

LOS LIMITES DE LA TUTELA ANTICIPADA

por Jorge A. Rojas

1.- INTRODUCCION

De acuerdo con el desarrollo que han tenido las medidas cautelares, cabe distinguir un ámbito natural, de uno excepcional -parafraseando a Carrió cuando hacía esa distinción para el recurso extraordinario- toda vez que existe una zona gris, claramente diferenciable de la mencionada en primer término, con límites imprecisos, a mi entender, por su inadecuada utilización¹.

Esa zona está constituida por una especie de temas que exorbitan el ámbito clásico de las medidas cautelares², incluyendo en él tanto a la llamada cautela material o autosatisfactiva, o al aseguramiento de pruebas -sobre el cual disiente la doctrina en su concepción- como a la que ahora nos ocupa que es la denominada tutela anticipada, conocida también con otras denominaciones, como jurisdicción anticipatoria, o tutela urgente.

Por lo tanto, trataremos de analizar en este trabajo en qué consiste esta tutela especial llamada anticipada, y si se confunde su régimen con el de las medidas cautelares.

Podemos sostener, que ella se da cuando la jurisdicción adopta una decisión, que si bien se superpone con el objeto de la pretensión principal en un litigio, la demora en adoptarla podría causar un agravio de imposible o muy dificultosa reparación ulterior, adelantando de ese modo -por lo menos una parte- de su decisión final.

Se sostiene que este pronunciamiento jurisdiccional, excedería el ámbito natural de las medidas cautelares, toda vez que importaría un anticipo de aquél que va a revestir carácter definitivo.

Este tema así concebido fue interpretado por nuestro más Alto Tribunal, en el caso Camacho Acosta³, a partir del cual se volvió a la senda de la medida cautelar llamada innovativa, que ha generado algunas cuestiones interpretativas tanto en la doctrina como

¹ Esta distinción de ámbitos es la misma que hice en el trabajo que lleva por título "Una cautela atípica", que se publicará en la Revista de Derecho Procesal, actualmente en prensa, con la salvedad que aquí apunto a señalar que ya Calamandrei en su notable obra sobre la materia (Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares), señalaba que es un error señalar que todas las providencias cautelares son conservativas, pues en algunos casos la cautela puede consistir en la modificación del estado de hecho existente, concluyendo en base a lo expuesto, que se pueden diferenciar así las providencias cautelares en conservativas e innovativas (p. 48).

² Señalamos por tal, a aquél que está conformado por el trípede básico que distingue usualmente a las medidas cautelares, esto es la verosimilitud del derecho, el peligro en la demora, y el efecto consiguiente de ambos, es decir la contracautela.

³ Publicado en la revista jurídica El Derecho del 5/2/98.

en la jurisprudencia⁴.

Se decidió en el proceso referido, proveer de una prótesis al actor, que había perdido un antebrazo en un accidente de trabajo, desde luego antes de haberse dictado sentencia definitiva, y en aras de evitar un agravamiento del daño que padecía, por el tiempo que insumiría el desarrollo de la causa.

En el caso apuntado, la Corte señaló expresamente que "es de la esencia de las medidas cautelares 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".

Y agregó la Corte "la medida cautelar innovativa es una decisión excepcional porque altera el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado, y 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".

2.- ANALISIS DE LA CUESTION

Morello, que ha trabajado, y mucho sobre el tema, señala dos aspectos fundamentales, por un lado la necesidad de contemplar situaciones de extrema gravedad o urgencia, que requieren una tutela efectiva -además de rápida- del órgano jurisdiccional; y por otro la necesidad de que el servicio de administración de justicia sea útil, porque atienda en forma eficaz a las necesidades del hombre, aggiornandolo en forma incesante y conforme los avances de la ciencia y la tecnología.

Dice el Maestro platense, apoyado en la doctrina italiana, como una de sus conclusiones: que es conveniente asumir una tutela jurisdiccional diferenciada, que persiguiendo la urgencia de la respuesta del servicio, escapa a los cánones estereotipados -incomprensibles para el ciudadano- (y del mastodóntico proceso de conocimiento mayor), brincando a otras sendas más aliviadas⁵.

Ya enseñaba bien Calamandrei que: para acreditar el peligro en la demora de una resolución cautelar típica, no basta que el interés en obrar nazca de un estado de peligro para tratar de prevenir un daño, con lo cual la providencia se torna urgente, sino que además es

⁴ Sirva como ejemplo el trabajo de Jorge W. Peyrano: "La batalla por la medida cautelar innovativa" aparecido en la revista jurídica El Derecho del 7/7/98.

necesario acreditar que el daño que se teme se transformaría en efectivo, y agrega con toda precisión: "o bien se agravaría el daño ya ocurrido" ⁶.

