caja debiera ser conocido ([230]); pero la violación de esos deberes hace responsable al banco (v.gr.: por robo). Sin embargo es una locación de cosa que no tiene posesión del que lo alquila, pues tiene un horario y requisitos para acceder al espacio al que tiene acceso. El banco o la entidad financiera que presta el lugar y responde por la seguridad de la guarda, mantiene con el locatario ese deber.

Ahora bien, cuando se ordena judicialmente el acceso a una caja de seguridad, indirectamente se autoriza el allanamiento del lugar, cobertura de excepción que exige adoptar la medida con todos los resguardos posibles para no afectar el derecho de terceros.

189.2 El secuestro del contenido

Una vez que se ha ordenado y cumplido el embargo, la medida judicial que autoriza el secuestro convierte a ésta precautoria en una diligencia autónoma que actúa con independencia. Es decir, no sigue la característica que el código le asigna como medida complementaria, que interviene cuando el embargo por sí solo, no pueda garantizar el derecho que se pretende resguardar. Por ejemplo, si el depositario de cosa mueble o semoviente -únicos objetos sobre los que procede el secuestro- denuncia que estos pierden valor por su conservación, o por el estado en que se encuentra, el juez puede ordenar el secuestro de los bienes para su inmediata realización (art. 205, CPCC). También, si es la misma cosa embargada la que debe responder por el crédito impago, el secuestro es

---

[230]. No obstante, la jurisprudencia ha dicho (CNCom., Sala E, "*Paternostro, Mario L. y otro c. Banco Mercantil*", La Ley, 1999-B, 571 - JA del 3/3/99, p. 19 – DJ, 1999-2-482) que: "La cláusula contractual que delimita la responsabilidad del banco, al contemplar que éste garantiza únicamente la integridad exterior de la caja de seguridad, sin responder por los objetos depositados, no debe tenerse por escrita por importar una renuncia anticipada de derechos del cliente en los términos de la ley de protección del consumidor 24.240.

consecuencia inevitable de la subasta a realizar, salvo que se deposite en pago las sumas condenadas.

Con ello se quiere aclarar que el secuestro, como medida cautelar actúa complementando al embargo, pero que también adquiere identidad como medida conservatoria y necesaria para asegurar, por sí misma, el resultado eventual de la sentencia.

En la clasificación que antes vimos, puede ponerse en duda si el dinero es un objeto mueble, aunque sea una cosa; puesto el interrogante para verificar si el secuestro permite comprender las sumas de dinero que se encuentren en la caja.

Por otra parte, el contenido del cofre no supone que el locatario sea el dueño de la cosa, ni su guardián indirecto; usufructuario o simple tenedor. Las cosas están allí, por lo cual tanto el embargo como el secuestro de ellas constituyen medidas de extrema imprudencia que avasallan el derecho del deudor.

Esto se podría superar si existiera en nuestra legislación el instituto de la "denuncia o manifestación de bienes" propios a cargo del deudor ejecutado; pero mientras no se legisle al respecto, la prenda común de los acreedores es el patrimonio verificado del deudor, no aquél que se idealiza o presume con fuentes indirectas.

No obstante, la práctica del embargo tiene la siguiente particularidad, aplicable en el juicio ejecutivo y en la traba dispuesta como medida preventiva. En efecto, de acuerdo con el art. 531 inciso 2º, la medida procede aunque el deudor no esté presente, pudiendo el banco o entidad que sea locador de la caja, permanecer en carácter de depositario (art. 536, CPCC).

La disposición del art. 531 inciso 3º es clara: si el deudor está presente en la diligencia, debe indicar si los bienes están embargados o afectados por prenda u otro gravamen (informando las demás circunstancias); pero "si el dueño de los bienes" no estuviere presente, en la misma diligencia se le notificará que debe formular esta manifestación dentro del plazo para oponer excepciones".

También el afectado puede utilizar las disposiciones de las tercerías sin perjuicio de la responsabilidad por abuso (art. 208, CPCC) del peticionario de la medida cautelar.

189.3 La titularidad de los bienes encontrados

La medida cautelar que bloquea el uso de la caja de seguridad alcanza al deudor o demandado que es `parte´en sentido procesal; si el impedimento se extiende ´a todos´, la orden judicial afecta a los demás titulares de la caja (común y habitual en el contrato) y viola el derecho de terceros, a quienes se obliga a deducir una tercería de dominio para acreditar el dominio sobre las cosas afectadas.

Cabe recordar que el art. 2185 inciso 4º del Código Civil deja fuera de las presunciones de propiedad, posesión y usufructo de las cosas depositadas a “los depósitos en cajas o bancos, públicos, a los cuales se deben aplicar con preferencia las leyes que sean especiales”.

Los bienes que están dentro de la caja no son necesariamente del titular del contrato de depósito, ni la posesión de ellos le otorga presunción alguna de propiedad desde que no se dan las condiciones del art. 2351 de la ley de fondo. Incluso, la exhibición de las cosas al juez requirente se rige por las normas procesales, siempre que el demandante tenga un interés fundado en ellas y acreditado conforme a derecho (art. 2417, Cód. Civil).

189.4 La perturbación a la intimidad

El último punto a discurrir centra en el argumento que no se puede conocer el contenido de las cajas de seguridad porque supone una invasión indebida en el derecho a la intimidad. Esta es una de las cuestiones más difíciles de establecer teniendo presente en las conclusiones lo hasta aquí expuesto. Vale decir, si es

posible embargar un cofre y secuestrar sus pertenencias, dejando en el afectado las acciones de resistencia (v.gr.: levantamiento sin tercería; tercería de dominio; etc.), la duda que se presenta es si el conocimiento de lo encontrado es propiamente una perturbación ilegítima a la intimidad.

Pero ¿a qué intimidad nos referimos? La definición puede encontrar distintas lecturas e intenciones; por ejemplo la intimidad se parece a la reserva personal sobre hechos y pasiones que la persona conserva para sí, pero excede la privacidad determinada por uno cuando lo que se quiere ocultar puede ser conocido por otros, sin que signifique penetrar la vida privada.

Para Santos Cifuentes, por secreto debe entenderse no lo reservado, la vida interior o en soledad, sino aquellas situaciones, pensamientos y datos en general que pertenecen a la persona y que, por su índole o porque así lo quiere aquélla, están destinados a no expandirse ni ser conocido por terceros. Es lo que se mantiene oculto, y si bien muchas veces el ocultamiento es diverso de lo puramente personal, no cabe duda que se refiere a un aspecto del derecho a la intimidad ([231]).

El secreto es un misterio individual; es algo que cuidadosamente se mantiene alejado de los demás. La similitud con el derecho a la reserva y confidencialidad es manifiesta, pero tiene algo más. En primer lugar la relación entre intimidad y secreto no es permanente, aun cuando sea cierto que el fundamento de lo que se quiere preservar reposa, en última instancia, en una decisión individual que afinca en la parte más íntima de una persona. No todo lo secreto será íntimo; aquello que es revelado en determinadas circunstancias o a determinadas personas aunque no se identifique con la interioridad del individuo, con su esencia personal, deberá ser ocultado por aquellos a quienes se comunicó, es decir, tienen el deber jurídico, además de moral, de no compartir la información

[231]. Cifuentes, Santos, *Derechos personalísimos,* Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 134.

recibida con terceros extraños. Si la explicación la abordamos desde la protección a la correspondencia y papeles privados, como lo hacen algunos constitucionalistas, la cuestión puede ser más clara.

En efecto, el artículo 18 de la Constitución Nacional y distintas normas de los códigos civil y penal, garantizan la inviolabilidad de las cartas y otros papeles privados que contengan la expresión de un pensamiento aunque no esté destinada a ser comunicada a otro, siempre que estén dentro de la esfera de custodia de la persona. Es decir, la garantía está en el secreto de lo que se dice o escribe, sin importar si las expresiones constituyen revelaciones de intimidades o son hechos intrascendentes. La idea es que la persona tenga libertad para expresar aquello que a otros comunica sin que nadie pueda interferir en forma directa o solapada. Por eso las intercepciones telefónicas son ilegítimas, como lo es también la apertura indebida de una carta, un pliego cerrado o un despacho telegráfico o de cualquier naturaleza.

Ahora bien, ¿cómo se elabora este principio aplicado al proceso donde se ordenan medidas cautelares? En primer lugar, dando por cierto que secreto es lo que cuidadosamente se tiene reservado y oculto, y por tanto que su alcance jurídico consiste en asumirlo como un hecho que se quiere mantener escondido por considerar que su conocimiento podría dañar a alguien. En ambos casos, el término dominante y coincidente es la ocultación.

En virtud de ello, el derecho a mantener oculto algo, sean cosas o informaciones, obliga a pensar en un destinatario que está impedido de conocerlos, por eso, la decisión judicial de abrir un espacio destinado al ocultamiento (dicho esto en el sentido de preservar el contenido de la caja de seguridad del conocimiento de otros) tiene que fundarse en la necesidad y prudencia de actuar con una medida que es naturalmente excepcional.

En segundo término, el derecho al secreto es una garantía con registros distintos; puede ser para la confidencialidad de las comunicaciones de cualquier

tipo; o para amparar la vida privada; o para eludir o evitar intromisiones perturbadoras, pero nunca servirá para eludir la acción de la ley.

Claro es que hay posiciones más extremas que advierten que la intimidad es un bien personal, un derecho subjetivo individual que no se transfiere ni negocia, y que por esa calidad de "derecho personalísimo" obtiene, respecto al tema que nos ocupa, una característica determinante: el ser posesión exclusiva y excluyente de la persona humana. Sólo el individuo puede resolver, sin interferencias ni perturbaciones, que aspectos de su vida admite compartir y que pensamientos, sentimientos o hechos de su vida interior pretende que otros conozcan.

Para nosotros este enunciado solo responde al análisis de la intimidad como un género desde el cual se pueden bajar otras manifestaciones como la vida privada, familiar, el derecho al secreto, al honor, a la imagen, etc. Es algo propio que se dispone con libertad; pero al mismo tiempo, es una obligación de los demás hacia ese derecho, y por tanto, se configura como un derecho de defensa y garantía esencial para la condición humana.

Los derechos fundamentales deben considerarse garantías de la autonomía individual, derechos de defensa frente a las injerencias de los poderes públicos en la esfera privada de cada persona. Además, constituyen garantías jurídicas esenciales para el mantenimiento del orden y la paz económico-social. Si bien entre ellos se pueden observar notas comunes cada derecho representa una categoría independiente y, consecuentemente, debe ser interpretado y aplicado en forma autónoma. La esencia y naturaleza del derecho a la intimidad permiten su consideración como un derecho de defensa; se trata de una defensa en principio ilimitada y frente a toda injerencia en la esfera de la persona que debe permanecer reservada en su interior ([232]).

[232]. Herrán Ortiz, Ana Isabel, *La violación de la intimidad en la protección de datos personales*, Dykinson, Madrid, 1999, p. 134.

Todo ello es razonable y verdadero, pero al mismo tiempo, exige un test de constitucionalidad o un juicio de proporcionalidad, que lleve a verificar si el derecho se puede llevar a utilizar como un mecanismo de elusión proyectado a todo aquello que se encuentre dentro de la caja.

Un ejemplo podría testimoniar mejor lo que queremos decir. Si al secuestrar el contenido se encuentra dinero, joyas, escrituras, fotografías, libros íntimos, relojes antiguos, etc., la orden judicial tiene que precisar el objeto de la medida. Si llega por una ejecución fiscal es evidente que el dinero es la aprehensión inmediata; pero el conocimiento de los títulos de propiedad podría informar sobre bienes no declarados al fisco, lo que constituye obtención de prueba de manera irregular (es decir, que es válida porque la adquisición se consigue por una orden judicial aunque no haya sido directamente enfocada a ese fin); también las joyas pueden evidenciar que no son del titular de la caja (v.gr.: podrían ser provenientes de un robo), las que deberían inventariarse y mantener en custodia por el depositario judicial; y las cosas íntimas seguirían el mismo procedimiento (inventario y conservación en custodia).

En suma, el derecho a la intimidad en modo alguno constituye un derecho absoluto, antes bien, se encuentra limitado, además de por el necesario respeto al derecho de los demás, por la necesidad de preservar otros bienes constitucionalmente protegidos como los que se originan en la eficacia de la prestación del servicio jurisdiccional.

Por tanto, es necesario advertir que la protección constitucional del domicilio no incluye cuanto corresponde a una caja de seguridad alquilada, pues la Constitución Nacional protege el domicilio de las personas con un criterio amplio que comprende modalidades como la residencia transitoria, la simple morada, el alojamiento por horas y en general toda habitación o lugar cerrado o abierto, móvil o inmóvil, que permita el desenvolvimiento de la libertad personal en cuanto concierne a la vida privada.

Lo mismo cabe reflexionar con la correspondencia particular y los papeles privados que, deben interpretarse con sentido amplio y tras el tamiz que debe hacer el juez al ordenar una medida sobre ellos. Por vía de principio, los papeles privados que se encuentren conservan el derecho al secreto y a su invulnerabilidad (por ejemplo: legajos personales, fichas de trabajo, historias clínicas, etc.).

190. El depósito de cosas

El depósito de cosas es una medida cautelar tomada voluntariamente por quien, para eximirse de la responsabilidad que surge por un eventual incumplimiento de contrato, resuelve solicitar al juez que deposite por cuenta del demandado, las cosas que él tiene como tenedor; o que pretende asegurar frente al litigio judicial que se avecina.

La figura toma fundamento de los arts. 1430 del Código Civil y 456 y 470 del Código de Comercio cuando refieren al vendedor; y en los arts. 194, 197 y 236 del mismo ordenamiento, que se vinculan con el consignatario y comisionista ([233]).

Explica Palacio que […] "de las referidas normas se sigue, que el depósito judicial en ellas previsto no funciona, en rigor, como una medida cautelar, sino como un arbitrio orientado a preservar la responsabilidad del actor. Así lo entendemos porque, por un lado, el mencionado depósito no tiende a asegurar el resultado de la sentencia y constituye, en realidad, el objeto de una pretensión principal, y, por otro lado, no reviste el carácter provisional y modificable que es propio de las medidas cautelares, pues incluso la cesación del depósito a raíz de

[233]. En este caso también se relaciona con los arts. 764 y 766 del Código Civil, relativos a la consignación de cuerpos ciertos y de cosas indeterminadas a elección del acreedor (cfr. Palacio, *Derecho Procesal Civil,* tomo VIII, cit., p. 248).

su aceptación por el demandado configura, en sentido estricto, un allanamiento a la referida pretensión” ([234]).

190.1 El depósito proveniente del embargo

Una vez que se practica el embargo sobre cosas muebles no registrables, corresponde ordenar el secuestro de ellos y ponerlos en depósito judicial, salvo que se trate de bienes de la casa en que vive el embargado, en cuyo caso, éste se constituye en depositario, salvo que por razones especiales, no fuera posible (art. 216, CPCC).

El código se ha preocupado en privilegiar la persona del deudor como titular de la calidad de depositario, de modo que no es dable prescindir de ella salvo situaciones excepcionales, como podría ser la constatación del estado de abandono, o la negativa del mismo propietario ([235]).

La continuidad en el uso de la cosa no permite destruirla o permitir que se vaya inutilizando, porque a pesar de que el embargo no supone cambiar la titularidad o el dominio, sí produce un estado de indisponibilidad que convierte al depositario que conserva los bienes, en responsable de su custodia y estado.

El orden establecido para designar depositario de los bienes embargados es primero el mismo embargado, luego alguna persona de la casa y por último un tercero que asuma la condición (puede ser el autorizado a practicar la diligencia). La norma se refiere a los casos de depósito judicial de bienes embargados, y por tanto no es aplicable al supuesto en que se ordena al procesado la entrega de un

---

[234]. Palacio, *Derecho Procesal Civil,* tomo VIII, cit., p. 248.

[235]. La designación de la persona que quedará en custodia de los elementos secuestrados —en el caso, en el marco de una medida decretada en el marco de la ley 24.481 de patentes de invención— queda librada al criterio judicial en un marco de prudencia y razonabilidad, pudiendo inclusive designarse al actor si las circunstancias lo aconsejan, pues la ley no prohíbe que esa designación recaiga en el ejecutante de la medida cautelar ordenada (CFed. Civ y Com., Sala III, 2002/09/26, “*Becchio, Carlos A. c. New Tronic S.A. y otros*”, La Ley Online).

vehículo a título de depósito judicial si, al momento de ser constituido depositario judicial, ni el automóvil ni el patrimonio de tal procesado se encontraban embargados ([236]).

190.2 Obligaciones del depositario

La obligación de custodia convierte al depositario, aunque sea parte, en un auxiliar de la justicia, de manera que los bienes que quedan bajo su responsabilidad se consideran públicos. Por ello, constituye violación de las obligaciones de guarda y de custodia impuestas al depositario de la cosa sustraída, si éste se vio obligado a restituir la tenencia del inmueble que alquilaba en el que se encontraba el objeto depositado, a raíz de la falta de pago de los alquileres correspondientes ([237]).

La restitución de la cosa depositada debe hacerse por el depositario inmediatamente después del requerimiento que en tal sentido haga el depositante.

---

[236]. CNCrim. y Correc., Sala VI, 1997/05/08, "*Barbudo, Guillermo*", La Ley, 1999-B, 803 [41.344-S] - JA, 1998-II-273 - DJ, 1999-2-879, SJ. 1743.

[237]. CNCiv., Sala G, 2000/10/03, "*Bayoni, Horacio J. c. Torres, Mercedes*", JA, 2001-III, 303. Inclusive, el recupero de los bienes embargados que fueron mudados por quien se constituyó depositario judicial de los mismos no es óbice para tener por configurado el delito de malversación de caudales públicos -arts. 45 y 261 en función del 263, Código Penal-, siendo un elemento de importancia a los fines de justipreciar la sanción a imponer (CNCrim. y Correc., Sala IV, 2001/05/16, "*Costa, Juan M*.", La Ley, 2000-E, 666 - DJ, 2001-1-366). También, corresponde responsabilizar al depositario judicial por el incendio de un automóvil que estaba bajo su cuidado, si eligió un lugar de guarda inapropiado para garantizar la conservación del rodado -en el caso, un tinglado ubicado en un aserradero-, pues en virtud del art. 2202 del Código Civil pesa sobre el depositario la obligación de poner las mismas diligencias en la guarda de la cosa depositada que en las suyas propias, razón por la cual incurrió en culpa *in vigilando* al no guardar el vehículo en un garaje o playa de estacionamiento (CCrim. y Correc. Civ. y Com., Familia y Trab. Dean Funes, 2003/06/30, "*Roldán, Juan J. y otra c. Navas, Gustavo R*.", LLC, 2004 (junio), 544).

Si así no lo hace, este último puede ejercer la correspondiente acción civil para exigir la devolución con los daños e intereses de la demora ([238]).

Cuando la intimación sea judicial el plazo de presentación de los objetos en custodia es al día siguiente de la notificación, sin que se pueda alegar derecho de retención alguno. Si no lo hiciere, el juez remitirá los antecedentes al tribunal penal competente, pudiendo ordenar también la detención del depositario hasta el momento en que dicho tribunal comience a actuar (art. 218, CPCC).

Para que el depositario pueda eximirse de responsabilidad por la pérdida de las mercaderías depositadas debe demostrar que empleó todas las medidas preventivas ordinarias, y que la custodia asignada en momento alguno fue violada ([239]).

La comprobación formal indiciaria de un perjuicio potencial que deriva directamente del apartamiento del bien de la esfera de custodia protectora con que lo había aislado y protegido la actividad jurisdiccional, quebrantada por el encausado, sirve de sustento suficiente en la especie a la imputación penal formulada contra aquél como depositario infiel, por malversar en sentido amplio caudales privados equiparados a público, arts. 261 y 263 del Cód. Penal, no siendo necesario ahora comprobar perjuicios efectivos que sean diferentes a los inherentes a derivados de la acción misma de disponer, apartar o sustraer los

---

[238]. El párrafo final del art. 214 del CPCC dice […] "*Contendrá, asimismo, la prevención de que el embargado deberá abstenerse de cualquier acto respecto de los bienes objeto de la medida, que pudiere causar la disminución de la garantía del crédito, bajo apercibimiento de las sanciones penales que correspondieren*".

[239]. Tal cuidado no puede considerarse acreditado si no existió una efectiva e ininterrumpida vigilancia, circunstancia que demuestra la irrelevancia, por imposibilidad fáctica de usarlos, de la existencia en el local de elementos suficientes para combatir el incendio. De tal modo, unido ese hecho a la ausencia de alarmas automáticas o sensores contra incendio, corresponde atribuir la responsabilidad al depositario, máxime considerando la alta combustibilidad de la mercadería depositada (CNCom., Sala A, 1996/04/17, "*La Holando Sudamericana Cía. de seguros c. Mavi S. R. L. y Río Cuarto S. A. c. Mavi S. R. L.",* La Ley, 1997-A, 51).

bienes confiados, porque se trata de un delito dirigido básicamente contra la administración pública ([240]).

La configuración del delito sucede, inclusive, aun cuando se recuperen los bienes embargados que salen sospechosamente de la esfera de atención del obligado, aun cuando pueda ser un atenuante dicha circunstancia. En cambio, no se configura el delito de depositario infiel, si la conducta del depositario no revela la clara intención de sustraer algunos de los efectos que le habían sido confiados en depósito ([241]).

También se ha dicho que no comete delito de malversación de caudales públicos el depositario judicial del bien embargado, que si bien procede a su enajenación, conserva líquido y disponible el producido de la venta, con lo que se excluye la apropiación o intención de apropiarse de los bienes ([242]).

Corresponde agregar que el delito de malversación de caudales públicos perpetrado por el depositario de bienes embargados por orden de tribunales nacionales debe ser investigado por la justicia federal del lugar donde ha sido cometida la infracción, cuando el hecho hubiere sido llevado a cabo fuera de la Ciudad de Buenos Aires ([243]).

190.3 La toma a embargo de bienes. Responsabilidades y controles

---

[240]. Incurre en el delito de malversación culposa de caudales públicos por equiparación previsto en los artículos 262 y 263 del Código Penal quien, en su carácter de depositario judicial de bienes embargados, da ocasión para que terceros los sustraigan de la órbita del proceso respecto del cual se encontraban afectados toda vez que, existe una relación de causalidad entre la sustracción de los bienes depositados y el actuar negligente del agente (CNCasación Penal, Sala I, 2006/04/20, "*Biasoni, Carlos A*.", DJ 13/09/2006, 131).

[241]. C.Penal Rosario, Sala II, 1980/10/13, Zeus, 981-22-64.

[242]. C. Criminal y Correccional de San Francisco, 1983/06/24, "*Mandrile, Hilario B*.", La Ley Online.

[243]. CS, 1977/03/29, "*Cristul, Samuel*", La Ley Online

La regularidad en la práctica del embargo de bienes muebles siembra algunas dudas en la ejecución del procedimiento. Las normas procesales señalan que debe limitarse a los bienes necesarios para cubrir el crédito que se reclama y las costas (art. 213, CPCC), y que sólo se puede suspender el acto de afectación *cuando el deudor entregue la suma expresada en el mandamiento* (art. 215, mismo ordenamiento).

El Oficial de Justicia es el responsable en la práctica de la medida, sin que el autorizado a indicar los bienes a tomar se pueda exceder y, en su caso, ampararse en la hipótesis de la responsabilidad por abuso (art. 208, CPCC) o esperar el planteo de reducción que el embargado dispone (art. 203, CPCC).

Aquél es un auxiliar de la jurisdicción y como tal dirige y controla que la ejecución del mandamiento se cumpla conforme las instrucciones impartidas en el instrumento.

Cuando se toman bienes que se encuentran en la casa, existe la presunción de propiedad que emerge en relación a la posesión de cosas muebles no registrables (art. 2412, Cód. Civil). Si se denuncia que no son de propiedad se puede insistir con la afectación dejando en manos del embargado o de un tercero las acciones correspondientes al levantamiento.

Es decir, el cumplimiento de la medida la controla el representante del juez en la diligencia; mientras que lo atinente al levantamiento, modificación o sustitución es una tarea ajena a ese acto, que –como se dijo- solo se puede suspender cuando el monto indicado en el mandamiento se integra en el mismo acto.

191. El derecho de retención

En contadas ocasiones el derecho de retención se configura en el campo de las exteriorizaciones cautelares, sea cuando proviene del depósito de cosas y se aplica el art. 3939 del Código Civil; o cuando se afecta un bien sujeto a indisponibilidad cautelar mientras otro tiene un derecho sobre ella, que es la hipótesis del art. 3940 del mismo ordenamiento.

Podetti encontró que este derecho podía figurarse entre las medidas cautelares *pre-procesales* o *extraprocesales* ([244]) porque […] "siempre que, sin intervención de los jueces, se estatuya una específica garantía para el cumplimiento de una obligación de manera que una persona o un determinado bien hayan de responder de ella y proceda su ejecución en caso de incumplimiento, nos encontramos frente a lo que genéricamente designo como cautela *pre – constituida*. En algunas hipótesis es la ley la que establece esa garantía, mediante una preferencia en el pago de determinados créditos, frente a la prenda común de los acreedores (arts. 3875 y ss. Código Civil), o de la oposición de los acreedores a la transferencia de un negocio (ley 11.867). En otros, y son los más comunes, la garantía se constituye mediante una convención accesoria a otro contrato: la hipoteca, la prenda y la fianza, para garantir un mutuo o una obligación de dar. También para asegurar cualquier otro contrato y su cumplimiento, como la señal o arras. Por último, es frecuente que se convenga, como accesorio a una convención y para asegurar su cumplimiento, una inhibición general para disponer de sus bienes, la administración por un tercero de bienes productores de renta, el inventario de ciertos bienes, etc." ([245]).

Cabe aclarar que no procede el derecho de retención cuando quien lo invoca no tiene crédito alguno que reclamar porque tiene la cosa como depositario; para ello es menester que la obligación entre el crédito y la cosa provoque obligaciones respecto a quien detenta la cosa como tenedor, sin que sea necesario que haya un contrato expreso entre ellos. Basta con que la obligación

[244]. Podetti, *Tratado de las Medidas Cautelares,* cit., p. 190.

[245]. Podetti, *Tratado de las Medidas Cautelares,* cit., ps. 194/192.

se genere con motivo de la cosa o bien que se retiene, por el principio de que el que reclama la ejecución de un convenio no puede hacerlo sino a condición de llenar por su parte las obligaciones que ha contratado o que han nacido por ocasión de dicha estipulación.

El derecho de retención exige, como mínimo, que quien pretenda ejercerlo sea titular de un crédito cierto y exigible. El art. 3999 citado, lo define como la facultad que corresponde al tenedor de una cosa mueble ajena, para conservar la posesión de ella hasta el pago de que lo que le es debido por razón de esa misma cosa.

Consiste en un remedio eficaz que tiene el acreedor frente al deudor para decidir a éste pagar lo que debe. Es una suerte de prenda que autoriza al acreedor a retener la cosa del deudor mientras no se le pague, y para que quede configurado se necesita la concurrencia de los siguientes elementos de hecho: *a)* posesión material de una cosa; *b)* existencia de un crédito a favor de quien detenta la cosa, contra el propietario; *c)* relación de conexidad entre el crédito y la cosa.

Con estos requisitos, el derecho cumple una función de seguridad y garantía que se asemeja a las medidas cautelares; y su definición procesal algunos la encuentran en el territorio de las “excepciones”, “privilegios”, “derecho de embargo” o el propio “secuestro privado”.

Para De Lázzari […] “esta identificación merece ciertos reparos. Si bien la potestad que el art. 3999 Código Civil acuerda al retenedor posee características y consecuencias semejantes a los institutos precautorios, en lo que concierne a su naturaleza las cosas son absolutamente distintas. Pasando breve revista a las diversas posiciones doctrinarias sustentadas, tenemos en primer lugar la tesis de que la retención es un *derecho real*, sostenido por Segovia, Salvat, Spota y Molinario. Pero la mayoría se inclina a considerar que se trata de un *derecho personal*, en cuanto accesorio del crédito cuya satisfacción se persigue (Bibiloni,

De Gásperi-Morello, Lafaille, etc.) Moisset de Espanés, a su turno, entiende que no se trata ni de un derecho personal ni real, y solamente consiste en una de las *atribuciones o facultades* que emergen del derecho de crédito. Finalmente, otra tendencia afirma que el derecho de retención no es más que una *excepción dilatoria,* por la cual el acreedor se resiste a ser desapooderado hasta ser desinteresado" ([246]).

Por ello continúa el magistrado platense diciendo […] "Sea cual fuere su intrínseco alcance, las diferencias con las providencias cautelares son notables: estas últimas requieren dictado jurisdiccional y no pueden ser preconstituidas ni autogeneradas por el interesado. El ejercicio del derecho de retención no está necesariamente ligado al dictado de una providencia de mérito (la sentencia definitiva), que reconozca el crédito pretendido. Muy por el contrario, puede nacer y perdurar absolutamente desentendido de la promoción y existencia de un juicio sobre el fondo. Puede vivir independientemente, desarrollándose sin riesgo alguno hasta que el deudor satisfaga la obligación. No rige a su respecto ningún término de caducidad. Quien así se instala en la cosa ajena no tiene sobre sus espaldas carga alguna de promover acciones legales. *Solamente espera*, y con eso le es suficiente para respaldarse aun frente a terceros y para constreñir al propietario, más que nada por las molestias que de tal situación se derivan a este último" ([247]).

