

## Medidas Precautorias y el balance of hardship

Daniela A. Morcos

### I. Prefacio [\[arriba\]](#)

El transcurso del tiempo es, sin dudas, uno de los hechos procesales de mayor relevancia, pues, en torno a él giran las más importantes tipificaciones en el mundo del derecho procesal, procedimientos, incidentes, plazos, recursos, etc., etc.

Si observamos el ámbito jurídico procesal, advertimos claramente que no se puede pensar en un proceso en el cual se obtenga la respuesta inmediata a la pretensión que se promueve ante el órgano jurisdiccional, pues la sentencia es la consecuencia de transitar el camino en el cual se le otorga a las partes la posibilidad de comparecer, defenderse, negar los hechos y por qué no el derecho invocado por la contraria, ofrecer y producir pruebas y evaluar las pruebas producidas, para que así el Tribunal, forme su convicción y resuelva acogiendo o desestimando la demanda.

Siendo así, puede suceder que las circunstancias que existían al momento de la interposición de la demanda hasta el dictado de la sentencia varíen, ya sea por circunstancias de hecho ajenas a la voluntad de las partes, o bien porque el demandado al enterarse que existe un proceso en su contra proceda a insolventarse enajenando de modo fraudulento los bienes que integran su patrimonio. En este supuesto, el derecho reconocido por el órgano jurisdiccional no se va a poder concretar, toda vez que no van a haber bienes para liquidar, y de nada serviría obtener una excelente sentencia favorable si la misma no podrá hacerse efectiva.

El legislador, al advertir esta situación, crea herramientas que sin dudas cumplen un rol esencial en la vida del proceso, pues haciendo uso de ellas se puede evitar que se convierta en ilusoria la decisión judicial; esto es como resultado de que el Estado al asumir la función de administrar justicia, prohíbe a los individuos la autodefensa de sus derechos, entonces no puede desentenderse de las consecuencias que provocaría la demora que necesariamente ocasiona la instrucción de un proceso, por tanto provee las medidas necesarias para evitarlas y así coloca en manos del Juez y de los litigantes la posibilidad de solicitarlas, tales son las llamadas “medidas precautorias”.

### II. Medidas precautorias. Concepto [\[arriba\]](#)

Las medidas precautorias son entonces, disposiciones judiciales que se dictan para garantizar el resultado de un proceso y asegurar el cumplimiento de la sentencia, evitando la frustración del derecho del peticionante derivada de la duración del mismo.[1] Esta es la concepción más corriente de las medidas precautorias. Tradicionalmente, se las designa como medidas cautelares, aunque también se las ha dado en llamar acciones cautelares o conservativas, así como también procesos o procedimientos cautelares, haciendo alusión a la sustanciación y la forma de obtenerlas.[2] Como su nombre lo indica, constituyen modos de evitar el incumplimiento de la sentencia, pero también suponen una anticipación a la garantía constitucional de defensa de los derechos, al permitir asegurar bienes, pruebas, mantener situaciones de hecho o para ayudar a proveer la seguridad de personas, o de sus necesidades urgentes; obedeciendo de este modo a la manda Constitucional de otorgar al justiciable una tutela judicial efectiva, la cual goza de rango

constitucional, como consecuencia de la incorporación a nuestra Carta Magna del Pacto de San José de Costa Rica.

### III. Objeto [\[arriba\]](#)

Como se ha indicado precedentemente, las medidas precautorias son aquellas que otorgan la respuesta necesaria para asegurar el buen fin de otro proceso; es decir son una herramienta imprescindible para asegurar la tutela judicial efectiva y la defensa en juicio; toda vez que por su intermedio se pueden asegurar bienes o pruebas o bien mantener situaciones de hecho o para seguridad de personas o satisfacción de necesidades urgentes asegurando de este modo la efectividad de las sentencias.

Así, tenemos las medidas que procuran asegurar la ejecución (embargo, inhibición, intervención recaudadora, secuestro), las que pretenden mantener el estado de las cosas (prohibición de contratar, prohibición de innovar, anotación de litis, intervención de vigilancia, administración judicial); también están las que intentan preservar pruebas (instrucción preventiva, testimonial, secuestro de documentos, comprobación de cosas o lugares); y finalmente las que refieren a la guarda de personas o cosas (alimentos provisorios, litisexpensas, depósito de cosas).

El Tribunal Constitucional Europeo destaca esa finalidad diciendo: "todas las medidas cautelares responden a la necesidad de asegurar, en su caso, la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano judicial, esto es, de evitar que un posible fallo favorable a la pretensión deducida quede (contra lo dispuesto en el artículo 24.1 CE) desprovisto de eficacia" (Sentencia N° 218/1994).[3]

Se advierte entonces que lo que se procura es evitar la posible frustración de los derechos de las partes, y que la sentencia se convierta en ilusoria por ser inoficiosa o de imposible cumplimiento, en otras palabras la protección de los derechos subjetivos e intereses legítimos de los particulares que pueden verse conculcados frente a la demora de la actividad jurisdiccional.

### IV. Caracteres de las medidas precautorias [\[arriba\]](#)

#### 1.- *Tramita in audita et altera parts*

En principio, el juez dicta las medidas cautelares valorando los hechos y el derecho que presenta el peticionante, sin intervención de la otra parte o terceros que puedan llegar a verse afectados por el otorgamiento de tal medida, "in audita et altera parts", difiriéndose la sustanciación con el afectado de las mismas para el momento en que esta se encuentre materializada, lo cual responde a toda lógica, pues en caso de que el afectado por la medida esté al corriente de que dejará de disponer libremente del bien que se le afecte, es altamente posible que lo esconda o lo transfiera, burlando de este modo los eventuales derechos del acreedor. Así se hace sin excepción en todas las legislaciones procesales vigentes en América Latina.

