



UNIVERSIDAD EMPRESARIAL SIGLO 21

TRABAJO FINAL DE GRADO

ABOGACÍA

MEDIDAS CAUTELARES INNOVATIVAS

Foressi Tomattis, Hernán Ezequiel.

2013

Dedicatoria:

“A mis Padres, Rubén y Margarita”

La demora de la justicia significa injusticia.

“Walter Savage Landor”

Resumen

En la actualidad, uno de los principales problemas que presenta el sistema judicial, es la demora en que incurre un tribunal en arribar a la sentencia dentro de un proceso; lo cual trae como consecuencia, que mientras se aguarda su desenlace, se puedan alterar las circunstancias fácticas y jurídicas existentes al momento en que se reclamó la intervención del órgano jurisdiccional, tornando ilusorias e ineficaces las resoluciones judiciales.

El siguiente trabajo tiene como objetivo el tratamiento de las medidas cautelares innovativas, como instrumento de protección del justiciable, en los prolongados procesos de daños y perjuicios.

Las mismas forman parte de un sistema de medidas cautelares que se encuentran reguladas por los códigos procesales a nivel Nacional y Provincial y por lo tanto participan de los presupuestos básicos de las mismas, solo que poseen características diferentes a las más usadas por el sistema judicial.

Se analizarán las incorporaciones legislativas de otras provincias, regulación sustantiva actual, la jurisprudencia y la doctrina, con la finalidad de ofrecer una visión general del estado del arte actual y detectar aspectos a flexibilizar y/o reformular.

Se trazaran paralelos entre instituciones tales como el prejuzgamiento, las medidas cautelares autónomas, la medida de no innovar o adelanto de sentencia, las cuales serán también objeto de este trabajo.

Finalmente, y dentro de las conclusiones, se dejara evidenciado que la actividad jurisdiccional a través de la sola utilización del sistema de las medidas cautelares, en todos los casos no resulta suficiente ni apropiado para otorgar la tutela judicial efectiva y oportuna a los justiciables.

También se recalcará la necesidad de la regulación legislativa de la Medida Cautelar innovativa como herramienta para sortear los efectos dañosos de la duración prolongada de los procesos.

Palabras Claves: Innovativa; Cautelar; Legislación; Protección; Herramienta; Proceso.

Abstract:

Currently, one of the main problems of the judicial system is the delay incurred by a court in arriving at a judgment within a process. As a result, while awaiting its outcome, can alter the factual and legal circumstances existing at the time the intervention of the court was claim becoming illusory and ineffective the judicial decisions.

The following work is the treatment of the innovative precautionary measures as a protection of the defendant in the long process of damages and prejudices. They are part of a system of protective measures which are regulated by the procedural codes at a national and provincial level and therefore they participate in its basic premises, only that they have different characteristics from those most used by the judicial system.

The legislative additions from other provinces, current substantive regulation, jurisprudence and doctrine will be analyzed in order to provide a general overview about the state of the contemporary art to detect aspects to adapt and/ or re-formulate.

Parallels are drawn between institutions such as prejudgment, autonomous precautionary measures, the measure of not innovating or advance of judgment; will be also an object of this work.

Finally, and within the findings, it will be shown that the judicial activity using the system of precautionary measures, make all the cases not sufficient or appropriate to provide an effective remedy to litigants and timely.

Also highlight the need for legislative regulation of the innovative precautionary measure as a tool to overcome the harmful effects of the prolonged duration of the processes.

Keywords: Innovative, Cautelar, Legislation, Protection, tool, process.

INDICE

| | |
|---|-----------|
| INDICE..... | 5 |
| INTRODUCCIÓN..... | 7 |
| MARCO TEÓRICO..... | 9 |
| CAPITULO I - MEDIDAS CAUTELARES..... | 10 |
| 1. Aspectos Generales De Las Medidas Cautelares..... | 11 |
| 2. Caracteres, Recaudos, Presupuestos Y Oportunidad..... | 12 |
| CAPITULO II - LA MEDIDA CAUTELAR INNOVATIVA, ASPECTOS GENERALES..... | 24 |
| 1. Introducción..... | 25 |
| 2. Historia..... | 25 |
| 3. Caracteres, recaudos y oportunidad..... | 27 |
| 4. Naturaleza Jurídica..... | 31 |
| CAPITULO III - MARCO NORMATIVO..... | 32 |
| 1. Regulación a nivel Nacional..... | 33 |
| 2. Regulación a nivel Provincial..... | 34 |
| 3. Análisis Comparativo a nivel provincial..... | 34 |
| CAPITULO IV - ANÁLISIS COMPARATIVO..... | 42 |
| 1. Las Medidas Precautelares..... | 43 |
| 2. Las Medidas Cautelares Autónomas..... | 44 |
| 3. Las Medidas Cautelares Innovativas..... | 45 |
| 4. Las Medidas Cautelares de no Innovar..... | 47 |
| 5. Medida cautelar innovativa y resolución anticipatoria..... | 48 |
| CAPITULO V - PROPUESTAS PARA CORRECTO Y EFICIENTE USO DE LA MEDIDA CAUTELAR INNOVATIVA COMO INSTRUMENTO DE CELERIDAD Y JUSTICIA..... | 54 |
| 1. Regulación adecuada como herramienta que facilita su posible aplicación..... | 55 |
| 2. Necesidad de incorporar a la ley procesal, la medida cautelar innovativa..... | 55 |
| 3. Flexibilización judicial en la aplicación..... | 56 |

| | |
|---|-----------|
| CAPITULO VI - JURISPRUDENCIA APLICADA..... | 57 |
| 1. Leading Case..... | 58 |
| 2. Jurisprudencia Local..... | 61 |
| Fallo N° 1..... | 61 |
| Fallo N° 2..... | 63 |
| Fallo N° 3..... | 65 |
| Fallo N° 4..... | 67 |
| Fallo N° 5..... | 69 |
| CONCLUSIONES..... | 76 |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 81 |
| Doctrina..... | 82 |
| Jurisprudencia..... | 85 |
| Legislación..... | 85 |

INTRODUCCIÓN

El trabajo se ubicará específicamente en el área del Derecho Procesal Civil y Comercial. El tema en estudio es “Medidas Cautelares Innovativas”.

Las mismas se ubican en un marco conceptual más amplio que es “Medidas Cautelares”.

El abordaje importa un punto de vista multidisciplinario, pero específicamente se lo tratará enmarcado en el proceso civil; la medida cautelar innovativa como herramienta eficaz para sortear los efectos dañinos de la duración prolongada (recurrente e inevitable) de la litis, en los procesos de daños y perjuicios.

Uno de los mayores inconvenientes, en el desarrollo de un proceso civil, se centraliza en la tardanza para arribar a un resultado. El proceso, a los fines de resguardar el derecho de defensa en juicio y otros principios de jerarquía constitucional, requiere de un considerable tiempo tanto en su producción como en su resolución, lo que suele redundar en graves daños al justiciable e indirectamente a la sociedad, con la imposición de un proceso extenso y dilatado; constituyéndose así en un instrumento de injusticia y no de justicia.

Una de las vías que mas acertadamente se usaron, para paliar el estado de las cosas, consistió en la organización de procesos cautelares sumarios que fueron denominados Medidas Cautelares, y que se desarrollaron en el ámbito del proceso. Surgiendo así las medidas cautelares de no innovar, la inhibición general de bienes y otros institutos procesales modernos, todos ellos tendientes a conservar el estado de cosas, situación y de personas, de modo tal que, al tiempo de resolver, no se haya producido alguna variable que frustre el restablecimiento del derecho vulnerado e impida total o parcialmente, la efectivización de la voluntad de la ley.

También, surge, aunque con un origen en la jurisprudencia y la doctrina, la Medida Cautelar Innovativa, que será el objeto de estudio de este trabajo, la que por su propia característica de disponer la realización de un comportamiento determinado puede dar lugar a más de una interpretación.

Actualmente las medidas cautelares innovativas no cuentan con una recepción legislativa acorde, ni uniforme con respecto a los códigos procesales provinciales.

No obstante su reciente aparición (su discusión data de conferencias realizadas en 1.975) la medida cautelar innovativa, es hoy receptada en la práctica tribunalicia, siendo pacíficamente admitida por la doctrina y la jurisprudencia nacional, no sin un largo peregrinar.

Dentro de los problemas de la actividad procesal actual se encuentran la falta de regulación específica y expresa de las medidas cautelares innovativas en los códigos de forma tanto nacional como provincial, su incorporación jurisprudencial y otros asuntos que hacen a su aplicabilidad.

El objetivo principal perseguido por la investigación es analizar si reporta ventajas la adopción de este remedio procesal en el proceso civil, para sortear las consecuencias dañosas de una litis prolongada.

Del mismo se desprenden otras consideraciones que se transforman en objetivos secundarios, y que ayudan a despejar dudas acerca de la aplicación, como las condiciones generales, prejuzgamiento, las nuevas incorporaciones legislativas provinciales y otras consideraciones.

MARCO TEÓRICO

Antecedentes:

La Medida Cautelar Innovativa cuenta con una historia de aproximadamente 30 años en nuestra doctrina y jurisprudencia.

Muy resistida desde su aparición por la doctrina, como toda novedad de características tan particulares, pronto se fueron develando sus bondades y gestándose una incipiente jurisprudencia hasta su desenvolvimiento actual.

Distintos encuentros científicos se ocuparon de la temática innovativa, dando la bienvenida a la figura, destacaron su autonomía y mayoritariamente aconsejaron su utilización y pronta recepción legislativa¹.

Los niveles jurídicos de análisis a los que se referirá el trabajo corresponden al ámbito local, especialmente un caso resonante de mi localidad (Marcos Juárez), así como también al provincial y nacional, específicamente al Leading Case “Camacho Acosta c/ Grafi Graf SRL. Y otros”. En cuanto al derecho comparado se realizará un somero resumen de la legislación de algunas provincias de nuestro país.

¹ Conclusiones del " X Congreso Nacional de Derecho Procesal", Comisión I, tema IV, Salta 1979; "XVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal", Santa Fe 1995, Comisión II, tema II, y "XX Congreso Nacional de Derecho Procesal", San Martín de los Andes, octubre 1999.

CAPITULO I - MEDIDAS CAUTELARES

SUMARIO:

1. Aspectos Generales de las Medidas Cautelares.
2. Caracteres, recaudos y oportunidad.

1. Aspectos Generales De Las Medidas Cautelares

Definición Doctrinal:

El proceso cautelar es aquel que tiende a impedir que el derecho cuyo reconocimiento o actuación se pretende obtener a través de otro proceso, pierda su virtualidad o eficacia durante el tiempo que transcurre entre la iniciación de ese proceso y el pronunciamiento de la sentencia definitiva. (PALACIO, L. E, 2.004, p. 771 - 772).

Este proceso carece de autonomía y es accesorio y dependiente de un juicio principal ordinario o ejecutivo. (FERREYRA DE DE LA RUA, Y GONZÁLEZ DE LA VEGA DE OPL, 2.003).

“Son resoluciones jurisdiccionales provisionales, que se dictan in audita parte o con tramite sumario o de conocimiento limitado, con el fin de evitar el menoscabo inminente de derechos personales o patrimoniales” (COLOMBO C., 1.968, págs. 271, 272)

El Dr. Ramiro PODETTI prefiere llamarlas medidas, y no acción o acciones, ya que con esta designación se da la idea de objeto y del resultado. Aunque el vocablo signifique decisión, su sentido es más amplio. (PODETTI, R. 1.969)

En doctrina existen diferentes denominaciones, entre otras, medidas provisionales de cautela o conservación, medidas provisionales de seguridad, procedimientos cautelares, medidas cautelares, conservativas o asegurativas provisorias o interinas, medidas de seguridad y medidas de garantía, acción cautelar, etc.

Estas denominaciones, son utilizadas en forma indistinta por la jurisprudencia, sin rigorismos conceptuales, ya que el sentido asignado es siempre el mismo: prevenir las dañosas consecuencias que surgen de una prolongada duración del proceso, que pueden traducirse en la imposibilidad de cumplimiento de una sentencia.

La opinión mayoritaria en doctrina es que las medidas cautelares no son procesos autónomos, sino que están al servicio de una providencia definitiva; “Nacen con el oficio de preparar el terreno y de aprontar los medios más aptos para su éxito” (CALAMANDREI, Piero; 1.996, p. 45)

En otras palabras aseguran el resultado práctico de la sentencia a dictar en el proceso cursado.

El Dr. Eduardo COUTURE, acepta la autonomía tanto sea por la virtud de sus caracteres como por su carácter ampliatorio de las resoluciones judiciales dictadas (COUTURE E. 1.958).

El fundamento de las medidas cautelares es proteger el interés privado del solicitante, ante la lentitud de un proceso, y el interés público que requiere que los fallos sean cumplidos y reciban efectivo acatamiento. (FERREYRA de la RUA – GONZALEZ de la VEGA de OPL, 2.003). No obstante su finalidad puede variar según se trate de un procedimiento penal, de familia, laboral, etc.

2. Caracteres, Recaudos, Presupuestos Y Oportunidad

Caracteres:

◆ Preventividad: Se vinculan con el objeto y la justificación de estas medidas, están destinadas a actuar preventivamente, a asegurar el resultado de un proceso, para que su cumplimiento no se torne imposible. “No juzgan ni prejuzgan sobre el derecho del peticionante. Su extensión debe limitarse a lo estrictamente indispensable para evitar males ciertos y futuros”. (COUTURE, E. 1.958 Pág. 326)

◆ Accesoriedad: La doctrina mayoritaria las considera dependientes de un proceso principal, al cual sirven, a pesar de sus características peculiares.

◆ Mutabilidad: Responde a la modificabilidad que deben tener las medidas cautelares, y están especificadas en el Art. 203 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación², el cual otorga la posibilidad de pedir una ampliación, mejora o sustitución de la medida cautelar decretada. También, y para la parte contraria, se le otorga el pedido de sustitución de la cautelar por una menos perjudicial, siempre que garantice el derecho del acreedor (PALACIO, L., 2.004). Asimismo se ve manifestada esta condición con el Art. 204 del Código Procesal Nacional³, que le otorga al juez, para evitar perjuicios o gravámenes innecesarios al titular de los bienes, la potestad para

² Art. 203 MODIFICACION. - El acreedor podrá pedir la ampliación, mejora o sustitución de la medida cautelar decretada, justificando que ésta no cumple adecuadamente la función de garantía a que está destinada. El deudor podrá requerir la sustitución de una medida cautelar por otra que le resulte menos perjudicial, siempre que ésta garantice suficientemente el derecho del acreedor. Podrá, asimismo, pedir la sustitución por otros bienes del mismo valor, o la reducción del monto por el cual la medida precautoria ha sido trabada, si correspondiere. La resolución se dictará previo traslado a la otra parte por el plazo de CINCO (5) días, que el juez podrá abreviar según las circunstancias.

³ Art. 204 FACULTADES DEL JUEZ. - El juez, para evitar perjuicios 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.

disponer una medida precautoria distinta de la solicitada, o limitarla, teniendo en cuenta la importancia del derecho que se intentare proteger.

- ◆ Provisionalidad: Se encuentra esta característica expresamente contemplada en el Art. 202 de nuestro Código Procesal Nacional⁴.

- ◆ Sin contradictorio previo: Se decretan inaudita parte.

- ◆ No constituyen un fin en sí mismas: Porque su finalidad es asegurar el derecho de las partes y la eficacia de la sentencia que se dicte en el proceso principal.

- ◆ Son de ejecución inmediata: Los incidentes o recursos que se interpongan, no suspenden la ejecución de la medida cautelar (Art. 198)⁵.

Pueden decretarse varias medidas cautelares juntas a fin de que se complementen.

Presupuestos

Formales

El escrito de solicitud debe expresar el derecho que se pretende asegurar, la medida que se pide, la disposición legal en que se funda y el cumplimiento de los requisitos que correspondan en particular a la medida requerida (Art. 195 Código Procesal Civil y Comercial de la Nación⁶ y Art. 456 Código Procesal Civil y Comercial de Córdoba⁷)

De fundabilidad de la pretensión

1. Verosimilitud del derecho invocado:

La verosimilitud del derecho o fumus bonis iuris (humo de buen derecho), se refiere al derecho invocado por el peticionante, en el cual fundamenta su pretensión. La apariencia de ese derecho, como resultado de un juicio de probabilidad que realiza el juez en cada caso, es el único requisito. Por ende no se requiere certeza, ni un

⁴ Art. 202 CARACTER PROVISIONAL. - Las medidas cautelares subsistirán mientras duren las circunstancias que las determinaron. En cualquier momento en que éstas cesaren se podrá requerir su levantamiento.

⁵ Art. 198 CUMPLIMIENTO Y RECURSOS. - Las medidas precautorias se decretarán y cumplirán sin audiencia de la otra parte. Ningún incidente planteado por el destinatario de la medida podrá detener su cumplimiento.

Si el afectado no hubiese tomado conocimiento de las medidas con motivo de su ejecución, se le notificarán personalmente o por cédula dentro de los TRES (3) días. Quien hubiese obtenido la medida será responsable de los perjuicios que irrogare la demora.

La providencia que admitiere o denegare una medida cautelar será recurrible por vía de reposición; también será admisible la apelación, subsidiaria o directa.

El recurso de apelación, en caso de admitirse la medida, se concederá en efecto devolutivo.

⁶ Art. 195 OPORTUNIDAD Y PRESUPUESTO. - ...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.

⁷ Art. 456 Oportunidad. Requisitos. - ...El escrito debe expresar el derecho que se pretende asegurar, la medida que se pide, la disposición legal en que se funda y el cumplimiento de los requisitos que correspondan, en particular, a la medida requerida.

conocimiento profundo de la materia controvertida, ni un conocimiento pleno sobre su fundabilidad. Se trata de un conocimiento más superficial.

Generalmente, suele ser suficiente la mera invocación o alegación de las circunstancias fácticas; en otros casos, es necesaria la aportación de elementos probatorios. (FERREYRA DE DE LA RUA, A. y GONZÁLEZ DE LA VEGA DE OPL, C. 2.003).

Esto no excluye que el solicitante soporte la carga de acreditar la existencia del indicado requisito; deben surgir fehacientemente de la situación a tutelar, las razones que justifican las medidas cautelares, salvo que la ley, procesal o sustancial prescindan de ese recaudo, como ocurre por ejemplo, con el embargo preventivo.

El requisito de verosimilitud del derecho se flexibiliza cuando se trata de derechos de índole personal, por el interés que está en juego y el daño irreparable que puede sufrir el interesado.

Pero a la vez, se observa que, cuando se otorga una sentencia anticipada o una medida cautelar innovativa que sea vehículo, la segunda de la primera, se requiere un grado superior de conocimiento por parte del juez, un grado que genere la suficiente certeza acerca de su existencia.

El Dr. Carbone expresa que para la procedencia de las medidas cautelares innovativas se exige verosimilitud de derecho; para las medidas autosatisfactivas, fuerte probabilidad; para los despachos interinos anticipatorios, certeza suficiente y para la sentencia de fondo, recién certeza definitiva (CARBONE, C., 2.003).

2. Peligro en la demora:

Llamado Periculum in mora, y consiste en el riesgo de que, suponiendo que no se dicte la medida cautelar solicitada, sobrevenga un perjuicio al solicitante.

Debe demostrarse la objetiva posibilidad de frustración, el estado de peligro, el perjuicio inminente o la urgencia. (FERREYRA DE DE LA RUA, A. y GONZÁLEZ DE LA VEGA DE OPL, C. 1.999).

Existen situaciones en que el peligro en la demora se presume por las circunstancias del caso, es lo que ocurre con el embargo preventivo, si se prueba la verosimilitud del derecho alegado con la confesión o admisión de hechos, o si quien lo

solicita hubiese obtenido sentencia favorable, aunque estuviere recurrida. (CPN, art. 212, incs. 2 y 3)⁸.

El Dr. Mario PERRACHIONE señala que el *periculum in mora* no es el peligro del daño jurídico como lo sostiene la totalidad de la doctrina actual, sino que es específicamente “El peligro del daño marginal” que se deriva del retardo de la providencia definitiva. “Es la imposibilidad práctica de acelerar la emanación de la sentencia definitiva, la que hace surgir el interés en el dictado de una medida cautelar”. (PERRACHIONE M. 2.006, Pág. 16).

3. Contracautela:

Consiste en la prestación de una garantía, por parte del peticionante, con el objeto de asegurar, a la parte demandada, el resarcimiento de los daños que pueda ocasionar el otorgamiento ilegítimo de la medida solicitada.

