

de otro proceso (definitivo) para declarar la existencia de acciones cautelares, y así como el cumplimiento o de ejecución de esas acciones de ese carácter.

Si bien ese concepto es esencialmente comparado por parte de la doctrina moderna, esta se refiere al hecho de que en el momento de iniciarse el proceso, según se verá en el capítulo siguiente, el juez debe tener presente la circunstancia de que el cumplimiento de la sentencia puede verse afectado por una (incógnita) de naturaleza jurídica o de hecho, al margen de su contenido.

## MEDIDAS CAUTELARES EN GENERAL

Por **LINO ENRIQUE PALACIO**  
Miembro de los Institutos Argentino  
e Iberoamericano de Derecho Procesal.

### 1. PROCESO CAUTELAR

a) Dado que la satisfacción instantánea de cualquier pretensión resulta materialmente irrealizable, el legislador ha debido contemplar la posibilidad de que, durante el lapso que inevitablemente transcurre entre la iniciación de un proceso y el pronunciamiento de la decisión final, sobrevenga cualquier circunstancia que imposibilite o dificulte la ejecución forzada o torne inoperantes los efectos de la resolución definitiva, lo que ocurriría, entre otros casos, si desapareciesen los bienes o disminuyese la responsabilidad patrimonial del presunto deudor, se operase una alteración del estado de hecho existente al tiempo de interponerse la demanda, o se produjese un daño irreparable a la integridad física o moral de las personas.

A conjurar ese tipo de riesgos obedece la institución de las diversas medidas que pueden requerirse y disponerse dentro del denominado **proceso cautelar**, cuya finalidad se reduce a asegurar la eficacia práctica de la sentencia o resolución que debe recaer en otro proceso, ya que como bien lo observa Devis Echandía por rápido que éste se adelante "la situación que se quiere corregir subsiste, con sus daños consiguientes" y "de ahí la necesidad de buscarle una solución preventiva, provisional, que pueda tener ocurrencia antes que el proceso se inicie o después y mientras concluye su trámite"<sup>(1)</sup>.

b) Expresa CARNELUTTI que "cautelar se llama al proceso cuando, en vez de ser autónomo, sirve para garantizar (constituye una cautela para) el buen fin

(1) Devis Echandía, *Nociones generales de derecho procesal civil*, Madrid, 1966, pág. 143.

de otro proceso (definitivo)<sup>(2)</sup> pudiendo ser este último contencioso o voluntario, de conocimiento o de ejecución.<sup>(3)</sup>

Si bien ese concepto es esencialmente compartido por parte de la doctrina moderna<sup>(4)</sup>, dista de mediar al respecto un criterio uniforme y lo mismo ocurre, según se verá, en el ámbito de la legislación procesal.

Algunos autores, en efecto, sin perjuicio de recurrir también al empleo de otras denominaciones, se refieren a una "acción cautelar o asegurativa"<sup>(5)</sup>, a la que CHIOVENDA y quienes adhieren a su pensamiento llaman "mera acción" en tanto compete a quien la ejerce como un poder actual, es decir aún antes de mediar la certeza de que el derecho cautelado o asegurado realmente exista.<sup>(6)</sup> Esta concepción es desestimada por quienes se hallan enrolados en la tesis unitaria de la acción<sup>(7)</sup> y por aquéllos que no conciben que ésta pueda independizarse de la acción tendiente al pronunciamiento de mérito<sup>(8)</sup> o consideran que los diversos tipos de acciones no son más que accesorios o premisas de las resoluciones cuyo dictado se persigue a través de su ejercicio.<sup>(9)</sup>

En mi opinión, no siendo la acción otra cosa que una de las especies en que se manifiesta el derecho constitucional de peticionar ante las autoridades y,

(2) *Instituciones del proceso civil* (trad. Sentís Melendo), Buenos Aires, 1959, t.I, pág. 86.

(3) *Op. y loc.* citados en la nota precedente. La doctrina, en general, vincula al proceso cautelar con los de conocimiento y de ejecución, más no con los voluntarios. Si bien no se trata de un criterio correcto, es explicable en razón de las más reducidas posibilidades con que las medidas cautelares son susceptibles de decretarse en relación con este último tipo de proceso.

(4) Véase Fairén Guillén, *La reforma del proceso cautelar español*, en *Temas del ordenamiento procesal*, Madrid, 1969, t. II, pág. 898; Herce Quemada, *El proceso cautelar*, en *Revista de Derecho Procesal*, Madrid, 1966, t. IV, octubre-diciembre, pág. 11; De Miguel y Alonso, *Notas sobre el proceso cautelar*, en *Revista de Derecho Procesal*, Madrid, 1966, t. IV, octubre-diciembre, pág. 87; Reimundín, *Código procesal civil y comercial de la Nación*, Buenos Aires, 1970, pág. 381; Lugo, *Manuale di diritto processuale civile*, Milán, 1955, pág. 335.

(5) Chiovenda, *Principios de derecho procesal civil*, t.I, pág. 279; Della Rocca, *Istituzioni di diritto processuale canonico*, Turín, 1946, pág. 27; Liebman, *Manuale di diritto processuale civile*, Milán, 1955, t.I, pág. 91; Satta, *Diritto processuale civile*, 5ª ed., Padua, 1957, pág. 575; Costa, *Manuale di diritto processuale civile*, Turín, pág. 50; Zanzucchi, *Diritto processuale civile*, Milán, 1947, t. I, pág. 151; Lugo *op. cit.* pág. 335.

(6) Chiovenda, *op. cit.*, pág. 280; Costa, *op. y loc.* citados en la nota precedente; Zanzucchi, *op. cit.*, pág. 152.

(7) Podetti-Guerrero Leconte, *Tratado de las medidas cautelares*, 2ª ed., Buenos Aires, 1969, pág. 18; Di Iorio, *Nociones sobre la teoría general de las medidas cautelares*, en *La Ley*, 1978-B, pág. 825.

(8) Véase Redenti, *Diritto Processuale civile*, Milán, 1952, t. III, pág. 53, donde considera "aberrante la configuración de una acción —derecho al pronunciamiento de providencias cautelares, diversa, distinta e independiente de la acción tendiente al pronunciamiento de la providencia final de mérito".

(9) Calamandrei, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padua, 1936, pág. 4.

por ende, un simple supuesto de la actividad procesal, previo a ella, debe desecharse la existencia de acciones cautelares y admitirse, en cambio, la de **pretensiones** de ese carácter.

Otros autores, entre los que se destaca CALAMANDREI, ponen el acento en la circunstancia de que el acto judicial mediante el cual se dispone una medida cautelar exhibe, al margen de su contenido (de declaración o de ejecución), una característica constante que está dada por el hecho de que sus efectos tienen necesariamente una limitación temporal en tanto se agotan, cumpliendo dicho acto su finalidad, en el momento en el cual recae sentencia sobre el mérito de la controversia o del asunto. Hablan, por ello, de "providencias cautelares"<sup>(10)</sup>.

El resto de la doctrina, entre la que se encuentra la mayoría de los procesalistas argentinos, utiliza la designación de "medidas cautelares" o "precautorias", en coincidencia con la terminología que emplea la casi totalidad de los códigos vigentes en la República.<sup>(10 bis)</sup>

c) Aunque, desde un punto de vista teórico y práctico, la caracterización de la materia examinada bajo el rótulo de "medidas" o "providencias" cautelares no resulta en modo alguno desdeñable, el criterio que preside tales denominaciones no se opone, a mi juicio, a la existencia de un verdadero **proceso cautelar**, ya que si bien éste carece de autonomía con respecto al proceso principal cuya eficacia garantiza, la tiene, sin embargo, en el ámbito conceptual, incluso con entidad suficiente para justificar su regulación legal —como lo ha hecho, v. gr., el código brasileño<sup>(11)</sup> en el mismo rango que se otorga a los restantes tipos de procesos,

(10) Calamandrei, *op. cit.*, pág. 15. También aluden a las "providencias cautelares", sin perjuicio de utilizar otras denominaciones Micheli, *Curso de derecho procesal civil* (trad. Sentís Melendo), Bs. As., 1970, t. I, pág. 77; Costa, *Manuale*, cit., pág. 50; Zanzucchi, *op. cit.*, pág. 151; Lugo, *Manuale*, cit., pág. 335 y otros. También el Código Nacional argentino, y los ordenamientos procesales que se le adaptaron, en algunas disposiciones se refieren a las "providencias cautelares" (v. gr., arts. 195 y 498, inc. 5°).

(10 bis) Así Artebaro, (*Medidas cautelares en el Código de Procedimientos Civiles de la Provincia de Santa Fe*, en *Boletín del Instituto de Derecho Procesal* (Universidad Nacional del Litoral), 1949, t. I, pág. 92); Alsina, (*Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, 2ª ed., t. V, pág. 447); Colombo, (*Código Procesal Civil y Comercial de la Nación anotado y comentado*, t. II, pág. 195); Ottolenghi, (*Medidas precautorias*, en *Estudios de derecho procesal en honor de Hugo Alsina*, 1946, pág. 505) y Spota, (*Medidas precautorias*, en *Estudios de derecho procesal en honor de Hugo Alsina*, pág. 653); Podetti, asimismo, expresa que prefirió, "siguiendo la práctica más generalizada, llamarlas *medidas*, designación que da idea del objeto y del resultado. "Si bien —prosigue— el vocablo significa decisión, su sentido es más amplio que el dado a decisión o resolución judicial, porque indica algo que se cumple. *Tomar medidas* para reparar o solucionar una dificultad, no implica solamente decidir sino ponerlo en ejecución" (*op. cit.*, pág. 14).

(11) Dicho Código dedica sendos libros al proceso de conocimiento, al proceso de ejecución, al proceso cautelar, a los procedimientos especiales y a las disposiciones finales y transitorias.

aunque no con el alcance exageradamente amplio que propicia un sector de la doctrina al que nos referimos más adelante.