Siguiendo este temperamento, la identificación entre medidas cautelares y derecho de retención puede ser, al menos, peligroso. En primer lugar porque es una forma de utilizar la fuerza al margen de la autoridad jurisdiccional aunque se tenga algún sustento legal; por eso, admitirlo sería como conseguir una preferencia o tratamiento indebido frente a otros acreedores.

Además, el derecho de retención configura una situación de hecho que se hace valer en el proceso en alguna de las figuras antes mencionadas, lo que en

---

[246]. De Lázzari, Eduardo N., *Medidas Cautelares,* Tomo 2, Platense, La Plata, 2000 (2ª ed.), p. 215.

[247]. De Lázzari, *Medidas Cautelares,* tomo 2, cit., p. 216.

nuestro parecer, no puede llevar a ponerlas en simetría con las medidas de aseguramiento cautelar cuyo régimen de variación está en el artículo 203 del código procesal; mientras que en el derecho de fondo, y configurándose de modo diferente, rige el art. 3941 que estatuye la indivisibilidad.

Finalmente cuadra analizar el art. 3943: "*El juez podrá autorizar que se sustituya el derecho de retención por una garantía suficiente".* Es decir, se autoriza el cambio del derecho por una garantía de reemplazo, condición muy diferente a la variabilidad de las medidas cautelares que, entre otros recaudos para mudar su condición, exige la existencia de un perjuicio evidente, que se quiere neutralizar aceptando una cautela menos gravosa ([248]).

[248]. De Lázzari, *Medidas Cautelares,* tomo 2, cit., p. 224.

CAPÍTULO XXII

MEDIDAS CAUTELARES CONTRA EL ESTADO

192. El control de legalidad

Desde nuestra perspectiva, los procesos latinoamericanos tienen una posibilidad distinta a la actuación que les cabe a los jueces europeos y aquellos donde la justicia administrativa se particulariza. El poder jurisdiccional americano tiene tres funciones claves: *a) resolver los conflictos intersubjetivos; b) controlar la constitucionalidad de las leyes, y c) fiscalizar el cumplimiento del principio de legalidad en el obrar de la administración.*

A lo largo de esta obra, y especialmente en el tomo I, se pudo advertir como la dinámica del juez del control difuso que reúne en torno de su oficio las tres piezas de su engranaje funcional, las fue diluyendo con la creación de un modelo concentrado que le quitó o relegó la actividad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes, llevando la tarea a un sistema similar al creado en Europa por Hans Kelsen.

La función de control sobre la Administración, en cambio, no ha sufrido embates aunque tenga numerosas resistencias de orden técnico y legislativo, provocadas por la actuación del órgano legislativo, hoy sumado en la democracia al peso de las mayorías que difuminan la independencia funcional de los tres poderes.

En Estados Unidos, con un modelo de clara incidencia en nuestro país; pero esencialmente en México y Argentina, la función judicial de control sobre la administración se adopta como un punto esencial para el equilibrio del sistema democrático.

De allí que la tutela cautelar sea trascendente por sí misma, no solo para darle eficacia al servicio jurisdiccional, sino además, para redoblar la fiscalización sobre el principio de ejecutoriedad de los actos administrativos que, amparados por su rápida e inmediata aplicación, pueden tornar ilusoria la protección de los derechos individuales y colectivos de la sociedad.

Precisamente, con la relación a la presunción de legitimidad del acto administrativo puesto como impedimento para la concesión medidas cautelares, es necesario aclarar que, si bien los actos administrativos resultan por ley presuntamente legítimos (art. 12 de la ley 19.549), de cuyo carácter se desprende su fuerza ejecutoria, no se puede inferir con ello, en forma dogmática, que sea imposible el dictado de una medida precautoria a su respecto, ni extremar el criterio de admisibilidad a punto tal que se exija un verdadero juicio de certeza del derecho invocado y no su mera verosimilitud, propio -por otra parte- de las medidas cautelares.

En tal sentido, la protección del individuo contra la actuación administrativa abusiva o ilegítima, tiene en el sistema precautorio una herramienta singularmente útil y efectivo, que sirve de freno al criterio de la discrecionalidad que todo lo permite ([249]).

---

249. Resulta útil recodar –dice Buteler- que en el derecho administrativo francés del siglo XVIII se concebía a la administración pública vinculada de manera negativa al principio de legalidad, efectuándose desde la doctrina una división tajante entre actos administrativos reglados y discrecionales. Estos últimos, denominados también actos de pura administración, escapaban por su naturaleza a toda crítica de legalidad y a cualquier especie de control judicial. Empero, la evolución jurisprudencial fue evidenciando la inexistencia de categorías puras, es decir, de la discrecionalidad en bloque, pues al reglamentarse las actividades a través de normas generales e impersonales resultaba imposible que pudiera preverse todos los resultados factibles, razón por la cual correspondía a la Administración establecer en el caso concreto su alcance entre las alternativas válidas previstas por el ordenamiento jurídico.

En la actualidad del Estado de Derecho, en donde el actuar público que se halla subordinado al bloque de juridicidad integrado por la Constitución, los tratados internacionales, las leyes y los reglamentos, resulta inconcebible que pueda existir porción alguna de la actividad administrativa que pueda estar por encima del orden jurídico y que resulte indemne al control judicial. Sin

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en su actual integración (dicho esto para advertir que en el curso del tiempo es evidente la polaridad ideológica y el discurso jurisprudencial) pone límites a la discrecionalidad de los entes administrativos y concreta sobre ellos el control judicial ([250]), aclarando que […]"el control jurisdiccional sobre la discrecionalidad se limita a corregir una actuación administrativa ilógica, abusiva o arbitraria, pero no implica que el juez sustituya a la Administración en su facultad de decidir en aspectos fácticos que no presenten aquellos vicios, ya que dicha competencia jurisdiccional es revisora, no sustitutiva" ([251]).

193. La suspensión del acto administrativo

La suspensión del acto administrativo es la primera medida de carácter urgente y preferencial que se cuenta para realizar el control sobre la legalidad del acto y de las conductas. Algunos lo consideran una medida cautelar, del tipo de las prohibiciones de hacer o del mandato de ejecución.

No obstante, por vía de principio la prohibición de innovar no es remedio contra providencias jurisdiccionales en razón del conflicto de competencia que provoca; ni puede afectar actos administrativos o legislativos habida cuenta de la presunción de validez que ostenta tal principio.

La primera conclusión no tiene más que resistencias aisladas, como aquella que formula de Lázzari para quien la medida puede extender el radio de acción hacia otros litigios iniciados o prontos a hacerlo, indicando que ello se apoya en el

---

embargo, la fiscalización de la discrecionalidad administrativa por los magistrados no resulta tarea sencilla y por esta razón: se ha señalado desde la doctrina española que dicha temática constituye uno de los temas más complejos del derecho administrativo (Buteler, Alfonso, *Control judicial de la discrecionalidad administrativa*, La Ley, 2008-D, 1053).

[250]. Fallos, 329: 4542, entre muchos más.

[251]. CS, 2004/03/16, "*Degremont Sociedad Anónima c. Tierra del Fuego, Provincia de y otro s/ ordinario*", Fallos, 327:548, cfr. Buteler, ob. cit., p. 1056.

principio de igualdad constitucional que propone tratar a todos con la misma vara; en cambio, si mediara sentencia firme, ella no podría ser alterada por haber pasado en autoridad de cosa juzgada y haberse incorporado al patrimonio como derecho de propiedad ([252]).

También puede ser excepción a la regla, la admisión de la medida que suspende la ejecución de una sentencia por causas totalmente justificadas; o aquellas que provocan un perjuicio irremediable como la venta de un inmueble, única vivienda, que se lleva a subasta judicial ([253]).

La segunda proposición, en cambio, admite restricciones cuando el acto, administrativo o legislativo, se los impugna sobre bases "*prima facie*" verosímiles ([254]).

Algunos ordenamientos procesales, como el *código contencioso administrativo y tributario de la ciudad autónoma de Buenos Aires*, ubica en el título de las medidas cautelares, a la suspensión del acto administrativo (art. 189), sujeto a los siguientes supuestos*: 1)* Si dicha ejecución o cumplimiento causare o pudiere causar graves daños al administrado, el tribunal, a pedido de aquél, puede ordenar a la autoridad administrativa correspondiente, la suspensión del cumplimiento del hecho, acto o contrato, en tanto de ello no resulte grave perjuicio

---

[252]. de Lázzari, Eduardo, *Medidas Cautelares,* Tomo I, editora Platense, La Plata, 1989, p. 558. Cfr. Enderle, Guillermo J., *Prohibición de innovar,* en Tratado de las medidas cautelares, tomo 3, cit., p. 149.

[253]. El lejano precedente de la Corte Suprema en "*Burman, Leonardo c/ Alvarez, Joaquín s/ ejecución hipotecaria*", 1983/03/08 (La Ley, 1983-D, 287 y ss.) renovado para un cuadro de situación menos traumático que aquél (ocasionado por la imprevisión contractual y la excesiva onerosidad sobreviniente) cuando se expresa que la medida de no innovar es procedente cuando se debe ordenar la suspensión del trámite de ejecución hipotecaria requerida por quien no tuvo participación en el acto de constitución del título y porque, se continuarse el trámite, se afectarían sus derechos, llevando a resolver sus pretensiones de manera abstracta e inejecutable (CApel., Concepción del Uruguay, Sala Civil y Comercial, 1997/03/20, cfr. Falcón, *Tratado de derecho procesal civil y comercial,* tomo IV, cit., p. 391 nota 40).

[254]. CS, 1994/06/09*, "Cadopi, Carlos H. c. Provincia de Buenos Aires*", ED, 161-183 - JA, 1995-IV-509.

para el interés público; 2) Si el hecho, acto o contrato, ostentare una ilegalidad manifiesta, o su ejecución o cumplimiento tuviera como consecuencia mayores perjuicios que su suspensión ([255]).

Similar diagrama tienen las leyes de procedimiento administrativo que siempre quedan sujetas al principio de revisión judicial, por lo cual algunas legislaciones que pretenden entorpecer la máxima, son inconstitucionales. Por ejemplo, la exigencia prevista por el art. 25 inc. 2 del Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires, en cuanto a la previa solicitud en sede administrativa de la suspensión de los efectos del acto, en el marco de un proceso sancionatorio, se encuentra reñida con la garantía de acceso a la justicia y el principio de tutela judicial continua y efectiva.

Con líneas comunes la legislación provincial exige iguales requisitos para otorgar la suspensión del acto impugnado, la irreparabilidad del perjuicio que ocasiona la ejecución, y/o la ilegalidad manifiesta; pero cuando ellas no se agregan a los recaudos generales de las medidas cautelares, sino que trabajan en la misma dimensión con objetivos distintos. Por ejemplo, la irreparabilidad del

[255]. La autoridad administrativa correspondiente, puede solicitar el levantamiento de la suspensión, en cualquier estado del trámite, invocando fundadamente que ella provoca un grave daño al interés público. El tribunal, previo traslado a la contraparte por cinco (5) días, resuelve el levantamiento o mantenimiento de la medida. En la resolución se declara a cargo de la autoridad administrativa peticionante la responsabilidad por los perjuicios que irrogue la ejecución en el supuesto de que se hiciere lugar a la demanda o recurso. El pedido de suspensión del hecho, acto o contrato planteado como medida cautelar, es tramitado con carácter urgente, pero sin suspender el curso del proceso principal. En subsidio, se aplican las reglas establecidas para los incidentes en este Código.

La norma que se invoca, dispone la suspensión de actos administrativos en base a dos presupuestos específicos: la existencia de perjuicios graves o irreparables y que la medida no afecte el interés público. La procedencia en consecuencia está supeditada a las exigencias genéricas de toda medida cautelar (verosimilitud del derecho y peligro en la demora). Asimismo, tiene que probarse al menos uno de los requisitos incluidos en los incisos 1º y 2º del artículo mencionado. A su vez, estrechamente vinculado a la verosimilitud del derecho invocado por la actora, se encuentra la exigencia de demostrar, al menos someramente, que la resolución administrativa que lo conculca ostenta una ilegalidad manifiesta (cf. art. 189 inc. 2º CCAyT). Ello es lógicamente necesario, puesto que será ilegítimo todo acto o hecho de la administración que importe la lesión de un derecho.

perjuicio es, ni más ni menos, que el peligro en la demora; y la ilegalidad manifiesta, supone *mutatis mutandi,* el *fumus bonis iuris.*

Por lo demás, tanto la doctrina como la jurisprudencia coinciden en establecer una fórmula compositiva, por la cual a mayor verosimilitud del derecho cabe no ser tan exigente en la gravedad e inminencia del daño, y viceversa, cuando existe el riesgo de un daño de extrema gravedad e irreparabilidad el rigor acerca del *fumus* se puede atenuar ([256]).

En la práctica la suspensión del acto administrativo reviste la calidad de medida cautelar autónoma que, siendo similar a la prohibición de innovar, es distinta por otras características.

Una de ellas proviene de la posibilidad de conseguir la suspensión en sede administrativa (v.gr.: art. 12, Ley 19.549, que dice, en su parte pertinente […] *la administración podrá, de oficio o a pedido de parte mediante resolución fundada, suspender la ejecución por razones de interés público o para evitar perjuicios graves al interesado…*); en otras, porque la suspensión viene dispuesta por leyes especiales que al permitir el recurso judicial contra la decisión administrativa, impide la ejecución ([257]); asimismo, la suspensión se puede pedir sin juicio iniciado (duda que, pese a que no está presente en nosotros, planteó la doctrina con la vigencia de la ley 17.454).

En suma, la presunción de validez y ejecución plena de los actos administrativos no es una valla insuperable para conseguir la suspensión judicial, siempre y cuando, surja clara la arbitrariedad y/o ilegalidad manifiesta. Estos presupuestos son también la base para suspender la aplicación de una ley, decreto u ordenanza, y se razona la procedencia desde el artículo 43 de la

[256]. Cfr. por todos: Gordillo, Agustín A., *Tratado de Derecho Administrativo,* Tomo 3, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1999 (4ª ed.), p. V-71.

[257]. A *contrario sensu*, cuando las leyes determinan la ejecución inmediata y sin efecto suspensivo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha declarado la inconstitucionalidad atendiendo a que la definitividad de las decisiones es solo jurisdiccional calidad que no tienen los actos administrativos que, solo pueden quedar firmes e irrevocables por efectos de la preclusión (Cfr. Fallos, 284:150).

Constitución Nacional que reitera las premisas conocidas en leyes de amparo precedentes.

Ninguno de estos conceptos es sinónimo, pero aplicarlos aisladamente puede originar graves desavenencias, naturalmente contrarias al sentido de unidad que tiene cualquier ordenamiento jurídico. *Ilegalidad* supone algo que es contrario a la ley, y por tanto, ilícito. Para ser ilícito un acto o hecho jurídico requiere actividad y concreción; pero también puede surgir de la amenaza o ante la inminencia comprobada que manifiesta su posibilidad de agresión. La ilegalidad tiene así un rostro posible, y otro solapado, pero ambos se combaten a través del instituto del amparo, o de la tutela que prometen las medidas cautelares.

Ahora bien, la ilegalidad por sí sola autoriza la defensa de la Constitución, por la cual se persigue retornar a un estado de Derecho, en tanto es ilegal, justamente, "lo contrario a derecho". Pero la ilegalidad puede ser manifiesta, es decir, evidente, indudable, absolutamente clara, ausente de incertidumbre alguna; o bien ser producto de una interpretación equívoca, irracional, de ostensible error, de palmario vicio en la inteligencia asignada, casos en los cuales, dicha ilegalidad asume la forma de *arbitrariedad*. Lo cierto es que la ilegalidad manifiesta, sea o no arbitraria, puede atacarse con el amparo o con la medida cautelar autónoma de cesación del acto administrativo.

Cabe agregar que la suspensión de actos legislativos (normas en general), es una facultad asignada al órgano jurisdiccional indicada precisamente en el mencionado art. 43 cuando expresa que *"podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva*".

La *arbitrariedad* concluye en el sentido de falta de justicia, es decir, en la exposición de que una conducta arbitraria es una conducta injusta. En la medida que “arbitrariedad” e “ilegitimidad” (esto es, injusticia), la acción puede ser instrumentada para cuestionar un mayor número de actos u omisiones. A su vez, la ilegalidad del acto radica en la oposición que expone frente a normas de rango

superior y, especialmente, a la Constitución Nacional, no obstante diga o mencione su apoyo en otras leyes (son, en términos del recurso extraordinario, las cuestiones federales que motivan la admisión del mismo).

También la suspensión procede por cuestiones de legitimidad, concepto que tiene una dimensión más amplia que la legalidad, porqué agrega un juicio de justificación de algo o de alguien, y ello ocurre cuando de manera plena se conjugan tres condiciones: que la conducta estudiada sea sustancialmente justa (justificación en función de los valores), lícita (justificación por la legalidad), y socialmente aceptada (justificación social).

Es verdad que la ilegitimidad supone calificar algo más que la simple ilegalidad: al hecho comprobado de la actitud contraria a derecho, se analiza la racionalidad de la decisiones, la valoración efectuada, las proyecciones que tiene, los efectos que produce y, en suma, la justicia que del acto surge. Pero también es cierto, que muchas veces un acto lesivo surge de comportamientos ajustados a derecho que siendo legales (por su encuadre *de iure*) son ilegítimos por no estar respaldados por la razonabilidad y criterio de justicia que todo acto constitucional porta intrínsecamente.

Para el final resta considerar la exigencia de gravedad del caso para ordenar la suspensión, en la medida que la jurisprudencia ha sido oscilante en su aplicación. Se pensaba que no sólo el acto administrativo debía ser manifiestamente arbitrario o ilegal, sino también, revestir de una gravedad evidente, sin lo cual no era posible admitir la dilación de cumplimiento si para acreditar el perjuicio se necesitaba un ámbito mayor al de la simple apariencia del buen derecho. Pero después, se atendió el reporte del daño que con el acto se

provoca. Es decir, hay que advertir lo “manifiesto”, antes que la gravedad que el hecho importa. ([258]).

194. El artículo 195 *bis* derogado por la Ley 25.587

La denominada ley de equilibrio fiscal (Déficit Cero) dictada por el gobierno del ex presidente Fernando De la Rúa, que llevó el nº 25.453 (B.O. 31.07.01) dispuso un nuevo párrafo en el art. 195 del Código Procesal, que lo integra actualmente: “*Los jueces no podrán decretar ninguna medida cautelar que afecte, obstaculice, comprometa, distraiga de su destino o de cualquier forma perturbe los recursos propios del Estado, ni imponer a los funcionarios cargas personales pecuniarias”.*

Como el obstáculo dispuesto se creyó insuficiente, el decreto 1387/01 agregó un artículo, 195 *bis*, que transformó el mecanismo de obtención, e impugnación de las medidas cautelares. Posteriormente, se sancionó la ley 25.561 que entró en vigencia el 6 de enero de 2002, que modifica la redacción del art. 195 *bis*, indicando en el art. 18 el texto legal definitivo: “ *Cuando se dicten medidas cautelares que en forma directa o indirecta afecten, obstaculicen, comprometan o perturben el desenvolvimiento de actividades esenciales del Estado Nacional, las Provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, las Municipalidades, de sus reparticiones centralizadas o descentralizadas, o de entidades afectadas a alguna actividad de interés estatal, podrá interponerse recurso de apelación directamente*

---

[258]. Un ejemplo jurisprudencial sirve para demostrar como funcionaría este recaudo que permite suspender la ejecución de una decisión administrativa. Se ha dicho que es procedente el amparo en el caso de incomunicación y amenaza de suprimir el servicio telefónico por parte de la demandada, pues resulta el remedio apropiado para asegurar el respeto del Reglamento General de Clientes. Ante la inminencia de la amenaza de dar de baja definitivamente el servicio telefónico y la existencia de lesión actual en el bloqueo de llamadas, el usuario encuentra protección en la norma Constitucional, artículo 43 (C.Fed. Civil y Comercial, Sala 2ª, 1997/12/23, *Barrenechea c/ Telecom Argentina*).

ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. La presentación del recurso tendrá por sí sola efecto suspensivo de la resolución dictada".

"*La Corte Suprema de Justicia de la Nación requerirá la remisión del expediente. Recibido éste, conferirá traslado con calidad de autos a la parte que peticionó la medida por el plazo de CINCO (5) días. Contestado el traslado o vencido el plazo para hacerlo, previa vista al Procurador General de la Nación dictará sentencia confirmando o revocando la medida".*

El juego, pretendidamente armónico de ambas disposiciones, en los hechos persiguió evitar que los jueces dispusieran medidas cautelares que obligasen a devolver importes de dinero (pesos o dólares) que existieran en el sistema financiero.

194.1 La ley "antigoteo"

Más allá del contexto social y económico que motivaron estas normas flagrantemente inconstitucionales, lo cierto es que el 26 de abril de 2002 se promulgó la ley 25.587 ([259]) que derogó el art. 195 *bis* del código federal, dejando vigente el párrafo tercero del 195, que motiva severas incongruencias.

---

259. La Ley 25.587 (*Ejecución de medidas cautelares*) dice:

ART 1º - En los procesos judiciales de cualquier naturaleza en que se demande al Estado nacional, a entidades integrantes del sistema financiero, de seguros o a mutuales de ayuda económica en razón de los créditos, deudas, obligaciones, depósitos o reprogramaciones financieras que pudieran considerarse afectados por las disposiciones contenidas en la Ley No. 25.561 y sus reglamentarias y complementarias, solo será admisible la medida cautelar reglada por el Art. 230 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación cuando existiere el peligro de que si se mantuviere o alterare, en su caso, la situación de hecho o derecho la modificación pudiere interferir en la sentencia o convirtiere su ejecución en imposible o ineficaz.

En ningún caso las medidas cautelares que se dispongan podrán tener idéntico objeto que el perseguido respecto de lo que deba ser materia del fallo final de la causa, ni consistir en la entrega, bajo ningún título, al peticionario de los bienes objeto de la cautela.

Quedan exceptuados de lo dispuesto en el párrafo anterior aquellos casos, en los que se prueba que existan razones suficientes que pongan en riesgo la vida, la salud, o la integridad física de las personas, o cuando la reclamante sea una persona física de setenta y cinco (75) ó mas años de edad.

Esta disposición de orden público, se aplicará a todas las causas en trámite y alcanzará también a todas las medidas cautelares que se encuentren pendientes de ejecución, cualquiera fuere la fecha de la orden judicial.

ART 2ª - Las medidas cautelares indicadas en el artículo anterior no podrán en ningún caso ser ejecutadas sobre fondos del Banco Central de la República Argentina, aunque los mismos se encuentren por razones transitorias u operativas en poder de las entidades financieras.

ART 3º - A los fines del cumplimiento de toda medida cautelar, deberá oficiarse previamente al Banco Central de la República Argentina, a los efectos de que informe sobre la existencia y legitimidad de la imposición efectuada ante la entidad financiera, los saldos existentes a la fecha del informe en la cuenta de la parte peticionaria, como así también el monto y la moneda de depósito pactada originalmente.

ART 4º - Las medidas cautelares a las que ser refiere el Art. 1º de esta ley, serán apelables con efecto suspensivo ante la Cámara Federal de Apelaciones que sea tribunal de alzada del juzgado que las dictó. Quedan efectuados de este efecto, aquellos casos en que se pruebe que existe razón suficiente que ponga en riesgo la vida, la salud o la integridad física de las personas o cuando la reclamante sea una persona física de setenta y cinco (75) años o mas de edad.

Dicho recurso deberá ser presentado en el juzgado dentro del plazo de cinco (5) días, contados a partir de que el interesado tomare conocimiento de la resolución que concedió la medida cautelar. Los fundamentos de la apelación deberán expresarse en el mismo escrito. Están legitimados a interponerlo tanto la parte demandada, la actora como las entidades bancarias o financieras afectadas por la medida cautelar, aunque éstas no revistieren aquel carácter.

ART 5º - Interpuesto el recurso a que se refiere el artículo anterior, el Juez de Primera Instancia deberá limitarse a remitir el expediente a la Cámara sin mas trámite. Recibido el expediente en la Cámara, ésta correrá traslado del recurso a la contraria por el plazo de cinco (5) días. Contestado el traslado o vencido el plazo para hacerlo, la Cámara de pronunciará sobre la procedencia o improcedencia del recurso, pudiendo, en su caso, confirmar, revocar o modificar los alcances de la medida cautelar.

ART 6º - La tramitación de los procesos mencionados en el artículo 1º corresponden a la competencia de la Justicia Federal.

ART 7º - Derógase el Art. 195 bis del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

ART 8º - En los supuestos que se hubiera interpuesto recurso de apelación directamente ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación en virtud de lo establecido por el artículo 195 bis del Código Procesal Civil de la Nación que por el artículo anterior se deroga, la Corte Suprema de Justicia de la Nación remitirá a las respectivas Cámaras de Apelación, las actuaciones que se encontraran pendientes de decisión a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley. Las

La ley se fundamenta en la necesidad de preservar las actividades esenciales del Estado, a cuyo fin se podría deducir que por ello los jueces no pueden *afectar, obstaculizar, comprometer* o *distraer* del destino previsto, fondos o recursos propios del Estado (art. 195 párrafo tercero); sin embargo, los fondos o recursos que la ley menciona *no pertenecen al Estado*, son de personas físicas o jurídicas, suficientemente reconocidas y que gozan del amparo de una ley (nº 25.466 -B.O. 25.09.01-) que les garantiza la intangibilidad de sus depósitos, y que se encuentra plenamente vigente.

Pensando en esa dimensión temporal del problema, la ley argumenta sobre la situación de emergencia establecida en la ley 25.561, y establece limitaciones a la procedencia de medidas cautelares, provocando una total inconsistencia con el sistema como rigen y se ordenan las providencias precautorias.

En la ley 16.986 las actividades esenciales del Estado constituyeron un obstáculo en la sustanciación del juicio de amparo. Hoy día la cuestión se presenta difusa, aunque un análisis sumario del artículo 43 constitucional, permite afirmar que esta valla preliminar no puede mantenerse estoico sin alterar el principio de acceso inmediato a un proceso rápido y expedito; lo que equivale a sostener el derecho a la tutela judicial continua y sin condiciones.

No obstante, se puede aceptar que el Estado procure preservar la eficacia de sus instituciones con la finalidad de cumplir adecuadamente sus funciones esenciales. Pero ¿cuáles son esas actividades? La imprecisión conceptual es

---

Cámaras de Apelaciones deberán resolver los recursos adecuando su trámite a lo establecido en los artículos precedentes.

ART 9º - La presente ley comenzará a regir desde el momento de su promulgación y tendrá vigencia mientras dure la emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria, dispuesta por la Ley 25.561, por encontrarse comprometido el desenvolvimiento de una actividad esencial del Estado.

ART 10º - Comuníquese al Poder Ejecutivo.

manifiesta, y por eso, suele desvirtuarse con interpretaciones elásticas, y con cierta inclinación al proteccionismo judicial.

"*Actividades esenciales del Estado*", es un concepto demasiado errático que por su ambigua presentación deja en manos de los jueces la única expectativa posible de tutela. Ahora bien, el cuadro descripto por la Ley federal de Amparo se debe espejar con el artículo 43 constitucional, pues evidencia cierta oscuridad cuando se trata de responder al concepto de servicios públicos que no se pueden revisar por la acción de amparo, cuando ellos son atacados en la condición de consumidor, usuario, empresario que defiende el derecho de competencia, o a través de un amparo colectivo por la supuesta agresión conjunta al tejido social.

En estos casos, una vez más -y en ausencia de reglamentación especial- el juez tiene en sus manos dar inteligencia y equidad al problema, considerando en consecuencia, que subsiste o no, la vigencia de este recaudo de admisión.

Con la ley 25.587 se pretende extender a las relaciones pactadas entre personas privadas y entidades del sistema financiero, un problema de liquidez que tiene el Estado. Recordemos que el fundamento de todo el andamiaje normativo dispuesto es evitar el *colapso final del sistema financiero* (Considerandos del Decreto 214/02).

No se advierte (*rectius*: se omite decirlo) que la situación de bancos, seguros o mutuales de ayuda económica es producto de la crisis del Estado y no de la actividad del sector, más allá de puntuales situaciones particulares.

Nuestra historia jurisprudencial y política, muestra que la ley 25.587 renueva sucesos ya conocidos. En efecto, en ocasión de la emergencia económica y administrativa que padeció Argentina en la década de los años 80, se decía que el amparo era improcedente porque afectaba a las entidades financieras

al actuar ellas como un servicio público impropio; también se prohibía por entonces, la actuación cautelar contra el Estado, o, al menos, estaba inhibida.

Esta inadmisión formal basada en el art. 2°, inc. c) de la ley 16.986, carece de andamiento puesto que la actividad bancaria no es estrictamente un servicio público -aun cuando pueda ser visto como un servicio público impropio o como una actividad esencial del Estado-, y ello lleva a decir que lo impropio es aquello "falto de las cualidades convenientes" o "ajeno de una cosa o circunstancias, o extraño a ellas". Por lo tanto, aun admitiendo que fuera un "servicio público impropio" (*contradictio in terminis*), carece de las cualidades de lo que estrictamente debe entenderse por "servicio público" ([260]).