La exigencia de la contracautela es, además, una forma de garantizar la igualdad de las partes, ya que al ser dictadas inaudita parte contrarresta la falta de contradicción inicial.

Existen excepciones a la obligación de la prestación de la contracautela:

- * Peticionante que obtuvo un beneficio de litigar sin gastos.
- * Si es pedida por la Nación, una provincia o un municipio.

Los jueces son los encargados de fijar, a su sano criterio, el monto y tipo de la contracautela, aunque según Art. 199, Párrafo 3° del Código Procesal Nacional, se graduará calidad y monto de la caución de acuerdo con la mayor o menor verosimilitud del derecho y las circunstancias particulares del caso⁹.

En el Código Procesal de la Provincia de Córdoba, el Art. 469 Exime de caución, en la traba de embargos preventivos, a los siguientes casos:

- 1) Quien hubiere obtenido una sentencia favorable.
- 2) El cónyuge, en los juicios de nulidad de matrimonio, divorcio, separación personal o separación de bienes.

⁸ Art. 212 SITUACIONES DERIVADAS DEL PROCESO. - Además de los supuestos contemplados en los artículos anteriores, durante el proceso podrá decretarse el embargo preventivo:

2) Siempre que por confesión expresa o ficta derivada de la incomparecencia del absolvente a la audiencia de posiciones, o en el caso del artículo 356, inciso 1, resultare verosímil el derecho alegado.

3) Si quien lo solicita hubiese obtenido sentencia favorable, aunque estuviere recurrida.

⁹ Art. 199 CONTRACAUTELA. - ...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.

- 3) Los coherederos respecto de los bienes de la sucesión.
- 4) Los comuneros, en los juicios de división de cosas comunes.
- 5) Los socios, en la liquidación de sociedades.
- 6) El que requiera alimentos, en el juicio alimentario.

Las características y extensión del pedido de contracautela varían según la medida solicitada, por ejemplo, en el embargo preventivo la caución debe ser equivalente para cubrir los daños y perjuicios si resultare que la deuda no existe.

La contracautela es exigida, generalmente cuando se trata de medidas cautelares relativas a bienes materiales, en tanto que en los procesos familiares, la contracautela no suele ser solicitada

Clasificación

Entre las clasificaciones Doctrinarias encontramos la de Dr. Ramiro PODETTI:

- 1) Medidas para asegurar bienes
 - a) Para asegurar la ejecución forzosa: Incluye al embargo, tanto preventivo como ejecutivo, la intervención cuando es otorgada para la percepción de rentas embargadas, la administración cuando se utiliza como intervención, la inhibición general de bienes y el secuestro.
 - b) Para mantener el estado de las cosas o asegurativas: Son las que conservan el status quo de las cosas, se destinan a conservarlas sin otro propósito, aun cuando en el fondo puedan servir para la ejecución forzosa de los bienes inmovilizados y son la prohibición de innovar y de contratar, la anotación de litis, la intervención meramente de vigilancia, la administración de bienes sociales y sucesorios, etc.
- 2) Medidas para asegurar elementos de pruebas: Se autorizan como previas al proceso ordinario o cualquier proceso y son utilizadas mayormente en procesos penales.
- 3) Medidas para asegurar personas: Son la guarda provisional de personas menores o supuestos incapaces, y la satisfacción de necesidades urgentes.

(PODETTI, R. 1.969)

Oportunidad y Procedencia:

Según Art. 195, 1º Párrafo, del Código Procesal Nacional¹⁰, las medidas cautelares pueden ser solicitadas antes o después de deducida la demanda, a menos que la ley ordene que sean entabladas previamente, como actividad preparatoria. En este caso y cuando afecte bienes, las medidas cautelares estarán sujetas a que se entable demanda, como plazo de caducidad. (FERREYRA DE DE LA RUA, A. y GONZÁLEZ DE LA VEGA DE OPL, C., 2.003).

El nombrado artículo también señala que los jueces no podrán decretar cautelar alguna que afecte, obstaculice, comprometa, distraiga de su destino o de cualquier forma perturbe los recursos propios del Estado, ni imponer a los funcionarios cargas personales pecuniarias

La competencia del juez que entiende en estas medidas, viene indicada por la pretensión principal y se agrega que el magistrado que hubiere decretado la medida cautelar, siendo incompetente, deberá remitir las actuaciones a su par competente inmediatamente después de requerido. No obstante las medidas ordenadas por un juez incompetente serán válidas si fueron dispuestas de conformidad con las prescripciones legales, aunque no prorrogarán su competencia.

Los trámites previos están previstos en Art. 197 Código Procesal Nacional¹¹ y ordenan que las actuaciones deban permanecer siempre reservadas hasta que se ejecuten las medidas y tramitarán por expediente separado, al cual se agregarán.

En tanto que el Art. 198 del citado código dispone que las medidas cautelares deben dictarse inaudita parte – sin audiencia de la otra parte -. Las medidas pueden ser impugnadas por el afectado.

¹⁰ Art. 195 OPORTUNIDAD Y PRESUPUESTO. - Las providencias cautelares podrán ser solicitadas antes o después de deducida la demanda, a menos que de la ley resultare que ésta debe entablarse previamente.

¹¹ Art. 197 TRÁMITES PREVIOS. - La información sumaria para obtener medidas precautorias podrá ofrecerse acompañando con el escrito en que se solicitaren el interrogatorio de los testigos y la declaración de éstos, ajustada a los 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.

Si no se hubiese adoptado el procedimiento que autoriza el primer párrafo de este artículo, las declaraciones se admitirán sin más trámite, pudiendo el juez encomendarlas al secretario.

Las actuaciones permanecerán reservadas hasta tanto se ejecuten las medidas. Tramitarán por expediente separado, al cual se agregarán, en su caso, las copias de las pertinentes actuaciones del principal.

Medidas Cautelares en Particular

1 - Embargo:

Que puede ser preventivo o ejecutorio, es la medida cautelar más antigua y usual en los procesos de daños y perjuicios. Por medio de la misma, se intentara la afectación o inmovilización de uno o varios bienes del patrimonio del demandado.

En los procesos ejecutivos cumple la función de asegurar la eficacia práctica de la sentencia.

El Embargo no impide el uso racional del bien cuando es el propio deudor designado Depositario (Ej. Art. 216 y 213 §2 C.P.C.C.N.)¹².

El sujeto propietario de un bien embargado, puede enajenarlo con autorización judicial, tomando en cuenta una serie de recaudos, tales como: comunicar fehacientemente al adquirente de su nueva situación jurídica, asumiendo este el compromiso que genera dicho estado de la cosa.

Legitimación Activa: El Art. 209 C.P.C.C.N.¹³ legitima activamente al acreedor de deuda en dinero o en especie que se hallare en alguna de las siguientes condiciones: Que el deudor no tenga domicilio en la República; que la existencia del crédito este demostrada con instrumento público o privado atribuido al deudor, abonada la firma por información sumaria de dos testigos; en caso de acción en un contrato bilateral, que este justificada su existencia, y probada sumariamente el cumplimiento del contrato por parte del actor, salvo que éste ofreciese cumplirlo, o que su obligación fuese a plazo; que la deuda esté justificada por libros de comercio llevados en debida forma por el actor, o resulte de boleto de corredor de acuerdo con sus libros, en los casos en que éstos puedan servir de prueba, o surja de la certificación realizada por contador público nacional en el supuesto de factura conformada y, si aún esta la deuda sujeta a condición

¹² Art. 216. - Si los bienes embargados fuesen muebles, serán depositados a la orden judicial; pero si se tratase de los de la casa en que vive el embargado y fuesen susceptibles de embargo, aquél será constituido en depositario de ellos, salvo que, por circunstancias especiales, no fuese posible.

Art. 213. - ...Mientras no se dispusiere el secuestro o la administración judicial de lo embargado, el deudor podrá continuar en el uso normal de la cosa.

¹³ Art. 209 PROCEDENCIA. - Podrá pedir embargo preventivo el acreedor de deuda en dinero o en especie que se hallare en alguna de las condiciones siguientes: 1) Que el deudor no tenga domicilio en la República. 2) Que la existencia del crédito esté demostrada con instrumento público o privado atribuido al deudor, abonada la firma por información sumaria de DOS (2) testigos. 3) Que fundándose la acción en un contrato bilateral, se justifique su existencia en la misma forma del inciso anterior, debiendo en este caso probarse además sumariamente el cumplimiento del contrato por parte del actor, salvo que éste ofreciese cumplirlo, o que su obligación fuese a plazo. 4) Que la deuda esté justificada por libros de comercio llevados en debida forma por el actor, o resulte de boleto de corredor de acuerdo con sus libros, en los casos en que éstos puedan servir de prueba, o surja de la certificación realizada por contador público nacional en el supuesto de factura conformada. 5) Que aún estando la deuda sujeta a condición o plazo, se acredite sumariamente que el deudor trata de enajenar, ocultar o transportar sus bienes, comprometiendo la garantía, o siempre que se justifique del mismo modo que por cualquier causa ha disminuido apreciablemente la solvencia del deudor, después de contraída la obligación.

o plazo, que se acredite que el deudor trata de enajenar, ocultar o transportar sus bienes, comprometiendo la garantía.

El Art. 210 del código procesal nacional¹⁴ extiende la legitimación a los coherederos, condóminos o socios, sobre los bienes de la herencia, del condominio, o de la sociedad; al propietario o locatario principal, aunque no exista contrato de arrendamiento, respecto de las cosas afectadas a los privilegios que le reconoce la ley, acompañando título de propiedad o el contrato de locación; a la persona que posee privilegios sobre ciertos bienes muebles o inmuebles, pero debe haber sido reconocido el crédito; a quien demande por acción reivindicatoria, petición de herencia, nulidad de testamento o simulación, respecto de la cosa demandada, mientras dure el juicio, y siempre que se presentaren documentos que hagan verosímil la pretensión deducida.

También el Art. 212 del C.P.C.C.N. amplía el campo de la legitimación cuando ocurren determinadas conductas por parte del deudor ya enunciadas.

Traba del Embargo: Se realizara bajo las formas del juicio ejecutivo y solo cubre las costas y el monto reclamado.

El Art. 214 CPCCN¹⁵ autoriza a los funcionarios encargados de ejecutarlo, a solicitar el auxilio de la fuerza pública y el allanamiento de domicilio en caso de resistencia. El Embargo se puede suspender si el deudor entrega el crédito reclamado.

El Art. 219 CPCCN Prohíbe la traba del embargo en el lecho cotidiano del deudor, de su mujer e hijos, en las ropas y muebles de su indispensable uso, instrumentos necesarios para la profesión, arte u oficio que ejerza; sepulcros, excepto que el crédito corresponda a su precio de venta, construcción o suministro de materiales y demás bienes exceptuados de embargo por ley.

¹⁴ Art. 210 OTROS CASOS. - Podrán igualmente pedir el embargo preventivo: 1) El coheredero, el condómino o el socio, sobre los bienes de la herencia, del condominio, o de la sociedad, si acreditaren la verosimilitud del derecho y el peligro de la demora. 2) El propietario o locatario principal de predios urbanos o rústicos, haya o no contrato de arrendamiento, respecto de las cosas afectadas a los privilegios que le reconoce la Ley. Deberá acompañar a su petición el título de propiedad o el contrato de locación, o intimar al locatario para que formule previamente las manifestaciones necesarias. 3) La persona a quien la ley reconoce privilegios sobre ciertos bienes muebles o inmuebles, siempre que el crédito se justificare en la forma establecida en el artículo 209, inciso 2. 4) La persona que haya de demandar por acción reivindicatoria, petición de herencia, nulidad de testamento o simulación, respecto de la cosa demandada, mientras dure el juicio, y siempre que se presentaren documentos que hagan verosímil la pretensión deducida.

¹⁵ Art. 214 MANDAMIENTO. - En el mandamiento se incluirá siempre la autorización para que los funcionarios encargados de ejecutarlo soliciten el auxilio de la fuerza pública y el allanamiento de domicilio en caso de resistencia, y se dejará constancia de la habilitación de día y hora y del lugar.

Contendrá, asimismo, la prevención de que el embargado deberá abstenerse de cualquier acto respecto de los bienes objeto de la medida, que pudiere causar la disminución de la garantía del crédito, bajo apercibimiento de las sanciones penales que correspondieren.

2 – Secuestro

Medida cautelar que ordena el desapoderamiento de un bien sobre el cual se litiga o litigará, o de un documento necesario para deducir una pretensión procesal. (PALACIO, L., 2.004, Pág. 789).

El secuestro requiere que sea más demostrable la apreciación y la verosimilitud del derecho.

Se practica por medio del oficial de justicia, quien en su momento, deberá confeccionar el Acta y dejar constancia del estado de la cosa y de su entrega al depositario judicial, que es una institución oficial o persona que mejor convenga. (Art. 221 § 2 C.P.C.C.N.)¹⁶.

Esta medida cautelar se diferencia del embargo, por ejemplo en que el secuestro recae sobre bienes objetos del litigio, en tanto que en el embargo recae sobre cualquier bien; también por la disponibilidad del bien, ya que el bien secuestrado no puede ser utilizado por el depositario y no se puede ser enajenar.

El secuestro puede solicitarse como medida subsidiaria del embargo o en forma autónoma (PALACIO, L. E., 2.004, Pág. 787).

3 - Inhibición General De Bienes

Esta medida cautelar afecta la administración de una persona jurídica o física, y persigue el fin de asegurar posibles derechos de terceros o de socios.

Es una medida cautelar netamente asegurativa, y subsidiaria del embargo, porque procede cuando este no puede hacerse efectivo por no conocerse bienes en el patrimonio del demandado, o existiendo estos, son insuficientes.

Consiste en la interdicción de vender o gravar cualquier bien inmueble o mueble registrable de que el deudor sea o pueda ser propietario al momento de anotarse la medida, o que adquiera en el futuro, ya que los escribanos no pueden, sin orden judicial, otorgar escrituras traslativas de dominio o de constitución de derechos reales cuando surge, del certificado expedido por el Registro de la Propiedad, que existe anotada una inhibición respecto del titular del dominio (en el caso de los bienes inmuebles).

¹⁶ Art. 221 PROCEDENCIA. -... El juez designará depositario a la institución oficial o persona que mejor convenga; fijará su remuneración y ordenará el inventario, si fuese indispensable.

La inhibición debe levantarse tan pronto como el deudor presente bienes suficientes a embargo o preste caución bastante (Art. 228, § 1 CPCCN)¹⁷.

La inhibición surte efecto desde su anotación en el Registro de la Propiedad, sin importar qué acreedor la solicite en primer lugar, este rasgo la diferencia del embargo, en el cual existe prioridad del primer embargante.

4 - Anotación de Litis.

Medida cautelar de fin meramente informativo, que tiene por objeto dar a publicidad a un proceso que existe con relación a un inmueble o mueble registrable.

Se anota en el Registro correspondiente al bien prenotado.

No se impide su enajenación sino que persigue la publicidad de los procesos relativos a bienes inmuebles o muebles registrables, con el fin de que las sentencias que en ellos se dictan, puedan ser oponibles a terceros adquirentes de los bienes litigiosos, los cuales no podrán invocar la buena fe.

El Art. 229 C.P.C.C.N.¹⁸ fija su procedencia cuando se dedujere una pretensión que pudiere tener como consecuencia la modificación de una inscripción en el Registro correspondiente y acreditando la verosimilitud del derecho. Si la demanda es desestimada, Se extingue la medida con la finalización del juicio, en tanto que se mantiene hasta que se cumpla la sentencia.

Posee la particularidad de que no puede ser ordenada previamente a la interposición de la demanda.

5 - Intervención Judicial

Medida cautelar que afecta la administración de una persona jurídica o física, con el objeto de asegurar posibles derechos de terceros o de socios El juez designa a una persona (Interventor) como auxiliar externo de éste, para intervenir en la actividad económica de una persona física o jurídica, tanto sea para asegurar la ejecución forzada, en este caso actuara como interventor recaudador, o para impedir que se produzcan

¹⁷ Art. 228 INHIBICION GENERAL DE BIENES. - En todos los casos en que habiendo lugar a embargo éste no pudiere hacerse efectivo por no conocerse bienes del deudor, o por no cubrir éstos el importe del crédito reclamado, podrá solicitarse contra aquél la inhibición general de vender o gravar sus bienes, la que se deberá dejar sin efecto siempre que presentase a embargo bienes suficientes o diere caución bastante.

¹⁸ Art. 229 ANOTACION DE LITIS. - Procederá la anotación de litis cuando se dedujere una pretensión que pudiere tener como consecuencia la modificación de una inscripción en el Registro correspondiente y el derecho fuere verosímil. Cuando la demanda - - hubiere sido desestimada, esta medida se extinguirá con la terminación del juicio. Si la demanda hubiese sido admitida, se mantendrá hasta que la sentencia haya sido cumplida.

alteraciones en el estado de los bienes, interventor veedor o interventor administrador. (PALACIO, L., 2.004).

Es una figura complementaria de otras medidas cautelares, en la practica carece de autonomía.

El Interventor es designado por el juez de oficio o a petición de parte, previo juramento de desempeñarse con lealtad, eficiencia y probidad.

La intervención judicial puede tener por objeto recaudar ingresos futuros y periódicos, controlar la administración de una sociedad, sustituir al administrador o informar al juzgado.

Existen distintos tipos de interventores tales como interventor recaudador, interventor fiscalizador, interventor administrador, interventor informante.

6 - Prohibición De Innovar

Esta providencia cautelar tiende a impedir que se modifique una situación de hecho o de derecho existente en un momento determinado a los fines de mantener la igualdad entre las partes con intereses contrapuestos.

Es excepcional, subsidiaria y de interpretación restrictiva. Procura un mantenimiento del status quo de los hechos y el derecho, prohíbe que se altere el estado de hecho existente al tiempo de la iniciación del proceso. Aunque también es admisible para “impedir la alteración de un estado de hecho existente con anterioridad y que el juez ordena restablecer luego de iniciado el proceso” (PALACIO, L. E., 2.004, Pág. 799).

El Art. 230 CPCCN determina que podrá decretarse la prohibición de innovar en toda clase de juicio y requiere que: 1) El derecho fuere verosímil; 2) Existiere el peligro de que si se mantuviera o alterara, en su caso, la situación de hecho o de derecho, la modificación pudiera influir en la sentencia o convirtiera su ejecución en ineficaz o imposible; 3) La cautela no pudiere obtenerse por medio de otra precautoria.

7 – Prohibición de Contratar

Puede ser considerada como una modalidad de la prohibición de innovar, y participa de los caracteres ella. Mediante la prohibición de contratar se prohíbe a una de las partes celebrar contratos con relación a determinados bienes. Esta prohibición se debe inscribir en el correspondiente registro.

Según Art. 231 CPCCN¹⁹ La prohibición de contratar puede fundarse en la ley, en un contrato, en la necesidad de asegurar la ejecución forzada o los bienes objeto del juicio.

La prohibición de contratar tiene un período de caducidad de 5 días de haber sido dispuesta. También puede quedar sin efecto en cualquier momento si se demuestra su improcedencia. No tiene regulación en nuestro Código de Procedimientos Provincial.

8 - Protección De Personas

Mayormente usada en el proceso de familia, lo que se intenta proteger es la integridad de menores e incapaces según los incisos 1 y 2 del Art. 234 CPCCN²⁰.

9 – Medidas Cautelares Genéricas o Innominadas

Incorporadas al código procesal nacional mediante los Art. 232 y 233²¹, son seguidos por casi la mayoría de los ordenamientos procesales provinciales (Por ejemplo el código de nuestra provincia en su Art. 484 CPCCC)²².

Las medidas cautelares innominadas abarcan aquellas medidas dictadas en los casos que la ley no prevea otra cautelar específica, este es uno de los requisitos de las mismas.

Dentro de estas medidas es donde actualmente la jurisprudencia y algunos códigos de rito provinciales ubican a la medida cautelar innovativa, objeto de este Trabajo.

¹⁹ Art. 231 PROHIBICION DE CONTRATAR. - Cuando por ley o contrato o para asegurar, la ejecución forzada de los bienes objeto del juicio, procediese la prohibición de contratar sobre determinados bienes, el juez ordenará la medida. Individualizará lo que sea objeto de la prohibición, disponiendo se inscriba en los registros correspondientes y se notifique a los interesados y a los terceros que mencione el solicitante. La medida quedará sin efecto si quien la obtuvo no dedujere la demanda dentro del plazo de CINCO (5) días de haber sido dispuesta, y en cualquier momento en que se demuestre su improcedencia.