No me parecen atendibles los reparos que se han formulado para desechar o restringir la mencionada autonomía del proceso cautelar. Sobre la base de un criterio estrictamente formal, en el que hace hincapié CALAMANDREI<sup>(12)</sup>, el proceso cautelar exhibe, por lo pronto, una peculiar estructura que la distingue de los otros tipos de procesos, sin que sea óbice a ello la circunstancia de que ciertas medidas (no procesos) de índole cautelar puedan disponerse, incluso de oficio, sin mayores recaudos previos y en forma semejante a la que se adopta para dictar cualquier resolución ordenataria (v. gr., art. 629 del Cod. Proc. Nac. argentino y ordenamientos provinciales concordantes).

PODETTI, por su parte, expresa que "no existe un proceso cautelar específico" y agrega que "solamente podría hablarse de autonomía cuando la medida se impetra separadamente del proceso donde se actuará el derecho"<sup>(13)</sup>.

Pero ese criterio es en mi entender objetable porque atiende exclusivamente a una mera contingencia que no repara en la estructura del proceso cautelar, y, aún dentro de los términos en que aparece enunciado, no computa el hecho de que, se soliciten antes o después de la interposición de la demanda mediante la cual se inicia el proceso principal, las medidas cautelares tramitan, como regla, en expediente separado (v. gr., art. 197, apartado cuarto, del Cod. Proc. Nac. argentino).

Desde luego que no sólo es la estructura que la ley imprime al proceso cautelar la única circunstancia que justifica su autonomía, ya que atendiendo a ese punto

(12) Este autor, tras señalar que "el proceso, entendido como una serie de actos preparatorios que conducen al acto jurisdiccional, no tiene en sí mismo otra función que la consistente en preparar aquella providencia del juez mediante la cual (y no a través de los actos procesales) se explica la función jurisdiccional", agrega que "se puede ciertamente hacer una clasificación de los procesos, considerados en sí mismos independientemente de los efectos sustanciales producidos por la providencia a que tienden cuando se toma como base un criterio estrictamente formal, atinente a la figura externa que pueden revestir, por el modo de expresión y por el orden según el cual son dispuestas en serie las diversas actividades de las que el proceso se compone (proceso oral y proceso escrito, proceso ordinario y proceso sumario; etc.)".

(13) *Op. cit.*, pág. 19. Si bien se hace cargo de la circunstancia apuntada en el texto, Di Iorio (*op. cit.*, pág. 826) niega la autonomía del proceso cautelar sosteniendo que "siempre se tratará de actuaciones procesales íntimamente vinculadas a un proceso principal. Y esto es así cuando la actividad cautelar se practique con anterioridad o contemporáneamente con dicho proceso, o dentro de él y por vía de incidente"; agregando: "Tales medidas luego de promovido el proceso tendrán carácter incidental, y las concedidas antes de la deducción del proceso, como habrán de insertarse en éste una vez iniciado, adoptan el carácter de incidentes anticipados del proceso principal; lo cual niega la autonomía como proceso". La argumentación no nos parece convincente por cuanto las medidas cautelares no se hallan sujetas al trámite de los incidentes y éstos, por otra parte, pueden suscitarse durante el trámite del proceso cautelar.

de vista se llegaría a la inadmisibile conclusión de que también configuran procesos autónomos los incidentes, las diligencias preliminares de los procesos de conocimiento y las medidas preparatorias del juicio ejecutivo. Ocurre, en efecto, que la estructura que exhibe el proceso cautelar obedece a la **superficialidad** que viene impuesta al conocimiento judicial, pues las diversas medidas con las que puede aquél culminar requieren simplemente, según se verá más adelante, la previa justificación de la **aparencia o verosimilitud** del derecho invocado (**fumus boni iuris**) y del peligro en la demora (**periculum in mora**).

Consideramos que ese tipo de limitación cognoscitiva —que obedece a la necesidad de anticipar la tutela del derecho invocado, incide en otros caracteres del proceso cautelar y no se presenta en ninguna otra clase de procesos— configura una nota suficientemente significativa para propiciar la autonomía de aquél, sin perjuicio de reconocer la existencia de ciertas medidas cautelares que no se insertan en un proceso autónomo de esa índole.

## **2. REQUISITOS DE LA PRETENSION CAUTELAR**

### **2.1. Desarrollo del tema**

a) La pretensión cautelar se halla básicamente sujeta a los mismos requisitos exigibles a toda pretensión procesal, los que son extensivos a la petición extracontenciosa que revista aquel carácter.

Tales requisitos, pueden ser de **admisibilidad** (extrínsecos e intrínsecos) y de la **fundabilidad**, aunque con la particularidad de que estos últimos deben ser materia, en el proceso que nos ocupa, de prueba, liminar, de manera que el órgano judicial se encuentre en condiciones de decretar de inmediato, sobre la base de esa prueba, la medida de que se trate.

b) En razón de ser objeto de específica regulación legal en el derecho argentino, a continuación se analizarán en primer término, entre los requisitos extrínsecos de admisibilidad de la pretensión cautelar, la **competencia** del órgano judicial así como los relativos a la **causa**, al **objeto** y al **tiempo** de aquélla. Como requisitos de fundabilidad serán luego examinados la prueba de la verosimilitud del derecho y del peligro en la demora, para concluir con otro requisito extrínseco de admisibilidad como es el referente a la contracautela que, como principio, debe prestar el sujeto activo de la pretensión (o petición) cautelar.

### **2.2. Competencia**

a) Dado que toda pretensión cautelar es necesariamente accesoria con respecto a una pretensión principal, la competencia para conocer en aquélla

corresponde al órgano judicial que conoce, o ha de conocer en la segunda. Tal es la regla explícitamente establecida por el art. 6, inc. 4º del Cod. Proc. Nac. argentino y ordenamientos análogos.

Frente al supuesto de que la pretensión cautelar se anticipe a la iniciación del proceso principal y exista más de un juez con la misma competencia dentro de la circunscripción judicial, razones de **economía procesal** y de **conexión instrumental** determinan el desplazamiento de la competencia en favor del magistrado que intervino en primer término, con prescindencia de razones de turno o de adjudicación de juicios.

b) "Los jueces —dispone el art. 196, apartado primero del citado Cód. Proc.— deberán abstenerse de decretar medidas precautorias cuando el conocimiento de la causa no fuese de su competencia".

El principio que consagra esta norma es rigurosamente aplicable cuando se trata de la competencia por razón de la materia, del valor y del grado. No así frente a la competencia por razón del territorio y de las personas, porque en el primer caso, si la pretensión tiene contenido exclusivamente patrimonial resulta descartada la declaración de incompetencia de oficio frente a la hipótesis de que el actor presente, en documento público o privado reconocido, un convenio celebrado con el futuro demandado del cual surja la prórroga de la competencia (arts. 2º y 4º, apartado tercero del ordenamiento citado), y en el segundo caso debe considerarse prorrogada la competencia en favor de los tribunales provinciales siempre que la pretensión cautelar se interponga ante éstos por un extranjero contra una provincia o un ciudadano o bien por el vecino de una provincia contra el vecino de otra (art. 12, inc. 4º de la ley argentina Nº 48).

c) "Sin embargo —prescribe la norma citada en su segundo apartado—, la medida ordenada por un juez incompetente será válida siempre que haya sido dispuesta de conformidad con las prescripciones de este capítulo, pero prorrogará su competencia".

La validez de la medida cautelar decretada por un juez incompetente sólo se halla supeditada, por lo tanto, a la circunstancia de que aquélla exhiba los requisitos de admisibilidad y fundabilidad previstos en la ley, al margen de que la incompetencia resulte o no manifiesta.

d) Concluye disponiendo el citado art. 196 del Cód. cit., en su apartado tercero, que "el juez que decretó la medida, inmediatamente después de requerido, remitirá las actuaciones al que sea competente".

No obstante los términos de esta norma, puede ocurrir que, luego de haberse decretado la medida cautelar, y a raíz del recurso interpuesto por el afectado, se

declare la incompetencia del juzgado, en cuya hipótesis el juez interviniente no debe aguardar requerimiento alguno sino que debe limitarse a remitir el expediente al juez considerado competente si pertenece a jurisdicción nacional, y en caso contrario, previo levantamiento de la medida, a archivarlo.

Antes de que el juez incompetente se desprenda de las actuaciones, sea por remisión o requerimiento, se halla habilitado para resolver cuestiones relacionadas con la medida dispuesta (v. gr., mejora de la contracautela, modificación de la medida, etc.), pero el levantamiento de aquélla, en su caso, debe ser decidido por el juez competente para entender en el proceso principal.

Los árbitros y amigables componedores, finalmente, en tanto no se hallan habilitados para decretar medidas compulsorias ni de ejecución, carecen de competencia para disponer medidas cautelares. Por lo tanto deben, como lo establece el artículo 753, requerirlas al juez y éste prestar el auxilio de su jurisdicción para la más rápida y eficaz sustanciación del proceso arbitral.

### 2.3. Objeto y causa

a) A estos requisitos de la pretensión cautelar se refieren el art. 195, apartado segundo del Código Procesal Nacional y cuerpos legales concordantes, en cuya virtud, "el escrito deberá 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".

La norma transcrita comporta en rigor una especificación de los requisitos genéricamente impuestos por la ley a **toda demanda**. La medida solicitada, en efecto, equivale a la "**cosa demandada**" y la "**petición**" (**objeto** de la pretensión) y la mención del derecho que se pretende asegurar, del cumplimiento de los requisitos correspondientes y de la norma que sustenta el pedido equivalen a los "hechos" y el "derecho" (**causa** de la pretensión).

b) En razón de que, según se verá más adelante, las pretensiones cautelares pueden interponerse, como regla, antes o después de promovido el proceso principal, las cargas cuyo cumplimiento impone el art. 195 son exigibles con mayor estrictez en el primer caso, pues en el segundo el juez cuenta, normalmente, con elementos de juicio susceptibles de acreditar el derecho que se intenta asegurar y los requisitos a que se halla supeditada la medida solicitada, circunstancia que exime al actor de la necesidad de fundamentar detalladamente tales extremos y atempera la carga probatoria que aquél debe asumir en su presentación.

c) Por aplicación del principio ***lura novit curia***, no corresponde el rechazo de la pretensión si el actor omite la expresa mención de la norma legal en que se fun-

da, o incurrir en error al invocarla, siempre, desde luego, que las circunstancias de hecho relatadas resulten encuadrables en el ámbito de la medida cautelar que se requiere.

d) Si la pretensión, por último, adolece de algún defecto u omisión, el juez debe ordenar que se subsanen dentro del plazo que determine (v. gr. art. 34, inc. 5º, letra b) del cód. citado).