Por eso, los fallos han reiterado que la interpretación del art. 2°, inc. c), de la ley de amparo, debe ser restrictiva, desde el momento en que represente una excepción a la procedencia de esta particularísima acción tendiente a la protección de los derechos fundamentales de la persona humana receptados constitucionalmente.

Lo que consagra a un Estado democrático no es la inscripción de la libertad en su texto fundamental sino su vigencia, y en este terreno es la acción procesal el elemento que, en muchos casos, puede afirmar el derecho, el medio de hacerlo valer y la vía para demandar su amparo.

En cada caso, el deber jurisdiccional está en estudiar el *estado de necesidad*, lo que supone confrontar el interés del usuario y/o consumidor con el del prestador del servicio, y como el párrafo segundo del artículo 43 abre expansivamente la legitimación procesal, que sumado al artículo 42 y su correlato en la Ley de Defensa del consumidor (nº 24.240), puede aseverarse que esta limitación se encuentra absolutamente derogada, y que cualquier obstruccionismo

[260]. CNFed. Contenciosoadministrativo, Sala IV, 1985/06/13, "*Peso, Agustín C. c. Banco Central*", La Ley, 1985-C, 374, ED, 114-236.

basado en cualquiera de las conclusiones precedentes es inoficiosa y no puede ser causa ni fundamento para alterar la protección que el amparo dispensa.

Con las actividades esenciales del Estado el problema está en la indeterminación de su contenido. Una actividad esencial es "hacer las cosas bien", de modo que, genéricamente hablando, si el Estado no obra con eficiencia puede ser sujeto emplazado por el amparo. En cambio, si por actividades esenciales, se entiende aquellas que hacen a los fines necesarios para la buena administración, sin que la acción particular perturbe las decisiones adoptadas, la cuestión gira hacia la legalidad de los actos y de las conductas.

194.2 Improcedencia de la prohibición de innovar

La prohibición de innovar es una medida precautoria de tipo conservatorio, que actúa sujeto a condiciones y de manera *supletoria*. Por eso, la reproducción que hace la ley 25.587 en el artículo 1º de los motivos que la indican como única posibilidad cautelar, son insuficientes e inoficiosos, porque en los hechos la prohibición de innovar solamente procede "*si la cautela no pudiere obtenerse por medio de otra medida precautoria"* (art. 230 inciso 3º, CPCC).

Ahora bien, supongamos que aplicando principios generales del derecho, la ley especial derogue la ley general, de modo tal que se interprete la modificación del requisito procesal dando lugar a este nuevo cuadro de situación: pues aun así la modificación es errónea. Veamos porque:

El art. 230 del código procesal tiene por objeto impedir un cambio en la situación de hecho o de derecho, mientras dure el proceso y con miras a lograr la ejecución de una eventual sentencia de condena. La disposición se complementa con el art. 179 del Código Penal que reprime con prisión de seis meses a tres años al que durante el curso del proceso o después de una sentencia condenatoria, maliciosamente destruyere, inutilizare, dañare o hiciese desaparecer

bienes de su patrimonio, o fraudulentamente disminuyere su valor, y de esa manera frustrare, en todo o en parte, el cumplimiento de las correspondientes obligaciones civiles.

En conjunto, persiguen mantener el "*status quo*" inicial o impedir que durante el transcurso del pleito se modifique o altere la situación de hecho o de derecho existente al tiempo de la promoción del litigio.

Obsérvese que la prohibición de innovar analiza dos hipótesis probables. La primera apunta a la posibilidad de que el proceso principal resulte comprometido si, desde el principio, no se dispone determinada modificación en el estado fáctico o jurídico, retrotrayéndolo a un estado anterior o estableciendo uno nuevo. La segunda contempla el peligro que para el resultado del proceso principal significaría la modificación de la situación de hecho o de derecho existente al tiempo en que se requiere tal medida cautelar.

Por tanto, cuando estas situaciones no se producen, la prohibición de innovar, no puede interferir en el cumplimiento de pronunciamientos judiciales ya dispuestos, ni tampoco puede ser empleada para impedir el derecho de índole constitucional de ocurrir a la justicia para hacer valer los reclamos que el acreedor entienda legítimos.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación es conteste en afirmar que con esta medida no se pueden invadir espacios pertenecientes a las relaciones entre particulares, cuando no sean estos quienes lo soliciten. Se afirma que, la prohibición de innovar señalada en el art. 230 del Código Procesal, está destinada a ser utilizada en los conflictos entre particulares relativos a los bienes, al orden familiar o a la libertad personal, pero no a las cuestiones que resulten de las designaciones de los magistrados y funcionarios públicos de las

provincias, que aquéllas pueden efectuar "sin intervención del gobierno federal" (art. 105, *in fine,* Constitución Nacional) ([261]).

En consecuencia, la prohibición de innovar no se puede volver en contra de quienes requieran medidas cautelares, porque entre los requisitos solicitados para que ella proceda, ha de considerarse comprendida la exigencia de que por sí misma, resulte garantía para la protección del derecho que es objeto de la respectiva acción entablada.

Advertimos como se ha puesto de manifiesto esta inconsistencia de la medida, cuando se sostiene que no es procedente que el poder jurisdiccional autorice al deudor, por esta vía, a no pagar la parte de la cuota del mutuo que considera excesiva. Este podrá pagar, no pagar, o en su caso, consignar lo que estime justo o indexar sus deudas como crea razonable asumiendo las consecuencias de su actitud. Luego, es en la sentencia que se juzgará si obró de acuerdo a derecho.

194.3 Incongruencia entre el fin de la medida con los hechos que la motivan

Para que resulte admisible una medida de no innovar en el marco de lo previsto por los arts. 230 del Código Procesal y 15 de la ley 16.986, se requieren dos requisitos:

a) La verosimilitud del derecho invocado, en forma tal que, de conformidad con un cálculo de probabilidades, sea factible prever que en el proceso principal se declarará la certeza de ese derecho.

[261]. Del voto en disidencia del doctor Caballero (CS, 1987/03/24, "*Magín Suárez, Luis*", La Ley, 1987-C, 255).

b) El peligro probable de que la tutela jurídica definitiva no pueda, en los hechos realizarse; es decir que, a raíz del transcurso del tiempo, los efectos del fallo final resulten prácticamente inoperantes.

Insistimos, la prohibición de innovar se funda en el principio de la inalterabilidad de la cosa litigiosa y por tanto presupone que un cambio en la situación de hecho o de derecho pueda perjudicar a una de las partes en una relación jurídica, modificando los bienes motivo de ella, o los derechos que los litigantes tenían sobre dichos bienes. La traba de la citada medida cautelar requiere, entonces, que la modificación pueda influir en la sentencia o convertir su ejecución en ineficaz o imposible.

A estar por los dichos de nuestros funcionarios, y de la manifiesta confesión que se efectúa sobre la situación del sistema financiero, mantener el *status quo* y confirmarlo con medidas de no innovar, supone precisamente, *dejar de pagar a los ahorristas el dinero que han confiado a las instituciones bancarias.* Este es el contrasentido no advertido, o quizás la traición del subconsciente. No se puede soslayar, además, que el promedio de vida en nuestro país es de 72 años, y las excepciones se otorgarán a partir de los 75 años.

Por eso es que reiteradamente se ha dicho que es improcedente la prohibición de innovar cuando no tenga ella por finalidad asegurar el pronunciamiento que pudiera dictarse.

194.4 Eliminación de facultades jurisdiccionales

El art. 1º de la ley 25.587 establece que solo será admisible la medida cautelar de prohibición de innovar, generando de este modo, una inadmisible intromisión del Poder Ejecutivo en el ámbito de las facultades discrecionales del Poder Judicial. Es evidente la intención de afectar la independencia de los jueces,

y provocarles una suerte de amenaza que se integra con el inconstitucional párrafo tercero del art. 192.

La imparcialidad e independencia del juez son nexos imprescindibles para concretar las garantías constitucionales. En todo proceso constitucional es importante conservar la libertad de criterio porque cualquier limitación estorba o elimina la fortaleza del derecho fundamental.

En el ejercicio de la potestad jurisdiccional ningún juez puede hallarse en condición sumisa, soportando las indicaciones interesadas que otros le aporten; individualmente, tampoco podría estar subordinado a decisiones producidas por otros, salvo las provenientes del sistema jurisprudencial (*stare decisis,* o doctrina del precedente obligatorio, también, los fallos plenarios).

En suma, las garantías de la jurisdicción consideran la libertad de actuación del órgano judicial respecto a otros; y respecto al propio sistema procesal. Mientras por un lado se espera el máximo de respeto por las garantías de imparcialidad e independencia; por el otro, se pretende que el control de constitucionalidad (o la tutela de los derechos fundamentales) no sufra limitaciones absurdas.

Las facultades jurisdiccionales para decretar medidas cautelares son, y deben ser, discrecionales. No se puede imponer, ni prohibir la admisión o procedencia de alguna de ellas, porque de hacerlo se viola la garantía del acceso a la jurisdicción, y en tal caso, se afecta el derecho de defensa en juicio (arts. 18 y 43, CN).

Las precautorias no responden al presupuesto general de los principios dispositivo, y de congruencia, es decir, que siguiendo con esta directiva, el juez no podría fallar fuera del marco de lo peticionado. Pero en las medidas cautelares, el tribunal puede otorgar o denegar lo pedido, modificar las cautelas dispuestas, sustituirlas u ordenarlas de oficio.

La ley 25.587, en el artículo 1º desvirtúa la finalidad de aseguramiento que se persigue; se trata de impedir el uso de facultades discrecionales del juez en torno a las modalidades de la precautoria, y no tiene en cuenta lo dispuesto en el inciso 3º del art. 230.

La libertad para decidir debe ser una garantía para la seguridad del justiciable y para la eficacia del servicio jurisdiccional. Por tanto, la directriz que encomienda este principio, admite que las medidas cautelares que se requieren deben ajustarse a sus límites precisos, sin ocasionar daños innecesarios a la contraparte, y preservando la materialización de la ejecución en el supuesto hipotético que fuera necesaria.

El art. 204 del Código Procesal dice*:" El juez, para evitar perjuicios o gravámenes innecesarios al titular de los bienes, podrá disponer una medida precautoria distinta de la solicitada, teniendo en cuenta la importancia del derecho que se intentare proteger*". Esta disposición pone en claro la libertad del juzgador para proveer las medidas útiles y efectivas, esto es, de acuerdo con la naturaleza de los bienes y demás circunstancias que rodeen el proceso.

Interesa apuntar que, ordenada la medida precautoria pedida por la parte y puesta en ejecución, al juez le está prohibido modificarla por encontrar consentida la precautoria y con principio de ejecución. El art. 204 que referimos, se refiere a la cautelar solicitada, mas no a la que ha sido ordenada, si no media recurso.

El fundamento de estas facultades radica en evitar que las medidas cautelares sean fomento de actitudes extorsivas o abusivas, sin perjuicio de la flexibilidad que pondera el uso adecuado de cada una de las precautorias. El sentido preventivo acusa otra manifestación en el art. 205 del ordenamiento, cuando indica: "*Si hubiere peligro de pérdida o desvalorización de los bienes afectados o si su conservación fuere gravosa o difícil, a pedido de parte y previa vista a la otra por un plazo breve que fijar según la urgencia del caso, el juez podrá ordenar la venta en la forma mas conveniente, abreviando los trámites y habilitando días y horas*".

Esta es una forma anómala de preservar la seguridad de una ejecución hipotética, anticipando la venta de los bienes embargados por el peligro inminente de su desaparición, o por el alto costo que representa su depósito, mayor de los que por sí produce. La conformidad requerida a la parte para proceder a la venta, no muda el carácter ejecutorio que asume esta modalidad, transfiriendo el monto obtenido en la subasta a la nueva caución constituida.

Por supuesto, al sujeto pasivo de la precautoria le queda siempre la posibilidad de sustituir los bienes por otros de valor equivalente.

Además, las medidas cautelares son esencialmente *preventivas*. No juzgan ni prejuzgan sobre los derechos del peticionante, pero conservan presente el objeto que tienden a proteger de manera que es fundamental el carácter protector de bienes del cautelado, y de seguridad para el justiciable.

El art. 206 del código muestra una faceta de esta condición preventiva:" *Cuando la medida se trabare sobre bienes muebles, mercaderías o materias primas, pertenecientes a establecimientos comerciales, fabriles o afines que los necesitaren para su funcionamiento, el juez podrá autorizar la realización de actos necesarios para no comprometer el proceso de fabricación o comercialización*".

El principio de conservación y continuidad de la empresa, tan particular en el derecho comercial, continúa en sede procesal con las condiciones que se indican. En esencia responden al criterio por el cual se sostiene que las medidas cautelares no han de irrogar perjuicios innecesarios.

Opera también aquí la discrecionalidad del juzgador para decidir la medida adecuada (v.gr.: si fuese un embargo sobre mercaderías producidas, puede sustituir la precautoria por una administración o intervención judicial).

En síntesis, la reunión de todas las cautelares en solo una, priva de sentido a la finalidad tuitiva que tiene esta institución, y socava en sus cimientos la garantía constitucional de la defensa en juicio.

194.5 La muerte de la medida autosatisfactiva

El segundo párrafo del artículo 1º de la ley 25.587, elimina la medida cautelar cuyo contenido sea idéntico al de la pretensión perseguida. Si bien es cierto esta tutela cautelar no se encuentra consolidada en la práctica tribunalicia, también lo es que ha recibido el apoyo de la doctrina procesal más prestigiosa y aumenta cada día su repercusión e importancia.

El derecho procesal ha discernido estas modalidades estableciendo clasificaciones conforme la tutela ordinaria o diferenciada que el objeto atiende; lo que permite dividir a las *medidas cautelares clásicas*, de aquellas otras que se presentan nominadas como *cautela material*, incluyendo entre ellas a las medidas autosatisfactivas y las sentencias anticipatorias.

Cada una reporta una finalidad similar pero difieren en sus requisitos y contemplaciones, poniendo entre ellas mismas una suerte de discusión generalizada acerca de si participan o no de los presupuestos generales de las medidas cautelares (es decir, de las características de instrumentalidad, provisionalidad, mutabilidad o flexibilidad).

Esta simple presentación que no pretende ser más que un esbozo, porqué de otro modo, debiera analizarse si existe una auténtica diferencia entre medidas cautelares y materiales en torno a los presupuestos que las caracterizan, la calidad intrínseca que portan respecto al derecho de defensa en juicio, y el alcance de la cosa juzgada, entre otros temas pendientes; decimos que esta síntesis pretende comparar una actuación procesal que es idéntica pero que se confunde con denominaciones y alcances según lo estudie el derecho procesal o el sustancial.

En suma, este emplazamiento agiliza las facultades del Juez en orden a la eficacia del servicio que presta; admite el criterio de la urgencia como pauta que

fundamenta la postergación del contradictorio; pero no tiene en cuenta que las formas procesales se corresponden con procedimientos adecuados para cada pretensión en particular, y la amenaza de producir un daño o impedir su agravamiento, puede o no lesionar, alterar, modificar o restringir, con arbitrariedad o ilegalidad un derecho subjetivo o de incidencia colectiva. En consecuencia, al ser eliminada la potestad jurisdiccional de dictar medidas autosatisfactivas, también se agrede la independencia jurisdiccional.

194.6 Excepciones

La protección efectiva al derecho a la vida, la salud, la integridad física y un reconocimiento expreso a la ancianidad (mayores de 75 años) se hace presente en la ley, produciendo que estas situaciones que se deberán acreditar como presupuestos de verosimilitud del derecho, y en algún caso, como peligro en la demora, sean resueltas como excepciones que autoricen el dictado de otras medidas cautelares.

Además, en oportunidad de ponerse en práctica la reforma procesal que incorporó el art. 195 *bis*, la Corte Suprema sostuvo que era inadmisible interpretar que ella podía afectar las situaciones procesales consumadas; mucho menos si ellas habían sido notificadas con anterioridad ([262]).

Con la ley 25.587 se establece un régimen diferente, porque asigna vigencia para todas las medidas pendientes de ejecución, cualquiera fuere la fecha de la orden judicial. Esto es muy grave, y conculca manifiestamente las facultades jurisdiccionales y la autonomía del Poder Judicial.

Supongamos que se hubiera resuelto una medida de embargo preventivo sobre bienes del accionado (un banco o entidad financiera) hasta alcanzar la suma

---

[262]. CS, 2002/03/05, "T.*15 .XXXVIII*", La Ley, suplemento de jurisprudencia de Derecho Administrativo, del 26/04/02 pág. 17, con nota de Pablo Fernández Lamela

de pesos necesaria para adquirir en el mercado libre de cambios una suma correspondiente con el total o parcial de la cuantía oportunamente depositada, y que ella no se hubiera concretado aun por la resistencia a cumplir con el mandato jurisdiccional.

En los hechos, la ley viene a dar una causa de reversión de las cautelas permitiendo revocarlas por estar pendiente de ejecución; también, admite eximir de responsabilidad a quien hubiera desconocido una orden judicial; y permite convalidar el exabrupto de quienes maquinan el uso de la normas de inferior jerarquía aplicándolas como si fueran el orden superior normativo del Estado.

Vale decir, si la Constitución y los derechos humanos obrantes en el bloque de constitucionalidad englobado en el art. 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, tutela y defiende el derecho de propiedad, no se ve como por regulaciones infraconstitucionales (y de dudosa legalidad como son las Comunicaciones del Banco Central de la República Argentina), decretos de necesidad y urgencia que no han tenido ratificación legislativa; o inclusive, con leyes cuya inconstitucionalidad se presume sin demasiado esfuerzo, se pueda afectar el derecho individual obtenido de un mandato judicial que analizando las circunstancias del caso, ordenó la medida cautelar que ha estimado más conveniente.

Es evidente que esta norma necesita de un esclarecimiento técnico, pues no puede el Poder Ejecutivo disponer la anulación de providencias ya dictadas, ni pretender que ellas no se apliquen sin dar una respuesta de seguridad equivalente con la preventiva lograda.

¿Cómo puede el Estado, reconocidamente insolvente, garantizar que los fondos cuya orden judicial de embargo y/o secuestro se ha dispuesto, se mantendrán intangibles y a disposición del Juez de la causa mientras dure el proceso?.

¿Cómo pretende modificar el sistema cautelar de la discrecionalidad técnica obligando a prohibiciones de innovar que, de hecho, suponen admitir que se garantiza lo que no se puede cumplir?

Es evidente, entonces, que la medida de no innovar es la cautela más perjudicial que recibe el litigante, y por eso, es un contrasentido su regulación.

No escapa asimismo, observar que existe una indebida intromisión del Estado en las regulaciones entre particulares, porque bien podría cada banco ofrecer garantías alternativas para el crédito que contra él tiene el demandante.

Inclusive, si la doctrina tradicional que emite la jurisprudencia sostiene que la prohibición de innovar no puede interferir en un proceso distinto de aquél en que se la solicitó, toda vez que un juez no tiene imperio para imponer tal medida respecto de otro de igual jerarquía, menos aun se puede admitir que sea una disposición legal la que anule las facultades judiciales emergentes de normas de superior jerarquía como son las que provienen de la organización constitucional del poder judicial.

194.7 Sumas depositadas en el Banco Central

También se ordena la prohibición de ejecutar medidas cautelares sobre fondos de propiedad del Banco Central de la República Argentina, aunque estén por razones transitorias u operativas en poder de las entidades financieras. Esto es un silogismo que impide aplicarlo con lógica, más allá de los argumentos que en su favor se pueda realizar.

En efecto, cuando se ingresa al tesoro de una entidad financiera, a través de una medida cautelar de embargo y secuestro, lo único que se ve es dinero sin que tenga el cartel indicador de su titularidad. De otro modo, seguramente el Estado no habría echado mano a la utilización de esos recursos que no eran

propios, y como no lo están, creemos que por equívoco decidió utilizarlos para responder a compromisos asumidos.

Esta inocente deducción, no lo es tanto en la disposición comentada, porque constituye un artilugio que pretende a través de asientos contables, indisponer aun más la liquidez que deben tener las entidades para afrontar las deudas que tienen con sus ahorristas.

También el art. 3º de la ley 25.587 es inaceptable. Condiciona con presupuestos innecesarios la procedencia de la única medida cautelar autorizada que es la prohibición de innovar. Inserta en un trámite que se debe dictar sin oír a la otra parte, a quien probablemente sea uno de los sujetos pasivos de la acción; y obstaculiza con requerimientos burocráticos e inoficiosos, la admisión de una medida que tiene como únicas condiciones, la verosimilitud en el derecho y el peligro en la demora.

Por eso, esta norma es inconstitucional, porque como ya hemos dicho, para que resulte admisible una medida de no innovar en el marco de lo previsto por los arts. 230 del Código Procesal y 15 de la ley 16.986, se requieren dos requisitos: *a)* la verosimilitud del derecho invocado, en forma tal que, de conformidad con un cálculo de probabilidades, sea factible prever que en el proceso principal se declarará la certeza de ese derecho y, *b)* el peligro probable de que la tutela jurídica definitiva no pueda, en los hechos realizarse; es decir que, a raíz del transcurso del tiempo, los efectos del fallo final resulten prácticamente inoperantes.

Inclusive, aun manteniendo dudas respecto al tiempo procesal en que debe o puede ser dictada la prohibición de innovar (es decir, si requiere o no de proceso iniciado), lo cierto es que se da intervención al BCRA por cuestiones absolutamente ajenas a lo que es propio de su función.

Es solamente el juez quien debe estudiar la fehaciencia del título que sostiene la presunción de actuar con derecho (*fumus bonis iuris*), y para ello, jamás se ha requerido la intervención de agentes extraños al proceso; mucho menos si estos son o serán partes.

Con el criterio establecido, bastaría con que el BCRA dijera que el documento no es "legítimo" (porque increíblemente la ley pide que la entidad se refiera sobre la existencia y legitimidad documentaria) para impedir que se diera una medida cautelar, en un proceso donde después deberá intervenir. De este modo, consigue una ventaja procesal inaceptable que quiebra las reglas del principio de igualdad de las partes en el proceso.

194.8 Recursos

Los desaciertos mayúsculos que tiene la ley 25.587 se tornan de extrema gravedad en el sistema recursivo dispuesto. El legislador no advierte que estas medidas, como todas las cautelares, tienen carácter provisional y son esencialmente mutables, por tanto ningún incidente planteado por el destinatario de la medida podrá detener su cumplimiento (art. 198 primer párrafo, CPCC).

El régimen procesal que se aplica en las medidas cautelares se debe guiar por las disposiciones del artículo 198, es decir que se podrán impugnar por vía de reposición, con apelación subsidiaria o directa, en su caso.

El cuarto apartado aclara que el recurso de apelación, en caso de admitirse la medida, se concederá en efecto devolutivo. Por su parte, la novedad agregada en esta norma de emergencia (art. 4º) pretende que la apelación se conceda con efecto suspensivo y que, en las causas pendientes de estudio (ex art. 195 *bis*) por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, las mismas sean devueltas a la Cámara Federal que sea competente en cada caso (art. 8º), para que ésta adecue el trámite a las normas vigentes.

Ambas cuestiones son inconsistentes, y claramente inconstitucionales, porque introducen reformas procesales contradictorias con el régimen general (provocando desaciertos e inseguridad jurídica), y no tienen en cuenta que los procesos que indica el artículo 1º deben estar vinculados a una causa exclusiva de circunstancias que los torne aplicable.

Por el caso, es menester advertir que la gran mayoría de acciones que se pretenden socavar en esta ley, son procesos de amparo, cuyo régimen procesal también es distinto (y especial).

Veamos puntualmente los errores:

1) El artículo 1º establece que solo se puede disponer la prohibición de innovar, encontrándose prohibidas todas las demás cautelares y las que, aun con otra denominación (v.gr.: medida autosatisfactiva) coincida con la pretensión o el objeto de la sentencia.

Esta disposición confrontada con el art. 4º muestra que la apelación solo es factible para quienes, actualmente, tengan ordenada una precautoria de este carácter o sean de aquellas nominadas como de tutela cautelar material, porque las otras, como son embargos, secuestros, inhibiciones, etc. no están alcanzadas por el texto legal.

2) El artículo 1º se refiere a procesos judiciales de cualquier naturaleza, que analizado con el recurso de apelación del art. 4º no resuelve los plazos y términos diferentes que entre ellos existe.

La Ley 16.986 que reglamenta el juicio de amparo dice en su art. 15 que *sólo serán apelables la sentencia definitiva, las resoluciones previstas en el art. 3 y las que dispongan medidas de no innovar o la suspensión de los efectos del acto impugnado.* El plazo de interposición es de 48 hs. contados desde que se notifica la resolución y debe presentarse fundamentado. El trámite de admisión concede o deniega, en ambos efectos, debiendo elevar de inmediato al tribunal de alzada

dentro de las 24 hs. Si el recurso se deniega, la parte puede efectuar una presentación directa ante el Tribunal de apelación en el plazo de 24 hs de ser notificado. La sentencia, en ambos casos, se debe dictar en el término de tres días.

Por su parte, ya hemos advertido como son los plazos y términos cuando existen agravios contra medidas cautelares dispuestas, de manera que simplificando la exposición, queda elocuentemente demostrada la confrontación entre normas.

3) El art. 5º de la ley reglamenta el trámite del recurso, disponiendo que no sea el tribunal a quo *quien otorgue la admisión, sino que se eleven a Cámara de inmediato para que esta sustancie los agravios, otorgando cinco días para que se contesten.*

Sin considerar la diferencia de plazos que en materia de amparo exigen rapidez y expeditividad (art. 43, CN), ni cuestionar las facultades exageradas que se otorgan a la Cámara, que puede revocar o modificar los alcances de la medida cautelar; cabe observar que la bilateralidad que se acuerda es impropia con el régimen *inaudita pars* que rige en materia de providencias precautorias.

Tanto el primer párrafo del art. 198 como el art. 273 dejan en claro que no hay sustanciación del recurso cuando la queja proviene de quien tiene rechazada la cautelar que pretende. En consecuencia, nada se dice respecto a la denegatoria de cautelares, ni al régimen procesal que para ellas se piensa. Por ello, siguiendo los principios generales, en esta cuestión debe regir el Código Procesal.

Entonces ¿qué sucede si es la Cámara quien otorga la medida? ¿a quién hay que plantearle la discrepancia? Creemos que esto solo es atacable por reposición y en el plazo del art. 238 y con las formas del art. 240 del Código Procesal.

Lo grave de la situación es que al abrir una instancia contradictoria ante la Alzada, únicamente se piensa en la confirmación, revocación o modificación de las

precautorias, sin dar posibilidad a que ellas se acuerden pues no se ha previsto esta facultad en la Alzada.

Claro está que es un error más del texto legal, de manera que se corrige aplicando los principios generales de las potestades revisoras que tiene la Cámara de Apelaciones.

4) El art. 8º, finalmente dispone que los recursos pendientes de sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, deberán ser resueltos por las Cámaras de Apelaciones adecuando el trámite a lo establecido en los artículos precedentes.

Si tenemos en cuenta que los artículos precedentes son aquellos que establecen que solamente se pueden decretar medidas de no innovar, que éstas serán apelables con efecto suspensivo; que las autosatisfactivas se deberán revocar o modificar por prohibiciones de innovar; que se dará bilateralidad a un trámite que, esencialmente, se debe resolver *inaudita pars*, con todo ello podrá concluirse en la más severa restricción al Estado de Derecho que se haya conocido desde que nuestro País y su jurisprudencia prohíja los excesos de los estados de emergencia.

195. La tutela cautelar contra la administración

Así como la ley anterior se posiciona en el muestrario de las acciones que emprende el gobierno, la administración y el propio congreso de la nación, local y/o provincial para impedir que sus actos sean controlados por la justicia; también el libre desenvolvimiento de la justicia tiene autorestricciones que derivan en un fenómeno de limitaciones, a veces prudente y otras totalmente infundamentadas.

Es cierto lo que afirma Cassagne respecto a que, […] “nadie sustenta hoy -como antiguamente- la irrevisibilidad *in totum* de la discrecionalidad administrativa; pareciera que cuando se achica el campo de lo que antes se concebía como discrecional, aumenta el margen de control judicial y viceversa. Este fenómeno

puede describirse como la paradoja de las reducciones, dado que, en algunas teorías o posiciones doctrinarias, la reducción del concepto responde a la idea de mantener inmunes al control jurisdiccional determinadas zonas de la actividad del Ejecutivo calificadas como actividad discrecional o privativa. Se puede advertir, entonces, que el proceso reduccionista no siempre persigue el mismo objetivo, ya que al poner el acento en dos órganos distintos del Estado (Ejecutivo y Judicial), genera consecuencias radicalmente diversas. Así, mientras para algunos el control es parte de la tutela efectiva de los derechos e intereses individuales y colectivos, para otros, el control de la discrecionalidad es susceptible de impedir o dificultar la realización de los fines económicos y sociales que persigue la Administración, en beneficio de los ciudadanos" ([263]).