²⁰ Art. 234. - Podrá decretarse la guarda: Inc. 1) De incapaces mayores de 18 años de edad abandonados o sin representantes legales o cuando éstos estuvieren impedidos de ejercer sus funciones; Inc. 2) De incapaces mayores de 18 años de edad que están en pleito con sus representantes legales, en el que se controvierta su curatela.

²¹ Art. 232 MEDIDAS CAUTELARES GENERICAS. - 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 pudiese sufrir un perjuicio inminente o irreparable podrá solicitar las medidas urgentes que, según las circunstancias, fueren más aptas para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia.

Art. 233 NORMAS SUBSIDIARIAS. - Lo dispuesto en este capítulo respecto del embargo preventivo es aplicable al embargo ejecutivo, al ejecutorio, y a las demás medidas cautelares, en lo pertinente.

²² Art. 484.- 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 pudiese sufrir un perjuicio inminente o irreparable podrá solicitar las medidas que, según las circunstancias, fueren más aptas para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia.

CAPITULO II - LA MEDIDA CAUTELAR INNOVATIVA,
ASPECTOS GENERALES.

SUMARIO:

1. Introducción.
2. Historia.
3. Caracteres, recaudos y oportunidad.
4. Naturaleza Jurídica

1. Introducción

Para introducirnos en este capítulo se comenzará por definir la medida cautelar innovativa.

La doctrina clásica la define como una medida cautelar excepcional que tiende a alterar el estado de hecho o de derecho existente antes de la petición de su dictado; y que se traduce en la injerencia del juez en la esfera de libertad de los justiciables a través de la orden de que cese una actividad contraria a derecho o de que se retrotraigan las resultas consumadas de una actividad de igual tenor. La medida es excepcional en tanto, sin que medie sentencia firme, ordena que alguien haga o deje de hacer algo en sentido contrario al representado por la situación existente (PEYRANO, J. 1.981, Pág. 21).

A esta definición se le agrega la idea de que la innovativa no se limita a retrotraer el estado de cosas (motivo que la diferencia de la medida de no innovar), sino que puede crear una situación nueva o distinta a la existente, utilizando diferentes métodos, que pueden ser retrotraer las cosas a su estado anterior, u ordenar la creación de un nuevo escenario de estado de cosas, por medio de la orden del juez de realizar determinada actividad; u ordenando el cese de un accionar o de sus resultados contrarios a derecho, o retrotrayendo las cosas a un estado anterior, u ordenar abandono de hogar, pago de sumas de dinero, etc. (AIRASCA, I., 2.003).

Es una Medida que depende principalmente del criterio del juez al que le fue solicitado su dictado, en uso de sus amplias facultades ordenatorias.

2. Historia

Haciendo un repaso histórico, se encuentran los primeros antecedentes de la medida cautelar innovativa, en el año 1979, en el X Congreso de Derecho Procesal celebrado en Salta, en el que la doctrina nacional comenzó a debatir sobre “la medida innovativa, sus características, necesidad de recepción legislativa, etc.”.

Sin embargo, existen registros de discusiones doctrinarias acerca de la cautelar innovativa, puntualmente en el año 1975, donde se trataba de comentar el entonces Art. 32 bis del Código Civil introducido por la ley 20.889 (Régimen jurídico de los bancos

de datos. Objeto: protección de la privacidad ante el avance tecnológico. Viabilidad del hábeas data como remedio frente al desamparo de los datos personales y de carácter patrimonial.

La incorporación legislativa de la medida cautelar innovativa sigue recorriendo un camino que aun no hay terminado. Algunas leyes comenzaron a incorporar medidas innovativas en sus ordenamientos, como es el caso de la ley antidiscriminatoria dictada en el año 1.988 (ley 23.952), cuyo art. 1 establece: “Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionado”.

A tales efectos se consideran particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión pública o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos.

La evolución jurisprudencial y doctrinal, junto a los urgentes e impostergables reclamos de efectividad de la tutela jurisdiccional, configuraron las primeras justificantes de la regulación de la medida cautelar innovativa, aunque pocas provincias lo hayan legislado al día de hoy con su correcta denominación.

La justificación de este tipo de medida obedece a un fin teleológico igual al derecho mismo y a los principios procesales: la tutela de los particulares y la eficiencia de las sentencias, para que las mismas no resulten tardías, inoperantes o inocuas.

Si bien exhibe aspectos característicos, como su excepcionalidad y el requisito de perjuicio irreparable para su procedencia, normalmente se encuentra sometido en el marco de las medidas cautelares innominadas o no enumeradas, la mayoría de los códigos de forma provinciales así lo regulan, excepto contadas excepciones.

Entre ellos se observa el código procesal de la provincia de Corrientes, que incorporo legislativamente la medida cautelar innovativa, en forma correcta, mediante la ley 5.745 sancionada el 6 de septiembre de 2.006 y promulgada el 12 de septiembre de 2.006 mediante decreto 1.612.

Esta misma situación se observa en el código procesal de San Juan, sancionado en 2.010 a través de la Ley 8.037, que también recepta específicamente la cautelar innovativa no ya como una cautelar genérica, sino con la correcta denominación y caracteres, en lo que constituyen importantes y ejemplificadores avances para el resto de las legislaturas provinciales.

En resumen, después de 30 años de doctrina y jurisprudencia favorables, comienzan a aparecer los primeros códigos correctamente legislados, no siendo el de nuestra provincia uno de ellos.

3. Caracteres, recaudos y oportunidad

Los Caracteres de la medida cautelar innovativa son:

- ◆ **Judicialidad:** Son resoluciones que solo el órgano jurisdiccional puede ordenarlas de oficio o a solicitud de parte interesada.

- ◆ **Instrumentalidad:** El proceso cautelar tiene carácter instrumental, pues sirve de instrumento para la toma de una decisión definitiva.

- ◆ **Provisionalidad:** Ya que subsisten mientras duren las circunstancias que determinaron su dictado. Su levantamiento puede ser requerido cuando dichas condiciones desaparezcan.

- ◆ **Modificabilidad:** Ya fue desarrollado este carácter, no obstante se señalará que la alterabilidad o mutabilidad de las medidas adoptadas depende del principio *rebus sic stantibus* (cualquier alteración sustancial de las mismas puede dar lugar a la modificación de aquellas estipulaciones).

- ◆ **Extinción a término:** Es la extinción *ipso iure* de sus efectos con la resolución del asunto principal al agotar su ciclo de vida.

- ◆ **Sin vida propia:** Están sujetas al resultado del proceso, no causan instancia, pueden ser revocadas en cualquier momento por el órgano jurisdiccional, y no producen efectos de cosa juzgada, ni revisten el carácter de sentencia definitiva, por lo tanto, no pueden ser, en principio, materia de recurso extraordinario. No obstante existe una excepción: si el agravio, por su magnitud y circunstancias de hecho, resulta de tardía, insuficiente o imposible reparación ulterior, o cuando la cuestión excede el interés individual de las partes y atañe a la comunidad.

◆ Sumariedad: Porque no se exige demostración o acreditación fehaciente del derecho invocado.

◆ Preventividad: Porque están destinadas a actuar preventivamente.

◆ Responsabilidad: Esto significa que se decretan bajo la responsabilidad de quien la solicita. Es la razón de ser del pedido de contracautela.

◆ Discrecionalidad: En el Código Procesal Nacional, la discrecionalidad se le acuerda al juez la facultad para disponer una medida distinta de la solicitada, o limitarla, con el fin de evitar perjuicios o gravámenes innecesarios (Art. 204 C.P.C.C.N.).

Distinto es el caso de lo que ocurre en el Código Procesal de Córdoba, ya que tal facultad no ha sido otorgada, y solamente contempla la modificación a pedido del interesado (art. 463 C.P.C.C.C.), excepto si la cautelar recae sobre dinero en efectivo, depósitos en cuenta corriente bancaria, caja de ahorro, sumas depositadas o la recaudación diaria de establecimientos comerciales, fabriles, de servicios, productivos o afines.

También, y con el fin de no comprometer el proceso de comercialización o de fabricación de las industrias (corazón de la productividad) se permite la realización de actos necesarios cuando la medida se trabare sobre bienes muebles, mercaderías o materias primas pertenecientes a establecimientos comerciales, fabriles o afines en su art. 464 de nuestro código de rito, en el caso de embargo. No obstante importa señalar que la falta de otorgamiento de dicha facultad, no implica que el juez, no pueda disponer de medios para evitar los abusos.

◆ Sin contradictorio previo: Porque se decretan inaudita parte.

◆ Ejecutabilidad inmediata: Los recursos no suspenden el cumplimiento de la medida.

◆ Urgencia: la urgencia emerge de su propia naturaleza: pueden pedirse antes de deducida la demanda de fondo, arbitrándose un mecanismo especial para recibir información sumaria, etc.

No pocas características de las enunciadas son comunes con toda providencia jurisdiccional dictada durante un proceso.

Recaudos o Presupuestos

Las Medidas Cautelares Innovativas requieren de los mismos presupuestos de las medidas Cautelares, estos son Verosimilitud en el derecho, Peligro en la demora y Contracautela.

Sin embargo, el requisito de la contracautela presenta una característica particular en el proceso de la cautelar innovativa y es que puede no exigirse la misma en caso de alto grado de verosimilitud de derecho.

Esta particularidad de la contracautela se extrae de la jurisprudencia de los tribunales de La Plata, que se encarga de aclarar el alcance del pedido de contracautela en un caso en particular y dictamina: “Atento el alto grado de verosimilitud del derecho invocado, la naturaleza de los derechos involucrados y que la medida tiende a proteger intereses colectivos que exceden el mero interés, corresponde eximir a las peticionantes de prestar caución alguna”.²³

Podemos concluir que en el despacho de la medida cautelar innovativa, la contracautela, a veces, depende de la verosimilitud del derecho.

Además de los tres presupuestos clásicos, la doctrina actual considera como cuarto requisito necesario para el despacho de una medida cautelar innovativa al perjuicio irreparable, daño irreparable o de muy difícil y remota reparación, siendo este requisito específico de las cautelares innovativas.

Perjuicio Irreparable (“periculum in damni”). “Consiste en que la situación de hecho o de derecho que se pretende innovar ocasionaría de subsistir un daño irreparable al pretensor”. (PEYRANO 1.981, Pág. 27). En otras palabras “es el perjuicio o daño irreparable grave inminente que sufrirá el solicitante de la medida si ésta no se le otorga o concede favorablemente, o el perjuicio grave que sufrirá el mismo de muy difícil reparación”. (AIRASCA, I. 2.003. Pág. 8).

El Dr. Lino PALACIO no esta de acuerdo con el condicionamiento de la procedencia de la medida a la concurrencia a un cuarto requisito.

²³ Juzgado Contencioso Administrativo N° "Durante Eduardo A. y otros c/ fisco de la provincia De buenos aires s/prentensión cesación vía de hecho Administrativa". La Plata, 6 de Julio de 2012.-

El requisito concerniente al peligro en la demora (común a todas las medidas cautelares e implícitamente previsto en el art. 230 C.P.C.C.N.²⁴) cubre con sobrada amplitud la extensa gama de daños involucrados en el otorgamiento de la medida, pues compete no sólo los perjuicios económicos sino también los padecimientos físicos, psíquicos y morales, no necesariamente irreparables pero dignos de una inmediata tutela judicial. (PALACIO, L., 1.998, Pág.112.)

La justificación del pedido de este cuarto requisito de procedencia reside en las características propias de la cautelar innovativa. Recordamos que al ser una medida que ordenara ejecutar o realizar alguna determinada acción puede llegar a funcionar como una suerte de sentencia anticipada, que escapa a los límites tradicionales de la teoría de las medidas cautelares, debido a que la materia de lo cautelar nunca puede coincidir con el contenido de la futura sentencia de fondo.

Cuando se trata de una medida cautelar innovativa con sustancia o contenido de sentencia anticipada, se requiere la concurrencia de un este cuarto requisito que es la existencia de la probabilidad de que se produzca al solicitante de la medida un perjuicio o daño grave, inminente e irreparable o de muy difícil o remota reparación. (AIRASCA, I., 2.003. Pág. 9).

Visto desde este punto de vista, el cuarto recaudo no es “regla” cuando la medida innovativa no constituye un anticipo de sentencia. La posibilidad de que el peticionante experimente un “perjuicio irreparable” vendrá a ser, en todo caso, coadyuvante para el dictado. Consecuentemente, confirmamos que el requisito del “perjuicio irreparable” resulta de ineludible acreditación cuando la innovativa es anticipatoria de la cuestión de fondo, pero no será exigible cuando lo concedido por la cautelar innovativa –que no es excepcional- no es idéntico a la pretensión sustancial, total o parcialmente.

Oportunidad

La oportunidad para interponer la medida cautelar innovativa es la misma que la exigida para cualquier medida cautelar ya explicado (antes o después de deducida la

²⁴ Este Artículo enumera los requisitos para el Dictado de una medida cautelar de no innovar en su inciso numero 2) “Existiere el peligro de que si se mantuviera o alterara, en su caso, la situación de hecho o de derecho, la modificación pudiera influir en la sentencia o convirtiera su ejecución en ineficaz o imposible.”

demanda, a menos que la ley ordene que sean entabladas previamente, como actividad preparatoria).

4. Naturaleza Jurídica

La Doctrina y Jurisprudencia han ensayado, como siempre ocurre, varias teorías acerca de la naturaleza jurídica de la medida cautelar innovativa.

Una de ellas, propone que la naturaleza de esta Medida depende, en gran parte, de cómo sea usada, negándole la naturaleza cautelar cuando opera como medida anticipatoria (RAMBALDO, J. 2.000).

Dentro de la misma línea de pensamiento, el Dr. Sergio Barberio afirma que cuando con la medida innovativa no se intenta directamente anticipar todo o parte de lo pretendido, resulta puramente cautelar y como tal se sujeta su despacho a los presupuestos comunes. (BARBERIO, S., 2.003, Pág. 237)

La Cámara Federal de Apelaciones de la Seguridad Social, le otorgó a la innovativa naturaleza meramente instrumental, por lo cual, al solicitarse una cautelar innovativa coincidente en parte con la pretensión de fondo, la cámara, negó el otorgamiento de la innovativa.²⁵

La medida cautelar innovativa tiene su inicio como medida proteccionista, como la contracara de la medida de no innovar; con el correr del tiempo expande su campo de acción, incorporando otras conductas que tienden a introducir modificaciones en situaciones contrarias a Derecho y a hacer cesar un accionar violatorio de valores protegidos, sin dejar de lado su naturaleza cautelar.

La naturaleza jurídica de la medida cautelar innovativa debe buscarse en su marco general de las medidas cautelares, por eso su naturaleza es cautelar, que significa proteger a quien tiene una urgencia durante la tramitación del proceso.

Asimismo, se observa de la jurisprudencia práctica²⁶, que la medida cautelar innovativa, sobrepasa su naturaleza cautelar y puede funcionar como cautelar alterativa o constituir un anticipo directo o indirecto, total o parcial, de la futura sentencia de fondo, circunstancia que reafirma la necesidad de su consagración normativa.

²⁵ Cámara Federal de Apelaciones de la Seguridad Social, sala II (CFedSegSocial) (Sala II) Caed. Seg. Social, sala II ~ 2009/10/16 ~ Capa, Néstor Fernando c. Anses y otros s/ reajustes varios.

²⁶ Camacho Acosta, Maximino c/ Grafi Graf SRL y otros”, Fallos 320:1633 (1.997)

CAPITULO III - MARCO NORMATIVO

SUMARIO:

1. Regulación a nivel Nacional.
2. Regulación a nivel Provincial.
3. Análisis Comparativo a nivel provincial.

1. Regulación a nivel Nacional

El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación no contempla específicamente el instituto de la medida cautelar Innovativa. El mismo se encuentra regulado de la siguiente manera:

Código Procesal Civil y Comercial de la Nación

Capítulo III - Medidas Cautelares/ Sección 7° - Medidas Cautelares Genéricas y normas subsidiarias.

Art. 232 MEDIDAS CAUTELARES GENERICAS- 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 pudiese sufrir un perjuicio inminente o irreparable podrá solicitar las medidas urgentes que, según las circunstancias, fueren más aptas para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia.”

La Doctrina define a este instituto como "aquella que puede dictar el juez, conforme a las necesidades del caso cuando no existe en la ley una previsión específica que satisfaga la necesidad de su aseguramiento". (FERREYRA DE LA RUA, A. y GONZÁLEZ DE LA VEGA DE OPL, C., 2.003, T II Pág. 330)

Alcance de las medidas cautelares genéricas

Mientras un sector doctrinario y jurisprudencial considera que el art. 232 del C.P.C.C.N., y normas análogas otorgan "un poder cautelar genérico residual" (COLOMBO, 1.968 T. I, pág. 423 y s.s.) que sólo es válido frente a la insuficiencia o eventual exceso de las medidas expresamente contempladas en la ley (FENOCHIETTO-ARAZI, 1.983, T. 1, p. 745), otro sector doctrinal ha destacado que aquellas normas no sólo facultan a conceder medidas absolutamente diferentes a las reguladas sino que "también admiten una flexibilidad en el otorgamiento de las previstas mediante su adaptación a las particulares situaciones de hecho que se tienen en mira y en la combinación de dos o más medidas" (DI IORIO, A., 1.978 Pág. 833 y 834).

Así explicado se comprende que las medidas cautelares innovativas están incluidas en el art. 232 de nuestro código de procedimientos nacional.

2. Regulación a nivel Provincial

Código Provincial Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba.

Capítulo VI - Medidas Cautelares / Sección 4 - Otras medidas cautelares

Art. 484 MEDIDAS CAUTELARES NO ENUMERADAS. – 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 pudiese sufrir un perjuicio inminente o irreparable podrá solicitar las medidas que, según las circunstancias, fueren más aptas para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia.

Como se observa, la regulación a nivel provincial es la misma que a nivel nacional, así como muchos otros códigos provinciales de rito optaron por seguir los pasos de la legislación procesal nacional, considerándolas insitas en las previsiones de la "medida cautelar genérica".

Las mismas consideraciones que se hicieron para la regulación de las medidas cautelares genéricas a nivel nacional sirven en este apartado.

3. Análisis Comparativo a nivel provincial

Se citará en este punto las legislaciones procesales de las provincias que receptaron la medida cautelar innovativa en sus respectivos ordenamientos, reflejando de esta manera lo que doctrina y jurisprudencia vienen exponiendo e investigando hace 3 décadas.

Se señala que 17 de 23 provincias (entre ellas Córdoba) siguen, en su regulación, al código de procedimientos nacional, y solamente 6 provincias difieren en su denominación y alcances. Se citan los códigos de Procedimiento:

Código Procesal Civil Y Comercial De La Provincia De Catamarca.

Capitulo III- Medidas Cautelares / Sección 6a.

Prohibición de Innovar. Medida Innovativa. Prohibición de Contratar.

Art. 230.- Prohibición de innovar y medida innovativa.- Podrán decretarse la prohibición de innovar o medidas innovativas en toda clase de juicio siempre que:

1° El derecho fuere verosímil.

2° Existiere el peligro de que si se mantuviera o alterara, en su caso, la situación de hecho o de derecho, la modificación pudiera influir en la sentencia o convirtiera su ejecución en ineficaz o Imposible.

3° La cautela no pudiere obtenerse por medio de otra medida precautoria.

4° Para el despacho de la medida cautelar innovativa, además de los requisito precedentes, deberá expresarse el perjuicio grave o daño irreparable grave e inminente que sufrirá el solicitante de la medida si ésta no se le otorga o concede favorablemente.

Se observa que la regulación de la innovativa, en esta provincia, es la misma que la medida de no innovar, y aunque se presta a confusión por su ubicación, no se la considera como la contracara de la medida de no innovar, sino como su complemento.

Con respecto a los requisitos se observa que los mismos están expresamente manifestados, no cabe lugar a duda de que es lo que exige el juzgador catamarqueño para otorgar la medida cautelar innovativa.

Sin embargo, la doctrina mayoritaria (PEYRANO, CALAMANDREI, COUTURE, COLOMBO) exigen el pedido de contracautela, y en el código procesal civil y comercial de Catamarca no se observa dicho requerimiento.

Esta ausencia odebece a una flexibilización del pedido del canon cautelar, que viene proclamando la doctrina.

El Dr. PEYRANO enumera algunas hipótesis en las que se prescinde del canon cautelar

- 1- Acentuación del análisis de la verosimilitud del derecho material alegado.
- 2- Las medidas cautelares con alguna sustanciación previa
- 3- Visualización de los presupuestos cautelares (apariencia de buen derecho, peligro en la demora y contracautela) como interrelacionados entre sí y recíprocamente influyentes (PEYRANO, 2010, Pág. 2 - 3).