La pregunta es entonces: ¿tiene sentido el agravamiento de un daño, si es posible -aunque sea su parcial reparación- como el caso resuelto por la Corte al que antes aludimos?. Es evidente que la respuesta cae de maduro.

Cuáles son entonces las vallas o cortapisas que impiden hacer aquello que Morello enseña claramente, siguiendo a Cappelletti: "la tutela anticipatoria no es un hallazgo de biblioteca o un producto académico, es un capitular con las exigencias de una nueva realidad, que las necesidades del justiciable impone, y que la gente estimula" ⁷.

No dudamos en señalar que el espíritu conservador del que ya hablaba Chiovenda, a comienzos de siglo, que domina a la clase forense, impregnada de formalismos a veces estériles, y del que no es ajena la jurisdicción, nos lleve a ciertas rigideces que transforman en varios estos esfuerzos. Veamos algunos antecedentes que corroboran lo expuesto.

2.1.- ANTECEDENTES EN NUESTRA JURISPRUDENCIA

Tal como esta siendo planteada la cuestión actualmente, y teniendo en cuenta lo decidido por la Corte, podemos apreciar que una vez más, la medida cautelar genérica que consagra el art. 232 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, viene a dar respuesta satisfactoria a estas necesidades.

Sirva como ejemplo mencionar lo acontecido en nuestro país, en la década de los años 80, debido a ciertos mecanismos de ajuste que utilizaban las entidades financieras en los mutuos hipotecarios (las tristemente famosas circulares 1050, ó 687, entre otras del Banco Central), que de algún modo conminaban al deudor al cumplimiento de una obligación prácticamente imposible de afrontar.

Entonces, cuando el deudor más pagaba, más debía, en palabras de uno de los jueces que admitió por primera vez la nulidad de los mutuos hipotecarios que fueron atacados en sede judicial por lesión (conf. arts. 953, 954 y conc. del Cód. Civil).

La situación que debían enfrentar los deudores era tan caótica, que no podían hacer frente a las cuotas fijadas en las hipotecas, lo cual los llevaba inexorablemente a caer en mora, y finalmente al incumplimiento y consiguiente ejecución de sus bienes, motivo por el cual

⁵ Morello, Augusto M. – Anticipación de la Tutela – Librería Editora Platense SRL. – 1996, p. 95.

⁶ Calamandrei, Piero – Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares – Librería El Foro – 1997, p. 41.

⁷ Morello, Ob. cit., p. 13.

las demandas incluían una medida cautelar que les permitiera hacer frente a sus obligaciones, para evitar el estado de mora, y además demostrar efectivamente su intención de cumplir lo pactado.

En un primer momento la jurisprudencia había rechazado ese tipo de pretensión, apoyada en la doctrina clásica, sosteniendo que "el pedido de parte que tiende a detener la ejecución hipotecaria excede el marco no sólo de la prohibición de innovar sino de cualquier medida cautelar, porque no es procedente que el poder jurisdiccional autorice por esta vía al deudor a no pagar la parte de la cuota que considere excesiva, ya que es en el proceso de ejecución donde deber juzgarse la procedencia del reclamo" (CNCiv., Sala C, E.D. 91-773).

Sin embargo con el devenir del tiempo, se fue abriendo una brecha en la jurisprudencia y se transformó esta postura, a partir de una adecuada interpretación de una norma que existe en el Código Procesal, y que da pie para la tutela de este tipo de situaciones, como es el caso del art. 232 del Cód. Procesal.

De tal modo, los jueces fijaban una medida cautelar que estaba representada por un porcentaje de los ingresos del deudor, permitiéndoles así el cumplimiento de sus obligaciones, y esto no constituía más que una mera aplicación de la norma antes mencionada.

La doctrina sostenía entonces "parece más coherente la solución adoptada por algunos jueces en lo comercial de fijar ellos mismos la cuota inicial, a partir del monto del crédito y del número de cuotas estipulado, para determinar luego el factor de corrección que se aplicará sobre cada una, con más el interés del 6% anual..." (Nulidad de los mutuos hipotecarios ajustados por circulares RF 8, RF 202, RF 687 y RF 1050 del Banco Central de la República Argentina, por Gustavo T. Soler y Beatriz Bistue de Soler, E.D. 98-835).