Con estos parámetros la tutela cautelar sufre el impacto del análisis de consecuencias, de modo que la medida a adoptar (v.gr.: suspensión del acto administrativo; prohibición de contratar; embargo, etc.) no solo judicializa la decisión de gobierno, sino que altera e incide en los derechos individuales o colectivos. Por eso, cuando la precautoria supone en sí misma la protección del derecho, tiene que velar para que no influya desde lo individual al perjuicio general, a cuyo fin será preciso analizar si la admisión corresponde a un ámbito de la tutela cautelar individual, o en su caso, si encuentra proyecciones en derechos colectivos que podrán quedar o no alcanzados.

Posiblemente la jurisprudencia se orienta conforme los parámetros que llegan del modelo norteamericano de control de constitucionalidad, en los que el examen de razonabilidad depende del derecho constitucional afectado, antes que del perjuicio sufrido en un derecho patrimonial o convencional. El interés público prevalece sobre el derecho subjetivo individual.

En efecto, […] "la Corte Suprema distingue entre el ejercicio del control de razonabilidad de leyes que incursionan en el ámbito socio-económico y que

[263]. Cassagne, Juan Carlos, *La discrecionalidad administrativa,* La Ley, 2008-E, 1056.

afectan derechos de naturaleza económica ("*economic rights*"), en especial el derecho de propiedad y la libertad contractual, y el ejercicio del control de razonabilidad de leyes que afectan derechos de naturaleza no económica ("*noneconomic rights*"), entre los que se encuentran el derecho a la privacidad, la libertad de expresión, la libertad religiosa, y otros derechos fundamentales" ([264]).

A diferencia de este criterio, en Europa y particularmente en España, se habla de una "constitucionalización de la protección cautelar", que es propio de la evolución habida en la justicia administrativa que no tolera ya el privilegio de la ejecutoriedad inmediata de sus decisiones.

Precisa García de Enterría que […] "la ley española de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1998, arts. 129 y ss., ha operado una transformación paralela, aceptando con normalidad medidas cautelares positivas, de cualquier contenido en principio, y aun medidas provisionalísimas adoptadas *inaudita parte*, aunque desconozca aun medidas autónomas, no incidentales de un

[264]. El origen de esta distinción se remonta a la célebre nota de p. 4 del juez Stone en el fallo *Carolene Products* (304 U..S. 144) (1938). En éste, la Corte Suprema estadounidense estableció una fuerte presunción de constitucionalidad de las regulaciones socio-económicas y subrayó que no iba a declarar inconstitucional una regulación socioeconómica por falta de adecuación entre el medio elegido y los fines perseguidos, a menos que dicha regulación careciera de toda base racional. Sin embargo, en esa nota de página, el juez Stone destacó que dicha presunción de constitucionalidad no existía en otro tipo de casos, y afirmó que: "*a)* Puede haber una visión más estrecha para la aplicación de la presunción de constitucionalidad cuando la legislación aparece *prima facie* dentro de una prohibición específica hecha por la Constitución, como es el caso de las diez primeras enmiendas, que son igualmente específicas cuando se las aplica como incorporadas a la decimocuarta; *b)* es innecesario considerar ahora si la legislación que restringe a aquellos procesos políticos de los que se puede esperar habitualmente la derogación de legislación indeseable, debe estar sujeta a un escrutinio más estricto... que lo que son la mayor parte de otros tipos de legislación [...]; *c)* ni tampoco debemos indagar si consideraciones similares entran en la revisión de leyes dirigidas a minorías religiosas o raciales, si el prejuicio contra minorías discretas e insulares puede ser una condición especial que tiende seriamente a limitar la operación de aquellos procesos políticos en los que se confía habitualmente para proteger a minorías y que puede convocar a una más inquisitiva investigación judicial" (Cfr. Rivera (h), Julio César, ¿*Cómo debe ejercerse el control de razonabilidad de leyes que incursionan en materia socio-económica*? La Ley, 2002-D, 1116).

proceso principal, alguna de las cuales, por cierto, vienen impuestas por el Derecho Comunitario" ([265]).

Esta dimensión que se adopta prácticamente en toda la Unión Europea concluye que "si el siglo XX ha sido el siglo del juez del exceso de poder, el que dice el Derecho y anula lo ilegal, el siglo XXI podría muy bien ser el juez de la *plena jurisdicción* esto es, de la protección de derechos subjetivos, lo que implica una ruptura de derecho positivo y más aún, una ruptura de clima y de cultura" ([266]).

El cambio acompaña también las innovaciones en materia de justicia administrativa ([267]) que se proyectan hacia todos emitiendo un criterio distinto al de consideración tradicional para las medidas cautelares. Es decir, ya no se trata de evaluar los presupuestos comunes a estas providencias, sino de advertir si el principio de ejecutoriedad inmediata de los actos administrativos puede impedir el control de legalidad u obstruir que se dicten medidas provisionales.

Y la respuesta es negativa, principalmente porqué las leyes procesales propician una limitación exagerada cuando se trata de aplicar medidas cautelares contra el Estado, de forma tal que los jueces prefieren tomar argumentos de las leyes de procedimiento administrativo que, pese a sus contrariedades, tienen más flexibilidad y discreción para la actuación jurisdiccional.

Por ejemplo, la ley nacional argentina (nº 19.549) prevé la posibilidad de que la Administración suspenda la ejecución de los actos administrativos por razones de interés público, para evitar perjuicios graves al interesado, o cuando se alegare fundadamente una nulidad absoluta; condición que de no quedar resuelta de oficio, se extiende al poder cautelar de los jueces con medidas que exceden de la simple suspensión de ejecutoriedad.

---

[265]. García de Enterría, Eduardo, *La justicia administrativa en el cambio de siglo,* Fundap, Querétaro, 2003, p. 73.

[266]. García de Enterría, ob. cit., p. 77.

[267]. Cfr. Chinchilla Marín, Carmen, *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa,* Cívitas, Madrid, 1991, ps. 28 y ss.

El criterio se observa en la mayoría de los ordenamientos procesales de nuestras provincias, que usan las leyes administrativas en lugar de los códigos rituales, lo cual significa no utilizar los presupuestos de la verosimilitud en el derecho y el peligro en la demora, sino de ampliar el estándar de la suspensión para conseguir más eficacia con medidas que pueden coincidir (satisfacción inmediata o autosatisfactivas) con el fondo del problema planteado.

Tomemos el caso del art. 177 párrafo final del Código Contencioso Administrativo y Tributario de la ciudad de Buenos Aires ("*Quien tuviere fundado motivo para temer que durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derecho, éste pudiere sufrir un perjuicio inminente o irreparable puede solicitar las medidas urgentes que, según las circunstancias, fueren más aptas para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia, aún cuando no estén expresamente reguladas en este Código*"), para corresponder nuestras afirmaciones. Surge así que el desplazamiento de los presupuestos tradicionales se cambia por otros de mayor elasticidad como resultan: *a)* la modificación perjudicial del *status quo*, *b)* el perjuicio irreparable, *c)* la inoperancia de la sentencia, *d)* el cumplimiento imposible de ella, *e)* la complicación de saneamiento posterior, etc.

195.1 Tutela diferenciada

Evidentemente la tutela cautelar dispuesta contra la administración es una modalidad de las tutelas diferenciadas, porque no se reduce al modelo conocido de las precautorias clásicas, al permitir la imaginación creativa del juez que atiende el conflicto del administrado.

Es verdad que nuestro país, bajo la consigna que emana de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cada vez que un particular requiere una medida cautelar contra el Estado, se le exige cubrir los requerimientos del art. 230

del código federal ([268]), que significa acreditar la verosimilitud en el derecho, el peligro en la demora y un cuidadoso resguardo del interés público comprometido.

No obstante los parámetros, aunque se parecen, son disímiles, al quedar ponderados otros valores y circunstancias que justifican la adopción de medidas distintas y con fundamentos diferentes.

Precisamente la primera misión de este nuevo emplazamiento para las medidas cautelares es impedir los abusos que pueden seguirse del llamado privilegio de autoejecución ([269]), y reconocer que los jueces tienen un deber funcional implícito como es el control y fiscalización del obrar del gobierno y la legislación. A tal fin, dice García de Enterría, que […] "las nuevas medidas cautelares no han de limitarse únicamente al caso de abuso manifiesto *icto oculi*, a las arbitrariedades patentes o manifiestas. Con toda frecuencia –con la mayor frecuencia, es justo decir- los órganos administrativos actúan con perfecta buena fe tanto en la persecución de fines públicos como en la observancia de los preceptos legales que hacen lícita esa actuación y, no obstante, los tribunales contencioso-administrativos pueden declarar ilegalidades en los actos resultantes. No se pueden manejar en el derecho administrativo como criterios ordinarios conceptos que encajan más adecuadamente en el derecho penal, como <intención de dañar>, <*animus* de causar el ilícito, injusticia a sabiendas; el principio de legalidad tiene un funcionamiento más objetivo, menos personal, aunque con él se protejan las libertades de los ciudadanos. La protección de la legalidad y de los derechos no se hace en los procesos por la vía de sancionar a la Administración culpable de la infracción. Quiero decir que <la apariencia de buen derecho>, concepto básico en la línea jurisprudencial, no necesita para nada apoyarse necesariamente en el dolo, en una deliberada actitud de la otra parte para burlar la ley: el <buen derecho> de una parte no descansa necesariamente

---

[268]. Cfr. Fallos, 307:1702; 307:2270; 317:581; 318:2374, entre muchos más.

[269]. García de Enterría, Eduardo, *La batalla por las medidas cautelares,* Cívitas, Madrid, 1992, p. 179.

en la mala fe de la contraria, obviamente. No puede entenderse, pues, la <apariencia de buen derecho> sobre el criterio único de la ostentabilidad o de la ausencia de buena fe en la Administración. Esa apariencia puede y debe examinarse sobre un análisis sumario de las respectivas posiciones, valoradas ambas sobre el único criterio de legalidad" ([270]).

195.2 Presupuestos de las cautelares contra la administración

La procedencia de medidas cautelares contra la administración no difiere de las demás precautorias en cuanto a la reunión de presupuestos. La diferencia se encuentra en afirmaciones, no siempre constantes, respecto a señalar que la verosimilitud en el derecho debe ser apreciada con mayor rigurosidad en razón del principio de ejecutoriedad del acto administrativo y/o de la presunción de legitimidad del acto legislativo.

La ausencia de un criterio cierto permite encontrar grados en la apreciación del "*fumus bonis iuris*", para razonar con mayor severidad respecto al probable interés público comprometido. Al respecto, aclara Vallefín que […] "cuando la medida cautelar no persigue mantener el *status quo* existente sino, precisamente, alterar ese estado de hecho o de derecho vigente antes de su dictado, requiere además de la concurrencia de los presupuestos básicos generales de toda medida precautoria, esto es: la verosimilitud del derecho, el peligro en la demora y la contracautela, un cuarto requisito que le es propio, cual es la posibilidad de que se consume un daño irreparable" ([271])

Este perjuicio puede ser considerado en ambos frentes, es decir, o relacionado con la afectación que sufre el Estado, o con el padecimiento que se infringe al individuo. Inclusive, hay una tercera línea que sostiene que la

---

[270]. García de Enterría, *La batalla por las medidas cautelares,* cit., ps. 179/180.

[271]. Vallefín, Carlos A., *Protección Cautelar frente al Estado,* Lexis Nexis – Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2002, p. 62.

prohibición de innovar cuando actúa como suspensión del acto administrativo no es una medida cautelar y por tanto requiere analizar este presupuesto con otras exigencias ([272]).

La existencia de *perjuicios irreparables* en el administrado exige demostración y fundamentos, pues ha dicho la Corte Nacional, entre otros casos, que […] "si no se sustentó adecuadamente el perjuicio irreparable que sufriría la actora de no concederse la medida cautelar solicitada, no existen razones suficientes para adoptar una decisión tan grave como eximirla del cumplimiento de lo ordenado por la ley, que debe ser acatada hasta tanto se resuelva sobre su validez constitucional" ([273]).

---

[272]. Los presupuestos de las medidas cautelares contra la administración son similares a las de las medidas cautelares en cuanto a exigir la existencia, *prima facie*, de ilegalidad o nulidad en el acto atacado, y la posibilidad de sufrir un daño grave o irreparable en caso de no hacerse lugar a la medida, además de la ausencia de interés público comprometido. El CCAyT. no contempla, en cambio, la necesidad de prestar contracautela, o bien de dar "fianza bastante", como lo exigen buena parte de los códigos provinciales. Sin perjuicio de ello, consideramos –dice Balbín- que también debería exigirse la concurrencia de este último requisito, por surgir implícitamente de los arts. 6º ley 7 (que hace expresa mención a la exigencia de fianzas o cauciones) y 207, CCAyT. (que contiene una aplicación puntual del instituto para la intervención judicial), y por corresponderse, además, con la naturaleza de las medidas precautorias […] Entendemos que los dos requisitos enumerados por la norma deben concurrir en forma conjunta a efectos de tornarla procedente, si bien resulta aplicable en la materia la conocida doctrina según la cual los presupuestos de las medidas cautelares se encuentran de tal modo relacionados que, a mayor verosimilitud del derecho, es menor la exigencia del peligro del daño, e inversamente cuando existe el riesgo de un daño extremo e irreparable el rigor del *fumus* se debe atemperar. Fundamos nuestra afirmación, en ese sentido, tanto en la circunstancia de resultar aplicables los principios generales en materia de medidas precautorias, cuanto en la consideración de que, de no exigirse la presencia de ambos requisitos, bastaría con acreditar la gravedad del daño para obtener la suspensión de un acto administrativo, aun cuando el mismo no ostentare una ilegalidad manifiesta, lo cual conspira contra la presunción de legitimidad y la fuerza ejecutoria de que goza el acto, con arreglo al art. 12, Ley de Procedimientos Administrativos. Por otra parte, y teniendo en cuenta que la norma resulta aplicable tanto a la suspensión de la ejecución de los actos administrativos cuanto a la de los hechos y los contratos, entendemos que el análisis de los requisitos de procedencia de la cautela debe efectuarse con menor rigor cuando lo que se presente no es la suspensión de un acto administrativo, sino la de una vía de hecho de la Administración, pues en este supuesto no existe la presunción de legitimidad ni la fuerza ejecutoria que caracterizan a los primeros (*Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Lexis Nexis – Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003, comentarios al art. 189).

[273]. CS, 1997/05/19, "*Universidad Nacional de Mar del Plata c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad (art. 250 C.P.C.)",* Fallos, 320:1027.

De igual alcance , pero en sentido inverso al interés del Estado, resulta la afirmación del mismo Tribunal cuando sostiene que […] “no concurren los supuestos excepcionales que permiten apartarse del principio que rige la materia respecto del pronunciamiento que -al hacer lugar a la medida cautelar- suspendió los efectos de la resolución del COMFER que revocó la que había conferido una licencia para la instalación y explotación de una estación de radiodifusión sonora por frecuencia modulada, pues la medida dispuesta tiene efectos limitados, tanto en lo que respecta a su beneficiario como en lo concerniente a su duración, y el apelante no demostró que le causa un perjuicio irreparable ([274]).

El perjuicio también se resuelve desde la *amenaza cierta* de concretar un peligro inminente, que como en el caso anterior encuentra doble lectura. Para el Estado suspender una licitación en curso, una construcción que de paralizarla lleva más riesgos que los eventuales reclamados, o cualquier otra donde la balanza mide el perjuicio general con el individual, admite resolver con esa vara. Pero, desde la posición del individuo, el grupo o la clase, la ponderación tiene igual relevancia ([275]).

---

[274]. Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema. CS, 2004/11/16, “*Radio Productora 2000 S.A. c/ Poder Ejecutivo Nacional - Secretaría de Cultura y Comunicación*”, Fallos, 327:5068.

[275]. Al mediar suficiente verosimilitud en el derecho y en particular la posibilidad de perjuicio inminente o irreparable, de conformidad con lo establecido en el art. 232 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, corresponde hacer lugar a la medida cautelar solicitada y ordenar al Estado Nacional y a la Provincia del Chaco el suministro de agua potable y alimentos a las comunidades indígenas que habitan en la región involucrada por la situación de emergencia extrema, como así también de un medio de trasporte y comunicación adecuados, a cada uno de los puestos sanitarios (CS, 2007/09/18, “*Defensor del Pueblo de la Nación c/Estado Nacional y otra (Provincia del Chaco) s/proceso de conocimiento*”, Fallos, 330:4134).

Cabe hacer lugar a la medida cautelar requerida en el marco de la acción de amparo promovida contra la provincia de Salta y el Estado Nacional, ordenándose de manera provisional el cese de los desmontes y talas de bosques nativos autorizados por la provincia , pues media suficiente verosimilitud en el derecho y la posibilidad de perjuicios inminentes e irreparables, de conformidad con lo establecido en el art. 232 del CPCCN, y resulta aplicable al caso el principio precautorio previsto en el art. 4º de la ley 25.675, limitándose su alcance a las autorizaciones otorgadas

Otra variable es resolver la admisión cautelar considerando la naturaleza del derecho y su incidencia patrimonial, conforme al cual la carga de acreditar el peligro que supone la ejecución del acto será mayor en las cuestiones económicas respecto de aquellas que no tienen tal compromiso ([276])

195.3 La inembargabilidad de los bienes públicos

Otro condicionamiento que suele argumentarse en contra de la disposición de medidas cautelares contra el Estado, trabaja con el criterio de la solvencia del Estado que no necesitaría resguardar el crédito eventual ni asegurar un derecho que se puede cumplir en la ejecución.

---

durante el último trimestre del año 2007 en atención a que los demandantes no individualizaron con precisión cuáles eran los desmontes o talas de bosques nativos autorizados que afectaron las áreas de influencia de las comunidades que representan, destacando especialmente que en aquel período se verificó un abrupto incremento en los pedidos de autorizaciones a tales efectos (CS, 2008/12/29, "*Salas, Dino y otros c/Salta, provincia de y Estado Nacional s/amparo*")

[276]. El peligro en la demora se manifiesta en forma objetiva si se consideran los diversos efectos que podría provocar la aplicación de las disposiciones impugnadas, entre ellos el perjuicio patrimonial invocado -que parece vislumbrarse dentro del estrecho marco de conocimiento que permite una medida cautelar-, lo que aconseja -hasta tanto se dicte sentencia definitiva- mantener con el alcance indicado el estado anterior al dictado de la ley provincial cuya constitucionalidad se cuestiona (disidencia del Dr. E. Raúl Zaffaroni) (CS, 2008/02/12, "*Nobleza Picardo S.A.I.C. y F. c/Santa Fe, Provincia de s/acción declarativa de inconstitucionalidad*", Fallos, 331:108).

No corresponde hacer lugar a la medida cautelar por medio de la cual se ordene a la provincia que, por un lado, suspenda la intimación de pago cursada por la autoridad fiscal y, además, que se abstenga de promover acciones ejecutivas por cobro de los tributos en cuestión hasta tanto se haya dictado sentencia, pues que la interesada no demostró el grado de afectación patrimonial que le ocasionaría, en su particular situación económica, hacer frente a los importes que concretamente le están siendo reclamados por el organismo recaudador (Disidencia de los Dres. Carlos S. Fayt, Enrique Santiago Petracchi y E. Raúl Zaffaroni). CS, 2007/09/18, "*T.S.R. Time Sharing Resorts S.A. c/Neuquén, Provincia del s/amparo*", Fallos, 330:4144

Corresponde revocar la decisión que decretó la medida cautelar mediante la cual se ordenó a la Dirección General Impositiva abstenerse de ejecutar los importes adeudados por la actora por obligaciones fiscales, si la materia que se encuentra en discusión, por su carácter patrimonial, no impide que eventualmente (CS, 1998/04/02, "*Buenos Aires Catering c/ Fisco Nacional (Dirección General Impositiva)*", Fallos, 321:695).

A veces, la solvencia presunta se desplaza por la necesidad de resguardar el equilibrio presupuestario, a cuyo fin se establecen disposiciones de neto carácter económico cuya constitucionalidad se debate.

Por ejemplo, la Corte Suprema dice que […]: "El principio de la unidad de la hacienda estatal -art. 2° y concordantes de la ley 23.982- refleja la íntima conexión existente desde el punto de vista de la realidad económica entre el Presupuesto General de la Nación y los presupuestos de las administraciones descentralizadas, y resultaría desvirtuado si se lo entendiera con el limitado alcance de que estas últimas pueden valerse de los privilegios establecidos en favor del Estado Nacional (v.gr.: el carácter de orden público de dicha ley, el efecto meramente declarativo de las sentencias pronunciadas contra ellas, la inembargabilidad de sus cuentas y bienes, y la sujeción a un particular régimen de ejecución de sentencias; confr. arts. 22 de la ley 23.982, 19 y 20 de la ley 24.624, y concordantes), tal como si se trataran de una sola y misma persona ([277]).

Por eso, suele rechazar las defensas relativas que se fundan en normas de consolidación e inembargabilidad de fondos estatales, porque estima que conducen a frustrar el derecho a la jurisdicción y de propiedad ([278]).

De todas maneras se reconoce que las leyes 23.696 (emergencia económica), 23.697 (reforma del Estado), 23.982 (consolidación de la deuda pública); los decretos 2284/91 (desregulación económica) y 290/95; y lo dispuesto en los arts. 19 y 20 de la ley 24.624 con relación a la inembargabilidad de cuentas y fondos públicos, entre la numerosa legislación de emergencia que caracteriza varias décadas de nuestro país, ponen de manifiesto la intención legislativa de regular lo relativo al estado financiero patrimonial del Estado Central, provincial y las administraciones locales.

---

[277]. CS, 2005/08/02, "*The Bank of New York S.A. c/ Dirección General de Fabricaciones Militares s/ incumplimiento de contrato*", Fallos, 328:2851

[278]. CS, 2006/05/23, "*Amapola S.A. c/ Caja Nacional de Ahorro y Seguro s/ incumplimiento de contrato*", Fallos, 329:1715

Lo que no significa dejar sin protección al particular o la empresa, sino de poner condiciones para su procedencia.

Por ejemplo, la ley de la Provincia de Santa Fe 11.696, que dispone la inembargabilidad de los bienes del Estado provincial, de sus entes y empresas, sin contar con la previa habilitación del Congreso Nacional mediante el art. 19 de la ley 23.982 no fue dictada dentro del marco de atribuciones propias de la Legislatura local, por lo que la Corte desecha su invocación dado que involucra cuestiones vinculadas al modo en que se cancelarán las acreencias, que son de la exclusiva legislación del Congreso Nacional ([279]).

Además, la oposición se debe oponer en tiempo y forma porque, todo lo atinente al procedimiento de cobro e inembargabilidad de las cuentas públicas provinciales debe ser planteado en la oportunidad en que la actora pretenda medidas sobre los fondos públicos de la demandada ([280]).

---

[279]. CS, 2004/04/06, "*F.N. (A.F.I.P. - D.G.I.) c/ Empresa Provincial de la Energía s/ ejecución fiscal - incidente de levantamiento de embargo*", Fallos, 327:887

[280]. CS, 2006/11/21, "*Obra Social para la Actividad Docente (OSPLAD) c/Formosa, Provincia de s/ejecución fiscal*", Fallos, 329:5343.

CAPÍTULO XXIII

MEDIDAS CAUTELARES EN EL ARBITRAJE

196. El arbitraje y la jurisdicción

El concepto de jurisdicción es uno de los mayores problemas que afronta el derecho procesal, y respecto a la institución del arbitraje, es de tanta importancia que asume un trascendente sentido para definir las posibilidades de la figura. En efecto, deducir qué es la jurisdicción, y a partir de allí, saber si la actividad arbitral es jurisdiccional o no, permitirá conocer aspectos como los que señala el título.

El arbitraje se corresponde con la etimología que la palabra tiene. Esto es *adbiter*, formada por la preposición *ad*, y *arbiter*, que significa tercero que se dirige a dos litigantes para entender sobre su controversia. Sin perjuicio de la aclaración que formula Caravantes en orden a que la palabra supone la voluntaria elección de las partes para que un tercero falle en un negocio que los enfrenta. Por lo que deduce que también la voz arbitraje o arbitramento indica la autoridad o jurisdicción que adquieren los árbitros por el compromiso, como igualmente, el mismo juicio arbitral ([281]).

Del encuadre surge la polaridad ideológica, porque si la jurisdicción se define por la resolución de conflictos, el arbitraje sería jurisdiccional y el poder del árbitro tendría iguales potestades que el juez; mientras que si admitimos que es de naturaleza convencional, serán las partes quienes señalen sus facultades, sin que puedan atribuirse aquellas que son propias de un poder delegado por la ley.

Así la cuestión, algunos indican que el arbitraje tiene naturaleza contractual, al provenir de la libre estipulación entre partes. Otros, en cambio, atienden no a la

---

[281]. Caravantes, José de Vicente y, *Tratado histórico, crítico y filosófico de la Ley de Enjuiciamiento Civil española,* Tomo 2, Gaspar y Roig, Madrid, 1856, p. 466.

manera como se constituye, sino a la forma como se resuelve, señalando la naturaleza jurisdiccional del acto, sobre la base de advertir la presencia clásica de los tres componentes del proceso (partes y tercero imparcial). Para los primeros, la exclusión del juez en el conflicto interhumano importa una consecuencia importante en orden al mandato que otorgan a un tercero para que resuelva en la discordia. Circunstancia que impide referir a una sentencia propiamente dicha, sin perjuicio de nominarla laudo, el cual se torna jurisdiccional cuando un acto del Estado lo reconoce como tal. Es decir, lo vuelve ejecutivo. Los restantes prefieren la tarea de pacificación que propicia el arbitraje, tarea en la que el Estado tiene ganados intereses y por eso alienta la figura y la función típicamente jurisdiccional.

La obligatoriedad del laudo despeja las críticas virtuales hacia la jurisdiccionalidad, por lo cual, no importaría que la función no tuviese la soberanía natural propia de este ejercicio, porque la cuestión versa, en esencia, sobre la resolución de la controversia y la tipificación de las tres partes propias del proceso judicial: partes y juez imparcial.

Los enfoques abordados, lejos de animar polémica o permitir acercamientos a una u otra, permiten establecer distancias respectivas al no ser diametralmente opuestas ni centrar sus epígonos en cuestiones trascendentes para explicar la naturaleza jurídica, esto es, la esencia misma del fenómeno arbitral.

Plantear la cuestión desde una óptica contractualista nos instala en el orden civil de la problemática. Reduce la visión al simple hecho del acuerdo entre partes y sobre los efectos que de él se esperan. En esta directiva, solamente podríamos referir al arbitraje privado y su naturaleza obraría en los límites precisos del principio dispositivo.

El arbitraje no podría ser jurisdiccional, ni la actividad cumplida un proceso. Lo primero porque la jurisdicción es una garantía que reporta el orden constitucional de un Estado permitiendo que los individuos tengan la posibilidad de resolver sus conflictos ante un tercero imparcial, designado por el Estado en uno

de sus Poderes -Judicial, o Tribunales Administrativos, en su caso- e independiente de la simple voluntad de las partes.

Lo segundo, porque también el proceso es una garantía. La real posibilidad del justiciable de contar con un mecanismo de tutela previamente establecido y conocido por todos, que es anterior al conflicto mismo, y por tanto, pervive a las fórmulas que las partes quieran atribuirse. En todo caso habría un procedimiento, pero enmarcado en el perímetro de los derechos disponibles, dentro de los cuales, justamente, no se encuentran las formas y solemnidades del proceso judicial.

Tampoco es jurisdiccional la función del árbitro. Y en esto es preciso insistir en la diferencia que debe hacerse para reconocer cuándo hay jurisdicción (como poder-deber del Estado) y cuándo funciones jurisdiccionales (por ejemplo, las que realiza la administración pública al resolver situaciones críticas del administrado).

Si bien hemos apuntado sobre la insuficiencia de la teoría organicista para definir la naturaleza de la jurisdicción ([282]) (por la cual solamente serían jurisdiccionales las actividades de solución de conflictos que realizan los jueces discernidos por el Poder Judicial), también destacamos la comodidad para observar desde allí una fisonomía particular, propia y diferente a todas las demás.

Si no existen esas condiciones de preconstitución del órgano, independencia e imparcialidad, será, en la práctica, imposible de atender funciones jurisdiccionales en los árbitros.

Ahora bien, la distinción trazada entre una y otra teoría puede sintetizarse en los rasgos predominantemente sustanciales sobre los aspectos puramente formales o procesales. Es decir, mientras una apunta a la constitución u origen del instituto, la otra se dirige a explicar el funcionamiento y sus reglas adjetivas.

Lo cierto es que, así enfrentados los conceptos, es posible hallar soluciones y respuestas a ambas situaciones. La naturaleza constitutiva del arbitraje no

---

[282]. Gozaíni, Osvaldo A., *Derecho Procesal Civil*, Tomo I (Teoría General del Derecho Procesal) volumen 1, Ediar, Buenos Aires, 1992, ps. 256 y ss.

puede ser punto de arranque para establecer su esencia, porque puede originarse en el acuerdo de voluntades libremente concertadas (arbitraje voluntario), o bien, ser fruto de una disposición legal o contractual según lo imponga el ordenamiento jurídico (arbitraje legal, como en los casos de los arts. 1627 CC, 179, 180 y 182 del mismo cuerpo jurídico; 457, 471 y 476 Cód. de Comercio, etc.) o lo hayan estipulado las partes con anterioridad (compromiso arbitral).

