

C A P I T U L O I
GENERALIDADES

1. El proceso cautelar	11
2. Instrumentalidad de las medidas cautelares	12
3. El orden público cautelar	14

Capítulo I

GENERALIDADES

SUMARIO: 1. El proceso cautelar. 2. Instrumentalidad de las medidas cautelares. 3. El orden público cautelar.

1. **El proceso cautelar.** Sin duda, el trámite cautelar también es dialéctico. En principio, podría confundir el hecho de que las medidas precautorias se decretan *inaudita parte*, lo que llevaría a pensar que no se trata propiamente de un proceso¹, sino de una petición unilateral mediante la cual se requiere de la jurisdicción la tutela anticipada de los derechos reclamados o a reclamarse². Mas la circunstancia de que el juez —reunidos ciertos presupuestos— acceda sin audiencia a esa tutela, tiene que ver más con el objeto del instituto que con su naturaleza. La obligación de notificar al afectado por la medida en un determinado plazo, y la facultad de oponerse a la misma mediante la vía ordinaria, incidental o recursiva, está demostrando que la idea de la *bilateralidad*, implícita en todo proceso, se halla presente también en el trámite cautelar³.

Dando por sentado que se acepta la tesis de caracterizar como *proceso* la relación cautelar formalizada ante la jurisdicción, cabe indagar qué es lo que activa su mecanismo y lo mantiene en funcionamiento. Alsina recuerda que al estudiar la teoría general de las acciones, había enumerado entre ellas a la *acción precautoria*. Y la define como un derecho autónomo, que compete tanto al actor

¹ Ver: SNOPEK, Guillermo, *Medidas cautelares en contra de la Administración Pública*, p. 39; Ed. Librería Editora Platense S.R.L., La Plata, 1985.

² COUTURE señalaba al respecto: "La doctrina medioeval, sostuvo siempre que se trata de un procedimiento sumario mediante una simple *cognitio*, que no tiene forma de *judicium*" (*Estudios de Derecho Procesal Civil*, III, p. 279; Ed. Depalma, 2a. edición, Buenos Aires, 1978).

³ Si alguna duda sobre la identificación que como proceso reviste el trámite cautelar puede surgir al momento de requerirse la tutela —atento a la falta de intervención inicial del afectado— tal duda se disipa y cuando éste deduce oposición. Ello así, porque fatalmente el beneficiario de la medida debe ser oído, salvo en hipótesis excepcionales, como algunos casos de caducidad, en que la tutela cesa de pleno derecho.

como al demandado y aun a los terceros, que puede ser ejercido independientemente o en forma incidental, antes o después de la acción principal, y al cual son aplicables las condiciones generales para el ejercicio y admisión de las acciones: calidad, derecho, interés⁴. Sin embargo, la moderna doctrina procesal coincide en que los aditamentos que se le pudieran agregar a la *acción*, no tienen otra finalidad que señalar la *pretensión* contenida en la respectiva demanda⁵. De ahí que resulte inadecuado hablar de acción de desalojo, de divorcio, de nulidad, o, como en el caso, cautelar. Reservando el uso del vocablo *acción* al solo objeto de mencionar el *derecho a la jurisdicción*, utilizaremos en este trabajo el término *pretensión* (*rectius*). Y cuando digamos en lo sucesivo *pretensión cautelar*, todos sabremos a qué atenernos.

Tenemos, entonces, un proceso activado por una pretensión. Pero el juego dialéctico que dijimos es propio del proceso, exige la concurrencia de una pretensión y, además, de una *oposición*. O sea que frente a la pretensión cautelar se levanta otra pretensión que se le opone. A esta última hemos llamado, por simples fines didácticos, *pretensión revocatoria cautelar*. Y así como aquélla se dirige a obtener una tutela anticipada de la jurisdicción, ésta tiende a limitarla, sustituirla o dejarla sin efecto. Entre ambas se tejerá la urdimbre de la controversia asegurativa.

2. Instrumentalidad de las medidas cautelares. El objeto de la medida cautelar consiste en la garantía de eficacia del acto jurisdiccional pretendido, conforme lo repiten a cada instante la jurisprudencia y la doctrina. No se concibe el aseguramiento con indepen-

⁴ *Tratado*, V, p. 451.