Código Procesal Civil Y Comercial De La Provincia De Chaco

Capítulo III: Medidas Cautelares

Sección 7.- Medidas cautelares genéricas y normas subsidiarias.

ART. 232.- Medidas cautelares genéricas: 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 pudiera sufrir un perjuicio inminente o irreparable podrá solicitar las medidas urgentes que según las circunstancias, fueren más aptas para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia.

ART. 232 BIS.- Los jueces a pedido fundado de parte, respaldado por prueba que demuestre una probabilidad cierta de que lo postulado resulta atendible y que es impostergable prestar tutela judicial inmediata, deberán excepcionalmente, ordenar medidas autosatisfactivas. Según fueren las circunstancias del caso, valoradas motivadamente por el Juez, éste podrá exigir la prestación de cautela suficiente.

Los despachos favorables de medidas autosatisfactivas presuponen la concurrencia de los siguientes recaudos y quedarán sujetas al régimen que a continuación se describen:

- a) Que fuere necesaria la cesación inmediata de conductas o vías de hecho producidas o inminentes, contrarias a derecho según la legislación de fondo o procesal;
- b) Que el interés del postulante se circunscriba, de manera evidente, a obtener la solución de urgencia no cautelar requerida, no extendiéndose a la declaración judicial de derechos conexos o afines;
- c) Los jueces podrán fijar límites temporales a las medidas autosatisfactivas que despacharen y disponer, a solicitud de parte, prórrogas de las mismas. No rigen en la materia los principios de instrumentalidad y caducidad, propios del proceso cautelar;
- d) Los jueces deberán despachar directamente la medida autosatisfactiva postulada o, excepcionalmente según fueren las circunstancias del caso y la materia de la medida, someterla a una previa y reducida substanciación, que no excederá de conceder a quien correspondiere la posibilidad de ser oído;
- e) El legitimado para contradecir una medida autosatisfactiva ordenada, podrá optar para impugnarla entre la interposición directa del recurso de apelación que será concedido en su caso, con efecto devolutivo, o iniciar un juicio declarativo general sumario de oposición cuya promoción no impedirá el cumplimiento de la decisión judicial impugnada.

Elegida una vía de impugnación, se perderá la posibilidad de hacer valer la otra. También podrá solicitar la suspensión provisoria de la medida autosatisfactiva que lo afectare, en el supuesto de que acredite prima facie la existencia de la posibilidad de sufrir un perjuicio de difícil o imposible reparación, previo ofrecimiento y prestación de contracautela suficiente.

Exactamente igual es el Código de Procedimientos de la Provincia de Formosa modificado por ley provincial N° 1397/02 del 14-11-02 B.O.P. N° 7279.

En este articulado se observa, que se siguen contemplando las medidas cautelares innovativas dentro de las genéricas, pero se regula, párrafo siguiente, una cautelar que mucho se confunde con la innovativa, es la medida cautelar autosatisfactiva.

Lejos esta, de este trabajo, ahondar en los aspectos medulares de la medida cautelar autosatisfactiva y cual es su alcance, no obstante se señalan algunas diferencias y características para ofrecer un punto de referencia.

Se trata de un requerimiento "urgente" formulado al órgano jurisdiccional por los justiciables que se agota -de ahí lo de autosatisfactiva- con su despacho favorable, no siendo, entonces, necesaria la iniciación de una ulterior acción principal para citar su caducidad o decaimiento, no constituyendo una medida cautelar, por más que en la praxis muchas veces se la haya calificado, erróneamente, como una cautelar autónoma ... Constituye la misma una especie -aunque de la mayor importancia- del género de los "procesos urgentes", categoría ésta que engloba una multiplicidad de procedimientos (las resoluciones anticipatorias, el régimen del amparo y del hábeas corpus, las propias medidas cautelares, etc.) caracterizados por reconocer que en su seno el factor "tiempo" posee una relevancia superlativa. Vale decir que cuando se está ante un proceso urgente, siempre concurre una aceleración de los tiempos que normalmente insume el moroso devenir de los trámites judiciales: a veces se tratará del despacho de una diligencia sin oír previamente al destinatario de la misma y, en otras ocasiones, de resolver sobre el mérito de una causa sin que la misma todavía se encuentre en estado de declarar el derecho o de "sumarizar" la extensión del debate judicial (PEYRANO, J. 1.997, Pág. Pág. 27).

Las llamadas medidas autosatisfactivas son soluciones jurisdiccionales urgentes no cautelares, despachables in extremis y mediando una fuerte probabilidad de que los

planteos formulados sean atendibles. La sentencia importa la satisfacción definitiva del requerimiento del postulante, de modo que son autónomas y causan efecto de cosa juzgada material²⁷.

Medidas Autosatisfactivas:

- ◆ Son autónomas
- ◆ Se deben resolver respetando el principio de bilateralidad.
- ◆ No existe relación entre cautela y sentencia, pues lo perseguido se agota una vez obtenida la satisfacción del interés.
- ◆ Son requisitos indispensables para su procedencia la certeza suficiente o evidencia y el peligro de frustración del derecho.
- ◆ No se exige contracautela.
- ◆ Genera efecto de cosa juzgada.

Medidas Cautelares Innovativas:

- ◆ Son siempre accesorias a un proceso de conocimiento, aun cuando se inicien en forma autónoma al igual que las anteriores.
- ◆ Se resuelven y efectivizan in audita parte.
- ◆ El resultado pretendido en la sentencia es similar en todo o en parte con el de la cautela.
- ◆ Son requisitos indispensables para su procedencia la verosimilitud del derecho, la irreparabilidad del perjuicio (entre otros).
- ◆ Se exige contracautela a excepción de quien actúe con beneficio de litigar sin gastos, o sea el estado, o concurran otras condiciones excepcionales.
- ◆ Es irreversible su efecto.

(ALCOLUMBRE, M. 2.008 Pág. 2-3)

Código Procesal Civil Y Comercial De La Provincia De Mendoza

Titulo VI - De Las Medidas Precautorias / Capitulo I - Normas Generales

Art. 115 - Medidas no Previstas

²⁷ Juzg. 1º Inst. de Distr. Civil y Comercial 1º Nom. Rosario (SF), 28-02-97, “Ordóñez, José y Otros c/ Empresa de Transporte Roque Sáenz Peña S.R.L. s/ Medida Autosatisfactiva”.

El tribunal a pedido de interesados, puede decretar, sujeto a lo dispuesto por el artículo 112²⁸, cualquier medida idónea para asegurar provisoriamente un derecho aun no reconocido por la justicia.

El código procesal civil y comercial de Mendoza no sigue al Código Procesal Nacional en su regulación de las medidas cautelares, adopta otra nomen iuris para ellas, las llama Medidas Precautorias, denominación que no difiere, en lo que su alcance refiere, al planteado por el código Nacional, y también dedica un artículo a las medidas cautelares genéricas, en las que se encuentran incluidas las medidas cautelares innovativas.

No obstante, mas adelante en el Código de rito de Mendoza se observa

Titulo VI - De Las Medidas Precautorias/Capítulo III - Otras medidas preventivas

Art. 125 - Enumeración

Podrán también disponerse medidas preventivas para aseguramiento de pruebas, seguridad de personas, conservación de cosas o satisfacción de necesidades urgentes. Sin perjuicio de las que dispongan otras Leyes o puedan decretar los jueces, podrá ordenarse:

1o - la instrucción preventiva de un proceso iniciado o por Iniciarse.

2o - la guarda de personas o depósito de cosas.

3o - la prestación de alimentos provisorios y de litis expensas.

²⁸ ART. 112 - TRAMITES COMUNES - Las medidas precautorias que este código y otras leyes autorizan serán ordenadas por auto, sujetándose a las siguientes reglas, con las excepciones establecidas en este título: 1) El solicitante deberá acreditar en forma sumaria el derecho que invoca. este requisito no podrá ser suplido por ofrecimiento de garantías o fianzas. 2) Acreditara también el peligro de pérdida o frustración de su derecho o la urgencia de la medida. 3) Se concederán bajo la responsabilidad del solicitante, quien deberá otorgar la contracautela dispuesta por la ley o por el tribunal para responder de los daños y perjuicios que pudiera ocasionar en el caso de haber sido pedida sin derecho. podrá otorgarse fianza de instituciones bancarias, comerciales o de personas de conocida reputación y responsabilidad económica, pero no se admitirá fianza de profesionales. la contracautela, no es necesaria en las medidas autorizadas en el capítulo III. 4) La sustanciación, resolución y cumplimiento de las medidas, se harán sin audiencia ni conocimiento de la contraria, a la cual se le notificaran, de oficio, inmediatamente después de cumplidas. 5) El tribunal podrá disponer una medida distinta a la solicitada, o limitarla, teniendo en cuenta la importancia del derecho que se intenta proteger y para evitar perjuicios o vejámenes innecesarios al demandado. 6) Son siempre provisorias; subsisten mientras duran las circunstancias que las determinaren. 7) El auto que acoge o rechaza el pedido, será apelable; en el primer caso sin efecto suspensivo, podrá retirarse la solicitud rechazada, cuando se hubiere modificado la situación de hecho o de derecho, sujetándose al mismo tramite. 8) Las medidas precautorias cumplidas antes de la demanda, caducaran automáticamente, si dentro de los quince días de haberse cumplido no se deduce la acción y el tribunal, de oficio, dispondrá su levantamiento. en tal hipótesis, los daños y perjuicios serán a cargo del solicitante de la medida, quien no podrá pedirla nuevamente por la misma causa. 9) Los depositarios, interventores y administradores judiciales, aceptaran el cargo y juraran desempeñarlo fielmente, por acta redactada en el expediente, siendo responsable de los daños y perjuicios que ocasionan por negligencia o incumplimiento de los deberes a su cargo. están obligados a informar al tribunal de sus actos y a rendir cuenta de lo percibido y gastado. cuando se trabe embargo, se cumpla un secuestro o se ponga en posesión a un interventor o administrador judicial, se les entregara a estos por el oficial ejecutor, una constancia de la medida cumplida, de los bienes afectados por ella, causa en que se dispuso la medida, tribunal en que se tramita y en su caso el cargo que desempeña. 10) En el escrito en el cual se solicite la medida, se ofrecerá la Prueba, la cual deberá recibirse dentro de las veinticuatro horas y Dictarse pronunciamiento en el mismo acto; 11) Las medidas precautorias se cumplirán con auxilio de la fuerza Pública, allanamiento de domicilio, y habilitación de día, hora y Lugar si fuera necesario.

Este artículo parece sugerir que las medidas cautelares innovativas están incluidas en su enunciado, aunque ella se refiere a un número cerrado de situaciones, pero el inicio del artículo pareciera sostener lo contrario al ordenar “satisfacción de necesidades urgentes”.

El Código procesal civil y comercial de la provincia de corrientes, mediante el dictado de la ley 5.745 del año 2.006 ha incorporado legislativamente la medida cautelar innovativa, reformulándola de la siguiente manera

Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Corrientes

Capitulo III – Medidas Cautelares / Sección 7º Medidas cautelares genéricas y normas subsidiarias.

Art. 232 bis: Medida cautelar innovativa: Es una medida cautelar excepcional que tiende a alterar el estado de hecho o derecho existente antes de la petición de su dictado.

Presupuestos:

1. Probabilidad y no simple verosimilitud del derecho invocado
2. Peligro en la demora
3. Perjuicio irreparable
4. Contracautela

Facultades del Juez: El Juez de oficio o a pedido de parte dictará la medida innovativa por el lapso que estimara razonable según las circunstancias del caso.

Se observa que los lineamientos básicos de los presupuestos de la cautelar innovativa en la legislación correntina siguen las líneas trazadas por la doctrina, en una forma clara y sencilla. Lo que es propicio para dejar al juez amplio margen de discrecionalidad al momento de analizar los recaudos exigidos y otorgarle parámetros concretos entre los cuales puede dictar su decisión. “La norma significa un evidente avance al regular expresamente las medidas innovativas, las cuales en la práctica jurisprudencial y doctrinaria tienen un gran auge, sin encontrarse debidamente reguladas, lo cual determina diferencias doctrinarias en su encuadre.” (ARANGUREN, B. 2.007 Pág. 3).

Para Terminar el análisis legislativo Provincial se verá el Código de rito Sanjuanino

Código de Procedimientos Civil, Comercial y Minería de San Juan

Capítulo III - Medidas Cautelares / Sección 6ª - Prohibición de innovar - Medida innovativa - Prohibición de contratar

Art. 232.- Medida innovativa- Ante la inminencia de un perjuicio irreparable, puede solicitarse que el juez dicte medidas destinadas a reponer un estado de hecho o de derecho cuya alteración sea o vaya a ser el sustento de la demanda. Esta medida es excepcional por lo que sólo se concederá cuando no resulte aplicable otra medida prevista en la ley. Son aplicables las mismas exigencias del Artículo 231²⁹.

Se observa que se ha legislado sobre las medidas cautelares innovativas de una manera explícita, asignándole el nombre propio de la misma, aunque sometiéndola a los mismos requisitos de procedencia de la medida de no innovar, que son la verosimilitud del derecho, el peligro en la demora y la contracautela (no exigida). No se observa, en principio la exigencia del cuarto requisito, específico de la innovativa, el perjuicio irreparable. No obstante el artículo comienza enumerándolo “Ante la inminencia de un perjuicio irreparable”.

Por lo expuesto se concluye que el perjuicio irreparable forma parte de los requisitos para el otorgamiento de la cautelar innovativa en la provincia de San Juan, coincidiendo con la doctrina nacional.

El artículo remarca su carácter excepcional, lo cual concuerda con la doctrina nacional sentada al respecto.

Con el desarrollo de este artículo se da por finalizada el análisis interprovincial, remarcando que la mayoría de las legislaciones provinciales subsumen la cautelar innovativa en las medidas cautelares innominadas, con excepción del código provincial santafesino, en el cual la medida innovativa no ha sido legislada expresamente en el ordenamiento procesal. Por consiguiente, resulta imperioso, en tutela de la seguridad jurídica, la equidad y la eficiencia, la inmediata adopción de una solución legislativa que viabilice la incorporación de la medida innovativa, sus notas distintivas, recaudos y alcances a nuestros códigos de procedimientos.

²⁹ ARTÍCULO 231 PROHIBICION DE INNOVAR.- Podrá decretarse la prohibición de innovar en toda clase de juicio, siempre que: 1) El derecho sea verosímil. 2) Exista el peligro de que si se altera la situación de hecho o derecho, la modificación pueda influir en la sentencia o convierta su ejecución en ineficaz o imposible. 3) La cautela no pudiese obtenerse por medio de otra medida precautoria.

CAPITULO IV - ANÁLISIS COMPARATIVO

SUMARIO:

1. Las Medidas Precautelares.
2. Las Medidas Cautelares Autónomas.
3. Las Medidas Cautelares Innovativas.
4. Las Medidas Cautelares de no Innovar.
5. Medida cautelar innovativa y resolución anticipatoria.

1. Las Medidas Precautelares

Las Medidas Precautelares son de creación pretoriana y se dan mayormente en el ámbito contencioso administrativo.

No obstante este trabajo pertenecer a otra área del derecho, se considera necesario realizar una breve descripción de la medida precautelar, y su relación con las medidas cautelares.

Se lo ha referido como el procedimiento que imprime el juez cuando como alternativa, previo a la cautela solicitada contra el Estado por el actor por cuanto de despacharla sin más pueden generar determinados perjuicios sino se cuenta con el material de estudio necesario, requiere a la administración que en un breve plazo produzca un informe sumario sobre el planteo del administrado, acompañando en su caso copias de las actuaciones administrativas que eventualmente hayan precedido la actividad estatal, dada la incapacidad jurídica y moral de insolventarse de ésta; pudiendo el juez agregar a aquel traslado, la orden a la Administración que se abstenga de llevar a cabo un comportamiento que implique la abstracción del objeto que se pretende tutelar, hasta tanto resuelva la medida solicitada, lo que hará una vez producido el informe en cuestión (GUGLIELMINO, O., 2.000, Pág. 100).

Son medidas tomadas por el juez, con el objeto de suspender los efectos del acto administrativo básicamente.

Las medidas precautelares se otorgan previo al análisis de los presupuestos de procedencia de la medidas cautelares, en el momento de analizar el otorgamiento de las mismas es cuando se decide y dictan las medidas precautelares.

Mas allá de las consideraciones comunes a la actividad administrativa, lo que interesa resaltar es su carácter cautelar.

Si bien es cierto que, mayormente, su dictado se da en los procesos contenciosos administrativos, las medidas cautelares y precautelares se están expandiendo hacia ámbitos en los que también encuentran un uso adecuado, como en los procesos familiares, especialmente a los de violencia familiar

Se observa un determinado paralelismo entre las medidas precautelares y las innovativas, siendo las primeras un concepto más amplio porque su finalidad esta destinada a la prevenir dificultades en el dictado de una medida cautelar.

El fin de ambas, es el mismo, el aseguramiento de en el cumplimiento de un dictado judicial, en un caso de una sentencia (Medida Cautelar) y en otro caso de una medida cautelar (Medida Precautelar)

2. Las Medidas Cautelares Autónomas

Las medidas cautelares autónomas también tienen su desarrollo en el ámbito contencioso administrativo, y también son de creación jurisprudencial.

Específicamente proceden a pedido de partes, abogando por la suspensión de los efectos de determinado acto administrativo, que se encuentra recurrido, hasta tanto sea resuelto por la autoridad administrativa, además se puede utilizar para la solución de problemas urgentes de salud. En este sentido se expidió la Cámara Contencioso Administrativa núm. 1 de Santa Fe.³⁰

Los requisitos de admisibilidad no son los mismos que los de las medidas cautelares, se requiera la presencia de un perjuicio especial o manifiestamente ilegítimo. Lo que se busca es que el acto administrativo dictado y recurrido no cause un perjuicio irreparable hasta tanto se agote dicha vía, y consecuentemente se habilite la vía judicial.

Se observa de la descripción somera de estas medidas cautelares que comparte con la medida cautelar innovativa algunos rasgos que es conveniente señalar

En primer lugar, el objeto de protección es similar, se pretende evitar un perjuicio mayor.

En segundo lugar, son emitidas in audita parte ambas.

Otro aspecto a señalar es que proceden en casos urgentes, lo que determina el pedido de cualquiera de las dos medidas es la prontitud con que se desea su dictado.

³⁰ Cámara Contencioso Administrativa núm. 1 de Santa Fe, “Caminos Rodolfo A. y otros c/ Provincia de Santa Fe s/medida cautelar autónoma. Sentencia del 14 de octubre de 2003.

3. Las Medidas Cautelares Innovativas

Las medidas cautelares innovativas, objeto de este trabajo, tienen su importancia también en el derecho administrativo, y el objeto de este apartado es analizar la doctrina con respecto al desarrollo del instituto dentro del derecho administrativo.

El derecho administrativo cuenta con determinados caracteres generales que le dan una fisonomía propia, dentro de los cuales los que más se destacan son:

Régimen exorbitante: Es un atributo típico del régimen, que se traduce en potestades o prerrogativas jurídicas administrativas especiales usadas para satisfacer inmediatamente el bien común; y por otro lado tenemos las garantías de los administrados que ofician de contrapeso de esos poderes estatales. (Ej.: garantía de igualdad, de propiedad, de razonabilidad o justicia, principio de legalidad, informalismo etc.).

Poder discrecional: Es el marco de libertad otorgado a la Administración Pública que se manifiesta en la facultad de elegir una solución con preferencia a otra, (a diferencia del poder reglado en donde hay una norma que lo predetermina) usualmente movido por razones de interés público basándose en la oportunidad, mérito o conveniencia, aunque susceptibles de posterior revisión judicial.

Una de las manifestaciones del régimen exorbitante se encuentra en la evaluación de las consecuencias que el dictado de una medida administrativa, cause sobre el bien común, que es la finalidad de la función estatal; pero se debe cuidar de no incurrir en denegamiento al derecho de defensa consagrado por la Constitución, invocando abusivamente de las prerrogativas estatales.

Para CASSAGNE las medidas cautelares tienen la entidad suficiente para compensar el peso de las prerrogativas estatales (CASSAGNE, 2.001).

No obstante, al parecer a primera vista necesaria, no poseen, las cautelares un reconocimiento expreso dentro del derecho administrativo.

Sin embargo, se llega a la aplicación de las medidas cautelares por analogía, aplicando el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, adoptándolo a lo los requerimientos del régimen exorbitante del derecho administrativo.