Asimismo, definir por las formas no es buen indicativo, ni otorga seguridad alguna. Si el proceso arbitral pudiera pensarse jurisdiccional porque, en suma, resuelve conflictos intersubjetivos en base a un procedimiento selectivo, caeríamos en el error de confundir el aspecto exterior con las vivencias que se desenvuelven internamente.

Un árbitro no hace justicia, ni crea derecho, ni genera mandatos imperativos; solamente pacifica. El modo de cumplir el oficio tampoco vincula condiciones jurisdicentes. Ya sea el arbitraje de derecho (donde el tercero aplica normas jurídicas) o de equidad (cuando actúa decidiendo según su saber y entender), en ningún caso puede asimilarse al juez que tiene imperio y autoridad, fuerza legítima para resolver y ejecutar lo juzgado.

En suma, el proceso arbitral no tiene -por vía de principio- posibilidades cautelares, ni de ejecución, el ámbito tolerado para su desarrollo es el de un proceso de conocimiento, auxiliado por la jurisdicción judicial para lograr dichas medidas. Además, como se debaten conflictos, ese procedimiento será contencioso.

Los árbitros no integran, como regla, ninguna organización estatal; por tanto, sus integrantes no son auxiliares de la justicia, ni funcionarios públicos. La esencia que materializa la posibilidad del arbitraje radica en el principio de libertad y disposición de las partes para elegir la vía donde resolver sus diferencias y conflictos.

Tiene sustento contractual (lo que no supone decir que deba regirse por disposiciones sustanciales) porque depende del consentimiento de ambos contradictores, o del acuerdo concertado al efecto. De todos modos, esa libertad tiene límites insuperables provenientes del orden público, centrado en ciertas materias que devienen indisponibles para los interesados (no podrán comprometerse en árbitros, bajo pena de nulidad, las cuestiones que no pueden ser objeto de transacción -art. 737 CPCC-).

Por lo demás, las soluciones provenientes de la institución no son sentencias típicamente dispuestas, sino laudos, dictámenes o resoluciones, según lo hayan pactado las partes o provenga de normas preestablecidas el efecto jurídico que ellas han de tener.

197. El poder cautelar en el arbitraje

La ausencia de jurisdicción plantea un interrogante preciso. Si el árbitro carece de *coertio*, o facultad de aplicar medidas de fuerza o seguridad en el curso del proceso, debe explicarse qué pasos cubrir para solventar la paz preventiva y ejecutoria de toda resolución futura.

La adaptación natural, libremente concertada, que obtiene el arbitraje en cuanto a formas y problemas a resolver, facilita la celeridad de su cometido, a diferencia del solemne y cansino proceso ordinario.

La rapidez para obtener soluciones, alienta y da ventajas al arbitraje en este sentido, aun a sabiendas de que el instituto no tiene todavía gran predicamento en las relaciones comerciales internacionales e internas.

Los países más avanzados en la institucionalización del arbitraje muestran que dicha celeridad tiene un promedio que corre desde los 6 meses a los 2 años; tiempo que parece apropiado, comparado con el que insumo un litigio común, pero que resulta Insuficiente para la paciencia empresaria.

La brevedad, a veces, se difumina cuando el laudo no resulta aceptado y se impugna; lo mismo ocurre cuando no se cumple y debe procederse a su ejecución, habitualmente en un país distinto al de origen del laudo, y previo exequátur.

Esta fase declarativa que se obliga a transitar es algo que en el sentir de cualquier cliente constituye demasía, pero bien sabemos los abogados es muy difícil de esquivar. Para superar estos escollos y asegurar la ventaja competitiva o complementaria del arbitraje, se han pensado distintos medios de dinámica y aceleración en los procedimientos, o al menos, tendientes a garantizar la eficacia posterior del laudo.

Surge así la idea de potenciar medidas cautelares dentro del procedimiento arbitral, resueltas por el mismo árbitro o tribunal, y sin necesidad de auxilio jurisdiccional ([283]).

197.1 Dificultades

Además del problema que representa asignar jurisdicción a la función arbitral, debe resolverse el significado y función que se espera de las medidas cautelares para adecuar su espíritu a las modalidades del arbitraje.

Tradicionalmente se abren dos corrientes en torno a este dilema. Una posición amplia de la doctrina sostiene que todo lo que representa aseguramiento perfila una medida cautelar, en cambio, otros reducen la característica a la función de anticipar una ejecución futura.

La primera idea connota el verdadero rostro de la figura, porque el anticipo de ejecución daría a la cautela una finalidad por sí misma, consagrando con la instauración una medida de alguna manera definitiva -aun siendo esencialmente temporal-, que burlaría la tutela preventiva que ostenta.

---

[283]. Recuérdese que el art. 753 del código federal establece: "Los árbitros no podrán decretar medidas compulsorias, ni de ejecución. Deberán requerirlas al juez y éste deberá prestar el auxilio de su jurisdicción para la más rápida y eficaz sustanciación del proceso arbitral".

Este recurso, propio de la función jurisdiccional, en tanto comprende la posibilidad de dictar medidas de coerción tendientes a asegurar el resultado hipotético de una sentencia, tiene problemas de adaptación en el arbitraje, sea por la ausencia en el árbitro de potestades ejecutorias, como por el explícito soslayo de los tribunales ordinarios.

La cuestión, más allá de este purismo dogmático, puede encontrar otras preguntas. En el Congreso Internacional sobre Arbitraje, celebrado en 1984 en la localidad de Bordeaux (Francia), distintos ponentes extranjeros alcanzaron conclusiones que pueden ser útiles para orientar el rumbo.

En efecto, la primera respuesta unívoca confirmó que la facultad o poder de ejecución es solamente de la justicia estatal, porque la fuerza coactiva reposa en la soberanía que entregaron los individuos al Estado cuando renunciaron a la autotutela para vivir en una sociedad organizada.

En segundo término, si resulta necesario asegurar el resultado contingente del laudo, las partes pueden ocurrir a dos vías: o requieren al árbitro la adopción de medidas cautelares que deberá plantear a un juez común para que las dicte, en claro ejercicio del auxilio jurisdiccional, o bien le someten al tribunal ordinario sus pretensiones cautelares para que ellos las decidan, sin que dicha presentación importe resignar el juicio de árbitros.

Finalmente, para auspiciar este modo de garantía se propicia adoptar una norma similar a la que contiene el art. 9 de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional ([284]), por la cual "*No será incompatible con un acuerdo de arbitraje que una parte, ya sea con anterioridad a las actuaciones arbitrales o*

---

[284]. Ver: *Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the Work of its Eighteenth Session*, 40 U.N., GAOR, Anexo 1, Supp. n. 17, ps. 81/93, U.N. Doc. A/40/17 (1985). En amplitud: Garro, Alejandro M., "*El arbitraje en la ley modelo propuesta por la Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional y en la nueva legislación española de arbitraje privado: Un modelo para la reforma del arbitraje comercial en América Central*". Revista Jus, n° 41, ps. 6/50.

durante su transcurso, solicite de un tribunal la adopción de medidas cautelares provisionales ante un tribunal de justicia".

197.2 Posibilidades

No obstante las conclusiones precedentes, ciertos estudios realizados en Europa, principalmente para Alemania, Austria e Italia, coinciden en asignar al árbitro, por vía convencional, la posibilidad de dictar medidas cautelares.

El art. 6 del proyecto de la Comisión sobre Arbitraje Comercial Internacional, aprueba las llamadas "*reglas de referee*" que dan facultades a un órgano privado para dictar medidas provisorias o asegurativas.

En nuestro país dichas facultades serían difíciles de consagrar frente a los límites precisos que indican la imposibilidad de comprometer en árbitros las cuestiones que no pueden ser objeto de transacción.

Empero, en el arbitraje comercial internacional, y en otros arbitrajes institucionales, como el emergente del Protocolo de Brasilia (Solución de Controversias para el MERCOSUR), resulta factible requerir al Tribunal Arbitral ciertas medidas provisionales que eviten daños eventuales, a condición de que la gravedad del perjuicio sea cierta y probable ([285]).

Ramos Méndez considera que existen hechos suficientes que acuerdan la posibilidad de decretar medidas cautelares, teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

[…] "a) Ante todo y de acuerdo con la filosofía que preside el arbitraje internacional, nadie negará eficacia a una medida cautelar ordenada por el árbitro,

---

[285]. El art. 18 indica: "1 - El Tribunal Arbitral podrá, a solicitud de la parte interesada y en la medida en que existan presunciones fundadas de que el mantenimiento de la situación ocasionaría daños graves e irreparables a una de las partes, dictar las medidas provisionales que considere apropiadas, según las circunstancias y en las condiciones que el propio Tribunal establezca para prevenir tales daños. 2 - Las partes en la controversia cumplirán, inmediatamente o en el plazo que el Tribunal determine, cualquier medida provisional hasta tanto se dicte el laudo a que se refiere el art. 20".

que se cumpla espontáneamente. Según las estadísticas, ¿no se cumplen voluntariamente más del 80% de las sentencias arbitrales, sin necesidad de ejecución? ¿Por qué no habrían de cumplirse de igual manera las decisiones relativas a medidas cautelares?

"b) Desde el punto de vista dogmático, una cláusula general de arbitraje autoriza al árbitro para adoptar cualquier medida relativa a los derechos y obligaciones de las partes en el procedimiento arbitral. Si la eficacia de la cláusula se funda en la fuerza vinculante de la voluntad de las partes (¿qué razón hay para recortar su eficacia en este caso concreto?). Como es obvio, la cláusula sólo obliga a las partes, no a terceros. Por la misma razón, las medidas que se pueden adoptar con base en dicha cláusula tendrán la misma eficacia limitada a las partes. Con mayor razón, si en una cláusula de arbitraje se menciona específicamente, directamente o por referencia a un reglamento arbitral, la facultad del árbitro de adoptar medidas cautelares, no cabe duda de que se refuerza dicha posibilidad implícita ya en la cláusula.

"c) En este mismo sentido es lógico que la validez de la medida se limite a la duración del proceso arbitral, de acuerdo con su propia naturaleza.

"d) En el procedimiento de adopción de una medida cautelar por un árbitro, éste debe extremar las garantías fundamentales de dicho procedimiento y, en concreto, el principio de audiencia. Aunque en muchos casos y en muchos ordenamientos son posibles medidas cautelares *inaudita parte*, porque luego se instrumentan mecanismos de oposición o vías de recurso, es dudoso que este proceder sea aplicable al procedimiento arbitral.

"e) La decisión arbitral debería adoptar la forma de un laudo interlocutorio o provisional, legítimamente susceptible de ejecución, con o sin exequátur, según los casos. La resolución que adopta una medida cautelar es, por definición, ejecutiva provisionalmente y definitiva dentro de sus límites.

"f) La contravención a lo dispuesto en la medida cautelar acordada por el árbitro sólo encuentra un paliativo por la vía de los derechos y obligaciones de las partes en cuanto al fondo del asunto, o incluso por la vía sustitutiva de indemnización de daños y perjuicios. El árbitro no puede acudir directamente a la coacción. La conducta de la parte o un acto dispositivo suyo, aunque no pueden impedirse por la fuerza, pueden entrañar un determinado tipo de responsabilidad desde el punto de vista del fondo del asunto, que incluso podría tener su reflejo en el laudo definitivo.

"g) El atribuir facultades cautelares a los árbitros no excluye la posibilidad de acudir a los Tribunales ordinarios en solicitud de medidas cautelares. Son criterios prácticos los que condicionan la opción por una u otra vía en cada caso. Es precisamente este condicionamiento sociológico el que zanja todas las polémicas al respecto. Por razones comprensibles, todos los abogados nos movemos con un criterio de eficacia que en cada caso nos aconseja elegir la forma y el modo de la medida cautelar, más allá de cualquier polémica doctrinal" ([286]).

198. Requisitos y presupuestos

Con relación a los requisitos de procedencia, entendemos que existe subordinación plena a los presupuestos comunes exigidos para decretar medidas cautelares. La verosimilitud en el derecho (*fumus bonis iuris*) debe acreditarse por el peticionante de la medida siguiendo los procedimientos fijados por la *lex fori*, aun cuando resulta posible desvincular el procedimiento de las reglas adjetivas cuando la petición se formula ante el árbitro, directamente, de manera que las normas en juego son las que regulan el procedimiento acordado.

---

[286]. Ramos Méndez, Francisco, *Arbitraje y Proceso Internacional*, Bosch, Barcelona, 1987, p. 189 y ss.

Es aconsejable demostrar la fehaciencia o apariencia de buen derecho, mediante principios de prueba por escrito, sin perjuicio de la libertad que proporciona el mecanismo a través de todos los medios y fuentes de verificación conocidos.

El peligro en la demora (*periculum in mora*) tiene en los procesos arbitrales una operatividad restringida, porque la brevedad de los tiempos para llegar al laudo, a veces puede convencer sobre el abuso de dictar medidas precautorias. Sin embargo, la posibilidad de riesgo o peligro es inmediata y secuencial con el nacimiento del conflicto, por lo cual asegurar un resultado hipotético, pero de bases firmes, bastaría para indicar la procedencia.

La contracautela sería el reaseguro del perjudicado, pero su exigencia, en líneas generales, es potestativa del órgano decisor.

199. Oportunidad para disponer medidas cautelares

Conforme lo expuesto, las medidas precautorias podrían emitirse en cualquier tiempo anterior a la emisión del laudo, o bien, recién cuando se conoce el resultado efectivo del arbitraje. Lo común, en materia procesal, está en la primera característica, con la variación expresada respecto a que el derecho comparado perfila su consagración previa audiencia del perjudicado.

Las singularidades de los procedimientos ordinarios estatales, respecto de las disposiciones del arbitraje comercial internacional, ofrecen alternancias en uno y otro sentido, según se otorgue derecho de defensa o derecho de impugnación.

En cambio, la modalidad de cautelas posteriores al laudo queda explicada por la demora imprevista en la ejecución o cumplimiento de lo resuelto.

CAPÍTULO XXIV

LAS PERSONAS ANTE LAS MEDIDAS CAUTELARES

200. La protección de personas

También las medidas cautelares se pueden aplicar a personas con el fin de asegurar la integridad física, resguardar el patrimonio, o satisfacer necesidades básicas urgentes de aquellas. Están pensadas para proteger la seguridad personal y la provisión de necesidades básicas; pero admiten un sentido preventivo cuando se ordenan sobre las personas ciertas acciones de hacer o no hacer, destinadas a objetivos diversos (v.gr.: conservar la unidad familiar asignando el hogar conyugal a solo uno; impedir la salida del país para evitar la fuga de responsabilidades personales o patrimoniales, etc.).

Estas acciones precautorias están en las leyes sustanciales, en los códigos procesales y también en tratados y convenciones internacionales. Del primer grupo son los arts. 207 a 209, 231, 233, 375 y concordantes del Código Civil; también la ley 26.061 (Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes) que introdujo importantes cambios; el régimen procesal establece la guarda de personas en el art. 234, y la protección del presunto insano que pueda ofrecer peligro para sí o para terceros (art. 629, CPCC); de su lado, la Convención sobre los Derechos del Niño constituye un ejemplo de la última modalidad.

La urgencia para resolver la subsistencia de una persona se resuelve en varios modelos de atención. Los *alimentos provisionales*; las *litisexpensas* son coberturas excepcionales destinadas a proteger la continuidad del nivel económico del que gozara el asistido durante el tiempo de convivencia que se disuelve a causa del juicio de divorcio (art. 207, Código Civil).

La guarda de personas se regula en el art. 234 del código procesal de la Nación, con finalidades distintas. Entre ellas, pata impedir que una *mujer menor de edad* contraiga matrimonio sin la autorización de los padres; o cuando ella pretende*, entrar en comunidad religiosa o ejercer determinada actividad contra la voluntad de sus padres o tutores.* Asimismo, se resguarda a *menores o incapaces que sean maltratados por sus padres, tutores, curadores o guardadores, o inducidos por ellos a actos ilícitos o deshonestos o expuestos a graves riesgos físicos o morales.* También cuando ellos son abandonados o carecen de relación familiar alguna; o cuando teniéndolos entren *en pleito con sus representantes legales,* donde *se controvierta la patria potestad, tutela o curatela, o sus efectos.*

El *art. 37* de la ley *26.061* dispone como *medidas de protección,* sin que se considere a ellas como taxativas sino simplemente enumerativas, las siguientes: *a)* Aquellas tendientes a que las niñas, niños o adolescentes permanezcan conviviendo con su grupo familiar; *b)* solicitud de becas de estudio o para jardines maternales o de infantes, e inclusión y permanencia en programas de apoyo escolar; *c)* asistencia integral a la embarazada; *d)* inclusión de la niña, niño, adolescente y la familia en programas destinados al fortalecimiento y apoyo familiar; *e)* cuidado de la niña, niño y adolescente en su propio hogar, orientando y apoyando a los padres, representantes legales o responsables en el cumplimiento de sus obligaciones, juntamente con el seguimiento temporal de la familia y de la niña, niño o adolescente a través de un programa; *f)* tratamiento médico, psicológico o psiquiátrico de la niña, niño o adolescente o de alguno de sus padres, responsables legales o representantes; *g)* asistencia económica.

El art. 19 de la Convención de los derechos del niño, muy rica en acciones positivas y provisionales destinadas a fomentar, desarrollar y proteger al menor y adolescente, dice: "*1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño*

se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.

"2. Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descriptos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial".

201. Alimentos provisorios urgentes

Permite el Código Civil (art. 375) que […] "*desde el principio de la causa o en el curso de ella, el juez, según el mérito que arrojaren los hechos, podrá decretar la prestación de alimentos provisorios para el actor y también las expensas del pleito, si se justificare absoluta falta de medios para seguirlo".* La disposición relaciona a los parientes en general (arts. 367 y ss., Código Civil) y supone que ellos han de requerirlos en un proceso autónomo o incidental, y aún como pretensión de aumento de cuota en uno u otro, cuando ella se muestra insuficiente para afrontar los gastos imprescindibles del alimentado.

Incluso – dice Kielmanovich- […] "se ha aceptado la fijación de cuotas provisorias de alimentos mientras dura la tramitación del juicio de filiación y el título invocado para su reclamo sólo se ha acreditado <superficialmente>, esto es, cuando el derecho en tal contexto aparece como meramente <verosímil"> (v.gr.: a favor de la titulada hija del demandado sin sentencia que admitiera aún su filiación). La admisibilidad de la medida que, como se ha dicho, tiende a cubrir las necesidades *mínimas* o *imprescindibles* del alimentado durante el proceso, puede verse, además, ya dentro del ámbito del derecho matrimonial, en la facultad que el artículo 231 del Código Civil acuerda al juez para fijar los alimentos que deben

prestarse a los hijos, *una vez deducida la demanda de separación personal o divorcio vincular* o *antes* "en casos de urgencia"([287]).

La fuente procesal también puede hallarse en el art. 232 del código, toda vez que constituye una medida de carácter urgente que pretende asegurar, provisionalmente, el cumplimiento de la sentencia. Sin embargo, el molde técnico puede perturbar la eficacia, si no se le asigna carácter provisorio y se otorga efecto *devolutivo* al recurso probable contra la resolución que las admite. Por ello, parece necesario eludir el capítulo de la autonomía por ser preferente la naturaleza cautelar, más allá de la evidente necesidad de contar con un régimen propio para las medidas cautelares en el derecho de familia ([288]).

La pretensión de alimentos provisorios es cautelar por su carácter y destino: quiere satisfacer necesidades impostergables de las personas. Y a sabiendas que el código procesal no tiene este modelo, no se puede dilatar la decisión sin advertir el paralelo que tiene con los presupuestos del art. 230 ya citado.

El problema deviene con la ejecución del pedido, y si corresponde o no oír al alimentante. Palacio considera que no procede ordenar una cuota alimentaria provisional sin escuchar al obligado ([289]), porque considera que […] “conforme al régimen instituido respecto a ese proceso por el CPN y ordenamientos afines, la cuota alimentaria provisional debe fijarse una vez celebrada la audiencia preliminar prevista en el artículo 639 de aquél sin que en ella se haya logrado un

---

[287]. Kielmanovich, Jorge L., *Procesos de Familia,* Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 57.

[288]. Así lo propone Kielmanovich, *Procesos de Familia,* cit., p. 58. También se afirma que, los requisitos exigidos para la adopción de medidas cautelares en el marco de un proceso de familia —en el caso, la suspensión del régimen de visita acordado al padre respecto de sus hijos menores— presentan características propias y diferentes al régimen general de orden patrimonial establecido por nuestro ordenamiento procesal, lo cual implica adecuar los principios que rigen el instituto a las particulares características que presentan este tipo de acciones, en las que la apreciación estricta del cumplimiento de ciertos recaudos podría redundar en un perjuicio irreparable en la persona o en las relaciones familiares (CNCiv., Sala M., 2007/05/08, “G., C. c. B., H. A.”, DJ 2007-III, 1212 .

[289]. Palacio, *Derecho Procesal Civil,* tomo VIII, cit., p. 271.

acuerdo de partes, y aun en el caso de que el demandado no haya comparecido a ese acto, siempre, desde luego, que el actor haya acreditado la verosimilitud del derecho. Verificado, pues, este último acreditamiento, no obstan a la fijación de la cuota la incomparecencia inicial del demandado ni la circunstancia de que se encuentre pendiente de producción alguna prueba ofrecida por éste" ([290]).

Para Kielmanovich, la bilateralidad no es lo fundamental sino el carácter cautelar que se debe imprimir a la decisión, de manera que tanto se sustancie o no, o se convoque a una audiencia para oír a las partes para decidir su establecimiento ([291]), lo esencial es considerar el objeto a satisfacer con urgencia.

Coincidimos con esta afirmación porque hace al contenido mismo de asistencia que persiguen los alimentos; además, como la procedencia se condiciona a la prueba que demuestre la necesidad inmediata de socorro que viene a suplir con su acreditación los presupuestos cautelares propios (verosimilitud en el derecho y peligro en la demora), queda firme el sentido provisional y de anticipo jurisdiccional que la medida supone.

Con ello estamos diciendo que los alimentos provisorios urgentes no requieren demostrar la verosimilitud del derecho, en razón de lo dispuesto en el art. 375 del Código Civil que los admite con la sola prueba de su necesidad. Asimismo, el peligro en la demora está implícito en el fundamento de la petición.

La cuota fijada se mantiene hasta que se resuelva definitivamente la cuestión, sin perjuicio de la posibilidad de incidentes de aumento o reducción. Los alimentos atrasados que se pueden percibir lo son desde que se establece la pensión definitiva.

Finalmente […] "la fijación de alimentos provisorios como medida cautelar no está sujeta al régimen de *caducidad* contemplado en el artículo 207 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, sin que ello empero signifique que no

---

[290]. Palacio, *Derecho Procesal Civil,* tomo VIII, cit., p.271.

[291]. Kielmanovich, *Procesos de Familia*, cit., p. 59.

pueda fijarse un plazo para la deducción de la demanda una vez habilitada la instancia, con el expreso apercibimiento de disponerse el inmediato levantamiento de aquélla en caso de incumplimiento" ([292]).

202. Litisexpensas

Se llaman "*litisexpensas*" a los gastos necesarios que se deben invertir en el proceso de divorcio, y que asume uno de los cónyuges a favor del otro merced a lo dispuesto en el art. 375 del Código Civil, que los acuerda al actor que justifica y prueba la falta de medios para afrontar el juicio.

La norma anterior (art. 51, segunda parte, ley 2393) fue reformada por la ley 23.515 eliminando el criterio amplio preexistente, por lo cual, la admisión de medios económicos para solventar un proceso judicial se reduce a los gastos necesarios para la sustanciación del juicio de divorcio en tanto sean específicamente detallados en oportunidad del reclamo, donde no se pueden introducir reclamos alimentarios, aunque puedan tramitar como acumulación de pretensiones (art. 87, CPCC) ([293]).

La prestación de litisexpensas trabaja como medida cautelar en la misma dimensión que los alimentos provisorios urgentes; pero agrega el fundamento constitucional implícito en el derecho a ser oído (arts. 8 y 25, Convención Americana sobre Derechos Humanos) que significa consagrar el acceso a la

---

[292]. Kielmanovich, *Procesos de Familia*, cit., p. 60. En el *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación,* Tomo I, cit., p. 365 agrega […] "La fijación de alimentos provisionales que autoriza el artículo está sujeta a un término de *caducidad* diverso del previsto por el art. 207, ley del rito, desde que los mismos quedarán sin efecto *si no se iniciare el juicio correspondiente* dentro de los 30 días, juicio que para nosotros es el de *alimentos* y no el principal (v.gr., "disenso") en vista del cual se solicitó la guarda .

[293]. La fijación de litisexpensas no es pertinente en el juicio de alimentos, por cuanto basta la imposición de costas para cubrir los gastos del proceso (CNCiv., Sala F, 1995/08/24, "*P., E.M. y Otro C. T., J. C.*", La Ley, 1996-B, 711.

justicia de quien carece de recursos económicos igualando así el derecho a tener un proceso donde ventilar sus conflictos.

No obstante, el derecho se limita a la prestación de solvencia para facilitar el trámite de divorcio, no así otras cuestiones que aun vinculadas a la separación de los cónyuges, no se relaciona con ellos aunque sean cuestiones extrapatrimoniales de ambos.

El beneficio se concede solo en caso de carencia de recursos, de modo tal que se debe demostrar la falta de medios, el estado de necesidad, y las inversiones que se deben realizar (v.gr.: tasa de justicia, actuaciones notariales). Pero en el concepto de litisexpensas no se involucra a los honorarios profesionales, pues éstos no representan una erogación que debe efectuarse para promover un juicio o contribuir a su avance, sino que se devengan por la labor cumplida durante el desarrollo. Así, escapan a la finalidad de aquéllas, cual es evitar el eventual impedimento de acceso a la justicia por falta de recursos económicos ([294]).

Una vez que se otorga, tolera el recurso de apelación que debe concederse, con efecto devolutivo, porque si bien el instituto de las litisexpensas se encuentra contemplado en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación en un título diferente al de las medidas cautelares, participa de su naturaleza jurídica, ya que se trata de peticiones urgentes que deben ser ejecutadas de inmediato ([295]).

---

[294]. CNCiv., Sala H, 1997/08/11, "*P., M. M. c. M., H. R*.", La Ley, 1998-E, 703 - DJ 1998-1, 870. Para que sea procedente la fijación de litisexpensas no basta el mero reclamo. En efecto, por lo menos deben invocarse los gastos que la cuota tiende a cubrir, pues el objeto de la determinación consiste en satisfacer los gastos que resulten inmediatos y necesarios para afrontar el proceso de que se trate (CNCiv., Sala F, 1995/03/28, "*V. de F., M. D. c. F., D*.", La Ley, 1995-D, 329 - DJ 1995-2, 1005).

[295]. Cámara Federal de Apelaciones de Resistencia, 2008/09/16, "*García, Julio César y otros c. Estado Nacional*", LL Litoral 2009 (febrero), 61.

203. Atribución de la vivienda familiar

El art. 231 (primera parte) del Código Civil establece: "*Deducida la acción de separación personal o de divorcio vincular, o antes de ella en casos de urgencia, podrá el juez decidir si alguno de los cónyuges debe retirarse del hogar conyugal, o ser reintegrado a él, determinar a quién corresponda la guarda de los hijos con arreglo a las disposiciones de este Código y fijar los alimentos que deban prestarse al cónyuge a quien correspondiere recibirlos y a los hijos, así como las expensas necesarias para el juicio*".

La norma le concede al juez interviniente en el divorcio facultades para resolver situaciones que se plantean a raíz de la ruptura de la cohabitación de los esposos, entre los que se cuenta la atribución de la vivienda. La resolución se adopta en dos sentidos, o para que uno de los cónyuges abandone la residencia familiar, o para que se reintegre a ella quien la hubiera abandonado. En este caso, la "urgencia" que requiere la disposición mencionada, importa que el cónyuge que se encuentra fuera del hogar conyugal no posea vivienda ni pueda procurársela, o bien que tenga a su cargo la tenencia de los hijos menores ([296]).

En el supuesto de atribución exclusiva de la vivienda, el espíritu del art. 231 está dirigido a obtener paliativos para situaciones graves que se presentan en supuestos en los que, habiéndose llegado a un enfrentamiento que origina el juicio de divorcio, los cónyuges continúan viviendo en un mismo domicilio, por lo que se autoriza al tribunal a adoptar una decisión provisional, teniendo en cuenta al mejor interés que corresponda al núcleo familiar y ponderando las distintas posibilidades que las partes tengan para obtener una vivienda ([297]).

La medida se instala en el poder cautelar de los jueces donde cabe señalar que la función del juez de familia tiene naturalmente una libertad más amplia

---

[296]. CNCiv., Sala E, 1987/10/02, "*Z., A. c. S., S.*", La Ley, 1988-E, 575 - La Ley, 1988-D, 348, con nota de Eduardo Zannoni; DJ 1989-1, 110.