La jurisprudencia en este sentido, sostuvo que "es admisible, bajo ciertas condiciones, la fijación de una cuota provisoria que reemplace la contractual, como aseguramiento de la eventual sentencia favorable para el accionante, y sin perjuicio de la facultad del acreedor de resistirla (CNCom., Sala C, E.D. 102-290)⁸.

3.- EL TEMA EN LA ACTUALIDAD

⁸ En idéntico sentido al expuesto se manifestó mayoritariamente nuestra jurisprudencia, sosteniendo que: "admitida la procedencia de una medida cautelar a fin de mantener el equilibrio patrimonial durante la tramitación del proceso en el que se reclama la nulidad parcial de un contrato de mutuo con garantía hipotecaria, en el que se pactó un interés del 12 % anual sobre el capital actualizado, y no resultando posible su encuadramiento estricto dentro del tipo permitido por el art. 230 del Cód. Procesal, es adecuado recurrir a las autorizadas por su art. 232, y disponer una reducción del interés fijado a una tasa del 6 % anual, sobre cuya base deberá efectuarse el pago de las mensualidades que se adeudan (CNCiv. y Com. Fed., Sala I, E.D. 98-739; CNCiv., Sala C, E.D. 100-306; CNCom., Sala C., E.D. 102-281; entre otros).

Teniendo en cuenta lo sucedido, hoy con el pronunciamiento de nuestro más Alto Tribunal, y los antecedentes de nuestra jurisprudencia, como asimismo el alcance brindado por la doctrina a la medida llamada innovativa a través de la cual se estaría generando esta “tutela anticipatoria”, resulta importante que veamos como está siendo concebida esta situación con miras a un futuro próximo.

Para eso, consideramos valioso el aporte que ha hecho la Comisión formada por los Dres. Morello, Arazi y Kaminker, que han elaborado un proyecto de Código Procesal para la Provincia de Buenos Aires, que han extendido para la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en el cual además de regular este nuevo instituto en forma específica, llamándolo tutela anticipada, asignan otro rol a la jurisdicción, más dinámico y comprometido con la realidad aunque no sabemos si resultará suficiente.

En ese proyecto -quizás con fundamento en lo normado por el art. 273 del Código del Proceso de Brasil- sostienen que, luego de trabada la litis, el juez podrá anticipar total o parcialmente los efectos de la tutela pretendida, si se reúnen una serie de requisitos que a continuación analizaremos.

Se preve en varios incisos del art. 65 de este proyecto, lo siguiente:

- 1.- Que exista convicción suficiente acerca del derecho invocado.
- 2.- Que se advierta en el caso tal grado de urgencia que si la medida no se adoptase en ese momento se causaría un daño irreparable al peticionante.
- 3.- La actitud procesal del demandado, cuando evidencie -prima facie- abuso del derecho de defensa o un manifiesto propósito dilatorio.
- 4.- Se efectivice contracautela suficiente, salvo en los casos en que de conformidad con lo dispuesto por el art. 200, el peticionante se encontrase exento de darla.
- 5.- La anticipación no produzca efectos irreparables en la sentencia definitiva.

Finalmente señala la norma analizada que la decisión no importará prejuzgamiento.

Añade luego el artículo siguiente que el juicio continuará hasta su finalización, y eventualmente si cambiaran las condiciones la tutela anticipada podrá quedar sin efecto.

Creemos que es valiosa la norma, no solo desde el punto de vista de la novedad que importa para nuestra legislación, sino fundamentalmente porque se trata de desacralizar de algún modo un concepto muy arraigado en nuestros usos forenses con el tema del prejuzgamiento, el cual considero como el aspecto más relevante de los artículos citados.

Esto es así, pues si nos detenemos en el análisis del art. 65 y en el alcance

que le asigna la norma siguiente (art. 66), podremos inferir sin mayores esfuerzos que el régimen aplicable sigue siendo el de las medidas cautelares, pues el *fumus bonis iuris*, surge del primer inciso, luego del segundo surge la existencia de un daño grave o irreparable al peticionante, el cual puede quedar perfectamente enmarcado dentro del concepto *periculum in mora* que actualmente posee nuestra normativa, más aún teniendo presente la distinción que antes hicimos citando a Calamandrei sobre la trascendencia del daño invocado.

Lo mismo podemos decir con relación al inciso cuarto que alude a la contracautela, y su exención. Y por último a la provisoriedad de la misma, que es precisada en el artículo siguiente.