Por estas causales, hoy en día, los dictados de medidas cautelares, y mas específicamente de cautelares innovativas, se encuentran dentro del derecho

administrativo, desplazadas por el dictado de medidas de corte netamente administrativas, como la suspensión judicial de los efectos del acto administrativo, cautelar típica del contencioso administrativo, que se alza en respuesta a una de las prerrogativas que se desprenden de su régimen exorbitante: la ejecutoriedad de sus actos.

Algún sector de la doctrina nacional, considera a la suspensión judicial de los efectos del acto administrativo como una medida de no innovar, y también como una medida innovativa (COMADIRA; MONTI, 2.002).

Asimismo, también se encuentra dividida la doctrina nacional al considerar los presupuestos para la suspensión judicial de los efectos del acto; si los requisitos son tomados desde el Art. 12 de la Ley 19.549³¹ o del Código Procesal Civil y Comercial; o si los mismos se encuentran supeditados en forma previa a la petición en sede judicial.

Es así como por medio de la analogía jurisprudencial, se le suman, a la suspensión de los efectos de los actos administrativos se le agregaron las medidas positivas que pertenecen al campo de las medidas innominadas del Art. 232 del C.P.C.C.N. Estas medidas cautelares positivas, que ordenan conductas a seguir que pueden consistir en obligaciones de dar o de hacer, corresponderían, en principio, al criterio de medidas cautelares innovativas, tanto por su especie y requisitos para sus dictados como en sus consecuencias y se observa el mismo criterio restrictivo en la apreciación de los presupuestos a la hora de su dictado³².

En este apartado, lo que se intenta demostrar es la necesidad de una regulación clara y específica, que no es otra cosa que lo mismo que reclama la doctrina para el fuero procesal Civil y Comercial, demostrando de esta manera, que el problema de la medida cautelar innovativa no reside en su falta de reconocimiento judicial, sino en su falta de reconocimiento legal.

³¹ Ley 19.549 Art. 12. Presunción de legitimidad y fuerza ejecutoria.- El acto administrativo goza de presunción de legitimidad; su fuerza ejecutoria faculta a la Administración a ponerlo en práctica por sus propios medios -a menos que la ley o la naturaleza del acto exigieren la intervención judicial- e impide que los recursos que interpongan los administrados suspendan su ejecución y efectos, salvo que una norma expresa establezca lo contrario. Sin embargo, la Administración podrá, de oficio o a pedido de parte y mediante resolución fundada, suspender la ejecución por razones de interés público, o para evitar perjuicios graves al interesado, o cuando se alegare fundadamente una nulidad absoluta.

³² "Bulacio Malmierca, Juan Carlos y otros c/ Banco de la Nación Argentina", *Fallos*, 316:1833 (1993); "Camacho Acosta, Maximino c/ Grafi Graf SRL y otros", *Fallos* 320:1633 (1997) y "Banco de la Ciudad de Buenos Aires -en autos "Kiper"- s/ solicita se declare estado de emergencia económica (corralito financiero)", *Fallos* 324:4520 (2.001).

4. Las Medidas Cautelares de no Innovar

La medida cautelar de no innovar está contemplada en el artículo 230 de Código Procesal Civil y Comercial de la Nación,

Código Procesal Civil y Comercial de la Nación

Capítulo III - Medidas Cautelares / Sección 6° - Prohibición de innovar.

Prohibición de contratar

Art. 230. - Podrá decretarse la prohibición de innovar en toda clase de juicio siempre que:

- 1) El derecho fuere verosímil.
- 2) Existiere el peligro de que si se mantuviera o alterara, en su caso, la situación de hecho o de derecho, la modificación pudiera influir en la sentencia o convirtiera su ejecución en ineficaz o imposible.
- 3) La cautela no pudiere obtenerse por medio de otra medida precautoria.

El artículo citado no define que es la medida de no innovar, pero sí da sus requisitos de procedencia. No obstante la doctrina se ha encargado de definirla.

Así el Dr. PALACIO la define como “la medida en cuya virtud se ordena a una de las partes que se abstenga de alterar, mientras dure el proceso, la situación de hecho o de derecho existente en un momento determinado.” (PALACIO, L., 2.004, Pág. 798).

El citado autor señala que la medida puede ser dictada para “impedir la alteración de un estado de hecho existente con anterioridad y que el juez ordena restablecer luego de iniciado el proceso” (PALACIO, L., 2.004, Pág. 799).

Se observa que algunas provincias (Ej. San Juan), al legislar la medida cautelar innovativa, pareciera que lo hicieron como la contracara de la medida de no innovar, inclusive con sus mismos requisitos y sin ser necesaria la concurrencia del perjuicio o daño irreparable.

El Dr. PEYRANO manifiesta que la medida cautelar de no innovar “es una orden judicial tendiente a que no se innove el estado de hecho o de derecho del objeto litigioso manteniéndose el statu quo. Dicha medida genera resultados a partir de su notificación, habida cuenta de su naturaleza no retroactiva” (PEYRANO, Jorge W., 1.997, página 96).

El Pensamiento del Dr. PEYRANO y su propia opinión (PEYRANO, Jorge W., 1.980) nos lleva a afirmar el carácter no retroactivo de las medidas cautelares de no innovar.

La doctrina mayoritaria sigue la línea trazada por el maestro Jorge PEYRANO.

La prohibición de innovar es impeditiva y conlleva naturalmente una orden de abstención; por su parte, la medida innovativa puede indistintamente contener un mandato restitutivo, creativo, generativo o anticipatorio (BARBERIO, S. 2.005 Pág. 2). El citado autor en el mismo trabajo, remarca un punto fundamental, el cual es que la medida cautelar innovativa posee como característica principal la alteración del estado fáctico de las cosas, siendo esta característica solo aleatoria en la cautelar de no innovar, depende de la situación en concreto, ya que la orden de no innovar puede conllevar una situación de alteración de la realidad fáctica, pero no es su principal característica.

Las formas en que la cautelar innovativa se puede manifestar será como medida precautoria tanto restitutiva como creativa, o como resolución anticipada (generativa o coincidente). La medida de no innovar no posee estas proyecciones

5. Medida cautelar innovativa y resolución anticipatoria

En este punto se expondrá dos institutos de difícil denominación y aun más difícil diferenciación. Doctrina y Jurisprudencia se han encargado de delimitar los caracteres de una y otra.

La importancia de este tema radica en una cuestión de suma relevancia para el desarrollo de la causa, ya que si la aplicación de estas medidas constituye un "prejuzgamiento" o "anticipo de la sentencia de fondo", el juzgador incurriría en una de las causales de recusación de los Arts. 17 Inc. 7º del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación³³, y 17 Incs. 8º y 11º en el Código Provincial³⁴.

Estos artículos ordenan que, para que se incurra en esta causal de recusación, el juez debe haber manifestado extrajudicialmente su opinión sobre el pleito a alguno de

³³ Art. 17. - Serán causas legales de recusación: 7) Haber sido el juez defensor de alguno de los litigantes o emitido opinión o dictamen o dado recomendaciones acerca del pleito, antes o después de comenzado.

³⁴ Art. 17.- Constituyen causas legales de recusación: 8) Haber sido apoderado o patrocinante de alguna de las partes, emitido dictamen sobre el pleito como letrado o intervenido en él como representante de los Ministerios Públicos o perito, dado recomendaciones sobre la causa, o conocido el hecho como testigo. 11) Haber manifestado extrajudicialmente su opinión sobre el pleito a alguno de los litigantes.

los litigantes emitido dictamen sobre el pleito como letrado o intervenido en él como representante de los Ministerios Públicos o perito, dado recomendaciones sobre la causa, o conocido el hecho como testigo, emitido opinión o dictamen o dado recomendaciones acerca del pleito, antes o después de comenzado, de manera intempestiva, fuera de la oportunidad que la ley establece para darlas.

No obstante, un juez puede conceder parcialmente una pretensión, si se encuentran acreditados determinados requisitos, naciendo así la tutela anticipada.

El Instituto de la tutela anticipada encuentra su justificación en el principio constitucional del principio de tutela judicial efectiva Art. 18 de la Constitución Nacional³⁵.

Jurisprudencialmente, el caso “Camacho Acosta” constituyo una sentencia anticipada que concedió parcialmente la pretensión del actor, pero no solamente este fallo reconoció al anticipo de sentencia, sino que también amplió el campo de las cautelares innovativas (ya que en este caso se concedió el anticipo de sentencia por medio de una cautelar innovativa) al ordenar que se realice una obligación de dar suma de dinero.

En el citado Leading Case, también se pronuncio nuestra Corte Suprema, acerca del rasgo de excepción que posee la Tutela Anticipada y de su característica de evitar un perjuicio mayor.

Pero quizá los principios mas importantes que se extraen de este caso son:

1 - Que por vía de la medida cautelar innovativa pueda obtenerse una resolución anticipatoria. Reconociendo categoría jurisprudencial a ambas por separado y a una como vehiculo de la otra.

2 - Que el anticipo de jurisdicción en las medidas cautelares innovativas no importa prejuzgamiento.

No obstante la doctrina ha delimitado los contornos del anticipo de sentencia de fondo o despachos interinos y también ha realizado análisis de similitudes y diferencias entre estos institutos.

El tema es discutible, y muy difuso el limite entre uno y otro instituto, ya que por su esencia misma y las condiciones en su dictado muchas cautelares innovativas

³⁵ Art. 18.-... Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos...

conceden en forma total o parcial la pretensión que reclama el demandante en un juicio principal, entonces, el otorgamiento de esta cautelar innovativa constituye una sentencia anticipada al realizar un anticipo cautelar el juicio de merito, sobre la cuestión de fondo, aunque el ropaje jurídico sea el de una innovativa.

Inclusive el tema se complica mas porque la tutela anticipada generalmente es motorizada mediante el dictado de una medida cautelar innovativa.

La Dra. AIRASCA considera que lo que el juez realiza en una sentencia anticipatoria, es un pronostico provisorio previo con entidad suficiente como para otorgar anticipadamente todo o parte de la presentación solicitada (AIRASCA, I. 2.003).

El Dr. Carbone en tanto sostiene que La Sentencia Anticipatoria o despacho interino de fondo, no es una medida cautelar porque se funda en el peligro de la insatisfacción actual del derecho y por eso su objeto es el mismo sobre el que versará la sentencia de mérito, en cambio, las medidas cautelares se identifican más con el peligro en la demora en el dictado de la sentencia de mérito y por lo tanto, en virtud de ello, en asegurar su cumplimiento, su eficacia para su oportunidad. (CARBONE, Carlos A., 2003 p. 4)

Seguiré al del Dr. Carbone al tratar las diferencias y similitudes de ambas instituciones

SIMILITUDES:

- * La regla general, es que ambas medidas se despachan inaudita et altera pars.
- * En ambas se exige la contracautela para su dictado. En casos excepcionales se puede dispensar del pedido de contracautela, como ya se señalo, dependiendo del grado de certeza que presente el caso en particular, en las sentencias anticipatorias.

* En las dos instituciones se necesita de su sometimiento a un proceso principal, ambas deben referirse a él.

* Deciden interinamente una relación controvertida, la resolución que se dicta en forma favorable no implica decidir concretamente sobre la procedencia del reclamo formulado por el actor.

DIFERENCIAS:

* Las medidas cautelares aseguran el resultado práctico de la sentencia futura y tienen como fundamento el peligro en la demora; En tanto que las providencias

anticipatorias satisfacen total o parcialmente la pretensión en la instrucción de la causa, y su causa es la evitación de un daño de difícil reparación.

* Las medidas cautelares proceden a pedido de cualquiera de las partes en tanto que las sentencias anticipatorias sólo tienen lugar a favor del actor.

* Fundamento de la fianza: Mientras en las medidas cautelares es para atender los daños y perjuicios si la cautelar se trabó sin derecho declarado en la sentencia de mérito, en los despachos interinos de fondo se ordenan para acudir a restituir la satisfacción obtenida anticipadamente.

* Grado de cognición: Mientras que para el despacho favorable de una medida cautelar común, alcanza con la "verosimilitud en el derecho", no ocurre lo mismo cuando lo que se intenta es una sentencia anticipatoria, sino que se exige un adicional, se exige un grado de conocimiento superior al exigido para el despacho de una Medida cautelar común; lo exigido es un alto grado de certeza, una certeza suficiente que comprenda una fuerte probabilidad y un riesgo de daño irreparable.

* Requisito de la Urgencia: La innovativa, como medida cautelar, exige siempre del requisito de la urgencia, el que no siempre es exigido en los despachos interinos de fondo, los cuales pueden contemplar otras razones diversas, no obstante, lo que se requiere es que exista la probabilidad de que si la misma no se concede el solicitante pueda sufrir un daño irreparable o de muy difícil reparación.

* Las medidas cautelares innovativas, por su naturaleza, exigen para su despacho peligro en la demora pero no un daño irreparable, como viene de hecho aplicando la jurisprudencia; mientras que el despacho interino siempre requiere perjuicio irreparable.

* La tramitación o sustanciación: para despachar o no una medida cautelar innovativa, no es necesaria una audiencia previa y escuchar a todas las partes, es decir, al solicitante de la medida cautelar innovativa y al destinatario de la misma. En cambio, para otorgar una sentencia anticipatoria, debe haberse escuchado al demandado, es decir, recién puede dictarse en los casos que corresponda luego de contestada la demanda por el mismo y aportado su versión de los hechos, y eventualmente alguna prueba, o bien, luego de vencido el plazo para hacerlo sin que éste la haya contestado.

* Permanencia en el tiempo: La medida cautelar innovativa puede revocarse en cambio la sentencia anticipatoria permanece, salvo escasas excepciones, es más, incluso el Dr. Carbone considera que si se produce la caducidad del proceso, caduca la medida

cautelar innovativa, en cambio la sentencia anticipatoria podría permanecer como cosa juzgada anticipatoria.

* La medida cautelar innovativa puede sustituirse, en cambio la sentencia anticipatoria no.

* La medida cautelar innovativa puede solicitarse antes de promover la demanda, en cambio el despacho interino de fondo no.

(CARBONE, Carlos A., 2003).

Los requisitos para el dictado de este tipo de medidas son:

a) Fuerte verosimilitud del derecho invocado o alto grado de probabilidad de su existencia.

b) Contracautela

c) Grave peligro en la demora. Consiste en la acreditación de un alto grado de urgencia, de que si la medida no es otorgada se causará un daño irreparable a quien la solicita.

La tutela urgente anticipada, se acuerda para aquellos derechos que se verían comprometidos en modo irremediable en la espera de la decisión del juez, generalmente relacionadas a los derechos fundamentales de la persona (BIAVATI, Paolo, 2.009)

d) Sustanciación: Se refiere a la oportunidad dada al destinatario de la medida de hacerse oír antes de que el órgano jurisdiccional se pronuncie. (FALCÓN, Enrique, 2.010)

Se observa similitud en los tres primeros requisitos solicitados para las cautelares comunes, con determinadas particularidades tanto para un proceso como para el otro.

Las similitudes entre ambos institutos, las marcadas diferencias, así como la posibilidad de subsumir un instituto en otro y en general, el desarrollo doctrinario y jurisprudencial nos lleva a la conclusión de que la deficiencia de estos institutos se encuentra en la carencia de legislación provincial y nacional al respecto.

Solo algunos ordenamientos procesales provinciales han contemplado la tutela anticipada fehacientemente.

A modo de Ejemplo se transcriben

Código Procesal Civil y Comercial de la Pampa

Artículo 231.- TUTELA ANTICIPATORIA.- PROCEDIMIENTO.- El juez podrá anticipar, luego de la traba de la litis, a requerimiento de parte, total o parcialmente, los efectos de la tutela pretendida en la demanda o reconvención si:

- 1) Existe verosimilitud del derecho en un grado mayor que en las medidas cautelares ordinarias.
- 2) Se advierta en el caso una urgencia impostergable tal que si la medida anticipatoria no se adoptare en ese momento, la suerte de los derechos se frustraría.
- 3) Se efectivice contracautela suficiente.
- 4) La anticipación no produzca efectos irreparables en la sentencia definitiva.

La decisión no configurará prejuzgamiento.

Solicitada la tutela el juez designará audiencia con carácter urgente, a la que serán citadas las partes interesadas. Concluida la misma y sin otra sustanciación, resolverá.

El juicio seguirá hasta su finalización. Al tiempo de la sentencia o dentro de la secuela del proceso, si cambiaren las condiciones, la tutela anticipatoria podrá modificarse o quedar sin efecto.-

Código Procesal Civil y Comercial de San Juan

CAPÍTULO IV

ARTÍCULO 242.- Tutela anticipada- Sin que configure prejuzgamiento, el juez o tribunal, podrá, a requerimiento fundado de parte y de manera excepcional, anticipar parcial o totalmente los efectos de la tutela pretendida en la demanda o en la reconvención, cuando concurren los siguientes extremos:

- 1) Convicción suficiente sobre la probabilidad cierta del derecho que la sustenta.
- 2) Urgencia de la medida en tal grado que de no ser adoptada de inmediato cause al peticionante la frustración del derecho o un daño irreparable equivalente.
- 3) Falta de efectos irreversibles de la anticipación sobre la sentencia definitiva.
- 4) Otorgamiento de contracautela real suficiente, salvo en los casos en que el peticionante se encontrare legalmente exento de darla.

CAPITULO V - PROPUESTAS PARA CORRECTO Y EFICIENTE
USO DE LA MEDIDA CAUTELAR INNOVATIVA COMO
INSTRUMENTO DE CELERIDAD Y JUSTICIA.

SUMARIO:

1. Regulación adecuada como herramienta que facilita su posible aplicación.
2. Necesidad de incorporar a la ley procesal, la medida cautelar innovativa.
3. Flexibilización judicial en la aplicación.

1. Regulación adecuada como herramienta que facilita su posible aplicación.

La Doctora Graciela MEDINA reflexiona sobre este momento que viven las medidas cautelares, y señala, con magistral razón, la necesidad de una legislación adecuada, en su obra Tutela anticipada y daño vital (MEDINA, Graciela, 2.012)

En tanto que por otro lado tenemos, también, la opinión del Doctor Cesar FERREYRA, quien reflexionando acerca de la reforma operada con motivo de la sanción de la ley 5.745 en la provincia de Corrientes, que contempla el instituto en cuestión, asegura que la correcta regulación de la medida cautelar innovativa es idónea para asegurar el resultado del proceso y anticipar la satisfacción de la pretensión concretamente demandada. (FERREYRA, C., 2.011)

Con estas opiniones fundadas, se concluye que el instituto de la medida cautelar innovativa debe estar regulado, necesariamente, de una manera clara y concisa, lo cuál tornará más fácil su correspondiente y correcta aplicación.

2. Necesidad de incorporar a la ley procesal, la medida cautelar innovativa.

A pesar de considerarse hoy a la medida cautelar innovativa, como una medida cautelar excepcional que tiende a alterar el estado de hecho o de derecho preexistentes a la solicitud de dictado; se debe tener siempre presente de no confundir la realidad momentánea y sus urgencias con la elaboración doctrinaria que desde la teoría debe llamar a las cosas por su nombre. La medida cautelar (innovativa o no) siempre tendrá un carácter de “provisoriedad” que se dilucidará finalmente en la resolución principal. Esto siempre orientará sus presupuestos y los requisitos exigibles para su despacho.

La fuente de la necesidad de incorporar legislativamente a la medida cautelar innovativa dentro del abanico de medidas cautelares en los códigos procesales civiles y comerciales de la Nación y de las Provincias, se encuentra en la evolución de los mismos a lo largo del tiempo.

Existe una corriente, una tendencia actual al reconocimiento legislativo hacia la medida cautelar innovativa innegable, que se ve reflejado en las últimas reformas de los códigos de rito en provincias como Corrientes y San Juan.

3. Flexibilización judicial en la aplicación.

Al momento de solicitar una medida cautelar innovativa, se debe probar y acreditar la existencia de los requisitos de admisibilidad que son los comunes a toda medida cautelar general, y que son los ya sabidos: peligro en la demora, verosimilitud del derecho invocado y contracautela sumado al cuarto requisito específico del daño o perjuicio irreparable grave, o de muy dificultosa reparabilidad en caso de no concedérsele favorablemente la medida solicitada.

En este cuarto y último requisito específico, existe un alto grado de discrecionalidad judicial, el cual deberá conjugarse con la lesión al derecho constitucional de defensa contemplado por nuestra Constitución Nacional en su Art. 18. Dentro de estos parámetros se deberá mover la decisión judicial, los cuales, al no estar tipificados en el código procesal, se encuentran bastante indefinidos y librados al arbitrio judicial.