⁵ Ver: ACOSTA, José V., *Agravio irreparable*, p. 218/219; Ed. Ediar, Buenos Aires. 1978.

dencia de la pretensión que se reclama en el juicio principal: “Entrando a investigar sus caracteres, se advierte que... tiene un carácter accesorio: no es un fin en sí (lo que no se concebiría), sino que es un medio de asegurar el resultado del juicio”⁶. Identificar su carácter *instrumental*, definir su naturaleza accesoria, establecer, en otras palabras, que se trata de un *medio* y no de un fin, es comenzar a aprehender las hipótesis en que pueden (o deben) limitarse, sustituirse, revocarse o anularse.

Pero la medida cautelar presenta aun otro aspecto que concierne a la razonabilidad de su extensión, intensidad y subsistencia: la *utilidad*. Ello así porque lo que trata de asegurar es concretamente la efectividad de la condena, de ahí que haya sido considerada extraña a la acción meramente declarativa⁷ y deba revocarse en caso de que se dicte sentencia contraria al peticionante en lo principal. Instrumentalidad y utilidad son, pues, términos que se implican.

⁶ COUTURE, *ob. cit.*, I, p. 253. No obstante, el tratamiento de la defensa de los *intereses difusos* de algún modo ha puesto en crisis el concepto de accesoriedad de las medidas cautelares. Es que tratándose de acciones eminentemente preventivas, la evitación del daño resulta ser el objeto principal y no el meramente instrumental en aquellos casos en que la tutela se requiere. Dijimos en su oportunidad: “Se podrá objetar que en orden a los derechos del consumidor, la defensa de los intereses difusos adopta una índole netamente preventiva. ¿Y qué? Así ocurre en casi todos los aspectos de su ejercicio: una vez que el monumento histórico cayó bajo la pica, o que las ballenas fueron diezimadas, o que la autopista se tendió sobre el ábside de la catedral, queda muy poco de interés difuso que defender” (ACOSTA, José V., *Tratamiento de los “Intereses Difusos” en el XII Congreso Argentino de Derecho Procesal y II Encuentro Panamericano de Derecho Procesal*; Temis, Nro. 450 del 17-IX-83, p. 6). Más recientemente, Augusto Mario MORELLO, en la misma revista, provee al tema de otras precisiones: “Ante una nueva categoría de legitimados; frente, asimismo, a una inédita legitimación no ya individual sino de clase o categoría, los modelos estereotipados, el embargo, la designación de un interventor, el veedor judicial, no parecen que sean ya las vías útiles para prevenir y bloquear los hechos actuantes. Hay que operar sobre las causas productoras de esa destrucción (efluentes destructores, polución de los ríos, de desembocaderos, de la atmósfera inmediata, de la contaminación de las aguas, del debilitamiento del follaje, espacios verdes, de lugares o zonas de acolchonamiento, barreras de un proceso destructivo, etc., etc.). *Sin aguardar el resultado de otro proceso*. Se verá así que las medidas de no innovar, subidas de nivel luego a través de las medidas innovativas, demuestran que las providencias cautelares van asumiendo una cabal

3. El orden público cautelar. La utilidad de una medida cautelar se define “más que en interés de los individuos, en el interés de la administración de justicia”⁸. Y, en efecto, la paz social requiere que los actos de la jurisdicción no resulten ilusorios, pues si el Estado niega al individuo el derecho de hacerse justicia por mano propia, debe también tutelarlos anticipadamente⁹ —cuando la pretensión tenga un mínimo de fundamento— contra la malicia del deudor o la actividad de terceros. Pero en el marco del proceso cautelar, la paz social es una *vía de doble mano*: así como informa la necesidad de la tutela anticipada, así también autoriza su cesación, sustitución o levantamiento. Tratándose de una *instrumentalidad hipotética*, en cuanto actúan como anticipo de otra providencia jurisdiccional otorgando garantías del buen fin del proceso, las medidas cautelares deben ser *razonablemente* dispuestas en coincidencia con la utilidad que las mismas puedan materializar¹⁰. Al interés social se agrega, entonces, un elemento *ético*, que con él integra el llamado “orden público”.

autonomía. Que valen por sí, en tanto son la única forma, administrativa o judicial y no ya de modo subordinado a los resultados de aquel juicio ulterior, para detener todo un frente destructor. Queremos señalar que si lo cautelar equivale a preventivo y la prevención se justifica por sí sola sin comportar la antesala a un juicio de contenido económico resarcible, vienen a agotarse como tal revistiendo una importancia y autonomía ajenas a cualquier enlace o encadenamiento con otros procesos. Aquí la cautela vale por la cautela misma...” (*Las medidas cautelares y los intereses difusos*, Temis, Nro. 457 del 19-III-84, p. 13). A la luz de las precedentes adquisiciones teóricas queda propuesta una nueva conceptualización de la accesoriedad de las medidas cautelares en lo que a las acciones para la defensa de los intereses difusos se refiere.