#### 2.4. Tiempo

a) Acerca del tema del epígrafe dispone el art. 195, apartado primero del Código Nacional Argentino y normas similares, que "las providencias cautelares podrán ser solicitadas antes o después de deducida la demanda, a menos que de la ley resulte que ésta debe entablarse previamente".

Esta norma no se opone, desde luego, a la posibilidad de que la pretensión cautelar se deduzca, a título accesorio, en la demanda que contiene la pretensión principal, sin perjuicio de que a fin de facilitar el trámite de aquélla se forme expediente por separado.

En el supuesto de que la pretensión cautelar se interponga con anterioridad a la promoción del proceso principal, se verifican dos consecuencias de suma importancia práctica. Una consiste en que si el actor omite recusar al juez en esa oportunidad pierde el derecho de hacerlo posteriormente (art. 14, apartado segundo del Cód. citado). La otra estriba en que frente a la hipótesis de que la medida se ordene y haga efectiva, y se trate de obligación exigible, aquélla caduca de pleno derecho si el actor se abstiene de interponer la demanda dentro de los diez días siguientes al de la traba (íd. art. 207 del Cód. cit.).

Por otra parte, en virtud del carácter accesorio que reviste la pretensión cautelar, tanto la personería acreditada al interponerla como el domicilio constituido en la misma oportunidad subsisten en el proceso principal, salvo, naturalmente, que en éste se presente un nuevo representante o se constituya un domicilio distinto.

El art. 195 del Cód. cit., según se ha visto, excluye la posibilidad de que la pretensión cautelar se interponga con anterioridad a la demanda principal cuando de la ley resulta que ésta debe deducirse previamente. Tal es el caso, v. gr., de la intervención judicial en sociedades civiles y comerciales, la que se halla supeditada al hecho de que se haya promovido demanda por remoción del administrador o administradores (arts. 1684 del Cód. civil y 114 de la Ley 19.550).

En el código colombiano no existe al respecto una norma general, ya que en los procesos de divorcio cuadra disponer ciertas medidas (en rigor no cautelares)

antes de la admisión de la demanda si media urgencia (art. 423, inc. 1º) y en los procesos ordinarios sólo cabe decretar la inscripción de aquélla en el acto admisorio, cumpliéndose la medida antes de la notificación (art. 690, incs. 1, a) y b)).

b) Desde que el peligro en la demora constituye otro de los requisitos de la pretensión cautelar, es comúnmente viable su interposición durante las **ferias judiciales**. Lo mismo cabe decir del levantamiento de las medidas cautelares cuando su subsistencia genera perjuicios irreparables.

### 2.5. Verosimilitud del derecho

a) Dado que, según se vio anteriormente, la finalidad del proceso cautelar consiste en asegurar la eficacia práctica de la sentencia o resolución definitiva que debe recaer en otro proceso, la cual se halla necesariamente ligado por un nexo de instrumentalidad, la fundabilidad de la pretensión que constituye objeto de aquél no puede depender de un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertida en el proceso principal, sino de un conocimiento **periférico o superficial** encaminado a obtener un pronunciamiento de mera probabilidad acerca de la existencia del derecho discutido en dicho proceso<sup>(14)</sup>.

De allí que, para obtener el dictado de una resolución que actúe favorablemente una pretensión cautelar, resulta suficiente la comprobación de la **aparencia o verosimilitud** del derecho invocado por el actor (tradicionalmente llamado **fumus boni iuris**), 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<sup>(15)</sup>. Por ello las leyes no exigen, a los fines de dicha comprobación, una prueba plena y concluyente, sino un mero **acreditamiento**, generalmente realizado a través de un procedimiento informativo.

Según se apreciará más adelante, la legislación procesal argentina condiciona la procedencia de la mayor parte de las medidas cautelares a la justificación de la verosimilitud del derecho. En algunos casos, empero, esta última circunstancia se presume legalmente, como ocurre cuando se trata de lograr el dictado de aque-

(14) Cfr. Calamandrei, *Introduzione...*, cit., pág. 63; Costa, *Manuale*, cit., pág. 51; Micheli, *Curso*, cit., t. I, pág. 78; Liebman, *Manuale*, cit., t. I, pág. 92.

(15) Cfr. Calamandrei, *op. cit.*, pág. 64, donde agrega que "el éxito de este conocimiento sumario sobre la existencia del derecho tiene, en todo caso, valor no de declaración, sino de hipótesis: si esta hipótesis corresponde a la realidad se podrá verificar cuando se dicte la providencia principal"... "La vida de la providencia cautelar se halla siempre fatalmente ligada al dictado de la providencia principal; si ésta declara que el derecho no existe, la medida cautelar viene a menos, porque la apariencia, sobre la que se basaba, se torna ilusoria; si en cambio declara que el derecho existe, la medida cautelar no puede hacer otra cosa que dejar libre ingreso a los efectos definitivos, de los cuales ha hecho anticipadamente las veces".

llas medidas contra la parte declarada en rebeldía o la traba de un embargo preventivo por quien hubiese obtenido sentencia favorable, aunque estuviere recurrida. Así mismo algunos códigos provinciales, como los de Córdoba y Santa Fe, autorizan a pedir el embargo preventivo "sin necesidad de acreditar la deuda" pero con la condición de prestar una adecuada contracautela, y otros, como el de Tucumán, exigiendo la prestación de caución real.

c) Cuadra señalar, por último, que el acreditamiento del requisito analizado sólo es exigible, con las salvedades precedentemente enunciadas, cuando se hallan en tela de juicio derechos de índole patrimonial. Si se trata, en cambio, de procesos o de simples medidas cautelares tendientes a la guarda o a la internación de personas, generalmente basta la concurrencia de ciertas circunstancias demostrativas, por sí mismas, de la situación de peligro o de daño inminente a que aquéllas se encontrarán expuestas.

## 2.6. Peligro en la demora

a) Junto con la verosimilitud del derecho, constituye requisito específico de fundabilidad de la pretensión cautelar el peligro probable de que la tutela jurídica definitiva que el actor aguarda de la sentencia a pronunciarse en el proceso principal no pueda, en los hechos, realizar (**periculum in mora**), es decir que, a raíz del transcurso del tiempo, los efectos del fallo final resulten prácticamente inoperantes. Este requisito, sin embargo, según veremos seguidamente, no se encuentra sujeto a un tratamiento legal uniforme.

b) A veces, en efecto, la ley requiere expresamente la justificación del peligro en la demora, utilizando literalmente esta expresión u otra de significado equivalente (v. gr., "perjuicio inminente o irreparable"), "urgencia o circunstancias graves").

Tal es el criterio adoptado por el Cod. Proc. cit. (y ordenamientos procesales afines) en relación con el embargo preventivo solicitado por el coheredero, el condómino o el socio sobre los bienes de la herencia, del condominio o de la sociedad (art. 210 inc. 1º), la prohibición de innovar (art. 230, inc. 2º), las medidas cautelares genéricas (art. 232) y, a los efectos del trámite, la guarda de personas (art. 235).

Como ocurre, según señalamos, con la verosimilitud del derecho, el requisito que ahora se analiza debe ser objeto de un simple acreditamiento a realizarse conjuntamente y en la misma forma sumaria aplicable a aquel extremo, con la diferencia de que, por hallarse referido a hechos, no está sujeto a restricciones como la establecida, v. gr. respecto de los contratos que excedan determinado monto, razón por la cual las declaraciones testimoniales son en el caso siempre idóneas y eventualmente atendibles.

Se ha dicho que el peligro en la demora debe juzgarse "de acuerdo con el juicio objetivo de una persona razonable"<sup>(16)</sup> o derivar de hechos que puedan ser apreciados incluso por terceros<sup>(17)</sup>. Por nuestra parte entendemos que las fórmulas contenidas en las normas anteriormente mencionadas implican el otorgamiento, a los jueces, de un arbitrio extraordinario que deben ejercer conforme a las valoraciones jurídicas vigentes en la comunidad de la que son órganos y con las limitaciones emergentes del ordenamiento jurídico.

c) En algunos casos, en cambio, la ley enuncia determinadas circunstancias de cuya comprobación cabe inferir la concurrencia del requisito que nos ocupa. Así ocurre, por ejemplo, con el embargo preventivo que puede solicitarse contra el deudor carente de domicilio en la República (art. 209, inc. 1º del Cód. cit.) o contra aquél que, aún estando la deuda sujeta a condición o plazo, trata de enajenar, ocultar o transportar sus bienes, y cuya solvencia ha disminuido apreciablemente después de contraída la obligación (art. 209, inc. 5º, íd.) y, en general, con la guarda de personas (art. 234, íd.).

d) En numerosas hipótesis, particularmente cuando se trata de medidas cautelares destinadas a asegurar la ejecución forzada (embargo preventivo, secuestro, inhibición general de bienes), la ley no exige el acreditamiento del peligro en la demora. Requiere, en cambio, como contrapartida, que la verosimilitud del derecho se justifique, aun **prima facie**, mediante determinados medios probatorios, o resulte de situaciones derivadas del proceso y susceptibles de generar la expectativa de una sentencia de mérito favorable al solicitante de la medida. Podría decirse que en estos casos el peligro en la demora se halla configurado por la sola circunstancia del tiempo más o menos prolongado que insume la sustanciación.