Por eso, sostengo que mientras más y mejor regulado esté la medida cautelar innovativa, menor margen a la discrecionalidad se presentara en estos petitorios.

No obstante debemos aclarar que parte de nuestra doctrina (PEYRANO, AITA TAGLE, MORELLO) se pronuncian acerca de un concepto polifacético del derecho a defensa en juicio, lo cual nos determina que esta garantía constitucional se manifieste también para el actor para obtener una efectiva y oportuna respuesta jurisdiccional (AIRASCA, I. 2.003).

Por todo esto, es necesario, que al momento de dictar sentencia, el juzgador se encuentre con una herramienta eficazmente legislada.

CAPITULO VI - JURISPRUDENCIA APLICADA.

SUMARIO:

1. Leading Case
2. Jurisprudencia Local

1. Leading Case

A Continuación se citara el Caso más representativo con respecto a la aplicación de la Medida Cautelar Innovativa:

Camacho Acosta, Maximino c. Grafi Graf, S.R.L. y otros

Buenos Aires, agosto 7 de 1997. - Vistos los autos: Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Camacho Acosta, Maximino c. Grafi Graf, S.R.L. y otros, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1° Que el actor en un proceso de indemnización de daños y perjuicios reclamó que se dictara una medida cautelar innovativa que impusiera a los demandados el pago de una prótesis en reemplazo de su antebrazo izquierdo que había sido amputado por una máquina de propiedad de aquéllos.

2° Que el juez de grado desestimó la medida en una resolución que fue confirmada por la sala J de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil que entendió que el recurrente no había dado cumplimiento al recaudo de la verosimilitud del derecho, ya que de adentrarse el tribunal en el examen de la cuestión debatida implicaría, sin lugar a dudas, emitir opinión sobre el thema decidendum.

3° Que el actor dedujo recurso extraordinario contra dicho pronunciamiento porque -según sostuvo la resolución apelada no había respondido los argumentos planteados en defensa de su posición y había desechado -sin justificación válida las pruebas agregadas por su parte que demostraban la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora por la falta de colocación de la mencionada prótesis.

4° Que si bien es cierto que las resoluciones adoptadas en materia de medidas cautelares no son susceptibles de revisión por la vía del recurso extraordinario, tal principio cede cuando la decisión produce un agravio de insuficiente, tardía o dificultosa reparación ulterior, o bien cuando la alteración de la situación de hecho o de derecho pudiera influir en la sentencia o convertiría su ejecución en ineficaz o imposible (Conf. causa W.3.XXXII Waroquiers, Juan Pedro y otros c. Quintanilla de Madanes, Dolores y otros del 10 de octubre de 1996).

5° Que, en tal sentido, el recurrente ha puesto de manifiesto que la tardanza en la colocación de la prótesis hasta el momento de la sentencia definitiva le provocará un perjuicio irreversible en la posibilidad de recuperación física y psíquica de su parte, como también que la permanencia en su situación actual -hasta el momento en que concluya el proceso le causa un menoscabo evidente que le impide desarrollar cualquier relación laboral, todo lo cual reclama una decisión jurisdiccional eficaz para modificar el estado de hecho en que se encuentra (ver peritaje psicológico y fs. 41 vta. de la queja).

6° Que esta Corte ha considerado a la medida cautelar innovativa como una decisión excepcional porque altera el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado, y que por configurar un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa, resulta justificada una mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión (Conf. Fallos: 316:1833 y causa P.489.XXV Pérez Cuesta, S.A.C.I. c. Estado Nacional s/acción declarativa de inconstitucionalidad [prohibición de innovar] del 25 de junio de 1996).

7° Que el juez de grado tuvo por acreditada prima facie la verosimilitud del derecho invocado por el actor cuando dispuso la traba de embargo sobre bienes muebles e inmuebles del patrimonio de los demandados a fin de resguardar el eventual pronunciamiento a dictarse sobre el planteo indemnizatorio del apelante; verosimilitud que se vincula con los presupuestos de la relación jurídica y circunstancias fácticas determinantes del reclamo.

8° Que para probar el recaudo del peligro en la demora -necesario en toda medida cautelar -el recurrente llevó a cabo diligencias a fin de evidenciar la existencia de los intentos realizados por los demandados para disminuir su patrimonio, lo que se veía agravado por la falta de seguro de accidentes de trabajo respecto del personal que desarrollaba sus tareas en la empresa Grafi Graf, S.R.L.

9° Que, ante tales afirmaciones, la alzada no podía desentenderse del tratamiento concreto de las alegaciones formuladas so color de incurrir en prejuizgamiento, pues en ciertas ocasiones -como ocurre en la medida de no innovar y en la medida cautelar innovativa- existen fundamentos de hecho y de derecho que imponen al tribunal expedirse provisionalmente sobre la índole de la petición formulada, estudio que era particularmente necesario en el sub lite en razón de que el recurrente pretendía reparar -

mediante esa vía un agravio causado a la integridad física y psíquica tutelada por el art. 5, inc. 1º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

10. Que ello resulta así pues es de la esencia de esos institutos procesales de orden excepcional enfocar sus proyecciones -en tanto dure el litigio sobre el fondo mismo de la controversia, ya sea para impedir un acto o para llevarlo a cabo, porque dichas medidas precautorias se encuentran enderezadas a evitar la producción de perjuicios que se podrían producir en caso de inactividad del magistrado y podrían tornarse de muy dificultosa o imposible reparación en la oportunidad del dictado de la sentencia definitiva.

11. Que, de considerarse admisible el único sustento dado por el a quo, la medida cautelar innovativa se convertiría en una mera apariencia jurídica sin sustento alguno real en las concretas circunstancias de la causa, habida cuenta de que toda presentación en tal carácter se enfrentaría con el valladar del eventual prejuzgamiento del tribunal como impedimento para la hipotética resolución favorable al peticionario.

12. Que el mencionado anticipo de jurisdicción que incumbe a los tribunales en el examen de ese tipo de medidas cautelares, no importa una decisión definitiva sobre la pretensión concreta del demandante y lleva insita una evaluación del peligro de permanencia en la situación actual a fin de habilitar una resolución que concilie -según el grado de verosimilitud los probados intereses de aquél y el derecho constitucional de defensa del demandado.

13. Que, en tales condiciones, y sin perjuicio de señalar que lo expresado no implica decidir concretamente sobre la procedencia del reclamo formulado por el actor, corresponde declarar procedente el recurso extraordinario pues media relación directa e inmediata entre lo resuelto y las garantías constitucionales que se dicen vulneradas (art. 15, ley 48).

Por ello, se declara admisible el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por medio de quien corresponda, proceda a dictar nuevo fallo con arreglo a lo expresado. Agréguese la queja al principal. Notifíquese y remítase. – E. Moliné OConnor. – C.S. Fayt. – G.A.F. López. – A. Boggiano. – E.S. Petracchi. – G.A. Bossert. – A.R. Vázquez (en disidencia).

2. Jurisprudencia Local

Fallo N° 1

Autos caratulados “**C. I. N. c/ N. O. S. Y OTROS -ABREVIADO-**”, comparece la actora, e inicia formal demanda abreviada en contra de la parte demandada, persiguiendo el cese de las molestias ocasionadas por los trabajos realizados en un galpón ubicado a la derecha de su vivienda (pintura, armado y/o transporte de los implementos que allí se fabrican sobre la vereda). Peticiona igualmente se prohíba realizar actividades en el predio del ferrocarril. Como también se ordene la clausura del mencionado galpón para esos usos, y el cese de los trabajos que se realizan sobre la vereda del Establecimiento principal. Por último, reclama en concepto de daño moral por las molestias ocasionadas y que exceden la normal tolerancia, la suma de pesos cinco mil (\$ 5000). Funda su pretensión en el hecho de que la actividad que se desarrolla en ese establecimiento industrial, provocan molestias que exceden lo tolerable, toda vez que rompen y manchan la vereda, vuela pintura manchando su casa, queman plantas que reposan sobre la vereda, y rompen el muro que linda con el galón y su vivienda. Expresa además que respecto al galpón en cuestión, el accionado no cuenta con autorización del Municipio para las actividades que desarrolla en el mismo. Solicita como medida cautelar, que se ordene la interrupción inmediata de los trabajos que realiza la demandada en el galpón en cuestión. A tales efectos ofrece la fianza de su letrado patrocinante y la de los letrados que el tribunal fije.

Dentro de los considerandos encontramos: I) Que la actora solicita como medida innovativa se ordene al titular del establecimiento comercial la interrupción inmediata de los trabajos que se realizan actualmente.

De los términos del pedido formulado por la parte actora, surge que la medida solicitada puede ser subsumida en lo que la doctrina ha dado en llamar "Tutela Anticipada, o Despachos interinos de Fondo". Sabido es que dentro de las medidas anticipatorias existen: a) medidas anticipatorias interinales que, si bien importan un adelanto del objeto de la pretensión que se acciona -caso de marras-, no obstan a la decisión final del mérito brindando una tutela provisional; y b) medidas anticipatorias materiales, susceptibles de producir efectos materiales definitivos. A éstas últimas, parte

de la doctrina las denomina "autosatisfactivas". En el sub lite, se solicita una medida provisoria, antes del dictado de la sentencia definitiva, con el objeto de satisfacer la actora parcialmente la pretensión esgrimida en juicio. En el ámbito de la legislación procesal local, aunque no están expresamente previstas, la posibilidad de la tutela anticipatoria existe y puede acordarse a partir de la norma contenida en el art. 484 del Código Procesal de Córdoba.-Medidas cautelares no enumeradas-; por lo que abundante doctrina y jurisprudencia han sostenido que no pueden ser consideradas contra legem. En el caso bajo la lupa, no se encuentra acreditada la verosimilitud del derecho.

En función de los argumentos expuestos más arriba, la verosimilitud del derecho que se necesita para este tipo de medidas -que deben ser de interpretación restrictiva-, no se encuentra demostrada en los presentes. b) Peligro en la demora: Este presupuesto de las medidas cautelares es una de las bases inexcusables para su procedencia; no puede prescindirse del mismo. El peligro en la demora constituye en realidad el presupuesto que da razón de ser al instituto de las medidas cautelares, y en particular de las medidas anticipatorias como la que se dilucida en los presentes. En efecto, si éstas últimas tienen por objeto principal evitar un daño irreparable que puede producir el lento camino hacia la sentencia definitiva, otorgándose en todo o en parte la pretensión esgrimida en demanda, es obvio que si tal peligro no existiera, no se justificaría el dictado de una medida de este tipo, que como ya lo he prevenido, es una medida extrema. Si bien nuestro código procesal poco se refiere al requisito del epígrafe, al regular las llamadas medidas cautelares genéricas, innominadas o no enumeradas, explícita de manera clara su necesidad; así el art. 484 del Código Procesal de Córdoba dice que "quien tuviere fundado motivo para temer que durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derecho, éste pudiese sufrir un perjuicio inminente o irreparable podrá solicitar las medidas que, según las circunstancias, fueren más aptas para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia". En marras, la solicitante no invoca cual es el peligro inminente que la habilita a solicitar un adelanto de la sentencia; ni tampoco se advierte de las constancias del expediente cual sería el daño irreparable que se ocasionaría con la espera de la sentencia sobre el fondo. Es más, atento la naturaleza de la presente acción -juicio sumario-, no es dable pronosticar que vaya a existir un lapso muy prolongado de tiempo entre la introducción de la cuestiones (primera etapa procesal) y el dictado de la resolución (última etapa del juicio). En suma,

no se avizora un peligro de daño en la salud de la parte actora ni el de su familia; ni en sus bienes. Por el contrario, la actora hace hincapié a lo largo de su discurso que las actividades industriales que se realizan en el establecimiento del demandado afean su casa, y producen una mala impresión estética (Por tanto, debo concluir en que tampoco ha quedado configurado en autos el requisito del "periculum in mora" tratado. C) Contracautela: Cierta parte de la doctrina tiene dicho que ésta, más que un presupuesto de procedencia de las medidas cautelares, constituye una exigencia para su ejecutividad. No habiéndose acreditado los restantes presupuestos (verosimilitud del derecho y peligro en la demora), resulta fútil dilucidar si la naturaleza de la garantía ofrecida - fianza personal del letrado interviniente y de los profesionales que el tribunal estime- es suficiente. Por ello, se torna innecesario entrar en la averiguación de su cumplimiento, toda vez que se estaría resolviendo sobre una situación abstracta.

En consecuencia, no habiéndose acreditado los extremos necesarios para el despacho favorable de la medida requerida -condiciones de procedencia-, corresponde rechazar el pedido formulado; lo que así queda decidido.

Por todo ello; en este fallo se resuelve: Rechazar la medida de tutela anticipada solicitada por la actora, en virtud de los fundamentos explicitados en los considerandos que anteceden.

En el fallo numero uno se ve como los extremos deben estar indudablemente acreditados para que se otorgue una medida cautelar innovativa.

Fallo N° 2

Autos caratulados **“UNION AGRÍCOLA DE L. S.C.L. c/ G. O. T. – Hoy Acción de Despojo”**. “Unión Agrícola de L. S.C.L.”, inicia formal demanda de despojo en contra del demandado, en razón de las actitudes violentas de éste que le impiden a su mandante seguir con las tareas de trabajo en el campo arrendado al Sr. E. Á. V. Solicita que mientras se tramita la acción y en razón de las circunstancias de hecho relatadas, que demuestran que su mandante estaba trabajando el predio, las cadenas puestas en portones con candado, cuyas llaves tiene la Unión Agrícola, y estando el predio en uso y goce de la Unión Agrícola de L., solicita se restablezca la situación a la realidad de los hechos, cual es que el Uso y goce quede en poder de la Unión Agrícola de Leones. Lo

contrario implicaría a su entender beneficiar a los usurpadores. Señala que su mandante está en el inmueble desde mayo de 2006, ha sembrado trigo en mayo y junio y ahora se ha visto despojada. Solicita la medida con la premura del caso en virtud de encontrarse en época de siembra. Encontramos en los considerandos:

I) Que la razón “Unión Agrícola de L. S.C.L.” solicita como medida cautelar se le restituya el uso y goce del predio rural citado en los vistos precedentes, que gozaba hasta la producción de los hechos que a su entender habrían constituido el despojo por el que acciona. En el caso bajo la lupa, se encuentran acreditados -a juicio del suscripto- los extremos fácticos para tener por existente el requisito en análisis; Acredita la peticionante, y sin que ello implique adelanto sobre la cuestión de fondo, la tenencia del inmueble rural, con el “Contrato de arrendamiento rural” –tal la nominación dada por las partes-, celebrado entre el demandado, en el carácter de arrendador y la Unión Agrícola de L. S.C.L., en el carácter de arrendataria, por el cual el primero da en arrendamiento el inmueble rural de su propiedad cuyos datos se consignaran en los vistos precedentes.

No puede dejar de advertirse que habiendo convenido el plazo de duración en un año, el que venciera el día veinticinco de mayo de dos mil siete, dicho contrato no reviste a entender del suscripto los caracteres de un contrato accidental, por cuanto de su texto no se desprende la expresa voluntad de las partes de convenir una explotación accidental, sin importar que el mismo se haya efectuado por un ciclo agrícola, “...pues de lo contrario nos encontraríamos, como lo dijera nuestra jurisprudencia, frente a los contratos anuales que todas las leyes de arrendamientos rurales se propusieron combatir.” En el expediente obra carta documento remitida por la actora al arrendador, comunicando su voluntad de cumplir con el plazo mínimo legal de explotación de las fracciones arrendadas, desocupando las mismas el día 25 de mayo de 2009. La redacción del contrato de marras no permite sustraer al mismo del régimen estatutario agrario de orden público, por cuanto en parte alguna del mismo –se reitera- surge que los contratantes hayan puesto de manifiesto la accidentalidad del mismo. En consecuencia, se tiene a la fecha como sumariamente acreditado el derecho invocado por la Unión Agrícola S.C.L., a continuar con la tenencia del predio rural de que se trata en virtud del contrato de marras. En este caso, el daño irreparable a la solicitante se ocasionaría con la pérdida de la producción por su parte del inmueble rural, hasta el

dictado de la sentencia. Entiende el suscripto que se desprende de autos, en forma evidente la existencia de un peligro en la demora en cuanto se trata de predios rurales afectados en este momento a la explotación agrícola en plena producción. En tales circunstancias, las acciones del demandado, podrían obstaculizar el desarrollo de la mencionada producción agrícola que se invoca.- Por estas razones, estimo que este recaudo se encuentra cumplimentado.-

Contracautela.- La fianza ofrecida y ratificada no resulta adecuada a la medida que se solicita, por haber sido ofrecida a otros efectos. Por ello, a más de la solvencia que pudiera detentar la sociedad cooperativa actora, y a los fines de asegurar el resarcimiento de los posibles daños y perjuicios que se puedan causar, estimo justo despachar la medida solicitada previo ofrecimiento y ratificación de la fianza de diez letrados del Foro.

En consecuencia, resultando procedente la cautelar peticionada, y en consideración que la misma se otorga en un procedimiento de carácter abreviado, por lo que se estima una pronta resolución de fondo, deberá otorgarse a la Unión Agrícola de L. S.C.L., el uso y goce de las fracciones rurales de que se trata y que se describieran en los vistos precedentes, a los fines que esta, pueda realizar las labores agrícolas de tratamiento de los sembrados de trigo ya existentes y las correspondientes a la preparación para la realización de la siembra de granos gruesos (maíz, soja) del corriente ciclo agrícola.- A sus efectos se deberá oficiar al Sr. Juez de Paz de la ciudad de Leones., con facultades de ley.- Se resuelve: disponer como medida cautelar, otorgar a la Unión Agrícola de L. S.C.L. el uso y tenencia de las fracciones rurales de que se trata y que se describieran en los vistos precedentes.

Fallo N° 3

Autos caratulados **“S. Á. c/ O.S.E.C.A.C. (Obra Social de los Empleados de Comercio y Actividades Civiles) -AMPARO-“**; el actor, quien actúa en nombre y representación de su hijo menor de edad, Á. S., manifiesta que comparece en nombre de su mandante a entablar demanda de amparo en contra de la Obra Social de los Empleados de Comercio y Actividades Civiles (O.S.E.C.A.C.), a los fines de que se

condene a la demandada a otorgarle al niño los medicamentos y tratamientos que indica en la demanda, de acuerdo a los hechos y derecho que invoca.

Solicita como medida cautelar, que la obra social demandada le provea el 100 % de cobertura en su precio de los tratamientos fonoaudiológico, kinesiológico, de psicomotricidad y psiquiátrico que el menor necesita; como así también gotas marca lanicor (10 Mg.); vacuna marca neumovax 23. A este respecto expresa que se trata de un supuesto de urgencia en el que está claro el peligro en la demora, dado el tiempo que insume la sola tramitación del proceso, lo que puede llevar a agravar la enfermedad de la criatura, y que surge ostensible la sin razón de la negativa y demora de la demandada en proveer los medicamentos y los demás elementos solicitados en su presentación. Y considerando: Los jueces están habilitados, en ejercicio del poder de tutela general de índole cautelar, para disponer cualquier otra medida que resulte compatible con las peculiaridades esenciales del amparo.

Como consecuencia de ello, corresponde aplicar a estos efectos, las disposiciones adjetivas del fuero civil y Comercial (ley prov. 8465), en donde, empero a no estar contemplada tampoco en forma expresa dicha cautelar, se ha previsto en la norma contenida en el art. 484 la posibilidad del dictado de otras medidas que resulten aptas para asegurar provisoriamente el cumplimiento de la sentencia, si se tuviere motivo para temer que durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial del derecho invocado en la demanda, éste pudiere sufrir un menoscabo inminente o irreparable. Se tiene dicho también que los requisitos de este tipo de medidas, son los mismos que los de las medidas cautelares comunes: a) verosimilitud del derecho, b) peligro en la demora y c) contracautela; a los que se puede agregar la “irreparabilidad” del daño infligido por la situación de hecho o de derecho que se pretende innovar.