[297]. CNCiv., Sala A, 1998/06/16, "*S., G. O. c. D., J. M.*", La Ley, 1999-B, 826 - DJ 1999-2, 147.

conforme con los derechos que se encuentran en juego ([298]). De este modo, acordando que se trata de una medida provisional, que se adopta por razones de urgencia cuando se anticipa a la demanda de divorcio, o en base a la justificación de necesidad manifiesto, la jurisprudencia recepta la decisión sin tener en consideración más que la evidencia, es decir, postergando el derecho verosímil (que lo da la misma situación de divorcio) y el peligro en la demora (implícito en la justificación del pedido, o en la resolución de oficio).

Con este encuadre se ha resuelto:

“a) En primer lugar cabe dejar sentado un principio de carácter general, y es que la norma citada no confiere a ninguno de los cónyuges preferencia para permanecer en el hogar común, y por ende, tal cuestión debe dilucidarse de acuerdo a las modalidades del caso en particular.

“b) La guarda provisoria de los hijos que el juez debe acordar en las etapas iniciales del juicio tiene importancia, ya que si éste entiende que la separación es necesaria, lo razonable es que asigne el hogar al cónyuge a quien atribuya la tenencia provisoria de los menores, desde que carece de sentido excluir a la prole junto con quien debe ejercer la guarda. Igualmente se ha dicho que el cónyuge que no ejerce la guarda o tenencia tiene más facilidad para resolver el problema de la habitación ([299]).

“c) Alguna jurisprudencia ha dado preferencia a la mujer para permanecer o reintegrarse al hogar conyugal, por la presunción de que el marido se halla en mejores condiciones de lograr otra vivienda ([300])

“d) Asimismo se ha tenido en consideración la circunstancia de que el domicilio sea el lugar de trabajo de uno de los cónyuges, o que allí desarrolle sus

---

[298]. Cfr. Berizonce, Roberto Omar, *La tipicidad del proceso de familia y su reflejo en la tutela cautelar y anticipatoria*, en Revista de Derecho Procesal, N° 1, Medidas Cautelares, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 1998, ps. 145 y ss.

[299]. CNCiv., Sala C, 1989/06/16, "*O. F. de F. S., M. V. c. F. S., R.*", La Ley, 1991-A, 322

[300]. CNCiv., Sala B, 1988/04/19, "*L. de R. C., E. c. R. C., J. O.*", La Ley, 1988-D, 337.

actividades profesionales. Aun cuando tal circunstancia no sea definitiva, se considera que ello puede ser tenido en cuenta, si la exclusión de quien ejerce en su casa determinada actividad lucrativa ocasionara un perjuicio que posiblemente afectara al conjunto de la familia ([301]).

“e) Que el inmueble en que se encuentre el hogar conyugal sea bien propio de uno de los cónyuges o ganancial adquirido con el producto de su trabajo personal, o que pertenezca a sus padres.

“f) En caso de que con anterioridad a la iniciación del juicio de divorcio se haya producido la separación de hecho de los cónyuges, quien haya permanecido en el hogar conyugal puede pretender un derecho preferente para mantener tal situación. Ello tanto cuando la separación sea producto de un acuerdo entre ambos, como cuando se haya producido por la iniciativa unilateral de uno de ellos, que puede revestir las características del abandono.

“g) Lo anterior no descarta la posibilidad de que quien ha dejado el hogar conyugal a causa de la conducta del otro —malos tratos, injurias, etc.—, pueda pretender retornar previo alejamiento del cónyuge culpable.

“h) La necesidad de permanecer en el hogar debido a una enfermedad o disminución física de uno de los esposos ([302]).

Algunos prefieren referir a medidas provisionales para ponerlas a tono con las disposiciones de los códigos de fondo, lo que nada agrega porque las acciones son preventivas y razonan teniendo en cuenta el interés familiar a proteger, cuando se trata del esposo que queda a cargo de los hijos, o la imposibilidad o mayor dificultad que sufre uno de ellos para procurarse una vivienda, o la

---

[301]. CNCiv., sala D, 1984/08/20, "*F. de Z., G. B. c. Z., H. E.*", La Ley ,1985-C, 648.

[302]. Rugna, Agustín, La *exclusión o retiro del hogar conyugal durante el proceso de separación personal o divorcio vincular,* LL Gran Cuyo 2008 (diciembre), 1035.

enfermedad de uno de ellos que determine la necesidad de quedarse en el inmueble, entre tantos supuestos de ponderación ([303]).

Corresponde aclarar que la medida opera únicamente en caso de separación o divorcio, y no para el supuesto del art. 199 del Código Civil, previsto para circunstancias de carácter excepcional, que deben ser prudencialmente apreciadas por los jueces y que pueden tenerse por justificadas, por ejemplo, cuando el cónyuge padece una enfermedad contagiosa y es necesario evitar la convivencia familiar.

En cuanto al trámite, la doctrina se divide entre quienes prefieren la discrecionalidad judicial ([304]) y los que, aun aceptando el carácter cautelar, exigen oír al esposo que debe abandonar el inmueble ([305]).

---

[303]. A la calidad esencialmente provisoria de la decisión sobre la atribución del hogar conyugal, se suma con singular relevancia la necesidad de protección del grupo familiar más numeroso, en tanto que el conflicto paterno, no debe resultar menoscabo innecesario a los hijos, lo que conduce a propiciar que los menores continúen en la disposición de una vivienda que satisfaga aproximadamente los beneficios que hasta el presente han gozado (CNCiv., Sala D, 1984/08/20, "*F. de Z., G. B. c. Z., H. E.*", La Ley, 1985-C, 648).

La atribución de la vivienda que constituyó el hogar conyugal a uno de los esposos, durante la tramitación del juicio de divorcio, implica la evaluación de la totalidad de los elementos que configuran la situación familiar. En esa evaluación debe tenerse en cuenta que, normalmente, el marido es quien se encuentra en mejores condiciones de resolver el problema de la vivienda (CNCiv., Sala A, 1998/06/16, "*S., G. O. c. D., J. M.*", La Ley, 1999-B, 826 - DJ 1999-2, 147).

[304]. En el debate parlamentario de la ley 23.515, el Diputado Spina, como miembro informante de la mayoría, sostuvo: "En el capítulo XVI se condensan una serie de normas vinculadas con las acciones derivadas de la separación personal, del divorcio y de la nulidad, estableciéndose cuestiones que limitan con el derecho procesal, pero que deben ser incluidas en el código de fondo porque atañen a la efectividad de los derechos que se consagran. En el art. 223 (que en el texto final es el art. 233, CC) se prevé en forma amplia la posibilidad de adopción de medidas cautelares, tanto antes como durante el juicio de separación personal o de divorcio, para evitar que la administración o disposición de los bienes por uno de los cónyuges pueda poner en peligro, tornar inciertos o defraudar los derechos patrimoniales del otro. Esta disposición a diferencia del actual art. 74 de la ley 2393 (entonces vigente) y del art. 295 del Código Civil, en primer lugar equipara a ambos cónyuges, posibilitando que tanto uno como otro puedan solicitar las medidas. En segundo lugar, incorpora para casos de urgencia las medidas cautelares previas para el juicio y, por último, tiene la ventaja de no enumerarlas taxativamente, todo lo cual redunda en una mayor protección de la parte económicamente más débil e indefensa ante este tipo de maniobras" (Ley 23.515. Matrimonio Civil. Divorcio Vincular. Parte I. *Antecedentes Parlamentarios*, año 1998, N° 6, p. 1414, La Ley, 1998).

En cambio, dice Palacio, […] “no resultan a nuestro juicio aplicables las distintas posibilidades de modificación previstas en el art. 203 del CPN, ya que ellas, aparta de hallarse primordialmente referidas a las medidas cautelares sobre bienes, no se adecuan a las particularidades de la medida examinada. Descartadas, sin embargo, las hipótesis de mejora y sustitución, podría excepcionalmente concurrir un supuesto de ampliación en el caso de que, v.gr.: atribuido el hogar de reducida dimensión a la mujer a quien se confiere la tenencia de una prole numerosa, se acredita luego la adquisición por el marido, de un inmueble más adecuado para vivienda de los hijos” ([306]).

Cuando la atribución del hogar conyugal se resuelve como medida anticipada al divorcio pendiente de formalización, cuadra interrogar si corresponde o no aplicar el plazo de caducidad del art. 207 del código procesal, teniendo en cuenta el carácter cautelar de la decisión. La solución, en nuestro parecer, es continuar la confianza en la prudencia judicial y dejar en manos del juez la aplicación del plazo que corresponde otorgar, cuando la demora es manifiesta y puede evidenciar un abuso en el beneficio conseguido.

204. La guarda cautelar de personas

La protección de personas a través de la guarda que se dispone, significa poner a alguien a cargo de la custodia de aquél que tiene una causa de inhabilitación para obrar (por edad o discernimiento. Con ello se persigue proteger a la persona y sus bienes mediante la intervención de una vigilancia directa. También admite la jurisprudencia que, los intereses que se procuran tutelar a través de la protección de personas revisten singular trascendencia por estar

---

[305]. Palacio, *Derecho Procesal Civil*, tomo VIII, cit., p. 257.

[306]. Palacio, *Derecho Procesal Civil*, tomo VIII, cit., p. 258.

referidos a la salvaguarda de la integridad psicofísica de quienes se encuentran inmersos en situaciones negativas ([307]).

Señalamos ya que el código procesal contempla en el art. 234 los supuestos de guarda:

"1. De mujer menor de edad que intentase contraer matrimonio, entrar en comunidad religiosa o ejercer determinada actividad contra la voluntad de sus padres o tutores.

"2. De menores o incapaces que sean maltratados por sus padres, tutores, curadores o guardadores, o inducidos por ellos a actos ilícitos o deshonestos o expuestos a graves riesgos físicos o morales.

"3. De menores o incapaces abandonados o sin representantes legales o cuando éstos estuvieren impedidos de ejercer sus funciones.

"4. De los incapaces que estén en pleito con sus representantes legales, en el que se controvierta la patria potestad, tutela o curatela, o sus efectos".

Todas las causales revisten urgente resolución, la que se adopta sin contradicción sin perjuicio de eventuales oposiciones. De todos modos, la bilateralidad se puede acordar conforme las necesidades del caso ([308]).

Palacio, en cambio, considera que "no corresponde concederlas *inaudita parte*, salvo que medie extrema urgencia y peligro grave e inminente para los menores, de manera que la cuestión debe resolverse sumariamente, previa convocatoria de las partes a una audiencia, sin perjuicio de que se dispongan medidas probatorias, incluso de oficio, siempre que su práctica no desnaturalice la celeridad del trámite" ([309]).

---

[307]. CNCiv., Sala L, 1997/12/26, "E., G.", La Ley, 1998-C, 74 - DJ 1998-3, 480.

[308]. Dada la naturaleza y el objeto de la medida y el interés que en ella predomina, no es necesario que se tome sin audiencia del otro cónyuge y parece más conveniente oír a ambos (CNCiv., Sala D, 1979/07/04, "*L. A. c. S. de L., L.",* La Ley, 1980-A, 130 - ED, 84-566.

[309]. Palacio, *Derecho Procesal Civil,* tomo VIII, cit., p. 260.

En posición intermedia se acepta que la guarda de las personas, como medida cautelar, constituye un anticipo de la garantía jurisdiccional que se recaba, ya que ha de dilucidarse luego y en definitiva si existe el peligro que la determina, cuya causa mediata debe reconocerse, en la especie, en la ruptura de la convivencia familiar ([310]).

Por lo demás, la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora son presupuestos implícitos en la figura general, y la urgencia a decidir se analiza en cada una de las causales. Las modalidades de cumplimiento también son flexibles y adaptadas a las circunstancias del problema a resolver.

En el primer caso, tratándose de *mujer menor de edad que quiere contraer matrimonio*, la regla tiene en sí misma una discriminación al tutelar solo a un sexo ([311]). Por otra parte, el derecho a constituir una familia se encuentra reconocido en el art. VI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; en el art. 16 de la Declaración Universal de los Derecho Humanos; en el art. 17. 2 y 3 de la Convención Americana sobre Derecho Humanos; en el art. 10.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en el art. 23. 2 y 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Todo ello, redunda en la necesaria justificación del disenso, y obviamente, es un obstáculo para la decisión inmediata de la guarda, porque aun aceptando que el art. 264 "quater" del Código Civil, exige el consentimiento expreso de ambos padres para que un menor pueda contraer matrimonio, también es cierto que se opone al tácito o por implicancia, que no exige el consentimiento concreto con relación a determinada persona ([312]).

---

[310]. CNCiv., Sala D, 1983/04/26, "*D., G. J. c. B. S.*", La Ley, 1983-D, 237.

[311]. Palacio sostiene que aunque la norma sólo se refiere a la mujer, es extensiva al varón menor de edad, ya que los preceptos de la ley sustancial que supeditan la realización de ciertos actos a la autorización de los representantes necesarios de los incapaces no formulan distinciones atinentes al sexo de éstos (*Derecho Procesal Civil*, tomo VIII, cit., p. 263).

[312]. CNCiv., Sala E, 1996/08/28, "*D., L. G. y otra*.", La Ley, 1997-E, 219.

Las peculiaridades del impedimento de falta de edad para contraer matrimonio justifican que sea dispensable cuando el juez adquiere el convencimiento de que los que desean contraerlo actúan con discernimiento para el acto y se encuentran en condiciones de asumir y satisfacer sus responsabilidades futuras como cónyuges y como padres ([313]); por lo que al mismo tiempo, esa libertad para la decisión mueve a la prudencia para disponer una medida cautelar tan grave por la sola consagración del presupuesto de edad ([314]).

En el caso de que la *mujer menor de edad pretenda entrar en una comunidad religiosa,* la guarda solamente se concede si la petición justifica adecuadamente la gravedad de la decisión, o el riesgo moral al que estaría expuesta ([315]). Igual reflexión cabe cuando el pedido de guarda se propicia por la sola oposición a que el menor realice determinadas actividades.

El inciso 2° del art. 234 autoriza a decretar la guarda cuando hay *maltrato al menor* de parte de sus progenitores o personas a cargo de ellos; la figura extiende la protección cuando al menor se lo *induce a cometer actos ilícitos o deshonestos o estén expuestos a graves riesgos físicos o morales*.

---

[313]. CNCiv., Sala E, 2004/09/08, "*F., M. A. y F., J. M.*", La Ley, 2005-B, 234.

[314]. Por ejemplo, cuando la oposición se formula por el impedimento de la edad, es preciso advertir las demás condiciones que pueden autorizar un matrimonio. Así, la Cámara confirma la sentencia de primera instancia autorizando a contraer matrimonio a una menor de quince años de edad con su novio de dieciocho, ambos pertenecientes a la comunidad gitana, y con autorización de sus respectivas familias, si ya se encuentran conviviendo y casados según las costumbres de la comunidad a la que pertenecen. De este modo, afirmas que: "Corresponde otorgar la dispensa prevista en el art. 167 del Cód. Civil y autorizar el casamiento de una menor perteneciente a la comunidad gitana con su novio de dieciocho años de edad, contando ambos jóvenes con la conformidad de las respectivas familias, si han formulado y ratificado su voluntad ante los jueces, expresando con libertad y sinceridad su proyecto de vida en común, que ya llevan a cabo desde hace más de un año y medio conforme la tradición gitana, y pretendiendo que su unión, más allá de los usos y costumbres propios de su grupo de pertenencia, sea conforme al ordenamiento legal vigente" (CNCiv., Sala E, 2004/09/08, "*F., M. A. y F., J. M*.", La Ley, 2005-B, 234)

[315]. Cfr. Bidart Campos, Germán J., *Prohibiciones que violan la libertad religiosa*, La Ley, 2004-B, 1435.

La gravedad que se pone de manifiesto por quien realiza la denuncia ([316]) determina la actuación inmediata con la *medida cautelar*, más allá de que las razones que se invocan producen un impacto directo en la guarda como institución del derecho sustancial, que puede modificar las condiciones de ejercicio de la patria potestad.

Recuérdese que el párrafo final del art. 235 del código ritual establece que […] *Cuando existiese urgencia o circunstancias graves, se resolverá provisionalmente sin más trámite*.

El inciso final establece la guarda de menores o incapaces en estado de abandono o sin representación legal, o cuando teniéndolo no pueden ejercer esas funciones. Aquí la guarda reconoce el mismo fundamento que en los supuestos anteriormente referidos, con la variante de que puede funcionar como medida cautelar tanto en un juicio tendiente a la declaración de pérdida de la patria potestad o de extinción de la tutela o de la curatela (hipótesis del abandono), cuanto en un proceso sobre discernimiento del cargo de tutor o curador (arts. 776 y 777 del CPN). Todo lo cual es también sin perjuicio de las medidas de seguridad que puede solicitar la autoridad administrativa ([317]).

204.1 Competencia

---

[316] Dice el art. 236 del código procesal federal que: "*En los casos previstos en el art. 234, incs. 2, 3 y 4 la petición podrá ser deducida por cualquier persona, y formulada verbalmente ante el asesor de menores e incapaces, en cuyo caso se labrará acta con las menciones pertinentes, la que será remitida al juzgado que corresponda*". En consecuencia, la legitimación para solicitar la protección de personas puede ser *directa* y con facultades propias como resulta el ejercicio de la patria potestad, el caso de tutores y/o curadores, y la representación promiscua del Ministerio Pupilar; o *indirecta* y actuarse a través de la denuncia deducida por *cualquier persona*, lo que no significa una suerte de acción popular sino, simplemente, la puesta en conocimiento a la autoridad de una situación de peligro (cfr. Gozaíni, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación,* tomo I, cit., p. 674).

[317]. Palacio, *Derecho Procesal Civil*, tomo VIII, cit., p. 265.

El art. 235 del orden adjetivo local dispone que: "*La guarda será decretada por el juez del domicilio de la persona que haya de ser amparada, con intervención del asesor de menores e incapaces…"*

La norma considera la jurisdicción en base al presupuesto de la ley de residencia del afectado, pero se contradice con la regla especial del art. 6º inciso 4º del código procesal que fija la competencia de las medidas cautelares en el juez que deba entender en el proceso principal.

Además, agrega Palacio, […] "si se trata de procesos por disenso, autorización para entrar en comunidad religiosa o realizar actos jurídicos, pérdida o suspensión del ejercicio de la patria potestad y remoción del curador, el juez del domicilio del representante legal del menor o incapaz (art. 90, inc. 6º del Cód, Civil) y si se trata del discernimiento de la tutela y de la remoción del tutor la competencia corresponderá al juez del lugar en que los padres del menor tenían su domicilio el día de su fallecimiento (arts. 400 y 404 del Cód. Civil). En consecuencia, el artículo 235 del CPN apenas sería estrictamente aplicable para discernir la tutela de menores expósitos o abandonados (arts. 403 del Cód. Civil), lo cual, como es obvio, no justifica su inclusión entre las normas referentes a la guarda de personas. No obstante, y en razón de que, como principio general, las medidas cautelares pueden ser decretadas por jueces incompetentes (art. 196 del CPN) hubiese sido conveniente establecer la competencia del juez del domicilio del menor o incapaz no en forma imperativa sino opcional" ([318]).

Así lo piensa también Kielmanovich al sostener que […] "la competencia será la que corresponda sobre la base de los principios comunes, en el caso, será competente el juez que deba conocer o se encuentre conociendo en el principal, sin perder de vista que el menor o incapaz tienen el domicilio de sus representantes legales (art. 90, inc. 6º, CCiv.) y la incidencia de la Convención sobre los Derechos del Niño, en tanto resulte aplicable, en función de resolverla

[318]. Palacio, *Derecho Procesal Civil*, tomo VIII, cit., p. 266.

sobre la base de lo que mejor consulte su interés, si bien estimamos que la que establece el artículo se refiere a los casos en que la guarda sea propiamente la petición o pretensión de fondo, o, como dice Palacio, una simple medida de seguridad" ([319]).

204.2 Legitimación

La protección de personas dispuesta en el código para dar efectividad a la guarda cautelar, puede ser requerida por cualquier persona, y formulada también como denuncia verbal ante el asesor de menores e incapaces, quien estará obligado a labrar acta y actuar en consecuencia.

La amplitud como se otorga requiere de mayores precisiones, porque si admitimos que la guarda prevista en el art. 234 del código es una medida provisional de resguardo al incapaz de hecho o de derecho, diferente a las cautelares que obligan a un planteo posterior que formalice la pretensión que con la precautoria se quiere preservar o asegurar, es evidente que el modelo o estándar dispuesto para estar en el proceso es distinto al que rige la legitimación para obrar.

Cada supuesto previsto para decretar la guarda tiene comunión de intereses: los del propio *afectado* (v.gr.: la menor de edad que pide ser protegida ante la oposición de sus padres para que contraiga matrimonio; la del padre que quiere evitar la promiscuidad sexual de su hija al ingresar en un comercio de dudosa legalidad; la de la madre que pretende obstruir que la hija ingrese en una comunidad religiosa, etc.): los de la *comunidad* (v.gr.: servicio social que requiere la guarda del menor abandonado); el *interés público* relevante (v.gr.: incapaces en conflicto con sus representantes) , e inclusive, en la medida de la propia lectura amplia que formula la regla del art. 236 del código procesal, "cualquier persona" significa admitir la simple denuncia sin requerir legitimación en la causa.

---

[319]. Kielmanovich, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación,* tomo I, cit., p. 364.

De algún modo, la permisión se enlaza con el art. 144 del Código Civil que en el inciso 5º permite a "*cualquier persona del pueblo*" requerir la intervención judicial.

Es posible pensar hasta en una suerte de acción popular, con la diferencia que en el supuesto previsto, la identidad del que reclama puede no tener afectación alguna, y como tampoco es parte, desde que su actividad la continúa el Ministerio pupilar, la puesta en marcha del aparato jurisdiccional resulta instada por quien no tiene "derecho ni interés" en los modelos clásicos de protección de situaciones jurídicas subjetivas.

También es posible encontrar otra particular cualidad en la extensión que se propicia, dado que puede el mismo sujeto solicitar su propia protección (v.gr.: la menor que se expone al maltrato de los padres), contingencia que pone en juego otro estudio acerca del enlace que tiene la capacidad civil con la capacidad procesal, y sirve para demostrar, porqué ambas son diferentes y difieren en las formas de aceptación del acceso a la justicia.

Es cierto que parte de la doctrina considera que la acción popular está descalificada en nuestro sistema judicial; pero aun quienes la niegan, toleran que si la denuncia se presenta ante el Ministerio público puede este organismo continuar con el procedimiento.

En suma, aquello que justifique la intervención de la justicia en cuestiones de trascendencia jurídica, y mucho más cuando se trata de *protección de personas* con medidas provisionales, hay una expansión de la legitimación para obrar; sin perjuicio de la iniciativa judicial que se pondera en virtud del interés superior del menor.

204.3 Medidas complementarias

Las figuras que permiten ordenar la protección individual suponen, por vía de principio, conflictos entre incapaces con quienes tienen la patria potestad o la

representación legal, por lo que la guarda dispuesta a título cautelar no se desentiende de los efectos de la otra guarda prevista en el Código Civil y en demás disposiciones sustanciales.

Complementa la atención a la persona a quien se confía en custodia, que vaya con su ropa, útiles y muebles de su uso y profesión. Estos se deben trasladar inmediatamente después de producirse la guarda.

Asimismo –dice el art. 237 del CPCC- se le proveerá de alimentos por el plazo de treinta (30) días, a cuyo vencimiento quedarán sin efecto si no se inicia el juicio correspondiente ([320]).

205. La guarda del Código Civil

La guarda que regula el código procesal es en sí misma una medida de protección, de naturaleza provisional hasta que se resuelva el conflicto de convivencia que tiene el menor o incapaz, y cuya eficacia depende, la mayoría de las veces, del activismo judicial que se tenga para el control y seguimiento de lo dispuesto.

También el Código Civil se ocupa de los problemas en la vida de relación de los niños y adolescentes, como de las personas que sufren los efectos del divorcio de sus padres y tienen que esclarecer el lugar de residencia y con quien han de hacerlo.

Los conflictos sobreabundan y quedan expuestos en las cuestiones de tenencia, tutela, adopción o cuando se decide la protección de personas ante una crisis emergente. El variopinto se suma a los procesos de control judicial de la

---

[320]. […] “La fijación de alimentos provisionales que autoriza el artículo está sujeta a un término de *caducidad* diverso del previsto por el art. 207, ley del rito, desde que los mismos quedarán sin efecto *si no se iniciare el juicio correspondiente* dentro de los 30 días, juicio que para nosotros es el de *alimentos* y no el principal (v.gr., "disenso") en vista del cual se solicitó la guarda (cfr. Kielmanovich, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación,* tomo I, cit., p. 364).

internación psiquiátrica o en los de insania o inhabilitación en los que se cuestiona el lugar donde ha de vivir la persona con problemas de capacidad.

La problemática familiar afronta así un cuadro regulado por normas de fondo que atribuyen un derecho subjetivo, no cautelar, a quien tiene que resolver el padecimiento. Es probable que la decisión se parezca a una medida precautoria, pero en los hechos, la providencia se arregla a un estándar diferente al de esa modalidad de tutela, debiendo encuadrar la resolución al marco que la establece.

En este aspecto, las situaciones de "guarda" que las leyes reglamentan son diversas. Por ejemplo, el art. 231 del Código Civil dice: "*Deducida la acción de separación personal o de divorcio vincular, o antes de ella en casos de urgencia, podrá el juez […] determinar a quien corresponde la guarda de los hijos con arreglo a las disposiciones de este Código";* pretensión que no puede quedar en colisión con la base ideológica de la *Convención de los derechos del niño*, en cuanto sostiene que la familia es el medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros y en particular de los niños. El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión (del preámbulo de la Convención).

La relación e interacción normativa permite sostener que […] "del juego armónico de su preámbulo y de los arts. 5°, 7°, 8°, 9°, 20 y 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño, se desprende un programa básico de acción para proteger los derechos de los chicos relativos al hogar donde habrán de crecer y desarrollarse, que, en definitiva, consagra lo que podríamos denominar el derecho a vivir en familia" ([321]).

De este modo, el juego de jerarquías legales comienza una cuestión que trasciende el espacio de la división material o de clasificaciones dogmáticas. Es

[321]. Carranza Casares, Carlos, *La guarda como institución civil con soporte constitucional,* La Ley, 2003-F, 106.

decir, no se resuelve el problema de preservar la seguridad del menor o incapaz con menciones simplificadas de las reglas en juego, sino procurando demostrar que la actividad jurisdiccional es tan importante como el sistema que la reglamenta. Y es aún más eficaz, cuando se entiende que el juez en situaciones como las que afronta debe salirse de los presupuestos tradicionales que tornan viable una figura.

Para ser más claros, cuando sucede el divorcio o la separación personal, las decisiones de guarda (tenencia de los hijos) no se pueden resolver como una medida provisional de carácter cautelar y someterla al test de presupuestos ciertos y verosímiles de quien pide para sí el mantenimiento o la variación de un estado jurídico.

Las normas superiores, como son las que llegan de la Convención sobre los derechos del niño, señalan que no pueden ser separados de sus padres (art. 9º) y de promediar el divorcio conservan el derecho de permanecer en su medio (art. 20) teniendo en cuenta el lugar que la convención le otorga a la "familia ampliada" (art. 5°), a "otro familiar" (art. 9°), a "parientes" (art. 20) y a "miembros de la familia" (art. 22).

Entonces, la decisión no es cautelar ([322]) sin perjuicio de tener que acreditarse la urgencia por quien pide la custodia provisional y la relación mejor dispuesta con los fines legales. Hay un proceso de guarda inserto en el juicio principal o abierto como incidencia (incidente autónomo), cuyas reglas no siguen estrictamente los principios del litigio ordinario.

---

[322]. Dice de Lázzari que […] “se trata de una acción sustancial dirigida a resolver el destino de los hijos en el lapso que demande la sustanciación del juicio de divorcio, pues al dictarse la sentencia será atribuida la tenencia definitiva de los mismos, aunque en ambos casos la decisión es susceptible de ser modificada toda vez que las circunstancias lo hagan necesario. Es imprescindible, por lo tanto, respetar el derecho de defensa de la contraparte, lo que supone la posibilidad de abrir la incidencia a prueba…” (de Lázzari, *Medidas Cautelares,* tomo 2, cit., p. 47). No obstante, se afirma que […] las resoluciones sobre tenencia o régimen de visitas, en los supuestos en que la urgencia de la protección de los intereses del menor así lo aconsejan, gozan de la naturaleza de las medidas cautelares (CNCiv., Sala E, 1979/09/17, ED, 86-378; CNCiv., Sala C, La Ley, 97-122, entre otros).

Por eso la Corte Nacional afirma que […]: “Debe tenerse presente que las resoluciones judiciales vinculadas a la guarda de los hijos pueden dictarse sin estricto sometimiento a todas las reglas procesales, habida cuenta que no causan estado y son susceptibles de modificación ulterior si la necesidad de proveer al interés de los menores lo aconseja, como asimismo que tratándose de medidas cautelares pueden decretarse y cumplirse sin audiencia de la otra parte” ([323]).