## 2.7. Contracautela.

a) A raíz de que la tutela cautelar se otorga tras el desenvolvimiento de un procedimiento meramente informativo y de un conocimiento sumario y, además, según se verá más adelante, sin previa audiencia de la parte afectada, la ley erige en requisito de admisibilidad de las pretensiones cautelares que versen sobre bienes la prestación, por el actor, de una caución que asegure a la otra parte el resarcimiento de los eventuales daños que le irroque la medida solicitada indebidamente. Dicha caución, que la mayor parte de los códigos vigentes denomina contracautela, concreta, pues, el principio de igualdad, ya que viene a contrarrestar la ausencia de contradicción inicial que caracteriza, en general, al proceso cautelar.

(16) Rosemberg, *Tratado de derecho procesal civil* (trad. Romera Vera), t. III, pág. 248, con referencia a una sentencia alemana.

(17) Podetti-Guerrero Leconte, *op. cit.*, pág. 81.

b) Acerca del tema analizado prescribe el art. 199, apartado primero del Cód. Proc. Civ. y ordenamientos concordantes, que "la medida precuatoria 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 pudiere ocasionar en los supuestos previstos en el primer párrafo del artículo 208", es decir cuando se disponga el levantamiento de la medida por cualquier razón demostrativa de que el requirente abusó o se excedió en el derecho que la ley otorga para obtenerla. Agrega el apartado tercero de la norma citada que "el juez graduará la calidad y monto de la caución de acuerdo con la mayor o menor verosimilitud del derecho y las circunstancias del caso".

La caución a que se refiere el art. 199 no es exigible, ante todo, en función del resultado del proceso principal, sino, exclusivamente, de la medida cautelar de que se trate, debiendo garantizar el pago de los gastos judiciales que con motivo de ésta deba afrontar la parte afectada, así como el monto probable de los daños y perjuicios que produzca.

En segundo lugar, la determinación del tipo y del monto de la caución se halla librada al criterio judicial pudiendo el magistrado exigir caución real consistente, v. gr. en depósito de títulos o valores, embargo de bienes o constitución de prenda o hipoteca, o bien el otorgamiento de fianza con arreglo a los requisitos establecidos en el art. 1998 del Cód. Civil.

El art. 199 del Cód., analizado dispone, en su apartado final, que "podrá ofrecerse la garantía de instituciones bancarias o de personas de acreditada responsabilidad económica", lo que implica, a mi juicio, la constitución de una fianza, aunque no supeditada a la acreditación previa de la solvencia del fiador.

De todas maneras, conforme a reiterada jurisprudencia, el juez debe atenderse a la mayor o menor verosimilitud del derecho invocado, a la gravedad de la medida y al valor presunto del bien o bienes inmovilizados o afectados por ésta. Es obvio que, recurrida la resolución que fija la contracautela, el tribunal superior goza de amplias atribuciones para modificarla.

A diferencia del derogado código de procedimiento de la Capital Federal y de los que siguieron sus huellas, la mayoría de los ordenamientos vigentes en la República Argentina no menciona a la caución juratoria. Tampoco lo hacía el Cód. Proc. vigente en su versión originaria, aunque la jurisprudencia, en general, se inclinó en el sentido de que ese tipo de caución no se hallaba descartado frente a casos excepcionalísimos que revelasen la máxima verosimilitud del derecho. La Ley 22.434, en cambio, introdujo al art. 199 de dicho ordenamiento, como apartado segundo, el siguiente: "En los casos de los artículos 210, incisos 2º y 3º, y 212, incisos 2º y 3º, la caución juratoria se entenderá prestada en el pedido de medida cau-

telar". Esta disposición, como se percibe con facilidad, no elimina la caución juratoria sino que, por un lado, ateniéndose a la jurisprudencia anteriormente recordada la limita a las hipótesis de mayor verosimilitud del derecho y, por otro lado, la considera implícitamente prestada en el escrito mediante el cual se requiere la traba del embargo preventivo.

c) Toda contracautela debe prestarse con carácter **previo** a la ejecución de la medida. En el supuesto de que, por inadvertencia o error, aquélla se hubiese omitido, corresponde intimar a quien la obtuvo para que la preste, bajo apercibimiento de levantarla sin más trámite.

d) "No se exigirá caución —dispone el art. 200 del Cód. Nac. si quien obtuvo la medida: 1º) Fuere la Nación, una provincia, una de sus reparticiones, una municipalidad o persona que justifique ser reconocidamente abonada; 2º) Actuare con beneficio de litigar sin gastos".

La exención establecida en favor del Estado (en sentido lato) se justifica en virtud de presumirse su solvencia. Si se trata, en cambio, de personas privadas (físicas o jurídicas), deben acreditar sumariamente, aunque mediante prueba informativa o documental fehaciente, su responsabilidad económica, salvo que ésta revista el carácter de un hecho notorio o se trate de una institución bancaria.

La exención establecida a favor de la parte que actúa con beneficio de litigar sin gastos es consecuencia de lo prescripto en el art. 84 del Cód. Nac. y normas concordantes acerca de dicho beneficio, que puede ser parcial, en cuyo caso también debe serlo la contracautela. El art. 200, inc. 2º, supone que el beneficio ha sido otorgado, aunque se ha resuelto que cabe relevar transitoriamente de la carga de la caución antes de que recaiga pronunciamiento sobre la procedencia de aquél si no existen presunciones que conduzcan a concluir que será denegado.

e) "En cualquier estado del proceso —prescribe el art. 201 del Cód. Nac. en su actual versión—, 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 la ley".

Corresponde observar, en primer lugar, que si bien esta norma requiere el acreditamiento de la insuficiencia de la caución prestada, la mejora de ésta puede obtenerse por vía de recursos interpuesto contra la resolución que decretó la medida cautelar (art. 198, apartado tercero del Cód. Nac.) si la mencionada insuficiencia resulta de las constancias del expediente. La prueba tampoco es exigible cuando la mejora se solicita a raíz de una ampliación de la medida, ya que, como principio, esta circunstancia requiere correlativamente una mayor contracautela.

La mejora de la caución —que debe considerarse comprensiva tanto de su monto cuanto de su calidad— puede fundarse, particularmente, en la disminución de la solvencia de quien obtuvo la medida o de su fiador, en la desvalorización de los bienes dados en garantía o en circunstancias demostrativas de que ha disminuido la verosimilitud del derecho, como sería el pronunciamiento de una sentencia de primera instancia desfavorable al demandante.

### 3. CARACTERES DEL PROCESO CAUTELAR

#### 3.1. Instrumentalidad

a) Particularmente en los nos. 1 y 2.5., se anticipó la idea de que el proceso cautelar carece, en rigor, de autonomía funcional, por cuanto su finalidad consiste en asegurar la eficacia práctica de la sentencia o resolución que debe dictarse en otro proceso, al cual se encuentra necesariamente vinculado por un nexo de **instrumentalidad o subsidiaridad**. Por ello se ha dicho que la tutela cautelar resulta configurada, con respecto a la actuación del derecho sustancial, como una tutela mediata, pues más que para hacer justicia sirve para asegurar el eficaz funcionamiento de ésta<sup>(18)</sup>, o bien que el proceso mediante el cual esa tutela se exterioriza persigue, como objetivo inmediato, garantizar el buen fin de un proceso distinto<sup>(19)</sup>.

De allí que no revisten naturaleza cautelar, v. gr., las medidas que el art. 423 del código colombiano autoriza a disponer simultáneamente con la admisión de la demanda de divorcio o antes si hubiere urgencia (residencia separada de los cónyuges, guarda de los hijos, prestación de alimentos, etc.), pues si bien aquéllas tienden a conjurar perjuicios o riesgos actuales, no inciden en la efectividad de la sentencia definitiva. Lo mismo cabe decir de las cauciones que contemplan los arts. 678 y siguientes del mismo código.

b) El concepto precedentemente delineado se vincula con la debida distinción que corresponde efectuar entre el proceso preventivo y el proceso cautelar, los cuales se encuentran en una relación de género a especie<sup>(20)</sup>. Si bien ambos, en efecto, tienden a conjurar la producción de un daño, mientras en el primero éste deriva exclusivamente de la conducta extrajudicial (actual o probable) del demandado —como ocurre con los que tienen como objeto pretensiones meramente declarativas o de condena a una prestación futura—, en el segundo emerge del re-

(18) Calamandrei, *Introduzione*, cit., pág. 21.

(19) Carnelutti, *Instituciones*, cit., t. I, pág. 86.

(20) Fairén Guillén, *La reforma*, cit., p. 902. Comp. Reimundín, *Código procesal civil y comercial de la Nación*, pág. 384.

trazo con viene acompañada la tutela definitiva<sup>(21)</sup>, de manera que, en consecuencia, el proceso preventivo tiene necesariamente un fin en sí mismo y el cautelar, en cambio, carece de él en tanto se halla ineludiblemente subordinado a la existencia de otro proceso distinto<sup>(22)</sup>.

Reflexiones sustancialmente similares suscitan los procesos "urgentes" (v.gr. interdictales, posesorios, amparo), pues la celeridad que los caracteriza no se opone a su autonomía funcional, y subordinado a ellos puede encontrarse —como en los preventivos— un proceso o una medida cautelar.

### 3.2. Sumariedad

a) No obstante las diferencias estructurales que los separan, tanto el proceso ordinario como los procesos plenarios rápidos o abreviados constituyen vías idóneas para que, a través de su utilización, se articulen y decidan, en forma definitiva, la totalidad de las cuestiones involucradas en un conflicto entre partes, de modo que no sea luego admisible otro proceso relativo al mismo conflicto. Mientras en los mencionados procesos el conocimiento judicial no se halla sometido a restricción alguna y, por lo tanto, la sentencia mediante la cual culminan adquiere eficacia de cosa juzgada en sentido material, la simplicidad estructural que exhiben los procesos sumarios en sentido estricto obedece —a diferencia de lo que ocurre en los procesos plenarios abreviados— a la **fragmentariedad** o a la **superficialidad** impuesta al conocimiento judicial.

b) Entre los procesos sumarios caracterizados por la fragmentariedad del conocimiento judicial figuran algunos procesos de conocimiento (interdictos, posesorios, etc.) y todos los de ejecución.