En este fallo, el compareciente ha denunciado que el actor es afiliado -titular- a la obra social demandada, circunstancia que acredita con la copia del carnet, en donde se encuentra incluido su hijo menor, Á. S., quien padece una patología que lo aqueja desde su gestación, de nombre Síndrome de Down con C.I.V. moderada y cardiopatía congénita, y que hace que los tratamientos y medicamentos que se solicitan sean necesarios e imprescindibles para la evolución del menor. Este aserto ha quedado también debidamente corroborado con el informe médico. Con la tutela anticipada que se impetra, el peticionante solicita que se disponga “inaudita parte” la orden para que la

Obra Social para Empleados de Comercio y Actividades Civiles, le provea al peticionante los medicamentos, y tratamientos relacionados en los vistos precedentes; poniendo de manifiesto que de no contar con lo solicitado, el mismo puede empeorar su situación y agravarse la enfermedad incurable que invoca.- De conformidad a los hechos expuestos por el presentante y documentación acompañada, estimo a “prima facie” que el derecho invocado aparece como verosímil, teniendo en cuenta para ello que en las medidas cautelares debe contarse con la apariencia del derecho, limitándose siempre a un juicio de probabilidad.

Además, surge evidente la existencia de un peligro en la demora para el caso de verse privado el menor discapacitado de la posibilidad de obtener los medicamentos y demás elementos necesarios para el tratamiento diario de la enfermedad que necesita, y por tanto ello podría causar un perjuicio a su salud, lo que se concatena con el cuarto presupuesto aludido supra, consistente en que el posible daño podría ser irreparable, ya que de no proveerse a lo solicitado, la enfermedad podría agravarse aún más, con serias consecuencias para su integridad psicofísica. Por último, en referencia al requisito de la contracautela, estimo que a los fines de asegurar el resarcimiento de los posibles daños y perjuicios, la medida cautelar solicitada debe ser ordenada.

En consecuencia, el pedido resulta procedente, por lo que se debe ordenar a la Obra Social para Empleados de Comercio y Actividades Civiles, que le provea al actor, por cuenta y orden de su hijo menor de edad Á. S.-, el 100 % de cobertura en su precio de los tratamientos. Y por ello se resuelve: hacer lugar a la medida cautelar solicitada, y en consecuencia, ordenar a la Obra Social para Empleados de Comercio y Actividades Civiles (O.S.E.C.A.C.), que le provea al Sr. Marcelo Daniel Sáez -por cuenta y orden de su hijo menor de edad Álvaro Sáez, el 100 % de cobertura en su precio de los tratamientos.-

Fallo N° 4

Autos caratulados “**V., C. A. J. c/ INSPECCION DE FARMACIA – DIRECCION DE FARMACIA – MINISTERIO DE SALUD DE LA PROVINCIA DE CORDOBA – AMPARO -**”, comparece el actor, de profesión farmacéutico, quien interpone demanda de amparo en contra de la Inspección de Farmacia – Dirección de

Farmacia – Ministerio de Salud de la Provincia de Córdoba, a los fines de que se condene a la demandada a dejar sin efecto la sanción impuesta sin resolución alguna, por la supuesta falta de dirección técnica de la “Farmacia del Pueblo” de Corral de Bustos-Ifflinger, -propiedad del peticionante, en contra de la sanción de clausura del establecimiento de acuerdo a los hechos y derecho que invoca.

Asimismo solicita como medida cautelar, que la Inspección de Farmacia – Dirección de Farmacia – Ministerio de Salud de la Provincia de Córdoba restituya la dirección técnica de la Farmacia del pueblo de Corral de Bustos-Ifflinger.- La demandada deja vencer los plazos de comparendo a pesar de haber sido notificada mediante Cédula de Notificación

Dentro de los considerandos encontramos:

I) Los jueces están habilitados, en ejercicio del poder de tutela general de índole cautelar, para disponer cualquier otra medida que resulte compatible con las peculiaridades esenciales del amparo. Como consecuencia de ello, corresponde aplicar a estos efectos, las disposiciones adjetivas del fuero civil y Comercial (ley prov. 8465), en donde, empero a no estar contemplada tampoco en forma expresa dicha cautelar, se ha previsto en la norma contenida en el art. 484 la posibilidad del dictado de otras medidas que resulten aptas para asegurar provisoriamente el cumplimiento de la sentencia, si se tuviere motivo para temer que durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial del derecho invocado en la demanda, éste pudiere sufrir un menoscabo inminente o irreparable.-

II) Se tiene dicho también que los requisitos de este tipo de medidas, son los mismos que los de las medidas cautelares comunes: a) verosimilitud del derecho, b) peligro en la demora y c) contracautela; a los que se puede agregar la “irreparabilidad” del daño infligido por la situación de hecho o de derecho que se pretende innovar. -

III) Con la tutela anticipada que se impetra, el peticionante solicita que se disponga “inaudita parte” la orden para que la Inspección de farmacia – Dirección de farmacia – Ministerio de Salud de la Provincia de Córdoba, le otorgue nuevamente la dirección técnica que detentaba el compareciente desde el año 2003, y la cual nunca dejó de poseer desde esa fecha ni solicitar ningún cambio de dirección técnica al respecto; poniendo de manifiesto que de no contar con lo solicitado, el mismo puede empeorar su situación económica que invoca.- De conformidad a los hechos expuestos

por el presentante y documentación acompañada, estimo a “prima facie” que el derecho invocado aparece como verosímil, teniendo en cuenta para ello que en las medidas cautelares debe contarse con la apariencia del derecho, limitándose siempre a un juicio de probabilidad.

Surge que la víctima desarrolla actividades como personal contratado por el Gobierno de la Provincia de Córdoba. En su declaración testimonial, el citado director especifica “...el horario no es rígido, depende de las necesidades, si yo quiero lo puedo cambiar”.- De la declaración jurada se desprende que el actor tiene en la Farmacia del Pueblo “...el siguiente horario de atención al público: de 08:00 a 12:00 hs. y de 17,00 a 21,00 de lunes a viernes y los días sábados de 08,00 a 12,00 hs., horarios en los que me desempeño en la misma para su atención.”.- De dicha declaración y del horario manifestado por el director del hospital citado, no surge incompatibilidad horaria para el desempeño de ambas actividades en forma simultánea, que se contraponga a la normativa de la actividad privada del amparista. Además, surge evidente la existencia de un ostensible perjuicio económico en la demora para el caso de verse privado el accionante de la dirección técnica de la farmacia de su propiedad, y por tanto ello podría causar un perjuicio patrimonial que podría ser irreparable.-

IV) Por último, en referencia al requisito de la contracautela, estimo que a los fines de asegurar el resarcimiento de los posibles daños y perjuicios, la medida cautelar solicitada debe ser ordenada.

En consecuencia, el pedido resulta procedente, por lo que se debe ordenar a la Inspección de Farmacia – Dirección de Farmacia – Ministerio de Salud de la Provincia de Córdoba, que se le restituya al actor, profesión farmacéutico, en forma provisoria hasta la resolución definitiva de estos obrados, la dirección técnica de la Farmacia del Pueblo de la ciudad de Corral de Bustos-Ifflinger. Por todo lo expuesto y normas citadas, se resuelve: hacer lugar a la medida cautelar solicitada.

Fallo N° 5

Este Caso en particular, presentado en los tribunales de Marcos Juárez, es ejemplo más de cómo mediante una medida cautelar innovativa, otorgada en tiempo y forma, se logra una tutela efectiva del demandante, dentro un proceso que, por la

necesidad de su urgencia, necesitaba de un despacho igual de urgente. El caso se caratuló: **“Incidente de tutela anticipada en autos “D., J. A. y Otra c/ M. Á. A. y Otro –Demanda Ordinaria”;**

Comparece la parte actora, expresando que a los fines de brindarle a la víctima el tratamiento médico condigno con su crítico estado de salud, que reconoce como origen el accidente relacionado en el escrito de demanda, promueven la siguiente medida de tutela urgente, que tiene por meta el otorgamiento en su beneficio, y a modo de anticipo provisional de los efectos de la sentencia que tiene que coronar este caso, de una suma de dinero que sea suficiente para cubrir los costos que irroga su debida atención.- Se reclama a los accionados, a otorgar en beneficio de la víctima, una prestación dineraria mensual, hasta que concluya este proceso, de PESOS QUINCE MIL (\$ 15.000), para atender los gastos médicos y para adaptar su vivienda a las limitaciones motrices que padece.- Fundan este pedido en los hechos y en el derecho que mencionan a continuación.- Dicen que sobran las pruebas que ponen de manifiesto el crítico estado de salud que padece el accidentado; la lesión medular que sufriera como consecuencia del mismo, lo ha condenado a vivir en compañía del dolor y postrado de por vida en una silla de ruedas.- Reiteran, que con motivo de la mencionada lesión, ha perdido toda sensibilidad y motricidad en sus miembros inferiores, y también el control de sus esfínteres, por lo que padece actualmente de incontinencia fecal y urinaria.- Se infiere de lo expuesto, que su salud se encuentra altamente maltrecha, y desde el punto de vista médico, por influencia de sus limitaciones motrices y funcionales, se asimila su persona con la de un gran inválido, y para colmo de sus desgracias, es viable anticipar desde este instante, que con el transcurso del tiempo, recrudecerán sus dolencias, se le manifestarán en su cuerpo escaras, padecerá de trastornos digestivos, de problemas renales, etc.. Por lo tanto, es imperioso que se lo trate en un centro médico especializado para la atención de personas con disfunciones motrices, provisto de la tecnología de vanguardia para hacerle frente a estas patologías complejas, y dirigidos por los médicos más representativos de la neurología y traumatología de nuestro país.- Además, es imprescindible que con urgencia lo atienda un especialista en Psicología infantil, para que le ayude a sobrellevar la vergüenza que le provoca el uso de pañales y de la sonda vesical, al sentirse diferente por este motivo de los otros niños y en condición de ridículo, ha optado por evitar todo contacto con

ellos y vivir recluido en la amarga soledad de su domicilio.- En igual sentido, es preciso adecuar su vivienda de conformidad con las limitaciones funcionales que padece, para que pueda moverse libremente en su interior con su silla de ruedas, y para que disponga de un baño provisto de todos los accesorios que suplen su discapacidad y que le permitan atender con comodidad sus distintas necesidades, y de un dormitorio provisto de espacio para instalar una cama ortopédica en la que su frágil cuerpo pueda encontrar el reposo que se merece.- Las referidas exigencias deben tener su debida satisfacción en el marco de este proceso, a los fines de hacer realidad el derecho a la salud que nuestra constitución le otorga a todos nuestros congéneres, y que los órganos judiciales se encuentran obligados a implementar, y para que esa justicia de rostro humano de la que se viene hablando desde vieja data.

LAS NECESIDADES URGENTES DEL LESIONADO.- LA ASISTENCIA NEUROLOGICA – FISIOTERAPEUTICA Y KINESIOLOGICA.- Ningún atisbo de duda existe en relación con la paraplejia flácida que afecta la víctima, el certificado de discapacidad expedido por el Ministerio de la Solidaridad de nuestra Provincia y las constancias de la histórica clínica obrantes en estos autos lo comprueban.- Los distintos médicos que lo atienden coinciden en la gravedad de su cuadro clínico. Su costo ha sido estimado en la suma de Pesos Ocho Mil Trescientos (\$ 8.300) por mes, lo que incluye una evaluación médica periódica, psicológica, neurorehabilitación, internación para el paciente y su acompañante con pensión completa, a lo que habría que adicionarle un importe que estimamos en \$ 2500 mensuales para cubrir el costo de medicamentos, material descartable y desplazamientos. En la actualidad, la asistencia fisiokinésica conlleva un costo mensual de Pesos setecientos (\$ 700) a razón de \$ 35 la sesión, a lo que hay que adicionarle los gastos de desplazamiento en un vehículo de alquiler que asciende a Pesos Mil Doscientos (\$ 1.200) por mes.-

LA IMPRESCINDIBLE REFACCION DE SU VIVIENDA.- La vivienda en la que reside actualmente la víctima tiene un sinnúmero de barreras arquitectónicas que no se compadecen con sus limitaciones funcionales y que le impiden el uso y goce de la mayor parte de sus compartimentos.- En este sentido, su dormitorio es pequeño y no tiene capacidad para albergar una cama ortopédica y otra para un eventual acompañante, su puerta de ingreso es angosta lo que le dificulta el paso con su silla manomóvil, tampoco cuenta con barandas en su interior que faciliten su desplazamiento y que le

permitan moverse por su propia cuenta entre la silla y la cama y viceversa.- En lo que hace al baño, no puede aprovecharlo en lo más mínimo para satisfacer sus necesidades vitales, porque carece de todos los accesorios que requieren las personas con discapacidad a los fines de su uso, no tiene un inodoro con barras de tipo abatibles, ni un lavabo a una altura adecuada y diáfano en su parte inferior para que pueda alcanzar con facilidad el grifo, ni banco para duchas, ni barras transversales con tiradores en el techo, ni piso antideslizable, en definitiva, no se encuentra adaptado a sus limitaciones funcionales, y para mayor aflicción suya, se ubica en el exterior de la casa distante a más de cinco metros de los otros compartimentos que la integran.- Por lo tanto, es preciso de modo urgente adaptar estos dos espacios a los que hacen alusión, proveyéndolos de todos los accesorios destinados a suplir su incapacidad. Estiman el importe de estos gastos en la suma de Pesos Sesenta y Un Mil Trescientos Once (\$ 61.311) conforme se infiere del plano y presupuesto que elaborara el respecto el arquitecto Fernando Gay.

LA NECESIDAD DE ADQUIRIR UNA CAMA ORTOPEDICA Y UNA SILLA MECANICA.- Para mejorar su calidad de vida es indispensable que cuente a la brevedad con una cama ortopédica con panel de cabecera y piernas articuladas, control electrónico de funciones y back up manual, barandas completas y trapecio en la cabecera, y provista de un colchón de aire con regulador de presión para que pueda reposar con comodidad, y moverse con facilidad entre su silla y la cama, y prevenir la formación de escaras en su cuerpo.- El costo de los mencionados elementos asciende a la suma de Pesos Nueve Mil Quinientos Sesenta y Cuatro (\$ 9.564). Al citado presupuesto es menester adicionarle la suma de dólares cinco mil (U\$S 5.000) en que se estima el costo de una silla mecánica apta para la patología de Elián.

LA FUNDABILIDAD DE LA PRESENTE MEDIDA.- En este caso, no cabe duda acerca de la impostergable necesidad que embarga al lesionado de recibir de modo urgente un tratamiento de vanguardia que le solivie los dolores y aflicciones que le ocasiona su paraplejia, originada en el accidente relacionado en el escrito de demanda.- Si se posterga el tratamiento que merece la atención de su patología hasta la conclusión de este juicio, el presente proceso más que asimilarse a ese remedio que le ayudaría a sobrellevar sus aflicciones, quedaría equiparado a una especie de poción de nigromancia, que para escándalo de la justicia, le aportaría un resultado más aciago que

el mal que se encuentra llamado a remover.- Ocioso es comentar, que su calidad de vida y la preservación de su estado de salud, dependen del citado tratamiento médico.

Por último, en pos de esta tarea de resguardar la salud de las personas, nuestro país ha rubricado el Preámbulo de la Organización Mundial de la Salud, que a viva voz declara: “que el beneficio de gozar de elevados niveles de salud es uno de los derechos fundamentales de cada ser humano, sin distinción de raza, religión, credo político, condición social o económica...”, por lo que añadir mayores argumentos a los fines de justificar la fundabilidad de este pedido sería sobreabundante.

LA RESPONSABILIDAD DEL ACCIONADO EN LA CAUSACION DEL ACCIDENTE.- La prueba pericial que acompañan al presente devela la mecánica del accidente, sus causas y la responsabilidad que le asiste al accionado en su origen o producción.- La imprudencia del accionado surge manifiesta de su violación a las normas de tránsito, no respetó la prioridad de paso que le asistía a la bicicleta, ni su obligación de conducirse por la arteria especialmente habilitada para la circulación del tránsito pesado.- Pese a ello, su responsabilidad debe darse por sentada, de manera objetiva, por la evidente autonomía que tiene el camión como fuente productora de riesgos, y que obliga a su dueño o guardián a responsabilizarse por todos los daños que genera por el simple hecho de disponer de su uso o provecho.- (art. 1.113 del C.C.). A los fines de la fundabilidad de esta medida expresan estar relevados de otorgar contracautela, tanto por la certeza del derecho invocado, como por contar con un beneficio para litigar sin gastos, que ha pasado en autoridad de cosa juzgada.

En los considerandos encontramos que:

I) En representación de la parte actora, se solicita se conmine a los accionados, a otorgar en beneficio del menor (víctima del accidente), una prestación dineraria mensual, hasta que concluya el proceso, de pesos quince mil (\$ 15.000), destinada a atender gastos médicos y adaptar su vivienda a las limitaciones motrices que padece; como así también para poder adquirir una cama ortopédica y una silla mecánica.- En el sublite, se solicita una medida provisoria, antes del dictado de la sentencia definitiva, con el objeto de satisfacer a la actora parcialmente la pretensión esgrimida en juicio.

En el ámbito de la legislación procesal local, aunque no están expresamente previstas, la posibilidad de la tutela anticipatoria existe y puede acordarse a partir de la norma contenida en el art. 484 del C.P.C.C. -Medidas cautelares no enumeradas-; por lo que

abundante doctrina y jurisprudencia han sostenido que no pueden ser consideradas contra legem.

En ciertas ocasiones, uno de los contendientes, puede sufrir un perjuicio irreparable, pues está en peligro su propia subsistencia, si es que no se arbitra una solución anticipatoria que, total o parcialmente, acoja provisionalmente su pretensión de fondo, si es que concurren además los otros recaudos de procedencia.

II) Se tiene dicho también que los requisitos de este tipo de medidas, son los mismos que los de las medidas cautelares comunes: a) verosimilitud del derecho, b) peligro en la demora y c) contracautela; aunque agravados ellos en el análisis, atento la diversa naturaleza de la tutela anticipatoria que se ha requerido.

a) Verosimilitud del Derecho: No se requiere para la procedencia de la pretensión cautelar en examen, certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino solo una verosimilitud del derecho a proteger, en el sentido de probabilidad de su existencia (apariencia de buen derecho). En igual sentido, la jurisprudencia ha expresado que “La verosimilitud en cuestión debe rectamente entenderse como la probabilidad de que el derecho exista y no como una incontestable realidad que sólo se logrará al agotarse el trámite”. En el subjúdice, se encuentran acreditados, a mi juicio, los extremos fácticos para tener por existente el requisito en análisis; aquí exponremos las razones: Así tenemos que del expediente principal surge que los demandados en autos Sres. V. R. P. y M. A. A. -conductor y titular registral del vehículo con el que se causó el daño, respectivamente-, no han comparecido a estar a derecho, circunstancia que motivó su contumacia -declaración de rebeldía. A este respecto cabe precisar, sin la menor intención de adelantar opinión, que el caso que nos ocupa queda circunscripto en las previsiones del art. 1113, 2º párr. 2º supuesto del Cód. Civil, que determina una responsabilidad del tipo "objetiva" respecto del dueño o guardián de la cosa riesgosa. Por tanto, estimo que se encuentra acreditado el presupuesto del *fumus bonis juris* analizado.-b) Peligro en la demora: Este presupuesto de las medidas cautelares es una de las bases inexcusables para su procedencia; no puede prescindirse del mismo. El peligro en la demora constituye en realidad el presupuesto que da razón de ser al instituto de las medidas cautelares, y en particular de las medidas anticipatorias como la que se dilucida en los presentes. Los apoderados de la parte actora manifiestan que la víctima (de siete años de edad) requiere de tratamientos médicos (asistencia neurológica, fisioterapéutica,

y kinesiológica), como así también que su vivienda sea refaccionada, y la adquisición de una cama ortopédica y una silla mecánica. C) Contracautela: Advierte el suscripto que los peticionarios manifiestan estar relevados de otorgar contracautela, toda vez que cuentan con un beneficio de litigar sin gastos que se encuentra firme, invocando en apoyo de su pretensión el precepto contenido en el art. 460 del C.P.C.C.³⁶; no les asiste razón: Ello, toda vez que la normativa en la que fundamentan la exención solicitada, no prevé el presupuesto fáctico ocurrido en autos.

En el subjúdice, la parte actora está requiriendo un verdadero adelanto de sentencia (sentencia anticipatoria), con el fin de satisfacer -parcialmente- lo pretendido en la demanda. A simple vista se advierte que no puede en consecuencia, beneficiarse con la exención prevista en el artículo analizado. Es así que a los fines de asegurar el resarcimiento de los posibles daños y perjuicios que se puedan causar, estimo justo despachar la medida solicitada previo ofrecimiento y ratificación de la fianza.