La verdadera nota distintiva de esta tutela anticipada, surge pues de los incisos restantes, en donde se analiza la actitud asumida por el demandado (en el tercero), por un lado; y por otro, en el inc. 5to., en los efectos que puede producir respecto a la sentencia definitiva el otorgamiento de esta tutela.

Aquí surgen algunas dudas a partir de la amplitud de estos preceptos, sobre todo teniendo en cuenta el espíritu conservador y estereotipado del que están imbuídos los jueces en sus razonamientos, y la escasa utilización que se ha hecho de la medida cautelar genérica que consagra el art. 232 del Código Procesal y que tantas posibilidades brinda.

Con lo cual como vemos el ámbito de este nuevo instituto, de ser regulado, como ha sido expuesto, o con un alcance por lo menos similar, redundaría en principio en un beneficio para el justiciable, porque si bien cabe dentro de los límites de las medidas cautelares, aunque haciéndolos más laxos, su importancia surge de la falta de aplicación por los jueces de las previsiones que surgen del art. 232 del Código Procesal.

4.- CONCLUSIONES

Estos antecedentes los trajimos a colación, pues el tema que nos ocupa ha cobrado un nuevo auge a partir de la decisión de nuestra Corte Suprema en el caso Camacho Acosta antes mencionado.

Si bien podría suponerse que estamos dentro de un nuevo ámbito que excede al de las medidas cautelares, esto no es así, pues estas medidas son remedios arbitrados por el derecho, para obviar de alguna manera los riesgos de la duración temporal del proceso, en orden a su eficacia⁹, por eso la pregunta que cabe que nos hagamos es la siguiente: ¿existe un ámbito tradicional o clásico de las medidas cautelares, respecto al cual haya uniformidad, tanto

⁹ Ramos Mendez, Francisco – Edit. Librería Bosch, Barcelona – T. II, p. 949.

doctrinaria, como legal, como jurisprudencial?.

De ninguna manera podemos sostener ello, pues del mismo modo que alguna parte de la doctrina considera que las medidas cautelares, tienden al aseguramiento de la efectividad de una sentencia, y además a la protección de bienes y personas, otros sostienen que dentro de las mismas debemos incluir al aseguramiento de pruebas, que tienen -por lo menos en nuestro Código Procesal- un régimen claramente diverso del que corresponde a las primeras ¹⁰.

Desde un punto de vista legislativo, por ejemplo el Código Procesal de la Provincia de Santa Fe, incluye dentro de las previsiones de su normativa sobre medidas cautelares al aseguramiento de pruebas, con lo cual como vemos las interpretaciones sobre el particular resultan disímiles. Sin embargo, no debemos confundir una clasificación como verdadera o falsa, con la utilidad que debe revestir apuntando hacia la efectividad de sus fines.

Por ese motivo, en relación a la denominada tutela anticipada, considero que no debería existir duda alguna que la medida cautelar innovativa, o bien la medida cautelar genérica, que consagra nuestro ordenamiento adjetivo, puede dar adecuado andamiaje a esa tutela anticipatoria, y la misma -como vimos- no es de ahora, sino que ha venido suscitándose con anterioridad al caso Camacho Acosta mencionado.

Lo importante que debemos advertir aquí es que a través de una regulación como la señalada, que puede aventar los riesgos que importa un prejuzgamiento, estamos sacrificando la apertura y trascendencia que tiene una medida genérica como la concebida por el art. 232 del Código Procesal.

Como se aprecia del proyecto que mencionamos, la tutela especial que se pretende únicamente se podría lograr “una vez trabada la litis”, y teniendo en cuenta “la conducta asumida por el demandado”, entre otros aspectos.

Por lo tanto, nos preguntamos: ¿por esta vía estamos agilizando el proceso en aras a una tutela más efectiva, o bien estamos creando nuevos ápices ritualistas que desvirtúan el andamiaje de una cautelar?

Quizás si no perdemos de vista las enseñanzas de Calamandrei, en punto al alcance que tienen las medidas cautelares, que no son solo conservativas, sino también innovativas, y apreciando con una concepción sistémica al proceso judicial, podamos encontrar una respuesta más satisfactoria para el justiciable, quien en definitiva termina siendo el beneficiario de todo este

¹⁰ Véase por ejemplo la distinción que hacen Falcón (Código Procesal Comentado, Ed. Abeledo Perrot, T. II, p. 233), quien siguiendo a Calamandrei considera que la prueba anticipada constituye una especie dentro de las medidas cautelares. Mientras que Arazi, partiendo del régimen que las regula sostiene la postura opuesta (Medidas Cautelares, Ed. Astrea, p. 17).

accionar.