La superficialidad del conocimiento judicial, en cambio, configura una característica propia y exclusiva de los procesos cautelares, cuya instrumentalidad, explicada en el número anterior, determina que las resoluciones que en él se adoptan sean el resultado, no de un juicio de certeza, sino de mera probabilidad acerca de la existencia del derecho alegado o discutido en el proceso principal.

Lo expuesto, naturalmente, no se opone a la posibilidad de que un proceso o una simple medida cautelar se inserten como instrumentos o accesorios de otro proceso sumario —como sucede v.gr., con la prohibición de innovar, la restitución inmediata del bien y la suspensión de la obra que pueden disponerse, respectivamente, conforme a lo prescrito en los arts. 613, 616 y 619 del Cód. citado, en los

(21) Fairén Guillén, *op. y loc.*, citados.

(22) Reimundín, *op. y loc.*, citados.

interdictos de retener, de recobrar y de obra nueva— pues en tales hipótesis el examen de la verosimilitud del derecho invocado por el actor debe circunscribirse a las cuestiones susceptibles de debate y decisión final en dicho proceso.

### 3.3. Provisionalidad.

a) Uno de los rasgos comunes a todo proceso cautelar —emergentes de su ya señalado carácter instrumental— consiste en su **provisionalidad**, lo cual implica que los efectos de la resolución que en él recae tienen, inevitablemente, un **dies ad quem** representado por el momento en que adquiere carácter firme la resolución o sentencia dictada en el proceso principal o definitivo<sup>(23)</sup>. Vale decir que cuando alcanza autoridad de cosa juzgada el pronunciamiento sobre el fondo del asunto, se extingue, “ipso iure”, la eficacia de la resolución cautelar, porque a partir de ese instante pierde su razón de ser y agota, por lo tanto, su ciclo vital<sup>(24)</sup>.

Ese resultado se verifica cualquiera que sea el contenido de la decisión de mérito. Si ésta, en efecto, acoge la pretensión principal, sustituye o reemplaza, sin necesidad de declaración expresa, a la resolución cautelar, o bien la transforma (como ocurre con la conversión del embargo preventivo en embargo ejecutivo). Si la pretensión principal se desestima, es innecesario que se revoque la medida cautelar oportunamente decretada, aunque en la práctica, cuando se trata de medidas que deben inscribirse en los registros (v.gr., embargo preventivo, inhibición general de bienes, anotación de la litis), el vencedor, sin perjuicio de la extinción “ipso iure” de la medida, debe requerir su levantamiento<sup>(25)</sup>.

Las resoluciones dictadas en los procesos sumarios no cautelares producen, asimismo, efectos provisionales, en tanto se hallan generalmente expuestos a la posibilidad de que, en un proceso posterior, se obtenga el pronunciamiento de una sentencia de distinto contenido que anule o modifique dichos efectos.

Ocurre, sin embargo, que pese a esa aparente similitud, mientras los efectos de las sentencias dictadas en los mencionados procesos sumarios se consolidan, y adquieren carácter definitivo si no llega a tener lugar el ulterior proceso plenario hace a la esencia de la resolución dictada en un proceso cautelar el hecho de que nunca puede aspirar a convertirse en definitiva, ya que por su propia naturaleza,

(23) Cfr. Carnelutti, *Sistema del derecho procesal civil*. (trad. Alcalá Zamora y Castillo y Sentís Melendo), Buenos Aires, 1944, t. I, pág. 390.

(24) Calamandrei, *Introduzione*, cit., págs. 15 y 83.

(25) Carnelutti, (*op. y loc. citados en la nota 23*) observa que “en el caso de que el cese del proveimiento cautelar sea expresamente pronunciado, el *dies ad quem* de su eficacia es siempre el de la conversión en firme de la sentencia que lo pronuncia”. Véase asimismo Zanzucchi, *Diritto processuale civile*, t. I, página 152.

según hemos visto, sus efectos están destinados a extinguirse a partir del momento en que adquiere firmeza la sentencia pronunciada sobre el fondo del asunto<sup>(26)</sup>.

b) Desde otro punto de vista se alude a la provisionalidad del proceso cautelar atendiendo al hecho de que las medidas que en él se dictan mantienen eficacia en tanto perdure la situación fáctica que las motiva. Dispone, al respecto, el art. 202 del Cód. citado y normas concordantes, que "las medidas cautelares subsistirán mientras duren las circunstancias que las determinaron. En cualquier momento en que éstas cesaren se podrá requerir su levantamiento".

Dicha norma es extensiva a la hipótesis de acreditarse la falsedad de las circunstancias de hecho invocadas en oportunidad de requerirse el dictado de la medida, cabiendo añadir que, incluso denegada ésta, es posible solicitarla nuevamente en presencia de una modificación de dichas circunstancias.

Ello no implica, empero, afirmar la provisionalidad específica de las medidas cautelares, pues toda resolución judicial contiene implícitamente la cláusula **rebus sic stantibus** y su vigencia temporal no es concebible cuando desaparecen o se modifican las circunstancias fácticas computadas como antecedente de la respectiva norma individual. El citado art. 202 del Cód. Nac., por lo tanto, sólo acentúa la impertinencia de la preclusión, y con mayor razón de la cosa juzgada (material o formal), respecto de resoluciones que se adoptan, según vimos, sobre la base de recaudos mínimos y de una cognición periférica o superficial.

#### 3.4. Flexibilidad

a) En cierta forma vinculada con la característica analizada en el párrafo precedente se encuentra la relativa a la flexibilidad del proceso cautelar, en cuya virtud, por un lado, el órgano judicial se halla en todo caso habilitado para determinar el tipo de medida adecuado a las circunstancias del caso, y, por otro lado, el sujeto activo y el sujeto pasivo de la pretensión cuantan con la facultad de requerir, en cualquier momento, la modificación de la medida o medidas dispuestas. Todo ello se complementa con la posibilidad de adaptar las medidas a las necesidades del comercio y de la industria, así como con la de proceder a la realización de los bienes cautelados.

b) Con referencia al primero de los aspectos precedentemente aludidos prescribe el art. 204 del Cód. Nac. cit. que "el juez para evitar prejuicios o gravámenes innecesarios al titular de los bienes, podrá disponer una medida precautoria distinta de la solicitada, o limitarla, teniendo en cuenta la importancia del derecho que se intentare proteger".

(26) Calamandrei, *Introduzione*, cit., pág. 14; Fairén Guillén, *op. cit.* pág. 900.

En razón de que, en el caso contemplado por esta norma, el juez sólo cuenta con los elementos de juicio unilateralmente aportados por el actor, debe ejercer la facultad de que se trata con extrema prudencia, circunscribiendo la sustitución o la limitación a aquellos supuestos en que la medida solicitada resulte manifiestamente exorbitante o inapropiada.

Dicha facultad, por lo demás, no puede ejercerse cuando la medida ya ha sido cumplida y notificada, en cuyo caso está a cargo del afectado requerir la sustitución o limitación.

c) En relación con el segundo de los aspectos anteriormente mencionados expresa el art. 203, apartado primero, del referido ordenamiento, que “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”.

La ampliación consiste en el aumento del monto por el cual se decretó la medida, al paso que la mejora —sin afectar ese monto— importa el acrecentamiento de los bienes cautelados. A ambas situaciones se refiere, v.gr., el art. 102 del Cód. Nac. cit., en tanto dispone que, deducida una tercería, el embargante puede pedir que se amplíe o mejore el embargo. La sustitución, a su turno, consiste en la transformación de una medida cautelar en otra más enérgica, lo que sucede, v.gr., frente al reemplazo de un interventor informante por un interventor administrador.

Es obvio que fuera de los casos en que la ley autoriza, sin más, a solicitar la modificación de una medida cautelar —como ocurre en la citada hipótesis del art. 102— incumbe el sujeto activo de la pretensión al acreditamiento de las circunstancias que justifiquen el cambio, salvo, naturalmente, que ellas se desprendan de las constancias del expediente.

Aunque, como se verá, del apartado final del art. 203 parecería surgir que las modificaciones requeridas por la parte actora deben resolverse previo traslado a la parte contraria considero que, en principio, aquéllas deben disponerse sin previa sustanciación en tanto concurren, a su respecto, los motivos que justifican el otorgamiento originario de las medidas **inaudita parte**.

Corresponde señalar, asimismo, que, como regla, la ampliación, mejora o sustitución de la medida cautelar debe condicionarse a la correlativa ampliación de la contracautela.

d) El art. 293 del Cód. cit. prescribe, en su apartado segundo, que “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 sustitución consiste, en el caso, sea en la transformación de la medida de decretar en otra menos enérgica, sea en el reemplazo del bien o bienes originariamente afectados por otro u otros de valor equivalente. A tales fines carecen de relevancia las facultades conferidas al acreedor por vía convencional.

Desde el punto de vista del sujeto pasivo de la pretensión, la reducción configura el reverso de la ampliación y de la mejora, consistiendo, por lo tanto, en la disminución de la cuantía por la cual se trabó la medida o en la desafectación de uno o de alguno de los bienes sobre los cuales aquélla recayó.

En el supuesto de requerirse la sustitución, pesa sobre el deudor la carga de acreditar, sumariamente, el valor real de los bienes ofrecidos a cambio, así como su libre disposición. No es necesaria la realización de una pericia, aunque el juez puede disponerla si lo estima necesario<sup>(27)</sup>. La misma carga pesa en los casos de solicitarse la reducción, en los que corresponde el acreditamiento del valor de los bienes cautelados con el objeto de compararlo con el monto por el cual se trabó la medida.

“La resolución —prescribe el art. 203, apartado final, del ordenamiento analizado— se dictará previo traslado a la otra parte por el plazo de cinco días, que el juez podrá abreviar según las circunstancias”.

Aunque la norma transcrita, en virtud de su ubicación, parecería comprender tanto las modificaciones solicitadas por la actora cuanto por la demandada, entendemos, según lo anticipamos en este mismo número, que aquélla solo rige en este último caso. Incluso pensamos que adolece de nulidad la resolución que dispone la sustitución o reducción de una medida cautelar si se omitió conferir traslado del pedido a la parte que obtuvo la traba de aquélla.

e) Prescribe el art. 206 del Cód. Nac. que “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 los actos necesarios para no comprometer el proceso de fabricación o comercialización”.