IV) En consecuencia, el pedido de orden de pago resulta procedente. Ahora bien, resta sólo entonces determinar la instrumentalidad de la medida. Encarado el análisis desde el punto de vista económico también debe tenerse en cuenta que la suma que eventualmente se otorgue no debe constituir un eventual daño para el obligado para el caso que la sentencia resulte adversa a la actora y que debe ajustarse a ciertos parámetros para que resulte efectiva la tutela sin convertirse en exagerada. En virtud de las razones dadas estimo pertinente determinar que se le abone al actor la suma de pesos quince mil (\$ 15.000) en forma mensual, por el lapso de seis meses. La suma de dinero que se ordena pagar estará a cargo de la Aseguradora citada en garantía Cooperación Mutual Patronal Seguros, por la siguientes razones: En primer lugar, y esto es un hecho notorio, porque de los accionados en autos es la que mayor capacidad económica posee, por lo que es de prever que la medida que se despacha no le provocará un perjuicio irreparable, que es precisamente lo que se quiere evitar.

Por todo ello y normas legales citadas, en este fallo se resolvió:

Hacer lugar a la medida cautelar solicitada, y en consecuencia, ordenar a la citada en garantía Cooperación Mutual Patronal Seguros, a abonar a la parte actora la suma de pesos quince mil (\$ 15.000) por mes, por el término de seis meses.

³⁶ Art. 460 Exención. – (Texto según ley 8838, art. 1 Ver Texto). No se exigirá a la Nación, la provincia, las municipalidades, las comunas, los entes oficiales autárquicos, y a quien litigue asistido por asesor letrado o con beneficio de litigar sin gastos.

CONCLUSIONES

Con el correr del tiempo, las medidas cautelares innovativas han sido motivo de acalorados debates, tanto acerca de su alcance, como de sus características, de sus recaudos y presupuestos, de su oportunidad, de su procedencia y por supuesto, de su regulación.

Queda demostrado, después de ver los casos de jurisprudencia citados, las ventajas que este instituto trae aparejado con respecto a los derechos que se intentan proteger, en las demandas de daños y perjuicios.

En principio, no se acortan los tiempos procesales, siguen siendo los mismos, lo que se modifica es la situación del demandante, quien encontrándose en un estado de necesidad, no puede esperar al dictado de la sentencia.

Así, y citando el fallo n° 5, se ve evidenciado claramente, como, de no otorgarse la medida cautelar innovativa solicitada se disminuiría la calidad de vida del demandante y la preservación de su estado de salud, los cuales dependen del citado tratamiento médico, y de los distintos rubros reclamados.

Concluiré este trabajo, refiriéndome, además, de la necesidad de la regulación de este instituto, una vez demostrada su importancia en los procesos de daños y perjuicios.

No obstante, no estar, las medidas cautelares innovativas, reguladas explícitamente por nuestra legislación procesal civil y comercial en la provincia, ello no configura óbice para su aplicación por parte de nuestros tribunales.

Este moderno instituto, de creación pretoriana, debe necesariamente ser contemplada de manera explícita por nuestra legislación, por los siguientes motivos:

En principio porque la sola utilización del sistema de las medidas cautelares, no resulta suficiente ni apropiado en todos los casos, para otorgar la tutela judicial efectiva y oportuna a los justiciables.

Existen medidas cautelares clásicas que pueden adecuarse a estas necesidades, pero no menos cierto es que su correcta legislación redundaría en una correcta aplicación que no deja lugar a especulaciones de orden procesales que atentan contra la dimensión preventiva de las medidas cautelares.

En concreto, en el abanico de medidas cautelares de los códigos de rito, la única medida cautelar que ordena la modificación del estado de hecho o de derecho existente al momento del pedido, es la innovativa, y en honor a esa potencialidad alterativa de

situaciones que posee, debe estar muy bien delimitado su campo de acción, alcances y demás presupuestos.

Se ve demostrada, en fallos, la utilidad de la medida cautelar innovativa, siendo, en los citados, un instrumento muy eficiente (especialmente en el fallo N° 5) para evitar que la demora del proceso degenere en una manifiesta injusticia. Esta utilidad, es otro justificante a la necesidad de su contemplación legislativa.

Su regulación correcta y acorde, deberá considerar, como se señalo párrafo anterior, los presupuestos de su admisibilidad, para resultar así una herramienta útil, oportuna y operativa, esto se demuestra en el fallo n° 1, en el cual, al no acreditarse los presupuestos, no se otorga la medida cautelar innovativa.

La idea de hacer justicia en tiempo propio; es otro de los motivos por los cuales se aboga por su regulación, mientras mas y mejor regulada se encuentre, mas provechoso será para jueces y abogados utilizar esta herramienta idónea y útil para la concreción de la justicia en los casos particulares.

También para evitar que la inevitable tardanza no llegue a perjudicar la concreta realización de una sentencia, derivando en una cuasi-deliberado denegamiento de la justicia, derecho amparado por nuestra constitución nacional, que, a mi parecer, es el motivo principal por el que se necesita su concreta regulación.

La regulación permitirá distinguirla, deslindarla y diferenciarla de otros institutos tales como las medidas autosatisfactivas o la tutela anticipada, estableciendo claramente sus límites, requisitos, consecuencias, y sus campos operativos.

Una reforma legislativa solucionara un vacío legal que obliga a recurrir a la analogía. Evitando quedar a merced del criterio de un juez para el otorgamiento de una Medida Cautelar Innovativa.

Reforzar el principio de la "tutela judicial efectiva", constitucionalmente resguardado y acentuado por la Convención Americana de Derechos Humanos plenamente aplicable (arts. 18, 75 inc. 22 y conc. de la Constitución Nacional y arts. 8° y 25 de la CADH).

Los contornos jurisprudenciales y doctrinarios, otorgan a la medida cautelar innovativa las características de una medida cautelar típica que reclama una correcta regularización.

A esta altura de las cosas, abogados, jueces y la inmensa mayoría de la doctrina han incorporado la medida cautelar innovativa a sus quehaceres de justicia cotidianos; quedando para el legislador una deuda pendiente con la sociedad y con la justicia.

Propuesta de Legislación:

Por todos lo expuesto *ut supra* se propone adoptar la legislación procesal civil y comercial de la provincia de Corrientes, reformada por ley 5.475, en lo pertinente a la regulación de las medidas cautelares innovativas y de esta manera legislar la medida cautelar innovativa con vocación de tutela anticipada, en la cual, los requisitos son mas estrictos que los señalados por la doctrina para la medida cautelar innovativa regular (justamente para evitar el denegamiento por coincidencia en todo o en parte con la pretensión principal).

De esta Manera, abogados y jueces contarán con una herramienta eficiente para procurar y proveer a la tutela judicial efectiva.

Art. 232 bis: **Medida cautelar innovativa:** Es una medida cautelar excepcional que tiende a alterar el estado de hecho o derecho existente antes de la petición de su dictado.

Presupuestos:

1. Probabilidad y no simple verosimilitud del derecho invocado
2. Peligro en la demora
3. Perjuicio irreparable
4. Contracautela

Facultades del Juez: El Juez de oficio o a pedido de parte dictará la medida innovativa por el lapso que estimara razonable según las circunstancias del caso.

Las legislaciones deben seguir los movimientos culturales y sociales de la sociedad toda, deben tratar de captar las necesidades del pueblo, el poder legislativo debe ser la caja de resonancia de la sociedad, es esa su responsabilidad frente al pueblo que los eligió para representar sus derechos.

Pero tampoco debemos desconocer que uno de los peligros de una legislación es la cristalización del derecho en un código estático, con lo cual se puede llegar a perder el espíritu de las leyes, que es el de ser espejo para que refleje la sociedad, su conducta.

Por eso afirmamos que hoy por hoy, esta regulación es la que mejor se adopta a las necesidades de la sociedad, lo cual no deja de lado que en un futuro deba ser modificada.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

- ◆ AIRASCA, Ivana María (2.003). Algunas consideraciones sobre la medida cautelar innovativa. [Versión electrónica] *La Ley Online - LLLitoral*.
- ◆ AITA TAGLE, Fernando (2.005). Tutela anticipada a través del art. 484 del Código Procesal Civil y Comercial. [Versión electrónica] *La Ley Online - LLC2005 (marzo)*, 137 - *LLC2005*, 137.
- ◆ ALCOLUMBRE, María G. (2.008) Definiciones jurisprudenciales en materia de medidas autosatisfactivas. [Versión electrónica] *La Ley Online – LLBA2008 (agosto)*, 709
- ◆ ARANGUREN, Beatriz E. (2.007). Comentario a la ley 5745, modificatoria del Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Corrientes. [Versión electrónica] *La Ley Online – LLLitoral 2007*.
- ◆ BIAVATI, Paolo, (2009) Tutela cautelar, anticipatoria y sumaria en la reforma italiana. En *Revista de Derecho Procesal 2009 – 2*(pp. 493 - 519) Rosario: Rubinzal y Culzoni.
- ◆ BARBERIO, Sergio J. (2.005). Génesis y expansión de la medida innovativa -un apunte informativo-. [Versión electrónica] *La Ley Online – Sup.Esp. Cuestiones Procesales Modernas 2005 (octubre)*, 11/10/2005, 52.
- ◆ BARBERIO, Sergio, (2.003) Vigencia de lo "cautelar" en la medida innovativa, en “*Medida innovativa*”, Jorge W. Peyrano (Director), Edgar J. Baracat (Coordinador), *Ateneo de Estudios del Proceso Civil de Rosario*, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- ◆ CARBONE, Carlos A. (2.003) "Esquicio sobre la comparación de la Medida Cautelar Innovativa y el Despacho Interino de Fondo", En Peyrano Jorge W. (Ed.) *Medida Innovativa*, (pp. 83 a 106) Rosario: Rubinzal y Culzoni.
- ◆ CARBONE, Carlos A., (2.000) "Los Despachos Interinos de Fondo. Análisis de sus presupuestos: la noción de certeza suficiente, la exigencia de urgencia y la irreparabilidad del perjuicio", de *Sentencia Anticipada (Despachos Interinos de fondo)*, PEYRANO, J. (Dir.), CARBONE, C. (Coor.), Santa Fe: Rubinzal y Culzoni.
- ◆ CALAMANDREI, Piero; (1.996) Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares, (traducción Marino Araya), Buenos Aires, El Foro.

- ◆ CASSAGNE, Juan Carlos (2.001) "Medidas cautelares en el contencioso administrativo"[Versión electrónica] *La Ley Online - LL 2001-B-1090*.
- ◆ COLOMBO, Carlos. (1.968) Código de procedimiento civil y comercial. Anotado y comentado T I y II. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- ◆ COMADIRA, Julio R. y MONTI, Laura, (2.002) "Procedimientos Administrativos - Ley Nacional de Procedimientos Administrativos anotada y comentada", Buenos Aires, La Ley.
- ◆ COUTURE, Eduardo J. (1.958) Fundamentos Del Derecho Procesal Civil (3 Ed.) Buenos Aires: Depalma.
- ◆ DI IORIO, Alfredo J. (1.978) Nociones sobre la teoría general de las medidas cautelares. *Revista La Ley B-833*.
- ◆ FALCÓN, Enrique, (2.010) La bilateralidad y los sistemas cautelares en *Revista de Derecho Procesal "Sistemas Cautelares y Procesos urgentes"* (segunda parte) 2010-1, (pp. 13 -28) Santa Fe: Rubinzal – Culzoni.
- ◆ FENOCHIETTO-ARAZI, (1.983) Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Comentado y Concordado, cit., T. 1, p. 745
- ◆ FERREYRA, César H. E. Rafael (2.011). Medida innovativa: anticipatoria y cautelar. Sobre los artículos 230 y 232 "bis" del Código Procesal Civil y Comercial de Corrientes. [Versión electrónica] *La Ley Online – LLLitoral 2011 (mayo), 28/04/2011*, 355.
- ◆ FERREYRA DE DE LA RUA, A.Y GONZÁLEZ DE LA VEGA DE OPL, C. (2.003). Teoría General Del Proceso T I y II (1 Ed.) Córdoba: Advocatus.
- ◆ FERREYRA DE DE LA RUA, A.Y GONZÁLEZ DE LA VEGA DE OPL, C. (1.999). Derecho Procesal Civil. Córdoba: Advocatus.
- ◆ GUGLIELMINO, Osvaldo C., (2.000) "Medidas cautelares contra la administración" en *Revista Actualidad en el Derecho Público*, N° 13 mayo-agosto, Buenos Aires: Ad-Hoc.
- ◆ HERNANDEZ SAMPIERI, FERNANDEZ COLLADO, BAPTISTA LUCIO, (2.006) Metodología de la investigación (4° Edición) México: Mc Graw-Hill.
- ◆ MEDINA, Graciela, (2.012) Tutela anticipada y daño vital – Comentario al fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ~ 2011-12-06 ~ P., H. P. y otro c. Di

Césare, Luis Alberto y otro s/art. 250 CPC. [Versión electrónica] *La Ley Online –LA LEY 15/02/2012, 15/02/2012, 7*

◆ PALACIO, Lino, (2.004), Manual de Derecho Procesal Civil, (18° Ed.), Buenos Aires: Abeledo Perrot.

◆ PALACIO, Lino, (1.998) “La venerable antigüedad de la llamada medida cautelar y su alcance actual. *Revista de Derecho Procesal, Medidas Cautelares*, Santa Fe: Rubinzal – Culzoni.

◆ PERRACHIONE Mario C. (2.006), *Medidas Cautelares*, Córdoba: Mediterránea.

◆ PEYRANO Jorge Walter (1.977), Recepción de la medida innovativa en sede jurisdiccional, J.A., 1977 - III - 64.-

◆ PEYRANO, Jorge W. (1.980). La demanda de amparo, la suspensión de los efectos del acto lesivo y la medida cautelar innovativa. [Versión electrónica] *La Ley Online – Cámara de Apelaciones en lo Penal de Rosario, sala III (C.Penal Rosario) (Sala III) ~ 1980-05-30 ~ Fernández Lavieri, Hugo A.*

◆ PEYRANO Jorge W. (1.981), *Medida cautelar innovativa*. Buenos Aires: Depalma.

◆ PEYRANO, Jorge W. (1.997), “Compendio de Reglas Procesales en lo Civil y Comercial”, Rosario: Zeus.

◆ PEYRANO, Jorge W, (1.997) “Régimen de las medidas autosatisfactivas. Nuevas Propuestas”, en PEYRANO, Jorge W. (Ed.) *Ateneo de estudios del Proceso Civil. “Medidas Autosatisfactivas”* (pp. 27 a 36), Buenos Aires: Rubinzal- Culzoni.

◆ PEYRANO, Jorge W. (2.003), La Palpitante actualidad de la Medida Cautelar Innovativa, En Peyrano Jorge W. (Ed.) *Medida Innovativa*, (pp. 19 a 34) Rosario: Rubinzal y Culzoni.

◆ PEYRANO, Jorge W. (2.004), "La Medida Autosatisfactiva: Forma diferenciada de tutela que constituye una expresión privilegiada del proceso urgente. Génesis y Evolución”, En Peyrano Jorge W. (Ed.) *Medidas Autosatisfactivas*, (pp. 13 a 25) Rosario: Rubinzal y Culzoni.,

◆ PEYRANO Jorge Walter (2.009) *Las Medidas Cautelares Diferentes La nueva lex mercatoria como orden de repartos horizontal y vertical. Ateneo de Estudios del*

Proceso Civil de Rosario, Recuperado de [http://elateneo.org/documents/trabajosBajar/LAS MEDIDAS CAUTELARES DIFERENTES.pdf](http://elateneo.org/documents/trabajosBajar/LAS_MEDIDAS_CAUTELARES_DIFERENTES.pdf)

- ◆ PODETTI, R. (1.969) Tratado de las medidas cautelares (2º Ed. Actualizada por Dr. Guerrero Leconte), Buenos Aires: Ediar.
- ◆ RAMBALDO, Juan A. (2.000), "Acerca de la operatividad de la medida innovativa", en Peyrano, Jorge W (Ed); "*Medida Innovativa*" (Págs: 107 a 120). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- ◆ SABINO, Carlos (1.992) El proceso de investigación. Caracas: Panapo.
- ◆ YUNI Y URBANO, (2.003) Recursos metodológicos para la preparación de proyecto de investigación. Córdoba: Brujas.

Jurisprudencia

- ◆ C.S.J.N. "Camacho Acosta c/ Grafi Graf SRL. y otros" RECURSO DE HECHO, 1.997, **Leading Case**.
- ◆ "CHALITA IRIA NEVER c/ SERAFINI Norberto Osvaldo Y Otros - ABREVIADO", 2.007, **Fallo n° 1**.
- ◆ "UNION AGRÍCOLA DE LEONES S.C.L. c/ Gustavo Oscar TREBUCQ – Hoy Acción de Despojo", 2.007, **Fallo n° 2**.
- ◆ "SÁEZ, Álvaro c/ O.S.E.C.A.C. (Obra Social de los Empleados de Comercio y Actividades Civiles) -AMPARO-", 2.007, **Fallo n° 3**.
- ◆ "VALDEZ, Carlos Alberto Jesús c/ INSPECCION DE FARMACIA – DIRECCION DE FARMACIA – Ministerio De Salud De La Provincia De Córdoba – AMPARO –", 2.007, **Fallo n° 4**.
- ◆ "DOMÍNGUEZ, Jorge Alberto y Otra c/ ACOSTA, Miguel Ángel y Otro – "Demanda Ordinaria" "Incidente de tutela anticipada en autos", 2.007, **Fallo n° 5**.

Legislación

- ◆ Código procesal Civil y Comercial de la Nación.
- ◆ Código Procesal Civil y comercial de la Provincia de Córdoba.

- ◆ Código Procesal Civil, Comercial y de Minería de la Provincia de San Juan.
- ◆ Código Procesal Civil y comercial de la Provincia de Corrientes.
- ◆ Código Procesal Civil y comercial de la Provincia de Santa Fe.
- ◆ Código Procesal Civil y comercial de la Provincia de Chaco.
- ◆ Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de La Pampa.
- ◆ Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Formosa.
- ◆ Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Mendoza.
- ◆ Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Catamarca.
- ◆ Ley 23.592, Antidiscriminatoria (Sanc. 3/VIII/1988; Prom. 23/VIII/1988; "B.O.", 5/IX/1988).
- ◆ Ley 19.549 Ley de Procedimientos Administrativos.
- ◆ Ley 20.889 Régimen jurídico de los bancos de datos.

ANEXO E – Formulario descriptivo del Trabajo Final de Graduación

Este formulario estará completo sólo si se acompaña de la presentación de un resumen en castellano y un abstract en inglés del TFG

El mismo deberá incorporarse a las versiones impresas del TFG, previa aprobación del resumen en castellano por parte de la CAE evaluadora.

Recomendaciones para la generación del "resumen" o "abstract" (inglés)

“Constituye una anticipación condensada del problema que se desarrollará en forma más extensa en el trabajo escrito. Su objetivo es orientar al lector a identificar el contenido básico del texto en forma rápida y a determinar su relevancia. Su extensión varía entre 150/350 palabras. Incluye en forma clara y breve: los objetivos y alcances del estudio, los procedimientos básicos, los contenidos y los resultados. Escrito en un solo párrafo, en tercera persona, contiene únicamente ideas centrales; no tiene citas, abreviaturas, ni referencias bibliográficas. En general el autor debe asegurar que el resumen refleje correctamente el propósito y el contenido, sin incluir información que no esté presente en el cuerpo del escrito. Debe ser conciso y específico”. Deberá contener seis palabras clave.

Identificación del Autor

| | |
|------------------------------|---------------------------|
| Apellido y nombre del autor: | FORESSI TOMATTIS, Hernan |
| E-mail: | foressihernan@hotmail.com |
| Título de grado que obtiene: | ABOGACIA |

Identificación del Trabajo Final de Graduación

| | |
|---|---|
| Título del TFG en español | Medidas Cautelares Innovativas. |
| Título del TFG en inglés | Innovative Precautionary Measures. |
| Tipo de TFG (PAP, PIA, IDC) | PIA |
| Integrantes de la CAE | Perez Maria Cecilia y Nini Victoria. |
| Fecha de último coloquio con la CAE | 20 de Abril de 2013 |
| Versión digital del TFG: contenido y tipo de archivo en el que fue guardado | <u>Contenido:</u> Hernán Foressi - TRABAJO FINAL de GRADO - ABOGACIA - 2013. <u>Tipo de Archivo:</u> PDF |

Autorización de publicación en formato electrónico

Autorizo por la presente, a la Biblioteca de la Universidad Empresarial Siglo 21 a publicar la versión electrónica de mi tesis. (marcar con una cruz lo que corresponda)

Autorización de Publicación electrónica:

- Si, inmediatamente
- Si, después de .6... mes(es)
- No autorizo

Firma del alumnc