⁷ CNCiv., sala F; DP, 973-1/2-85.

⁸ MERCADER, Amílcar, *Estudios de Derecho Procesal*, p. 196. COUTURE, en igual sentido, subrayaba que “cuando el Estado pone su autoridad al servicio del acreedor en peligro, no actúa sólo en defensa o satisfacción de un interés privado, sino en beneficio del orden jurídico en su integridad. La jurisdicción, también en este caso, no funciona *uti singulo*, sino *uti civis*. Tales decisiones se dirigen más que a defender los derechos subjetivos, a garantizar la eficacia, y por así decirlo, la seriedad de la función jurisdiccional, el *imperium iudicis*” (ob. cit., I, p. 254).

⁹ Conf.: ALSINA, ob. cit., V, p. 499.

¹⁰ CNCom., sala C, La Ley, 1975-A, 141.

El razonable ejercicio de la pretensión cautelar sugiere por su mero enunciado, el alcance de la pretensión revocatoria. Como los astrónomos pueden, a partir de las alteraciones de la órbita de un astro, deducir la existencia de otro cuerpo que las provoca, el jurista, frente a los límites de un instituto, puede también estimar la naturaleza e intensidad del instituto que se le opone. Es sencillo entonces prever que la pretensión revocatoria no constituye una facultad exclusiva de los individuos comprometidos en el proceso, sino que en ciertos supuestos determinados expresamente por la ley, competen igualmente a los terceros provistos de interés legítimo y a la propia jurisdicción. He aquí el orden público manifestándose en toda su vigorosa concepción. Cuando el Código Procesal de la Nación, en su artículo 219 prohíbe el embargo de ciertos bienes, y en el artículo 220 autoriza su levantamiento de oficio en caso de que la prohibición se viole, lo hace en virtud de principios supraindividuales y éticos que informan el orden público. Son los mismos principios que tuvo en cuenta el legislador de fondo cuando dispuso que, 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, negando también sobre dichos bienes el derecho de retención ¹¹.

El orden público cautelar no se contrae a la sola hipótesis de inembargabilidad o levantamiento del embargo en los casos de prohibición legal, aunque sean los más comunes; hay otros supuestos que reclaman la aplicación del instituto: el juez —dispone el artículo 204, Código Procesal de la Nación— para evitar perjuicios o gravámenes innecesarios al titular de los bienes, podrá disponer una

¹¹ Código Civil, art. 3878 *in fine*, párrafo agregado por la ley 12.296.

medida precautoria *distinta* de la solicitada, o *limitarla*, teniendo en cuenta la importancia del derecho que se intente proteger. En la práctica, sin embargo, los jueces se muestran remisos en ejercer tales atribuciones con la amplitud que la ley les otorga; y así como en ocasiones han declarado que el principio y las normas relativas al abuso del derecho alcanzan a las medidas cautelares¹², de pronto se autolimitan en sus facultades, con fundamentos manifiestamente vulnerables al análisis. La CNCom., sala B, por ejemplo, sostuvo que ordenada por el juez la medida precautoria recabada por la parte —y *ejecutada*— no puede el juez proceder de oficio a su modificación por aplicación de la doctrina del artículo 6, inciso 3 del Código Procesal, ya que el artículo 204 del código citado se refiere a la medida precautoria solicitada, mas no cuando ha sido ordenada, si no media recurso¹³. Ramírez discrepa con la solución impuesta, pues a su juicio no existe impedimento para que el juez modifique de oficio una medida *trabada* a efectos de causarle menos perjuicio al accionado. El espíritu del artículo 204 —dice— va mucho más allá de su texto¹⁴. Las razones de orden público que sustentan la facultad acordada por la norma nos hacen compartir la opinión del autor.

Algunos tribunales¹⁵ —bien que en minoría— han llegado incluso a dudar sobre los principios de orden público explicitados en la fórmula del artículo 220 del Código Procesal de la Nación.

¹² CApel. CC Santa Fe, Sala I; J., 41-184.

¹³ La Ley, 146-668, Nro. 28.711.

¹⁴ *Medidas cautelares*, p. 55, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1979. *Contra*: PODETTI, *Tratado de las medidas cautelares*, p. 81; Ed. Ediar, Buenos Aires.