Con el fin de desentrañar el eventual conflicto normativo, explica Carranza Casares que […] “la noción genérica de la guarda entraña *cuatro componentes básicos*, comunes a todo tipo de guarda: la persona que no es plenamente capaz, la o las responsables de la guarda, la convivencia y la finalidad de procurar su protección y desarrollo pleno e integral. La guarda se da sólo con respecto a un niño o a una persona mayor de edad que padece un trastorno psíquico, pues de lo que se trata es de suplir en la medida de sus necesidades y desarrollar progresivamente en todo cuanto sea posible, la capacidad latente de esa persona. Quien se encuentra en el pleno ejercicio de su capacidad de obrar no requiere, obviamente, de guarda alguna. El *responsable* o los *responsables* son quienes asumen esa función que entraña la convivencia y de forma explícita o implícita se encuentran compelidos al logro de la finalidad de la guarda. Tal asunción de responsabilidad puede ser asignada por la ley de pleno derecho como en el caso de la patria potestad, puede ser conferida por el juez como cuando se discierne la tutela, por los padres en el caso de guarda delegada, o, más allá de los efectos que corresponda reconocerle, puede ser asumida de hecho por quien convive o se hace cargo del niño o de la persona con padecimiento mental. La *convivencia* es la relación existente entre las personas que habitan bajo un mismo techo y constituye el elemento material que permitirá alcanzar la finalidad perseguida por la guarda. Esta cohabitación deviene así en el medio en el que se desarrollarán -día a día- las relaciones afectivas, intelectuales, espirituales, indispensables para la protección y crecimiento de las personas. Lo expuesto indica la necesaria

[323]. CS, 1983/04/19, Fallos, 305:497 (vol. 1), cfr. de Lázzari, *Medidas Cautelares*, tomo 2, cit., p. 49.

concurrencia del componente teleológico de la guarda: el propósito de protección y desarrollo pleno e integral” ([324]).

Estos serían los presupuestos básicos que fundamentan la procedencia de la guarda sustancial; los que no operan automáticamente sino a pedido de persona legitimada o simple denunciante conforme sea el objeto que se quiere preservar. Es diferente la legitimación de la esposa que quiere la tenencia en los términos del art. 206 del Código Civil, respecto de aquella que denuncia una situación de maltrato; también es asimétrica la posibilidad de reclamar la guarda por quien ha perdido la patria potestad (art. 307, Código Civil) tocante con aquellos que quieren conservarla (v.gr.: los abuelos), y así sucesivamente.

Es que por un lado se resuelve el derecho subjetivo a tutelar (interés superior del menor; protección de la unidad familiar; imagen a preservar, etc.) y por otro transita lo reglamentario afín al procedimiento, que podrá seguir los patrones de las medidas cautelares o dinamizar la tutela diferenciada que tienen los procesos y cuestiones de familia.

Por eso, la "guarda" que tiene el Código Civil es un acto voluntario y lícito cuya finalidad radica en que una persona asuma el cuidado de otra -con capacidad de obrar menguada-, con el objeto de protegerla y permitirle su desarrollo. Por su lado también la “guarda" se entiende como un estado que constituye el entramado de deberes y derechos que rigen la relación entre las personas vinculadas con esa situación de convivencia destinada a proteger los derechos de una persona que no puede ejercerlos plenamente por sí. Cuando la guarda no es reconocida de pleno derecho, como en el caso de la patria potestad que la implica desde el momento de la concepción (arts. 264, Cód. Civil), es el acto de guarda el que emplaza a los sujetos intervinientes en el estado de guarda,

[324]. Carranza Casares, Carlos, *La guarda como institución civil con soporte constitucional,* La Ley, 2003-F, 106 y ss.

y finalmente, la "guarda" como proceso, es el que precisamente tiene por objeto el otorgamiento y en su caso el seguimiento de la guarda ([325]).

Las cuestiones procesales que emergen se vinculan con la urgencia antes que con los presupuestos que anidan la posibilidad; de allí que sea la prudencia judicial la que encamine la decisión hacia los carriles adecuados del debido proceso.

Una de las razones más constantes de enfrentamiento es la pretensión de resolver la guarda tras oír a ambas partes; pero si el padre lo plantea como medida urgente, y pide la guarda provisional de la hija menor a cuyo fin ofrece la prueba de testigos autorizada por el art. 197 del código procesal, lo que se resuelve es una medida cautelar, sin abrir juicio sobre el derecho que, en definitiva, corresponde a las partes respecto de la tenencia ni sobre la relevancia que los dichos de los testigos puedan tener, en definitiva, respecto de tan delicado problema, pues únicamente se trata de formar opinión sobre la verosimilitud de los cargos que se formularan ([326]).

Pero cuando se trata de atribuir la guarda provisoria de los hijos durante el juicio de tenencia, en principio, no cabe prescindir de la audiencia de ambas partes, máxime cuando la decisión importa modificar la situación de hecho existente en el momento en que se formula la petición; tal principio general sólo debe ceder cuando median razones de extrema urgencia *prima facie* justificadas,

---

[325]. Carranza Casares, Carlos, *La guarda como institución civil con soporte constitucional,* La Ley, 2003-F, 106 y ss. En la ejecución cautelar de la guarda, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en concordancia con las Directrices de Riad, ha destacado que cuando no exista un ambiente familiar de estabilidad y bienestar, los intentos de la comunidad por ayudar a los padres en este aspecto hayan fracasado y la familia extensa no pueda ya cumplir esta función, se deberá recurrir a otras posibles modalidades de colocación familiar, entre ellas los hogares de guarda y la adopción, que en la medida de lo posible deberán reproducir un ambiente familiar de estabilidad y bienestar y, al mismo tiempo, crear en los niños un sentimiento de permanencia, para evitar los problemas relacionados con el "desplazamiento" de un lugar a otro (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC - 17/2002, del 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, N° 73).

[326]. CNCiv., Sala D, 1969/05/15, La Ley, 139-764 (24.050-S), cfr. de Lázzari, *Medidas Cautelares*, tomo 2, cit., p. 49.

hipótesis de excepción en cuyo caso es dable admitir la entrega del menor sin la previa audiencia de la otra parte ([327]).

A modo de conclusión: la doctrina actual coincide en que la guarda como institución debería estar regulada autónomamente en el código civil; aceptar modalidades y circunstancias de atención singular a través de leyes especiales, y en cuanto a los códigos procesales, adecuar el instituto cautelar compatibilizándolo con las transformaciones habidas ([328]).

---

[327]. CNCiv., Sala E, 1983/05/30, J.A. rep. 1983-789 nº 7; La Ley, 1984-A, 488 (36.538-S); de Lázzari, *Medidas Cautelares*, tomo 2, cit., p. 49.

328. Se ha afirmado que la guarda como institución debería estar regulada autónomamente en el código civil; el concepto de guarda debería estar determinado en la legislación sustantiva. En cuanto a los Códigos de procedimiento la han previsto siempre entre las "medidas cautelares" (así, arts. 234 y concs. CPCCBA). Este último tipo de guarda fue reformado a través de las mismas leyes de protección de infancia, eliminando la guarda de "menor de edad", a fin de compatibilizar este instituto cautelar con el nuevo régimen que establecían las nuevas normas. De tal modo, ante la situación de vulneración de derechos del niño —antes, peligro o riesgo—, la respuesta urgente la constituyen las medidas provisionales y no ya el art. 234 CPCC. Por su parte, en la práctica forense, se receptan "tipos de guarda", según la finalidad con la que han sido pedidas y en consecuencia ordenadas, aunque estas clasificaciones, como dijimos, no surgen de los códigos, que no las regulan. Así, por ejemplo, las "guardas simples" -de carácter integral en cuanto a la crianza y cuidado del niño, pero diferenciada de la guarda preadoptiva-, las guardas "asistenciales" -limitadas a la obtención de prestaciones sociales- (Fernández, Silvia E., *Medidas de protección de derechos de infancia y adopción. A propósito de un fallo de la CSJN*, La Ley, 2009-A, 450).

CAPÍTULO XXV

OTRAS MEDIDAS CAUTELARES

206. Las medidas cautelares en materia de marcas

La Ley 22.362 (Ley de Marcas) establece en el art. 38 con el título "*Medidas precautoria"* lo siguiente: "*Todo propietario de una marca registrada a cuyo conocimiento llegue la noticia de la existencia de objetos con marca en infracción conforme a lo establecido en el artículo 31, puede solicitar al juez competente: a) el embargo de los objetos; b) su inventario y descripción; c) el secuestro de uno de los objetos en infracción.*

"*Sin perjuicio de la facultad del juez de ordenar estas medidas de oficio, podrá requerir caución suficiente al peticionario cuando estime que éste carezca de responsabilidad patrimonial para responder en el supuesto de haberse pedido el embargo sin derecho*".

Este artículo se complementa con el siguiente que obliga al usuario de una marca a dar informaciones relativas a la mercadería que porta el registro; donde quizás la más importante es la que se refiere al origen de dicha mercadería ([329]). La disposición requiere de aquél en cuyo poder se encuentran objetos en infracción, que acredite e informe sobre:

"*a) el nombre y dirección de quién se los vendió o procuró y la fecha en que ello ocurrió, con exhibición de la factura o boleta de compra respectiva;*

"b) la cantidad de unidades fabricadas o vendidas y su precio, con exhibición de la factura o boleta de venta respectiva;

[329]. Otamendi, Jorge, *Derecho de Marcas*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006 (6ª ed.), ps. 145 y ss.

"c) la identidad de las personas a quienes les vendió o entregó los objetos en infracción.

"Todo ello deberá constar en el acta que se levantará al realizarse las medidas previstas en el art. 38.

"*La negativa a suministrar los informes previstos en este artículo, así como también la carencia de la documentación que sirva de respaldo comercial a los objetos en infracción, autorizará a presumir que su tenedor es partícipe en la falsificación o imitación fraudulenta. Esos informes podrán ampliarse o completarse en sede judicial tanto a iniciativa del propio interesado como por solicitud del juez, que podrá intimar a este efecto por un plazo determinado*".

El marco legal que se presenta como medidas precautorias, son más que eso al constituir un régimen procesal que diferencia los requisitos habituales de procedencia de una cautelar típica, convirtiendo al sistema en un mecanismo de tutela diferenciada que modifica algunas reglas y crea otras que podríamos nominar como "especiales".

Actuando son, al mismo tiempo, medidas preliminares y precautorias porque, por un lado, preceden al juicio ordinario que debe promoverse y, por otro, impiden la desaparición de los productos supuestamente en infracción, asegurando la prueba instrumental y pericial ulterior.

La *verosimilitud del derecho*, presupuesto básico del tema ([330]), en el caso tiene que resolver si proviene de un derecho subjetivo generado por la "propiedad de la marca", o si tolera el "*interés legítimo*" del que tiene habitualidad de uso de

---

[330]. Resulta improcedente el dictado de la medida cautelar innovativa solicitada para suspender provisoriamente el nombre del registro de dominio de internet igual al que la recurrente utiliza en su actividad comercial, si no se ha probado la verosimilitud del derecho -en el caso, que la demandada había sido contratada para el diseño de la página web de la actora y que obró por cuenta y orden de ésta al registrar el nombre en disputa-, ni el peligro en la demora, en tanto la situación fáctica data de varios años atrás (CNFed. Civ. y Com. , Sala I, 2002/10/08, "*C Y T Comunicaciones y Telemática S.R.L c. Internet Proyects S.A*.", La Ley Online.

una marca que no registra pero que ha creado clientela con ella; e inclusive, saber si la providencia que se persigue también puede fundarse con un *interés difundido a todos* que, eventualmente, puede quedar representado por grupos o asociaciones constituidas.

Recuérdese que la tutela cautelar atiende el derecho del que pide y el objeto sobre lo que recae y produce efectos, por lo que en el caso, no es solo tratar de prevenir o impedir que se produzca un daño generado por el uso indebido de una marca (en cuya caso, sería una defensa de carácter patrimonial), sino además, perseguir asegurar la cosa que puede probar un hecho ilícito; y determinar los individuos de esa cadena de responsabilidades.

El peligro en la demora ([331]), que tiene en la configuración de los presupuestos generales la necesidad de demostrar el riesgo inminente de no actuar con prontitud, encuentra en la ley de marcas el mismo significado, con el agregado que, en los conflictos de índole marcaria, la *caución* que debe prestarse por el dictado de medidas precautorias, debe fijarse teniendo en cuenta, además del derecho invocado por el actor, la trascendencia de la denominación en pugna con la consecuente importancia de los perjuicios que pudieran irrogarse ([332]).

En este último aspecto, también la caución del art. 35 de la ley en cita, comporta sustancialmente una decisión de naturaleza cautelar, que como tal, corresponde interpretar su funcionamiento de acuerdo con dicha naturaleza.

206.1 Legitimación

[331]. El uso de una marca ajena hace nacer la presunción de daño, sea por merma de ganancias, afectación de prestigio o también por la disolución del signo, pudiendo, incluso, provocar una situación de incertidumbre en cuanto al origen del servicio en el público consumidor, extremos que bastan para configurar el peligro en la demora que es exigible para adoptar una medida de cese de uso (CNFed. Civ. y Com. , Sala II, 2006/05/18, "*Malnati, Aníbal c. Cervecería y Maltería Quilmes SAICA y G*.", La Ley Online.

[332]. CNFed. Civ. y Com. , Sala I, 2002/10/03, "*Deltaven S.A. c. Publicidad Contacto S.A. y otros*", La Ley, 2003-C, 91.

Para ser titular de una marca o ejercer el derecho de oposición a su registro *o de su uso*, se requiere un interés legítimo del solicitante o del oponente (art. 4, ley de marcas); delimitación que es más amplia que el reduccionismo que hace el art. 38 cuando accede el derecho de solicitar medidas cautelares al "*propietario de la marca*".

La dualidad de criterios esboza al menos dos posiciones: la de quienes entienden que no hay limitación alguna y que por tanto, quien tiene derecho como interés pueden peticionar las providencias precautorias; y la de otros que sostienen que la posibilidad de entablar medidas cautelares solo es para la *demanda por cese de uso de marca* respecto de quien acredita la titularidad.

Para Otamendi […] "sólo el propietario de la marca registrada puede solicitar la realización de las medidas. El titular de una solicitud en trámite no puede hacerlo. Recién nace el derecho de propiedad y la exclusividad inherente con el registro de la marca (art. 4). Asimismo, según lo dispone el art. 31, el delito marcario existe únicamente cuando la marca infringida está registrada" ([333]).

"Si la marca estuviera registrada a nombre de más de una persona, cualquiera de los copropietarios puede solicitar la realización de las medidas precautorias. El art. 9 faculta a cualquiera de los titulares a <<*iniciar las acciones previstas en esta ley en su defensa... salvo estipulación en contrario*>>. Es obvio que estas medidas son parte de la defensa de la marca y que ello faculta a cualquier copropietario a solicitarlas. Es posible, aunque inusual, que los copropietarios decidan que deben actuar conjuntamente o que sólo alguno de ellos puede hacerlo. Sin embargo, este acuerdo no evitaría que cualquiera de ellos denunciara el delito ante el juez y que éste actuara de oficio" ([334]).

También puede ordenar estas medidas de oficio el juez que tomare conocimiento de la infracción marcaria. Ello puede suceder, por ejemplo, ante la denuncia del delito por un particular no titular de la marca infringida.

[333]. Otamendi, ob. cit., punto 6.27.1

[334]. Otamendi, ob. cit., punto 6.27.1

De su parte, Aracama Zorraquín interpreta que el art. 4 de la ley 22.362 sólo legitima al titular de una marca registrada […], "por la razón de que la ley de marcas se limita a regular lo relativo a tales marcas (registradas)"; siendo así el derecho del que usa de hecho una marca solo puede ampararse en la teoría de la competencia desleal o invocando los principios del Código Civil, sin recibir respaldo de la ley 22.362 ([335]). De la misma idea participan Bertone y Cabanellas de las Cuevas, cuando al tratar el tema de la legitimación activa en la demanda por uso indebido, expresan que […] "la Ley protege al titular de la marca registrada, pero no al solicitante ni al licenciatario" ([336]).

La jurisprudencia ha seguido un camino más permisivo sosteniendo que […] "si bien el art. 38 de la Ley de Marcas sólo concede medidas precautorias a los titulares de marcas registradas, ello no significa en absoluto que el titular de una marca de hecho -efectivamente explotada y a cuyo amparo se ha formado una clientela- carezca por completo de protección frente a una conducta reprochable de un competidor, consistente en el ilegítimo uso de la misma marca para obtener un lucro indebido y desviar la clientela. La propia Ley de Marcas, en su art. 4º, dispone que "*para ejercer el derecho de oposición a su registro o a su uso, se requiere un interés legítimo... del oponente*". De donde se sigue que el titular de una marca "de hecho", en trámite de registro, tiene derecho a reclamar el cese de uso de una marca similar o confundible, lo que claramente significa que a su titular se le ha admitido la posesión de un "interés legítimo", tal como lo exige la ley 22.362" ([337]).

---

[335]. Aracama Zorraquin, Ernesto, *Sobre el concepto de interés legítimo en la ley de marcas*, La Ley, 1989-E, 1116.

[336]. Bertone, Luis E. – Cabanella de las Cuevas, Guillermo, *Derecho de Marcas*, Tomo II, Heliasta, Buenos Aires, 1989, p. 172.

[337]. CNFed. Civ. y Com. , Sala II, 1998/11/24, "*Lionel S.R.L. s/ Medidas cautelares*" Causa Nº 6.080/98 donde cita en apoyo de su fallo la opinión de Otamendi tomada de la obra "*Derecho de Marcas*", Abeledo Perrot, Buenos Aires 1989, p. 13, punto 1. 4 y notas 18/19, que en hipótesis varió el autor en la sexta edición del libro señalado.

La diferencia entre derecho subjetivo e interés legítimo depende del registro de la marca; el trámite de inscripción asigna un derecho en expectativa que se representa como interés para obrar, que por vía de principio, le es suficiente para actuar en el proceso de oposición, siempre que demuestre que la utilización efectuada por un tercero le causa un perjuicio real y concreto, no meramente conjetural o figurado ([338]). En cambio, el titular de la marca no tiene obstrucciones visibles ni pruebas potenciales que verifiquen el daño hipotético. Él es el dueño y le basta con afirmar que existe confusión con el uso por otro de una marca que le pertenece.

Al titular de la marca registrada no se le debe exigir la acreditación de la existencia de un perjuicio concreto para oponerse al uso indebido de la misma, cuestión que sólo deberá probar si reclama, además del cese de uso, una indemnización por daños y perjuicios ([339]).

En ocasiones se señala que la mera titularidad de una marca no determina *per se* el derecho sobre un nombre de dominio que coincida con esa designación, aunque sí constituye un antecedente que, en el supuesto de conflicto, se deberá confrontar con el interés legítimo del titular de dominio invocado de acuerdo con

---

[338]. En el trabajo de Avalle, Damián – Picasso Netri, Lisandro, *Legitimación activa en la demanda por cese de uso marcario,* La Ley, 2005-C, 1309 y ss., muestran el siguiente ejemplo: si el titular de un restaurante en la ciudad de Rosario, que tiene la marca registrada, detecta que un tercero está usando la misma marca para identificar un restaurante en la ciudad de Mendoza, podrá oponerse a su uso sin necesidad de acreditar que dicho uso le genera daño alguno; esto por cuanto ostenta un verdadero derecho subjetivo sobre la misma que le confiere exclusividad. Por el contrario, si el propietario de la casa de comidas de Rosario no tiene la marca registrada, sólo podrá oponerse al uso por parte de su par mendocino en la medida que demuestre que el mismo le está causando un perjuicio con dicho uso (confundiendo al consumidor, desviando clientela, etc.). Es que, en este caso, el usuario del signo marcario tiene sólo un interés legítimo, que no le confiere la exclusividad del mismo. (Esto es puesto de manifiesto por el doctor Otamendi, cuando afirma que "la marca de hecho tiene, pues, un alcance local, o mejor dicho, un alcance determinado por la extensión geográfica de la clientela", en "*Mayor protección para las marcas de hecho*", La Ley, 1999-D, 180 Aunque en principio coincidimos con el prestigioso jurista, entendemos que si se usa una marca de hecho confundible con otra, fuera del ámbito geográfico de la clientela de esta última, igualmente puede perseguirse el cese de su uso si se acredita de todas formas el perjuicio).

[339]. Avalle – Picaso Netri, ob. cit., p. 1310.

las circunstancias de hecho acreditadas en cada caso, sin prescindir de la notoriedad, la intensidad del uso o la aptitud distintiva de la marca opuesta que impida presumir una casualidad milagrosa en su elección por el registrante del dominio, la existencia de una relación entre el titular de la marca y el del dominio, o de una gran cantidad de nombres de dominio registrados por la misma persona que indique una intención de bloqueo para lucrar con su transferencia ([340]).

También el *cesionario de una marca* ([341]) recibe legitimación en la misma medida del derecho que adquiere. La única limitación está en el art. 6 de la ley que dice: "*La transferencia de la marca registrada es válida respecto de terceros, una vez inscripta en la Dirección Nacional de Propiedad Industrial"* ([342]).

Finalmente queda analizar la legitimación de quienes invocan un interés colectivo, como en el caso de "consumidores" que individualizan la marca como un bien de consumo.

---

[340]. CNFed. Civ. y Com. , Sala III, 2006/06/29, "*Tiempo Libre S.A. c. Segurel, Alberto A*.", La Ley Online.

[341]. Resulta improcedente la medida cautelar solicitada por el cesionario de un marca tendiente a que se ordene a los titulares de una marca registrada no innovar ni obstaculizar el uso que de ella viene realizando aquel, pues dicha pretensión importa, bajo pretexto de un procedimiento cautelar, impedir y obstaculizar el ejercicio del derecho de índole constitucional de ocurrir a la justicia para peticionar la defensa de los derechos que se consideren lesionados (CNFed. Civil y Comercial Federal, Sala I, 2008/03/13, "*Lanata, Jorge Ernesto c. Toro, Javier Alberto y otro*", La Ley Online).

[342]. Plantean Avalle- Picasso Nietri la siguiente situación: la del sujeto que ha presentado la transferencia ante la autoridad administrativa pero aún no se ha obtenido su inscripción, y la del cesionario de una marca registrada que directamente no ha efectuado la inscripción de la transferencia. Refiriéndose al primer supuesto, Otamendi cita cierta jurisprudencia que niega toda acción en defensa de la marca a quien no haya obtenido su inscripción, criticando dicha solución y proponiendo que en estos casos el juez debería analizar la documentación que acredite la cesión y verificada su legalidad tener al cesionario como titular (CNFed. Civ. y Com., Sala III, 2002/03/19, "*Alonso, Marcelo Edgardo y otro c. Sánchez, Juan Alfredo*", en Otamendi, ob. cit., p. 145, nota 496). A nuestro juicio –dicen los autores-, en uno y otro caso el cesionario no ostenta un derecho subjetivo, el que adquirirá sólo en el caso que obtenga la inscripción de la transferencia, pero sí un interés legítimo sobre el signo marcario en los términos del art. 4 de la Ley de Marcas. Así lo ha resuelto la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala I, en autos "*Salgado Pérez, José c. Medical Research Laboratories Inc*": "Desde el momento mismo de la cesión o venta de un registro marcario, aunque no se haya hecho la pertinente anotación registral, el interés legítimo se desplaza del cedente al cesionario" (1996/09/24, La Ley, 1997-B, 558). Siendo esto así, estará habilitado para ejercitar las acciones en defensa de su marca, al igual que el titular de un hecho marcario (ob. cit. ps. 310 y ss.)

El artículo 55 de la ley de defensa del consumidor sostiene que: "*Las asociaciones de consumidores y usuarios constituidas como personas jurídicas reconocidas por la autoridad de aplicación, están legitimadas para accionar cuando resulten objetivamente afectados o amenazados intereses de los consumidores o usuarios, sin perjuicio de la intervención de éstos prevista en el segundo párrafo del artículo 58 de esta ley*".

Con este marco y en atención a que los derechos de los consumidores (frente a la confusión directa o indirecta), no pueden quedar librados a la conducta discrecional del titular de la marca, es que se les otorga legitimación para obrar en orden a la defensa específica que persiguen. No la tendrían, en cambio, en los procesos de uso u oposición de marca, donde la confusión referida para admitir legitimación (básicamente el consumo de bienes), no es la misma que promedia en los conflictos entre partes.

206.2 Alcance de las precautorias

Las medidas cautelares que se pueden disponer son el *embargo* y *secuestro* de los objetos con marca en infracción. La ley piensa las precautorias tanto para los procesos civiles como para la investigación penal, lo que tiene importancia merced a los requerimientos individuales que tiene el allanamiento ([343]). Pero, al mismo tiempo, extiende una lectura sesgada que la jurisprudencia tiende a dinamizar aplicando otras prevenciones.

Téngase presente que el otorgamiento de una medida cautelar consistente en la continuación del uso de una marca durante la sustanciación del juicio por cese de oposición, no implica más que la formulación de un juicio provisional, pues

---

[343]. El art. 138 del Cód. Procesal Penal marca la modalidad de actuación de la autoridad preventora frente a actos de imposible reproducción y menciona, entre otros, el secuestro; para tales casos, el precepto exige que los funcionarios de la policía sean asistidos por dos testigos ajenos a la repartición (CN Casación Penal, Sala II, 1999/04/26, "*Huaiquil, Fernando H. y otros*", La Ley, 1999-F, 269 - DJ 2000-1, 154).

en la materia el conflicto no se agota en una mera confrontación teórica o abstracta de las marcas enfrentadas, sino que requiere ponderar el conjunto de circunstancias adjetivas que delimitan la contienda, extremo que sólo será posible al término del proceso luego de que ambas partes hayan tenido amplia oportunidad de prueba y alegato ([344]).

En consecuencia, el sistema cautelar de la ley de marcas es más asegurativo de la fuente, que para resguardar la ejecución futura, por lo cual, el embargo y el secuestro cumplen la primera misión pero no sirven a otros fines.

Se dictan así disposiciones provisionales distintas, como aquélla medida precautoria tendiente a que una empresa cese en la difusión no autorizada de la marca de un competidor a través de un aviso gráfico donde se exponen los productos de ambas compañías -en el caso, botellas de cerveza cuyas etiquetas aparecen ampliadas con un "efecto lupa"-, si por medio de tal publicidad se intenta establecer la idea de que el producto del demandado es superior, con fundamento en inexactitudes relativas a la composición y características del producto del actor -componentes y fecha de vencimiento o consumo preferencial-, pues ello puede inducir a error al consumidor a fin de que, sobre dicha base, efectúe una transacción que de otro modo no habría realizado ([345]).

Además, como la ley de marcas tiene figuras que trabajan como medidas cautelares (v.gr.: art. 50), la extensión se torna viable hacia precautorias como la *medida innovativa*, siempre que den abasto a los presupuestos de verosimilitud del derecho y peligro en la demora ([346]). No obstante, la medida para la admisión trabaja sobre un elemento fáctico distinto que es discrecional del juzgador.

---

[344]. CNFed. Civ. y Com. , Sala I, 2002/10/24, "*Productos Lipo S.A. c. Capullitos S.A.C.I.*", DJ 2003-1, 1077.

[345]. CNFed. Civ. y Com. , Sala I, 2005/05/19, "*Cervecería y Maltería Quilmes c. Casa Isenbeck*", RCyS 2005, 489, con nota de Fulvio G. Santarelli.

[346]. La jurisprudencia señala que, la cautelar solicitada tiene las particularidades de una medida innovativa, respecto de las que se ha señalado que, en el análisis de los presupuestos de admisibilidad, se debe observar un criterio estricto, toda vez que su dictado importa el anticipo de una eventual sentencia favorable, por lo que la verosimilitud del derecho debe surgir de manera

Por eso, suele decirse que es improcedente la medida cautelar innovativa que quiere obtener el cese del uso provisional de las marcas de las firmas tabacaleras competidoras, por considerar la peticionaria que los envases y etiquetas de aquellas constituyen una clara imitación del signo marcario de su propiedad, pues, los aspectos relevantes de cada una de las marcas son visiblemente distintos, y en tanto es un hecho público y notorio que en el mundo de los fumadores las marquillas son generalmente conocidas y resulta altamente improbable que quien está acostumbrado a determinada marca se confunda con otra porque ésta pudiera tener algún rasgo de similitud ([347]).

En suma, el art. 38 que se menciona tiene como destino ordenar, secuencialmente, 1º) el *embargo* de los bienes sobre los que pesa la marca cuestionada; 2º) las cosas o mercaderías se deben individualizar mediante la confección de un prolijo *inventario*, y 3º) de ser necesario para asegurar el resultado de la medida, se practicará el *secuestro*.

Ahora bien, si el conflicto lleva a bienes que corresponden a un fondo de comercio, cabe observar que al mismo pertenecen las instalaciones, mercaderías, nombre y enseña comercial, marca, patentes de invención, dibujos y modelos instrumentales, distinciones honoríficas, derecho al local y valor llave, entre otros. De todos ellos se podrá hacer un inventario y registrar el estado de cada uno; pero hay otros elementos que son intransferibles, como el trabajo personal, el dinero en efectivo que se encuentre en la caja al momento de la entrega de la posesión y los efectos o bienes personales del vendedor. Estos evidentemente, no son objeto del

---

manifiesta de los elementos obrantes en la causa y requiere algo más que un "*fumus bonis iuris*" (CNFed. Civ. y Com. , Sala III, causas 11.829/04 del 22-10-04 y 5004/03 citada; Sala I, causas 52.975/95 del 21-12-95; 4100/99 del 10-8-99 y 2849/00 citada; Sala II, causa 7982, "*The Coca Cola Co. c. Pepsi Cola Argentina SAIC s/ varios prop. industrial*", del 15-9-95 y sus citas). Por lo demás, corresponde precisar que aun cuando el recaudo de la verosimilitud del derecho está influido por la índole del reclamo principal, del que no puede ser desvinculada la media, no es procedente un análisis exhaustivo de las relaciones que vinculan a las partes, cuya índole y extensión han de ser dilucidadas con posterioridad (conf. esta Sala, causa 6272/00 del 27-9-00; Sala I, causa 7438 citada; Sala II, causa 7982 citada), una vez establecido el contradictorio.

