

Breves apuntes sobre medidas cautelares

Por Susy Inés Bello Knoll

Requisitos genéricos

Es por todos conocido que los requisitos genéricos comunes a cualesquiera medida cautelar, independientemente de los que correspondan a cada medida en particular son:

- a) apariencia en el derecho, *fumus bonis iuris*;
- b) peligro en la demora, *periculum in mora*;
- c) contracautela.

La interpretación jurisdiccional de los hechos y el derecho, a los fines de considerar cumplimentados los requisitos enunciados, debe ser *amplia*. Esto, toda vez que en los casos que se plantean, es necesario tutelar las pretensiones de las partes a fin de que no resulten ino cuos los pronunciamientos que den término al litigio planteado (CNCiv., sala F, agosto 29-975, “Frabia S.A. c. Sociedad Agropecuaria San José S.C.A.”, LA LEY, 1975-D, 227).

El poder jurisdiccional, al decir de Podetti, satisface el interés particular de asegurar un derecho aun no declarado, pero con mayor o menor intensidad, según la especie de medida cautelar, satisface el interés general y público de asegurar la paz en la convivencia social y evitar la pérdida o desvalorización de los bienes económicos.

Las medidas en análisis no buscan más que la tutela jurídica de un estado de derecho, con el fin de garantizar su goce eventual o futuro, una vez reconocido o declarado judicialmente (Bibiloni, Homero “Anteproyecto”, t.

I, p. 227; Alsina, “Tratado”, t. III, p. 332, cita en Colombo, Carlos J. en “Boletín del Instituto de Enseñanza Práctica”, t. 14, núm. 61, 1951, ps. 369/72, Facultad de Derecho).

Tal como expresa el fallo anotado “García c. Stankiewicz s/ art. 250”, no existe carácter subjetivo alguno que prohibía la aplicación de medidas cautelares.

Se desprende del citado fallo que es absolutamente improcedente que el tribunal prejuzgue a favor de la solvencia del eventual obligado. En todo caso, el juzgador debe preservar la continuidad de la solvencia demostrada, evitando las maniobras que pudieren conducir a la imposibilidad de ejecutar la sentencia por insolvencia del condenado.

En cuando al requisito de *periculum in mora*, podrá ser presumido con mayor certeza (art. 212, Cód. Procesal) en algunos casos, conforme los elementos de la causa, no siendo necesaria la prueba a la solicitud de la medida precautoria.

Carácter interruptivo en la caducidad de instancia

El fallo anotado “Valvuená Fernández c. Constructora Dinámica s/ daños y perjuicios”, viene a reiterar lo expresado por la doctrina y la jurisprudencia, en cuanto a la incapacidad para provocar la interrupción de la perención de la instancia, que sufre la tramitación de medidas cautelares.

Los actos interruptivos debe revelar el propósito de instar el procedimiento, llevándolo a su natural fin, que es la sentencia (CNCom., sala B, abril 15-1982, “Corrientes Soc. Coop. De Créd. Ltda. c. Akerman Alberto V., LA LEY 1982-C, 458)

Es preciso que, inexorablemente, los actos se dirijan al desenvolvimiento efectivo de la relación procesal principal. (CNCiv., sala D, junio 29-982, “Rizzo, Leonardo c. Font. Saravia y otros, LA LEY, 1982-D, 435)

El trámite tendiente a obtener medidas precautorias *no tiene carácter interruptivo*, por perseguir exclusivamente la satisfacción de un interés particular de una de las partes. Se trata de una cuestión incidental que tiene a otorgar seguridad de pretensiones de una de las partes sin afectar el trámite específico de la causa.

Siempre goza la parte, según apunta aleccionadoramente el tribunal, del derecho del art. 195 del Cód. Procesal, a los fines de evitar el riesgo de la caducidad en la instancia principal.

Medida cautelar innovativa

El fallo anotado “Akerman Fernando c. Club Náutico Hacoaj s/ art. 250” llama a reflexión sobre la llamada “medida cautelar innovativa”.

Si bien adelantamos, en referencia a la interpretación amplia por parte del juzgador a los fines del otorgamiento de una medida cautelar, aquí destacamos el carácter excepcional de la medida cautelar en análisis. De tal modo, que la interpretación en este caso deberá ser restrictiva.

Según el mencionado fallo, el requisito particular de esta medida innovativa, a más de los mencionados en I, es la irreparabilidad de la situación de hecho o de derecho que se pretende innovar.

Según Peyrano, la medida ordena sin que medie sentencia firme de mérito, que alguien haga o deje de hacer algo, en sentido contrario al representado por la situación existente (Peyrano, Jorge W. “La demanda de amparo. La

suspensión de los efectos del acto lesivo y la medida cautelar innovativa”, LA LEY 1980-D, 16).

A nuestro entender, toda vez que se aplique esta medida cautelar genérica sin que se acredite suficientemente la concurrencia de un daño irreparable, se podría incurrir en prejuzgamiento y no, simplemente, en una orden de no innovar en forma de no innovar para mantener el *statu quo* existente (CCrim. Rosario, sala III, mayo 30-980, “Fernández Lavieri Hugo”, LA LEY, 1980-D, 15).

Al decretarla, conllevar la medida el *non varietur*, pero, bajo ningún punto de vista, tiende a restablecer el estado que existía previamente, toda vez que ello supondría una alteración el mencionado estado de cosas, en franca igualdad y defensa en juicio (arts. 16 y 18, Constitución nacional) (Gueller, Isidoro, “Ambito de aplicación de la medida cautelar de prohibición de innovar” LA LEY, 1989-A, 196).

Consideración final

El tribunal viene a reafirmar, en los fallos anotados, la línea jurisprudencial y doctrinaria vigente en referencia a cuestiones fundamentales que hacen a la aplicación de medidas que tienen por fin impedir que, durante el juicio, el demandado pueda modificar la situación de hecho o de derecho, tornando ilusoria la ejecución de la sentencia a dictarse por el juzgador.