La norma transcrita supone el mantenimiento de la medida cautelar decretada pero permite al juez disponer las medidas encaminadas a resguardar el proceso de industrialización y comercialización, pudiendo ellas consistir en evitar el tras-

(27) Podetti-Guerrero Leconte, *op. cit.*, pág. 183.

lado de las maquinarias del establecimiento o en transferir el embargo a los bienes resultantes de dicho proceso, y, eventualmente, a las sumas de dinero que se obtengan mediante su enajenación. Ello puede complementarse con la designación de un interventor que informe periódicamente al juez acerca del estado de los bienes cautelados y de las operaciones efectuadas.

f) Dispone, por último, el art. 205 del Cód. Nac. que "si hubiere peligro de pérdida o desvalorización de los bienes afectados o si su conservación fuere gravosa o difícil, a pedido de parte y previo traslado 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".

Cualquiera de las partes se halla legitimada, a tenor de la norma transcrita, para requerir la venta de los bienes afectados por una medida cautelar, acreditando sumariamente el carácter percedero de aquéllos, la posibilidad de su rápida desvalorización o la circunstancia de que los gastos de conservación exceden el valor de su producido.

Sin perjuicio de ello, interesa recordar que sobre el depositario de bienes embargados pesa el deber de transmitir al juez el conocimiento de las referidas contingencias (v.gr. art. 537 del ordenamiento citado), en cuyo caso la venta no puede decretarse sin la previa audiencia de ambas partes. Oídas éstas puede proceder, en caso de discrepancia y con carácter previo a la decisión, la realización de una pericia, aunque a título excepcional.

Es obvio, por último, que la medida cautelar se traslada al precio obtenido mediante la venta.

### **3.5. Caducidad**

a) Desde un punto de vista genérico, el proceso cautelar, como ocurre con todo proceso, puede extinguirse si no se insta el curso de la correspondiente instancia dentro del plazo legal que es, a nuestro juicio, por razones de analogía con los incidentes, el de tres meses que prevé el art. 310, inc. 2º del Cod. Nac. Importa recordar, asimismo, que en virtud del carácter instrumental que reviste el proceso cautelar, una vez firme la resolución que declara operada la caducidad de la instancia en el proceso principal corresponde el levantamiento de las medidas trabadas en aquél.

b) Al margen de lo precedentemente expuesto, el proceso cautelar se halla sujeto a un régimen específico de caducidad en la hipótesis de que la medida o medidas dispuestas en él se hayan trabado con anterioridad a la iniciación del proceso principal.

Prescribe, al respecto, el art. 207, párrafo inicial (primera parte) del Cod. examinado que "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".

El fundamento de esta norma es doble, pues estriba no sólo en la presunción de desinterés que cabe extraer de la inactividad procesal del beneficiario de la medida, sino también en la necesidad de evitar los perjuicios que ésta puede irrogar a su destinatario. Juegan, pues, valoraciones jurídicas de paz y de orden, no cabiendo, por otra parte, desdeñar la posibilidad de que, en la situación prevista en el precepto transcrito, las medidas cautelares se utilicen como medio intimidatorio, finalidad que, como es obvio, no puede en modo alguno contar con amparo legal.

A diferencia de algunos códigos provinciales, que supeditan la caducidad de la medida a la petición del demandado, conforme el art. 207 del Cod. Nac., así como a las normas análogas contenidas en todos los ordenamientos procesales vigentes en la Argentina, la caducidad se opera *ipso iure*, por el solo transcurso del plazo, sin necesidad de declaración judicial.

El plazo de diez días, que reviste carácter perentorio, se computa desde la efectiva traba de la medida cautelar, aun cuando la respectiva resolución no se encuentre firme en virtud de haber sido recurrida. Así lo aclara el art. 207 del mencionado ordenamiento.

Como expresamente lo dice el citado art. 207, la fecha de la efectivización de la medida rige, como *dies a quo*, en el caso de "obligación exigible", o sea que se encuentre expedita, de manera que en el caso de una obligación modal los diez días se computan desde el vencimiento del plazo o el cumplimiento de la condición.

Por otra parte la norma comentada sólo se coloca, naturalmente, en la hipótesis de que la carga de interponer la demanda recaiga exclusivamente sobre el beneficiario de la medida cautelar. De allí que, v.gr., si se persigue el cobro de daños y perjuicios provenientes del incumplimiento de una sentencia que condena a hacer alguna cosa, en razón de que la liquidación de aquéllos puede ser practicada por el vencido una vez transcurrido el plazo previsto en el art. 503 del Cód., la medida cautelar trabada para asegurar el pago de dichos daños no puede ser objeto de caducidad.

Interesa añadir que la exigencia normativa se cumple mediante la simple interposición de la demanda, sin que sea necesaria la notificación del traslado, y que el plazo —como ocurre con todos ellos— puede ser suspendido o interrumpido.

No nos parece aceptable, empero, al menos como doctrina general, lo resuelto en el sentido de que las medidas cautelares referentes a uno de los futuros litisconsortes interrumpe el curso del plazo de caducidad de las medidas cautelares trabadas respecto de otro, pues ello convalida la posibilidad de dejar librada el arbitrio del actor la duración del plazo, lo que no se concilia, ciertamente, con el sentido de la norma que ahora se analiza.

c) "Las costas y los daños y perjuicios causados —agrega el citado art. 207—, 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".

A diferencia de las costas, los daños y perjuicios deben ser pedidos y estimados por la parte afectada por la medida cautelar, determinándose su monto por el trámite de los incidentes o por juicio sumario según que, a criterio del juez, las circunstancias hicieren preferible uno u otro procedimiento (arg. del art. 208), apartado segundo del Cód. cit.). Genera responsabilidad por daños la sola circunstancia de que se haya operado la caducidad de la medida cautelar, pues aquélla permite inferir el abuso de derecho en que incurrió el peticionario.

Producida la caducidad el art. 207 determina, como se vio, que la medida no puede solicitarse nuevamente por la misma causa. Esta última no es identificable con la causa de la pretensión principal sino con el hecho específicamente invocado como fundamento de la medida cautelar de que se trate, de manera que si, v. gr., se produjo la caducidad de un embargo fundado en el incumplimiento de una prestación incluida en un contrato de tracto sucesivo, la medida podría proponerse nuevamente si se demostrase, no ya el incumplimiento de otra prestación, sino que el demandado incurrió en actitudes que comprometen su responsabilidad patrimonial. Además, de acuerdo con la modificación que introdujo el art. 207 la Ley 22.434, la medida puede requerirse nuevamente sólo en la hipótesis de que el proceso principal se haya iniciado, requisito que no es exigible en los ordenamientos provinciales adaptados a aquél.

d) "Las inhibiciones y embargos —dispone, finalmente, el art. 207— se extinguirán a los cinco años de la fecha de su anotación en el Registro que corresponda, salvo que a petición de parte se reinscribieran antes del vencimiento del plazo, por orden del juez que entendió en el proceso". El plazo de caducidad, y la forma en que ésta se produce, coinciden con lo prescripto en el art. 37, inc. b) de la Ley 17.801, el que extiende tales extremos a la anotación de toda providencia cautelar.

e) La caducidad a que se refieren el art. 207 y normas afines debe considerarse circunscripta, por último, a las medidas cautelares sobre los bienes, ya que el

sentido de aquellas disposiciones no es extensivo a las medidas que corresponde adoptar respecto de las personas.

#### **4. ESTRUCTURA DEL PROCESO CAUTELAR**

##### **4.1. Esbozo general.**

a) De la superficialidad del conocimiento judicial que, según se ha visto (nº3.2.), es propia de los procesos cautelares, se infiere otra característica de éstos cual es su máxima simplicidad estructural.

Por regla general, en efecto, el trámite del proceso cautelar se reduce a la demanda y al diligenciamiento de la correspondiente información, al dictado de la resolución y a la prestación de la contracautela, a la ejecución de la medida de que se trate y a la posible impugnación por parte del afectado por ella.

b) En los números que siguen se desarrollará cada uno de los referidos aspectos.

##### **4.2. Demanda**

a) En razón de ser, generalmente, contencioso, el proceso cautelar se inicia mediante demanda que debe interponerse, según se observó supra, nº 2.4., antes, conjuntamente o después de deducida la demanda principal.

A diferencia de lo que ocurre con algunos procesos plenarios excepcionales abreviados, en los cuales la demanda constituye sólo un acto de iniciación procesal, la demanda que abre el proceso cautelar contiene siempre una pretensión a cuya causa y objeto se refieren el art. 195, apartado segundo del Cód. Nac. y normas concordantes en tanto prescriben que "el escrito deberá 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".

Como se destacó en el, nº 2.3., las cargas cuyo cumplimiento impone la norma transcrita son exigibles con mayor rigor cuando la demanda cautelar se interpone con anterioridad a la principal, pues si se la deduce con posterioridad a ésta el juez, generalmente, cuenta con elementos de juicio, susceptibles de acreditar el derecho que se intenta asegurar y los requisitos que condicionan la admisibilidad de la medida solicitada. Las referidas cargas, asimismo, particularmente la relativa a la mención del derecho que se pretende asegurar, se atenúan en el caso de que la medida o medidas cautelares se soliciten juntamente con la interposición de la demanda principal.

b) Por lo demás, según lo señalamos en el n° 2.4. deducida la demanda cautelar con anterioridad a la principal, la personería acreditada y el domicilio procesal constituido en la primera subsisten, salvo modificaciones, en la segunda. La misma regla rige, a la inversa, cuando la demanda principal ha precedido a la cautelar. En ambas hipótesis basta la certificación, hecha por el actuario o por el oficial primero, sobre la personería del o de los representantes.

c) Finalmente, constituye una regla adoptada por la mayoría de los ordenamientos procesales vigentes en la República, la de que en el escrito de demanda corresponde ofrecer la prueba, debiendo recibirse ésta de inmediato.