[347]. CNFed. Civ. y Com. , Sala II, 2006/11/16, "*Philip Morris Products S.A*.", La Ley Online.

embargo derivado por el conflicto marcario sino acciones que complementan la eficacia de la medida con el secuestro preventivo.

No comparte el criterio Otamendi, para quien […] “solo pueden ser pasibles de ellas (embargo y secuestro) los objetos sobre los cuales esté la marca aplicada. Pueden ser tanto los diversos objetos distinguidos con las marcas en infracción como también los que lleven las marcas como ser etiquetas, cajas, envases, folletos, elementos de promoción y publicidad, etcétera. No proceden estas medidas con respecto a objetos que no tengan la marca aplicada, aunque ésta esté en un cartel cercano a los mismos y se hayan ofrecido a la venta como si llevaran esa marca. Tampoco procede con libros y constancias contables, remitos, órdenes de compra, facturas, etcétera. El art. 41 de la Ley de Marcas aclara que: "*El titular de una marca registrada constituida por una frase publicitaria, puede solicitar las medidas previstas en el art. 38 sólo con respecto a los objetos que lleven aplicada la frase publicitaria en infracción*" ([348]).

Además, como las cautelares en materia de marcas se destinan a un doble efecto: evitar perjuicios al titular del registro y conservar la prueba del delito probable, la práctica conjunta del embargo, secuestro e inventario es lo más aconsejable. Si del acto se toma información de compras y ventas, distribuciones realizadas, depósitos vigentes, etc., el juez podrá ampliar la precautoria y fijar la caución correspondiente.

206.3 Contracautela

El reaseguro del afectado por el embargo y secuestro de los bienes con marca en probable infracción se consigue con la contracautela. Sin embargo no es de aplicación inmediata porque depende del grado de verosimilitud del derecho que acredite el que obtiene la medida y de la solvencia patrimonial que tenga.

---

[348]. Otamendi, ob. cit., ps. 35 y ss.

Sucede que el art. 38, párrafo final de la ley 22.362 dice que el juez "*podrá requerir caución suficiente al peticionario cuando estime que éste carezca de responsabilidad patrimonial para responder en el supuesto de haberse pedido el embargo sin derecho*". Circunstancia que relaciona el precepto con la primera parte del art. 208 del código procesal que hace responsable al que abusa o excede del derecho cautelar que se le confiere.

La similitud, empero, no lleva a simetrías reglamentarias, porque el régimen marcario es una ley especial que deriva la responsabilidad por el abuso en las medidas cautelares al sistema de determinación resarcitorio del código civil. El levantamiento del embargo o la reversión del secuestro se consiguen recién con la sentencia, que es el momento cuando se deduce la actuación con o sin derecho, más allá del estándar de la buena fe que, en el caso, se debe apreciar.

Por eso, el derecho a la indemnización que produce la medida cautelar abusiva no se genera con el levantamiento que sería el hecho *objetivo*, sino con una pauta *subjetiva*, presidida por la noción de culpabilidad genérica por abstención de la conducta debida al conseguir la precautoria. En este aspecto, habrá que indagar especialmente sobre el factor de imputabilidad.

Por otro lado, la singularidad del régimen se integra con el art. 35 de la ley en cita, como veremos de inmediato.

Solo resta decir que, en nuestro parecer, la contracautela es un presupuesto necesario de toda medida cautelar, por lo cual aun siendo notoriamente solvente quien las plantea y obtiene, tiene que prestarla, más allá de la modalidad que judicialmente se ordene conforme el humo de buen derecho ostentado.

206.4 Graduación de la contracautela

La graduación de la contracautela es discrecional. Puede ser juratoria cuando el conflicto no tiene relevancia económica; o ser real a *contrario sensu.* La

jurisprudencia aplica un criterio coincidente, agregando que […] “en los conflictos de índole marcaria, la caución que debe prestarse por el dictado de medidas precautorias debe fijarse teniendo en cuenta, además del derecho invocado por el actor, la trascendencia de la denominación en pugna -en el caso, un nombre de dominio registrado al que no se le había dado uso-, con la consecuente importancia de los perjuicios que pudieran irrogarse” ([349]).

Asimismo se destaca que […] “es procedente la fijación de una caución real -en el caso, dispuesta en una acción por cese de uso de marca- a fin de hacer efectiva una medida cautelar, pues la misma no sólo tiene por finalidad garantizar el efectivo resarcimiento de los daños que se causaren, sino asimismo, su rápida y expeditiva percepción, propósito este último que no tiene adecuada garantía en la caución juratoria ni tampoco en la fianza personal” ([350]).

Sostiene Otamendi ([351]), al que también sigue la jurisprudencia, que una vez fijado el monto de la caución real que del demandado deberá prestar en el plazo que el juzgador fije, si no lo hace, el juez a pedido del demandante ordenará el embargo de la mercadería con la marca en cuestión y la suspensión de su uso, y solo si el demandado así lo pide, el juez fijará una caución al actor.

No compartimos este criterio, porque la contracautela está implícita en la responsabilidad por las medidas cautelares, y si bien es cierto que a mayor verosimilitud (v.gr.: la titularidad de la marca es suficiente para el *fumus bonis iuris*) menores exigencias, la flexibilidad no significa privar al afectado de un resguardo, aunque sea prometido con el juramento personal.

---

[349]. CNFed. Civ. y Com. , Sala I, 2002/10/03, “*Deltaven S.A. c. Publicidad Contacto S.A. y otros*”, La Ley, 2003-C, 91.

[350]. CNFed. Civ. y Com. , Sala I, 2002/09/17, “*FH Producciones S.R.L. y otro c. I Team S.R.L. y otros*”, La Ley, 2003-D, 1007.

[351]. Otamendi, *Derecho de Marcas,* cit., p. 277 (edición 1989).

Quizás sea porque algunos fallos relacionan el caso con lo dispuesto en el art. 35 segundo párrafo de la ley, lo que es independiente y, por tanto, inaplicable en las medidas cautelares.

206.5 La caución del art. 35

El art. 35 de la ley de marcas trae un procedimiento particular que difiere de la caución que se pide al embargante. En el caso, el titular de una marca puede solicitar del demandado que está en el uso y continúa aplicando en sus mercaderías la marca en probable infracción, una garantía para responder por los daños eventuales que produzca la prosecución del uso ([352]).

El juez la podrá conceder atendiendo la apariencia o verosimilitud del derecho de las partes, como por el estudio de los hechos de la causa.

El procedimiento exige como etapa previa intimar al demandado para que manifieste si continuará o no con la explotación y ofrezca las justificaciones que considere menester además de ofrecer prueba.

Cumplido, se fijará el monto de la garantía teniendo en cuenta no sólo los perjuicios posibles de producción por la permanencia en el uso de una marca comercial que no le pertenece como titular registrado, sino también, considerando la actividad que se desarrolla y el tiempo probable que la causa pueda insumir.

Obsérvese que no es necesario ponderar la solvencia económica de las partes porque la caución atiende otros objetivos; a tal punto que se ha dicho que […] "no deberían ser considerados en la fijación de la caución suficiente aquellos

---

[352]. La caución exigida a la demandada guarda un objeto diverso al de la que se establece a favor de la actora, en el marco del art. 35 de la ley de marcas, pues mientras ésta última se encuentra dirigida a asegurar el resarcimiento de los perjuicios que le podría producir la continuación del uso de la marca o designación por parte de la accionada, la contracautela solo está dirigida a resguardarla de los daños que pudiera producirle la actitud de cesar en el uso de la marca o designación cuestionada o la obligación de caucionar (CNFed. Civ. y Com. , Sala III, 1998/11/03, *"Inversora Lumirt SA c/ García Agustín s/ cese de oposición al registro de marca",* La Ley Online.

eventuales perjuicios o costos que no tienen relación directa y causal con el cumplimiento de la orden de suspensión de la explotación y embargo de los objetos en infracción, sino que con consecuencia de decisiones adoptadas en forma discrecional y unilateral por la afectada frente a la existencia de tal orden. Asimismo, en la fijación de tal <*caución suficiente*> no debe ser perdido de vista el derecho aparente de las partes [sin que ello llegue al extremo de un análisis exhaustivo de las relaciones que vinculan o de las circunstancias <adjetivas> que enmarcan al pleito, impropio en el estado inicial en que se encuentra], como tampoco que lo establecido en el segundo párrafo del art. 35 de la ley de marcas, comporta una secuela de denominado incidente de explotación que tiene origen en la propia conducta del demandado, quien habiendo con anterioridad anticipado su voluntad de no interrumpir el uso de la marca y haber provocado con ello la fijación de una caución real para poder continuar con la explotación, finalmente no la presta, dando lugar a las medidas consiguientes" ([353]).

206.6 Mejora o sustitución de la contracautela

Trabado el embargo y comprobada su insuficiencia, se pueden requerir ampliaciones u otras medidas cautelares. A la inversa, si las mercaderías afectadas son de gran valor y el uso de marca no se presenta con la evidencia que se dijo al demandar, se puede exigir una contracautela mayor y si no se presta, el juez podrá levantar a medida.

En ambos supuestos, el tribunal puede actuar de oficio.

206.7 Caducidad de la medida cautelar. Mediación obligatoria

Obtenida la cautelar, quien la efectiviza tiene quince (15) días hábiles para deducir la demanda correspondiente. El transcurso del plazo no provoca la

[353]. CNFed. Civ. y Com. , Sala III, 1995/07/07, "*Roemmers SAICF c/ Dupomar SACIF especialidades medicinales s/ cese de uso de marca*", La Ley Online.

caducidad automática de la medida, que en su caso, debe requerirla el dueño de los objetos embargados o secuestrados ([354]).

El art. 40 de la ley 22.362 prevé que sólo se computan los días hábiles a partir de la traba de la medida cautelar (arg. art. 207, del Código Procesal), es decir que el "*dies a quo*" del plazo comienza a correr desde que la medida se ha hecho efectiva ([355]). Esta figura describe una actitud omisiva de parte de quien obtuvo una medida de las previstas en la ley, y es precisamente tal conducta la que la norma procura sancionar a fin de evitar que el proceso cautelar se convierta en un instrumento de presión sobre el destinatario de aquéllas.

La etapa obligatoria de mediación instaló algunas dudas sobre el tiempo concreto que debía ser cumplido. Algunos pensaron que los quince días eran para dar comienzo a la etapa negociadora. Por ello se dijo que, al resultar exigible el sometimiento de la cuestión sustancial al trámite previo de la mediación, no es posible iniciar la acción judicial contemplada en el art. 40 citado sin haber instado aquella vía alternativa de resolución de los conflictos. Así como la ley 22.362 sujetó la supervivencia de las medidas cautelares marcarias a la iniciación del juicio, no es justo desconocer un efecto equivalente respecto del comienzo de la etapa mediadora -en la medida de que sea ejercida dentro del plazo de quince días- pues constituye un recaudo legal previo para la iniciación de aquél ([356]).

Por otra parte, se recuerda que las medidas cautelares caducan con las reglas del art. 207 del código procesal, es decir, de pleno derecho, sin necesidad de petición de parte, mientras que en el supuesto comprendido en la ley de marcas (art. 40, ley 22.362) es preciso que el dueño de los objetos embargados

---

[354] . Cfr. art. 40 Ley 22.362.

[355]. CNFed. Civ. y Com. , Sala III, 1997/10/15, "*Muriado, Marcelo y otros s/ medidas cautelares*", La Ley Online.

[356]. CNFed. Civ. y Com. , Sala I, 2001/02/04, *Mayo,Marcos Daniel c/ Pelikan SA s/ incidente de apelación*", La Ley Online.

o secuestrados solicite que la medida sea dejada sin efecto, como se dijo con anterioridad.

De este modo –se afirma- "la acción sustancial está alcanzada por la mediación previa obligatoria a todo juicio (art. 1, ley 24.573). Por lo tanto, del juego armónico de las disposiciones legales, y de una razonable y congruente interpretación, se deriva que luego de trabada la cautelar, para que ella mantenga su vigencia debe iniciarse el trámite de mediación; empero, dicho inicio corresponde concretarlo una vez agotadas las instancias recursivas ordinarias respecto de la medida cautelar decretada (conf. art. 2, inc. 6, ley 24.573; Rebón, H. S., "*Medidas cautelares. Diligencias preliminares. Prueba anticipada y mediación*", LL-1997-A-1006; Kielmanovich, J. L., "*Caducidad de las medidas cautelares y mediación*", JA-1999-II-1036; De los Santos, M. A., "*Aspectos procesales de la ley de mediación y conciliación 24.573*", JA- 1996-III-683), habida cuenta de que la ley 24.573, por haber sido sancionada con posterioridad, debe interpretarse como modificatoria, en este aspecto, de las disposiciones del Código Procesal. Y ponderando que: *a)* el trámite de mediación previa obligatoria fue iniciado con anterioridad al agotamiento de las instancias recursivas de este proceso de medidas cautelares y *b)* la acción principal fue deducida dentro del plazo de diez días fijado en el art. 207, Código Procesal, contados a partir de la suscripción del acta de cierre de la mediación fallida (conf. afirmación del a quo que no se halla discutida), corresponde confirmar el rechazo de la caducidad" ([357]).

Para nosotros el problema se resuelve aplicando la solución encontrada para la caducidad del art. 207 del código procesal. En efecto, desde la vigencia de la ley 24.573 la presentación del formulario de mediación debe hacerse en el plazo que las leyes respectivas indiquen (diez días contados a partir del agotamiento de

[357]. CNFed. Civ. y Com. , Sala II, 2001/07/11, *"Bodega Navarro Correas SA s/ medidas cautelares",* La Ley Online.

las instancias recursivas ordinarias en relación a la medida cautelar del código ritual; quince días en la ley 22.362).

Esta evidente relación entre la ley de mediación -en particular el art. 2º- y el régimen adjetivo, lleva a situar el sistema cautelar en una dimensión distinta de las cuestiones que deben transitar por la etapa obligatoria legalmente dispuesta. Y es una consecuencia lógica que lleva a sostener que la conciliación que ordena la Ley 24.573 no es exigible a la luz de lo dispuesto en el art. 207 del Código Procesal, en tanto ello importaría desvirtuar la esencia de toda medida cautelar al poner el futuro demandado en conocimiento anticipado de la pretensión que esgrime su contraria.

Criterio ratificado en varios fallos, donde se reitera que, en los supuestos comprendidos en el régimen de la mediación obligatoria la habilitación de dicha instancia queda postergada hasta que haya quedado consentida o ejecutoriada la traba de la cautela, y a partir de allí comienza a computarse el plazo para acudir a la mediación ([358]).

Hay una suspensión del curso del plazo de caducidad, pero, una vez concluida la mediación, el plazo vuelve a computarse desde que el mediador expida el acta con la constancia de que no se llegó a acuerdo alguno. Criterio similar al que establece que, el plazo de caducidad del art. 207 deja de correr mientras subsista la etapa de mediación obligatoria, pues la imposibilidad del actor de interponer en término la demanda, determinaría la inicuidad de admitir la operatividad del plazo de extinción ([359]).

---

[358]. CNCiv., Sala I, 1998/10/01, "*F., M. E. c. B., E.",* La Ley, 1999-F, 790 [42.220-S] - JA, 1998-IV-490.

[359]. Es improcedente el levantamiento de la medida cautelar dispuesta en los términos del art. 40 de la ley 22.362 si el peticionante de la medida inició dentro de los 15 días que prevé la citada norma el proceso de mediación pues ello es demostrativo de una actitud no elusiva por parte de éste, finalidad perseguida por la ley al tratar de evitar que el proceso cautelar se convierta en un instrumento de presión sobre su destinatario (CNFed. Civ. y Com. , Sala I, 2001/04/05, "*Mayo, Marcos D. c. Pelikan S.A.*", DJ 2001-3, 524 - La Ley, 2001-F, 473).

207. Las medidas cautelares en la propiedad industrial

En materia de propiedad industrial (patentes en todas sus manifestaciones) reglamentan la ley 24.481 (arts. 83 y ss.) y el artículo 50 del Acuerdo TRIPs –sobre aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio- un conjunto de medidas, de tipo cautelar, por las cuales se concede a los titulares de derechos de propiedad industrial, una protección especial que le facilita a los jueces ordenar rápidamente (inclusive, sin oír al afectado por la medida) acciones provisionales o anticipatorias, de tipo preventivo y asegurativo, tendientes a evitar que los derechos amparados queden sin una defensa rápida y efectiva, y expuesta al dilema del retardo natural del proceso común.

El sistema, también lamado ADPIC o GATT-TRIPs ("GATT", por "*general Agreement on Tariffs and Trade*"; "ADPIC" por "*Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio*", y "TRIPS" por "*Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*") fue aprobado en nuestro país por la ley 24.425 y reformada en cuanto aquí interesa por a ley 25.859.

El *Acuerdo ADPIC* es un tratado internacional con jerarquía constitucional que se agrega al derecho interno obligando al juez a aplicar sus disposiciones bajo el riesgo de inconstitucionalidad por la omisión.

Asimismo, la jurisprudencia tiene dicho que tales normas de interpretarse y aplicarse de modo armónico con las disposiciones del Código Procesal que requieren para la adopción de cualquier medida cautelar el cumplimiento de los requisitos de verosimilitud del derecho, peligro en la demora y depósito de una caución suficiente.

Durante muchos años rigió en nuestro país la ley 111 (1864-1995) cuya única protección cautelar fue, en materia de marcas y patentes, el llamado

"incidente de explotación" regulado en el art. 58 después actualizado en el art. 87 de la Ley de Patentes (ley 24.481).

“El incidente de explotación demostró ser sumamente ineficaz en la práctica. En particular, la posibilidad que otorga el Código Procesal de ofrecer un seguro de caución, y el por todos conocido deficiente control en cuanto a la solvencia de las compañías de seguros por parte de la de la Superintendencia de Seguros de la Nación, posibilitaba que en la práctica el titular de la patente, luego de años de litigio, tuviera que conformarse con una sentencia de daños y perjuicios a ejecutar contra un demandado insolvente o una compañía de seguros también insolvente” ([360]).

En 1995 entraron en vigencia los mencionados acuerdos, y con el art. 50 los jueces pudieron "*ordenar la adopción de medidas provisionales rápidas y eficaces*" destinadas a "*evitar que se produzca la infracción*" y en particular a "*evitar que las mercancías ingresen en los circuitos comerciales*".

Explica Bensadón que […]: “El mismo artículo 50 habilita a los jueces a dictar las medidas *inaudita parte* cuando ello sea conveniente y en particular cuando exista la probabilidad de cualquier retraso cause un daño irreparable al titular de los derechos o cuando haya un riesgo demostrable de destrucción de pruebas. En caso de que se haya adoptado la medida cautelar *inaudita parte*, el demandado deberá ser notificado sin demora después de ponerlas en aplicación. Para otorgar esas medidas, el peticionante deberá aportar la prueba que convenza al juez con un grado suficiente de certidumbre de que: (a) el demandante es el titular del derecho (lo cual se acredita con el título de la patente); y que (b) su derecho es objeto o va a ser objeto inminentemente de infracción. También puede exigirle el juez al peticionante cualquier otra información necesaria para la identificación de las mercancías de que se trate. Además requiere el inc. 3 del

[360]. Bensadón, Martín, *Patentes de invención: las medidas cautelares y la inversión de la carga de la prueba luego de la reforma de la ley 25.859,* La Ley, 2004-D, 1355.

artículo 50 del TRIPS que el demandante que aporte una fianza o garantía equivalente que sea suficiente para proteger al demandado y evitar abusos. Finalmente, dispone el inc. 7 del art. 50 del TRIPS que: "e*n los casos en que las medidas provisionales sean revocadas o caduquen por acción u omisión del demandante, o en aquellos casos en que posteriormente se determine que no hubo infracción o amenaza de infracción de un derecho de propiedad intelectual" podrá condenarse al demandante a pagar "una indemnización adecuada por cualquier daño causado por esas medidas*" ([361]).

El régimen de la ley 24.481 permite al titular de la patente, que acredite con el título de ella o del certificado de modelo de utilidad, solicitar bajo las cauciones que el juez estime necesarias, las siguientes medidas cautelares: *a)* El secuestro de uno o más ejemplares de los objetos en infracción, o la descripción del procedimiento incriminado; y *b)* el inventario o el embargo de los objetos falsificados y de las máquinas especialmente destinadas a la fabricación de los productos o a la actuación del procedimiento incriminando.

Para que se ordenen esas medidas hay varias condiciones que abastecer. Ellas son: […] "*a)* Que exista una razonable probabilidad de que la patente, si fuera impugnada de nulidad por el demandado, sea declarada válida; *b)* que se acredite sumariamente que cualquier retraso en conceder tales medidas causará un daño irreparable al titular; *c)* que el daño que puede ser causado al titular excede el daño que el presunto infractor sufrirá en caso de que la medida sea erróneamente concedida; *d)* que exista una probabilidad razonable de que se infrinja la patente; *e)* que, previamente a concederse una medida cautelar, se designe a un perito oficial para que se expida sobre los puntos *a)* y *d)*, es decir, validez de la patente y existencia de infracción, en un plazo de quince días; f) que antes de hacerse efectiva la medida se ordene al solicitante que aporte una fianza

[361]. Bensadón, *Patentes de invención: las medidas cautelares y la inversión de la carga de la prueba luego de la reforma de la ley 25.859*, cit., p. 1356.

o garantía equivalente que sea suficiente para proteger al demandado y evitar abusos.

“Además, dispone el art. 83 que si se cumple con esos requisitos la medida cautelar se concederá *inaudita altera parte "en casos excepcionales, tales como cuando haya un riesgo demostrable de destrucción de pruebas"* ([362]).

Las medidas que trata el artículo 83 referido serán practicadas por el oficial de justicia, asistido a pedido del demandante por uno o más peritos. El acta será firmada por el demandante o persona autorizada por éste, por el o por los peritos, por el titular o encargados en ese momento del establecimiento y por el oficial de justicia (art. 84).

El que tuviere en su poder productos en infracción deberá dar noticias completas sobre el nombre de quien se los haya vendido o procurado, su cantidad y valor, así como sobre la época en que haya comenzado el expendio, bajo pena de ser considerado cómplice del infractor. El oficial de justicia consignará en el acta las explicaciones que espontáneamente o a su pedido, haya dado el interesado (art. 85).

Las medidas enumeradas quedarán sin efecto después de transcurridos quince (15) días sin que el solicitante haya deducido la acción judicial correspondiente, sin perjuicio del valor probatorio del acta de constatación, y de lo ya dicho respecto a la suspensión que produce la ley 24.573 de mediación obligatoria.

El demandante cuando no hubiere obtenido alguna de las medidas cautelares reseñadas, podrá exigir caución al demandado, para no interrumpirlo en la explotación del invento, en caso de que éste quisiera seguir adelante con ella, lo que constituye una variación respecto a la ley de marcas.

---

[362]. Bensadón, *Patentes de invención: las medidas cautelares y la inversión de la carga de la prueba luego de la reforma de la ley 25.859*, cit., p. 1357.

La jurisprudencia que aplica los acuerdos internacionales a tono con la ley 25.859 de reformas a la ley de patentes, se muestra constante con la prédica de armonía entre los requisitos especiales y los del sistema procesal, que, en definitiva, no son muy distantes.

En tal sentido, la *verosimilitud* basada en el título no es bastante cuando el conflicto es complejo o exige de un tecnicismo de esclarecimiento solo factible en un proceso más amplio. En particular, las patentes de procedimientos y en cierta medida, las de formulaciones, son las que ofrecen mayor dificultad ([363]).

En la práctica, la cobertura del *fumus bonis iuris* se desenvuelve en los límtes de la probabilidad cierta, o en "grado suficiente de certidumbre" (en los términos del art. 50.3 del ADPIC), que es un estándar muy superior al de acreditar el humo de buen derecho.

De este modo se afirma que […]: “Correlativamente, la aproximación a la certidumbre impregna su rigor a los medios probatorios acompañados para fundar la verosimilitud. Actualmente, en la medida en que existan informes técnicos, acompañados por la actora en la demanda y por la contraparte —si así se dispuso— que contengan afirmaciones contradictorias se vuelve "de imprescindible necesidad" (el ofrecimiento y) "la producción de un dictamen pericial" que forme la convicción del juzgador. Este requisito surge además cuando el demandado niega la infracción o aduce la nulidad de la patente, controvirtiendo en derecho del actor. La prudencia de los jueces está sometida a la evaluación de complejos documentos como los certificados de comercialización de medicamentos emitidos por la ANMAT, tanto del actor como del demandado; disposiciones ANMAT que aceptan la bioequivalencia entre las especialidades en disputa; los títulos de patentes, como así también, los certificados de análisis físico

[363]. Cantafio, Fabio Fidel, *Análisis de la jurisprudencia sobre las medidas cautelares en materia de protección de información confidencial y de patentes de medicamentos,* La Ley, 2007-C, 849.

químicos (como las cromatografías, análisis por difracción de Rayos X de estructuras cristalinas, etc.)" ([364]).

Cabe agregar que estos estándares son mínimos, vale decir que sólo queda en manos de los Estados Miembros la posibilidad de legislar por encima de ellos ([365]).

208. Las medidas provisionales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Las medidas cautelares que se pueden disponer en el sistema interamericano de protección a los Derechos Humanos, provienen del Reglamento de la Comisión (art. 25). Ellas son de diverso carácter, porque tienen finalidades *preventivas* (de protección a las personas), *conservatorias* (inspecciones, visitas *in loco*), y *asegurativas* (resguardas bienes, cosas o lugares).

El precepto introduce la posibilidad de "*adoptar medidas cautelares para evitar daños irreparables a las personas*", que por su amplitud, excede largamente la finalidad precautoria, para convertirse en decisiones precautorias, de carácter extraordinario, destinadas a la protección de bienes o personas sobre las cuales ha de actuarse con urgencia. Incluso de no estar reunida la Comisión, su Presidente está facultado para tomar la decisión de otorgarlas.

El Reglamento no especifica cuales son esas medidas, las que pueden ser de protección de personas (testigos, denunciantes, víctimas, etc.) y concretarse

---

[364]. Cantafio, ob. cit. en nota anterior.

[365]. Kors, Jorge A., "*Medidas cautelares en materia de propiedad industrial. Legislación, doctrina y jurisprudencia*", JA, 2000-IV-833.

mediante la guardia o custodia ([366]), o para mejorar la investigación sobre el caso denunciado, y también para lograr una mejor visualización sobre la denuncia.

En cambio, no son “medidas cautelares” sino *provisionales,* las que la Corte Interamericana de Derechos Humanos resuelve de oficio, o a petición de parte. Pero como la Comisión también puede solicitarle la adopción de dichas medidas en relación con casos que aún no se le hayan elevado o que estén siendo conocidos por la propia Comisión, las decisiones de uno u otro organismo del sistema, se complementan.

Existen diferencias y semejanzas entre *medidas cautelares* y *medidas provisionales*. Las primeras corresponden a facultades de la Comisión y son por ello aplicables a todo tipo de peticiones o comunicaciones, de modo que se pueden disponer a todos los Estados miembros de la OEA. Las medidas provisionales en cambio, sólo resultan procedentes respecto de Estados partes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos que a su vez hayan reconocido la competencia de la Corte Interamericana. Ello es así por dos razones: 1º) Porque están previstas en el texto de la Convención cuyas disposiciones solo pueden aplicarse a los Estados que la han ratificado y 2º). No podría la Corte tener ningún tipo de intervención en relación con un Estado que no hubiere aceptado su competencia.

Otra diferencia es el momento en que pueden implementarse, pues las *cautelares* son procedentes en cualquier circunstancia en que la Comisión lo considere necesario, en tanto las *provisionales* son dispuestas por la Corte en relación con los asuntos en que se encuentra conociendo y solo excepcionalmente (si se lo solicita la Comisión) en los casos que aún no le han sido sometidos a estudio.

---

[366]. Muy interesante es el caso de *Digna Ochoa* , en el que la Corte había dispuesto medidas provisionales en protección de la víctima, defensora de los derechos humanos en México y de otras personas, que habían sido amenazadas de muerte por sus actividades. Se dispuso una custodia que duró varios meses. Las medidas fueron eficaces mientras duraron, siendo levantadas en agosto de 2001. En octubre de 2001 Digna Ochoa fue asesinada.

También se muestran distintas en la *obligatoriedad*, pues mientras las cautelares son meras recomendaciones, las provisionales dispuestas por la Corte son de cumplimiento forzoso para el Estado.

Son similares en cambio en lo que hace a su propósito, que es proteger a las personas evitando que se consumen daños que no puedan luego ser reparados. Además ambas deben ser transitorias.