¹⁵ Juzg. Civil 1, La Plata, y CCiv. 2a., sala I, La Plata, *cit.* por MORELLO en *Juicios sumarios*, I, p. 136. También, en igual sentido, jurisprudencia de Santa Fe citada por ALVARADO VELLOSO en *Código Procesal Civil y Comercial*, t. 2, p. 734 y sgtes.: El desembargo, cualquiera sea la razón en que se lo funde, podrá solicitarse mientras no se encuentre firme la orden de proceder al remate de lo incautado (STSF, sala 2a. CC; J, 19-60).

Recordémosla: el embargo indebidamente trabado sobre alguno de los bienes enumerados en el artículo anterior podrá ser levantado, de oficio o a petición del deudor o de su cónyuge o hijos, aunque la resolución que lo decreta se hallare consentida. Aducen que la regla cede en los siguientes casos: a) si el propio deudor dio a embargo bienes comprendidos en la prohibición legal; b) si la cuestión se propone después de la sentencia de trance y remate. Estas soluciones se apoyan en el criterio de que “frente al orden público del instituto, está el orden público del proceso” y, por lo tanto, “el derecho a la inembargabilidad de los instrumentos propios de la profesión, arte u oficio, por ser de orden patrimonial, es renunciable”. La doctrina reaccionó con presteza ante tan singulares conclusiones: “... la finalidad perseguida con el establecimiento de tales prohibiciones —que no es otra cosa que garantizar, en mérito a la condición y dignidad humana, un mínimo de bienes que quedan al margen de la prenda de los acreedores, respetándose así en su plenitud, el derecho a la vida y al trabajo— es que sus disposiciones son irrenunciables, razón por la cual, por estar interesados especialmente las buenas costumbres y el orden público, no es dable afirmar la existencia de situaciones procesales adquiridas ni de estados preclusos”¹⁶. La jurisprudencia mayoritaria avala este criterio: la circunstancia de que los bienes embargados se encuentren en poder del martillero y que, en consecuencia, debe considerarse que el embargo ha sido consentido

Es extemporáneo el pedido de levantamiento de un embargo preventivo deducido por el embargado, aunque se tratara de bienes inembargables, si se efectúa una vez firme el decreto que hizo conocer la medida o, cuando más, el que dispuso el remate de las cosas (CCCSF, sala 1a.; J., 22-188). Ciertamente, el código de la referida provincia no contiene una prescripción similar a la del art. 220, CPN; mas tampoco contiene una prescripción contraria y en el actual estado de la doctrina y de la jurisprudencia nacional, la solución acorde con estas últimas es la correcta, si no en el senado, al menos en el pretorio.

¹⁶ MORELLO, *ibidem*.

por el deudor, no priva a éste del derecho a solicitar su levantamiento¹⁷. El artículo 220 del Código Procesal autoriza al levantamiento del embargo indebidamente trabado, aunque la resolución que lo haya decretado se encontrare consentida. En tal sentido no es óbice para considerar el levantamiento el hecho de que se hubiere dictado sentencia de trance y remate ordenando la subasta de los bienes en cuestión y encontrarse firmes ambos proveídos atento al carácter de orden público que registra la norma¹⁸. Mas, tratándose de levantamiento de oficio, no ha dejado de preocupar a autores y tribunales los posibles excesos en el ejercicio de esta facultad, cuando se trata de bienes *dúdosamente* incluibles en la categoría de inembargables. El juez —dice Fassi— puede resolver sin tramitación, ya que cabe levantar el embargo aun de oficio. Pero, en casos dudosos, dará curso al pedido por el procedimiento de los incidentes¹⁹. A su vez, la CNCom., sala B, ha resuelto que si bien la ley autoriza al juez a levantar de oficio el embargo trabado indebidamente sobre los bienes enunciados, no debe acordarse una excesiva latitud a tal facultad. Así, el juez no debe tomar la iniciativa de desembargar de oficio, respecto de bienes acerca de cuya inembargabilidad no existe jurisprudencia uniforme, tal el caso del televisor²⁰.

Sea entonces que la pretensión revocatoria cautelar se ejerza por quien es parte directa, por el tercero afectado, o de oficio, el orden público está siempre presente para equilibrar el delicado mecanismo de la tutela preventiva.

¹⁷ CNCom., sala A; La Ley, 121-697; Nro. 13.218.

¹⁸ CNCom., sala A; ED., 54-171.

¹⁹ FASSI, Santiago C., *Código Procesal Civil y Comercial —Comentado, anotado y concordado—*, 2da. ed.; Ed. Astrea, Buenos Aires, 1980, p. 579.

²⁰ CNCom., sala B; La Ley, 1977-A, 453.