#### 4.3. Información previa

a) Con carácter previo al pronunciamiento de la resolución cautelar debe recibirse la información sumaria tendiente a acreditar la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora. Dicha información, que consiste en la declaración de testigos y debe ofrecerse, como dijimos precedentemente, en el escrito de demanda no excluye, ciertamente, la posibilidad de producir otras pruebas que acrediten, **prima facie**, los referidos extremos, pues en diversos casos el testimonio sólo constituye un complemento de la prueba documental, y en otros es esta última la única admisible.

b) El Cód. Nac. y los restantes ordenamientos procesales vigentes en la Argentina prevén dos procedimientos para diligenciar la información sumaria, aunque con las diferencias que se puntualizarán.

Dispone el art. 197, apartados primeros y segundos del Cód. Nac., que “la información sumaria para obtener medidas precautorias podrá ofrecerse acompañado con escrito en que se solicitaren el interrogatorio de los testigos y la declaración de éstos, ajustada a los artículos 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”.

El interrogatorio adjunto al escrito de demanda o incorporado a él debe contener, por lo tanto, el juramento o promesa de decir verdad, la contestación a las denominadas “generales de la ley”, las preguntas redactadas en forma que no contengan más de un hecho cada una, sean claras y concretas, no sean afirmativas ni sugieran la respuesta, y las contestaciones dadas por los testigos, quienes deben, además, a nuestro juicio, dar razón de sus dichos.

“Si no se hubiese adoptado el procedimiento que autoriza el primer párrafo de este artículo —agrega el art. 197, apartado tercero—, las declaraciones se admitirán sin más trámite, pudiendo el juez encomendarlas al secretario”. En este ca-

so, como es obvio, el interrogatorio de los testigos y la declaración de éstos debe ajustarse a los requisitos anteriormente mencionados.

La mayoría de los restantes códigos argentinos, en cambio, no exigen un interrogatorio y una declaración formal, limitándose a prescribir que las informaciones pueden ofrecerse firmando los testigos el escrito en que se soliciten las medidas, debiendo éstos ratificarse en el acto de ser presentado aquél o en la primera audiencia, la que debe admitirse sin más trámite y es delegable en los secretarios. Basta, por lo tanto, que los testigos ratifiquen, en el momento de la presentación del escrito, o en primera audiencia, las alegaciones formuladas en éste acerca de la verosimilitud del derecho (v. gr. la autenticidad de las firmas de documentos privados) o del peligro en la demora, aunque en la práctica suele adjuntarse un breve interrogatorio acerca de tales extremos.

Este procedimiento, en razón de su mayor agilidad y simplicidad, resulta preferible al adoptado por el art. 197 del Cód. Nac. en su actual versión.

c) En el supuesto de que el actor ofrezca otro tipo de prueba (v. gr. informativa o de reconocimiento judicial) el juez debe arbitrar las medidas tendientes a que se produzca con la premura posible, disponiendo, incluso de oficio, la habilitación de días y horas.

#### 4.4. La resolución cautelar

a) "Las medidas precautorias —dice el art. 198, párrafo primero (misma parte) del Cód. analizado— se decretarán y cumplirán sin audiencia de la otra parte". Pero esa regla no implica, en modo alguno, una derogación del principio de contradicción —derivado, a su vez, de la garantía constitucional de la defensa en juicio— sino una postergación o aplazamiento momentáneo de su vigencia estricta, plenamente justificado en obvias razones de efectividad.

b) En razón de que las resoluciones que disponen medidas cautelares se dictan **Inaudita parte**, o sea sin previa sustanciación, configuran providencias simples, y son por lo tanto, como se verá más adelante, recurribles por vía de reposición. No obstante ser en ciertos casos equiparables a las resoluciones que ocasionan gravamen irreparable, requieren una fundamentación sumaria, y deben contener siempre la mención concreta de la medida que se concede y de las cosas o personas a que se refiere, así como la fijación del tipo y monto de la contracautela, sin perjuicio de los requisitos exigibles a cada medida en particular.

Ya hemos visto, por otra parte, que conforme a lo prescripto en el art. 204 del Cód. Nac. los jueces, para evitar perjuicios o gravámenes innecesarios al titular de los bienes, se hallan facultados para disponer una medida cautelar distinta de la solicitada, computando la importancia del derecho que se intenta proteger.

En lo que concierne al criterio con el que debe juzgarse la procedencia de las medidas cautelares, la jurisprudencia se ha pronunciado reiteradamente en el sentido, correcto a nuestro entender, de que aquél no debe ser restrictivo sino amplio a fin de evitar la posible frustración de los derechos de las partes y el pronunciamiento de sentencias que en definitiva resulten inoficiosas o de imposible cumplimiento, tanto más cuanto que, frente a la hipótesis de que el peticionario de la medida se haya excedido en el ejercicio del derecho de solicitarla, la parte afectada cuenta con la posibilidad de resarcirse con la contracautela ofrecida por aquél.

No obstante, según se verá más adelante, dada la presunción de legitimidad de que gozan los actos de la Administración Pública, corresponde juzgar con criterio restrictivo las medidas cautelares requeridas contra ellos.

#### **4.5. Cumplimiento de las medidas cautelares.**

a) Las medidas cautelares no sólo se cumplen sin audiencia de la otra parte (art. 198, apartado primero del Cód. Nac.), sino también sigilosamente y sin más trámite. "Las actuaciones —dispone el art. 197 de ese ordenamiento— permanecerán reservadas hasta tanto se ejecuten las medidas" debiendo tramitar "por expediente separado al cual se agregarán, en su caso, las copias de las pertinentes actuaciones del principal"; y el art. 198, apartado primero (segundo párrafo) agrega, colocándose en la hipótesis de que la parte afectada llegue a tomar conocimiento de la resolución, que "ningún incidente planteado por el destinatario de la medida podrá detener su cumplimiento".

b) Lo mismo que el embargo preventivo trabado sobre bienes inmuebles o muebles registrables, se inscriben en los registros públicos correspondientes la inhibición general de bienes, la anotación de litis y la prohibición de contratar (arts. 228, 229 y 231 del Cód. cit., y 2º inc. b) de la Ley 17.801), y, al igual que el embargo sobre muebles no registrables, el secuestro se lleva a cabo con la intervención del oficial de justicia.

Las prohibiciones de innovar y de contratar (esta última sin perjuicio de su anotación en el registro que corresponda) se cumplen a través de la notificación, a su destinatario, por cédula u otro medio idóneo (v. gr. telegrama colacionado o recomendado o carta documentada: art. 143 del Cod. cit.), y la intervención o la administración judicial mediante el acto, realizado por intermedio del oficial de justicia, consistente en poner en posesión del cargo a la persona designada para el ejercicio, quien a su vez puede, frente a circunstancias sobrevinientes o desconocidas al tiempo de ejecutarse la diligencia, requerir autorización para realizar, en calidad de oficial de justicia *ad hoc*, actos que impliquen el uso de la fuerza pública (v. gr. violación de cerraduras).

c) "Si el afectado no hubiese tomado conocimiento de las medidas con motivo de su ejecución —dispone el art. 198, apartado segundo del Cód. cit.— se le notificarán personalmente o por cédula dentro de los tres días. Quien hubiese obtenido la medida será responsable de los perjuicios que irrogare la demora".

Interesa puntualizar que la forma de notificación prevista por este precepto no excluye la posibilidad de utilizar medios de transmisión análogos, como son el telegrama colacionado o recomendado o la carta documentada. Así mismo, que la demora en la notificación no genera por sí sola responsabilidad en el peticionario, pues para ello es necesario, además, conforme al criterio adoptado por el Cód. Nac. y la mayoría de los códigos vigentes, el abuso o exceso en el derecho que la ley otorga para obtener la medida de que se trate.

#### 4.6. Recursos.

a) Constituye regla generalizada en la legislación procesal argentina la de que, fuera de los casos en los cuales la admisibilidad del recurso de apelación se halla excluida por razones cuantitativas, son impugnables mediante dicho recurso las resoluciones que admiten o denieguen una medida cautelar, debiendo aquél concederse, en el primer supuesto, en efecto devolutivo.

El plazo para recurrir la resolución se computa desde que el afectado toma conocimiento de la medida a raíz de su ejecución o a partir de la notificación personal o por cédula a que se refiere el apartado segundo del art. 198 del Cód. cit. En el caso de que la medida sea denegada, el plazo se cuenta desde la notificación, por ministerio de la ley, de la correspondiente resolución.

Dispone el art. 198, apartado final del ordenamiento comentado que "el recurso de apelación, en caso de admitirse la medida, se concederá en efecto devolutivo". En consecuencia, dado que la resolución cautelar es prácticamente equiparable, a pesar de configurar una providencia simple, a una sentencia definitiva, debe remitirse a la cámara el expediente formado a raíz en la medida y quedar en el juzgado, si resulta necesario, copia de las piezas pertinentes (art. 250, inc. 1º). La misma solución corresponde aplicar en el caso de que oportunamente se haya omitido formar el "expediente separado" a que se refiere el art. 197, in fine del Cód. cit., debiendo aquél formarse con motivo de la interposición del recurso.

b) En razón de no revestir el carácter de sentencias definitivas, las resoluciones que decretan, deniegan o disponen el levantamiento de medidas cautelares no son válidamente impugnables mediante recursos extraordinarios.

Con referencia al recurso extraordinario federal, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha pronunciado reiteradamente en el sentido indicado, pero ha de-

jado a salvo la hipótesis de que las referidas resoluciones causen agravios que, por su magnitud y las circunstancias de hecho, puedan ser irreparables.

## 5. CLASIFICACION DEL PROCESO CAUTELAR

### 5.1. Clases de procesos cautelares.

a) Mientras la mayoría de los códigos procesales vigentes en la República Argentina se limita a reglamentar las distintas medidas cautelares en sendas secciones incluidas en el respectivo capítulo, los códigos de Jujuy, Mendoza y Santa Fe agrupan a aquéllas tomando como base, fundamentalmente, el objeto mediato de la pretensión cautelar, o bien la finalidad perseguida por ésta.

En la doctrina nacional se han ocupado particularmente del tema analizado ALSINA<sup>(28)</sup>, y PODETTI<sup>(29)</sup>, quienes, como es natural, no se han limitado a las medidas previstas en los códigos procesales sino que han extendido el examen a las que se hallan contempladas en las leyes sustanciales. El primero de los nombrados clasifica a las medidas cautelares atendiendo a su finalidad y el segundo formula una primera clasificación sobre la base de la materia de la medida de que se trate (bienes, pruebas y personas) y luego la integra con otra que se hace cargo de la finalidad de la cautela, con lo cual se obtienen tres géneros, dos de los cuales comprenden dos especies. Es el criterio al que habremos de atenernos seguidamente, aunque con las variantes que se indicarán.

b) Conforme a lo precedentemente expuesto un primer grupo de procesos cautelares se halla representado por aquéllos que garantizan la integridad o el valor económico de los bienes, es decir los objetos materiales o inmateriales susceptibles de tener un valor (Cód. Civ. y arts. 2311 y 2312).

Este primer grupo —que se vincula con el objeto mediato de la pretensión (“materia”, según PODETTI)— admite a su vez una subclasificación fundada en la finalidad de la garantía, es decir según que ésta tenga en mira la eventual ejecución forzada, el mantenimiento de determinado estado de hecho o de derecho o la publicidad del litigio.

Entre las medidas que cabe adoptar en los procesos cautelares tendientes a asegurar la ejecución forzada figuran el **embargo preventivo**, la **intervención judicial** dispuesta como medida complementaria de este último; la **inhibición general de bienes**; el **secuestro**; la **interdicción de salida de buques** (Ley 20.094, art. 539); la **inmovilización de aeronaves** (Código Aeronáutico, art. 73, incs. 2º y 3º); etc.

(28) *Tratado*, cit., pág. 453.

(29) *Tratado*, cit., pág. 58.

En los procesos encaminados a preservar, mientras se sustancia el proceso principal, la inalterabilidad de determinada situación de hecho o de derecho, se hallan incluidas como medidas admisibles la prohibición de innovar y de contratar; la suspensión del acto administrativo impugnado (v. gr., Ley 16.986, art. 15); la suspensión de un espectáculo teatral, cinematográfico, filarmónico u otro análogo (Ley 11.723, art. 79); la intervención judicial con fines de información y contralor; la administración judicial; etc., aunque algunas de las indicadas pueden también tener como finalidad el aseguramiento de la ejecución forzada.

La anotación de litis es la medida típica cuya adopción corresponde en el proceso cautelar tendiente a acordar publicidad al litigio respecto de terceros, y a los fines previstos en las leyes sustanciales.

Un segundo grupo de procesos cautelares está constituido por aquéllos que versan sobre personas (objetos mediato de la pretensión) y tienden a la protección física o moral de éstas mientras se sustancian procesos relativos al discernimiento de tutela o cautela, pérdida de la patria potestad o similares.

A la obtención de la mencionada finalidad se hallan orientadas las medidas de guarda previstas en el art. 234 del Código comentado y disposiciones concordantes contenidas en los ordenamientos provinciales, en cuya virtud corresponde disponer la guarda de la mujer menor de edad que intentare contraer matrimonio, entrar en comunidad religiosa o ejercer determinada actividad contra la voluntad de sus padres; de menores e incapaces maltratados por sus padres, tutores, etc. o expuestos a graves riesgos físicos o morales o abandonados, etc. No constituyen en cambio medidas cautelares sobre las personas la atribución de la vivienda o la guarda de hijos dispuestas en el juicio de divorcio, a las que se refieren el art. 423 del código colombiano y el código civil argentino.

Cuadra añadir que, a título excepcional, las leyes regulan medidas cautelares sobre las personas con miras a asegurar, indirectamente, la ejecución forzada de bienes, como ocurre con interdicción de abandonar el país y ocurría con el llamado "embargo de viaje" que contemplaban los derogados art. 1080 a 1082 del código de la provincia de Córdoba.

Como se advierte, por último, hemos excluido de la clasificación a los procedimientos que tienen por finalidad el aseguramiento de pruebas, ya que si bien responden a una razón de urgencia las pruebas producidas poseen aptitud para incorporarse al proceso principal con carácter definitivo y deben ser valoradas en un pie de igualdad con aquéllas cuyo cumplimiento se verifique durante el período probatorio, razón por la cual dichos procedimientos carecen de los atributos de provisionalidad y modificabilidad que son propios de las medidas cautelares.

### 5.2. La medida cautelar genérica o innominada.

a) Así como a pesar de que, con anterioridad a la promulgación del Código analizado no existía, en el orden nacional, norma alguna que autorizase la aplicación de sanciones conminatorias, éstas fueran admitidas por los tribunales con fundamento esencial en el hecho de que en el poder de juzgar está implícito el de hacer cumplir las decisiones judiciales y el de evitar la obstrucción del curso de la justicia, también la jurisprudencia concedió medidas cautelares no previstas específicamente por la ley por cuanto constituye facultad ínsita en el referido poder la consistente en aventar la posibilidad de que los pronunciamientos de los jueces resulten eventualmente inoperantes o inocuos.

b) Con fundamento en el referido criterio jurisprudencial, y siguiendo el adoptado por los códigos de Jujuy (art. 279) y Mendoza (art. 115), que a su vez reconocen como antecedente el art. 700 del código procesal italiano dispone el art. 232 del Cód. Nac. que "fuera de los casos previstos en los artículos precedentes, 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 podrá solicitar las medias urgentes que, según las circunstancias, fueren más aptas para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia".

Entre las medidas de urgencia admisibles en los términos de la norma transcrita cabe incluir, entre otras, la orden de apuntalamiento del edificio que amenaza derrumbe en el supuesto del art. 623 bis del Cód. Nac. o 430.3 del código colombiano; la suspensión de una subasta judicial fuera de los casos previstos en los arts. 99 y 569 del mismo código y 25 de la Ley 19.551; la suspensión de la entrega de los bienes vendidos en remate judicial hasta tanto recaiga decisión en el incidente de nulidad articulado contra ese acto; etc.

Sobre la base de una interpretación literal de la norma contenida en el art. 232, Colombo considera que ésta otorga "un poder cautelar genérico residual" que sólo es válido con respecto a aquellas medidas que no sean las expresamente legisladas en los arts. 195 a 231 (o sea el embargo preventivo, el secuestro, la intervención judicial, la inhibición general de bienes y anotación de litis, la prohibición de innovar o de contratar)<sup>(30)</sup>.

(30) Menciona, conforme a ese criterio, las conservatorias de prueba, las que aseguran el resultado de la ejecución forzada (embargo preventivo, inhibición, anotación de la litis e intervención judicial), aquéllas sin las cuales podría resultar un daño irreparable (separación de los cónyuges, alimentos provisorios y prohibición de innovar) y, siguiendo las ideas de Calamandrei, incluye entre las medidas cautelares a las cauciones, comprendiendo en ellas no solo a las que se exigen para obtener la ejecución provisoria de un acto (v.gr., la fianza que debe prestar el ejecutante para obtener el cumplimiento de la sentencia de remate), sino también las que deben prestarse a título de contracautela. Pero aún desde el primer punto de vista resulta a mi juicio dudoso que las

Algunos precedentes judiciales, por el contrario, han hecho mérito del art. 232 para justificar la extensión de medidas cautelares legisladas a casos no previstos específicamente con referencia a éstas. Tal la admisión del embargo preventivo para asegurar la efectividad de una sentencia de condena al pago de daños y perjuicios pese a la circunstancia de tratarse de una hipótesis ajena a las contempladas en los arts. 209 y 212 del Cód. cit., siempre que concurren los presupuestos comunes a todas las medidas cautelares (o sea verosimilitud del derecho, peligro en la demora y otorgamiento de una adecuada contracautela).

Sin perjuicio de reconocer el prevalente carácter residual de la potestad acordada por la norma examinada, entiendo que las valoraciones de seguridad y poder que le acuerdan sentido autorizan a extender su aplicación a situaciones similares a la que dio motivo a la jurisprudencia precedentemente comentada.

*Andes*  
 Miembro Comisión Redactors de la Reforma al C.P.C.,  
 Miembro Instituto Colombiano de Derecho Procesal  
 e Iberoamericano de Derecho Procesal.

## I. INTRODUCCION

Es inocultable que exista en el país un aire o influencia determinante a acudir a la conciliación, como el viejo sistema de heterocomposición para la solución de los conflictos, no obstante que las experiencias hasta ahora registradas en diferentes jurisdicciones, no ha sido precisamente halagüeña. Ese propósito conciliador se deduce no sólo de las reglamentaciones recientes del nuevo estatuto procesal civil y el código del menor, sino además del proyecto de ley que acaba de aprobarse en segundo debate por el H. Senado de la República, que está pendiente de sanción presidencial, en el que se consagró la conciliación para las más variadas materias.

En este ensayo no nos proponemos escribir una monografía sobre la historia y técnicas de la conciliación, sino referir algunas de las disposiciones legales tanto las vigentes como las que están por cobrar eficacia, que en Colombia rigen esa institución, en materia civil y comercial y de familia, como también la denominada conciliación en equidad.

Naturalmente, el punto de partida debe ser el examen de las disposiciones del artículo 101 del C.P.C., para posteriormente ocuparnos de cada una de las formas de conciliación en materia civil y mercantil, en equidad y en los asuntos de familia, peticiones (previstas v.gr., en los arts. 678 a 680 del código colombiano) revistan el carácter de medidas cautelares, pues el simple hecho de que otorguen una garantía o que prevengan los efectos dañosos de ciertos actos procesales (cfr. Morales Molina, "Curso de derecho procesal civil" - Parte general - 8ª ed., pág. 659) no constituye razón suficiente que autorice a incluirlos entre aquéllas, a cuyos presupuestos y efectos son ajenos.