La cuestión es, si el carácter sumario y la falta de sustanciación que identifican al procedimiento cautelar no importa una exclusión absoluta del derecho a la defensa, pues este tipo de decisiones son una restricción al principio de libertad y al derecho de propiedad, toda vez que en mayor o menor medida afectan la libre disponibilidad de los bienes, la respuesta a esta cuestión es que NO, toda vez que es tan solo su diferimiento a un momento posterior, puesto que efectivizada la medida, el

Tribunal, de oficio[4] (en la Legislación Procesal de la provincia de Mendoza), debe notificar al afectado por la misma a fin de darle la posibilidad de impugnarla o solicitar su modificación o levantamiento. De esta manera, se cobija la inviolabilidad de la defensa en juicio de la persona y sus derechos, consagrado en el art. 18 de la Constitución Nacional, y la inalterabilidad de la cosa litigiosa con la consecuente permanencia del objeto de la Litis, que puede verse conculcado frente a la demora de la actividad jurisdiccional.

## 2.- *Accesorias o instrumentales:*

Tal se ha indicado, las medidas precautorias no abrigan un fin en sí mismas, sino que están subordinadas al posterior resultado de la pretensión principal y están sujetas a las circunstancias y contingencias que ella pueda sufrir. Tienen carácter instrumental porque “sirven para garantizar el buen fin de otro proceso”.

La accesoriedad es la nota común en todas las medidas precautorias, toda vez que son un accesorio o instrumento de otro proceso, ya sea actual o futuro, y se conceden siempre en razón de la pretensión principal que se pretende proteger; esta característica es posiblemente el rasgo que distingue la pretensión cautelar de otras que siendo sumarias no son cautelares, por ejemplo el proceso ejecutivo de estructura monitoria legislado en el art. 250 del C.P.C.C.yT. Mza. y el procedimiento monitorio regulado en el Código General del Proceso de la República Oriental del Uruguay.

Precisamente por esta particularidad, es que la mayoría de los ordenamientos incluyen una cláusula de caducidad para el caso de que concedida la medida precautoria, si no se deduce la pretensión principal dentro de un lapso determinado de tiempo, el tribunal de oficio dispondrá su levantamiento, en el C.P.C.C.yT. Mza.; esta situación se encuentra prevista en el art. 112 inc. VIII el cual dispone que: “caducarán automáticamente, si dentro de los quince (15) días de haberse cumplido no se deduce la acción y el Tribunal, de oficio, dispondrá su levantamiento. El plazo se computará desde la traba de la primera medida cuando fueren varias. En tal supuesto, los daños y perjuicios serán a cargo del solicitante de la medida, quien no podrá pedirla nuevamente por la misma causa”. [5]

Se entiende que la obligatoriedad de iniciar el proceso principal dentro de un plazo perentorio es para evitar que puedan ser usadas coercitivamente con el fin de obtener ventajas indebidas como consecuencia de las restricciones que las medidas precautorias pueden aparejar para el cautelado; a modo de ejemplo se pretende evitar que luego de la evidente agresión al patrimonio que supone la traba de un embargo preventivo, pueda estarse sine die a la espera de que se promueva la demanda que justificó la concesión del embargo.

A modo de conclusión, se puede afirmar que el carácter instrumental de las medidas cautelares es su cualidad distintiva por excelencia, pues es esta condición la que la aparta de otros procedimientos que tramitan in audita et altera parts, el monitorio, que tienen un plazo de caducidad, a fin de que no puedan ser utilizadas como elemento de coacción contra la parte que debe soportarla, que corren la suerte del proceso principal, por lo que, si el principal, por ejemplo, concluye por caducidad de la instancia, la cautelar se extingue ipso iure, sin necesidad de una declaración expresa en este punto y, por último, como se ha señalado anteriormente, sirven para para garantizar el buen fin de otro proceso; es decir que su finalidad es evitar que

el tiempo que insume el proceso frustrar el derecho del peticionario, asegurando de este modo el eventual cumplimiento de la condena.

### *3.- Provisorias:*

Junto con el carácter instrumental, entiendo que la provisoriedad es el otro aspecto distintivo de las medidas precautorias, y este atributo alude a la duración limitada en el tiempo de los efectos que produce la providencia cautelar, toda vez que nace con su petición y su permanencia en el tiempo está condicionada a que se mantengan las circunstancias que determinaron su concesión, por lo que modificadas estas circunstancias, la medida puede ampliarse, limitarse e incluso levantarse, es por ello que la mayoría de los textos legales al tratarlas disponen que son siempre provisorias, y que subsisten mientras duran las circunstancias que las determinaren.

Es decir que la medida concedida puede ser modificada o dejada sin efecto en cualquier momento del proceso, si cambian las circunstancias que se tuvieron en cuenta al decretarla, y por el contrario, la denegatoria no impide que sea concedida posteriormente, si varían los hechos o se completan los requisitos para su procedencia; en conclusión, para reiterarla o requerir su modificación o cesación debe justificarse que ha variado la situación de hecho existente en el momento en que fue denegada o dispuesta.

### *4.- Modificables o mutables:*

Son modificables toda vez que el Tribunal puede disponer una medida distinta a la solicitada, o limitarla, teniendo en cuenta la importancia del derecho que se pretende proteger. Como principio principal en materia cautelar no cabe hablar de congruencia entre la pretensión del cautelante y la decisión del Juez para evitar perjuicios innecesarios al demandado, cuando menos debe hablarse de una congruencia atenuada, de todos modos si bien el Juez puede conceder algo distinto de lo requerido (citra petita), no puede conceder más de lo solicitado y es aquí donde la regla de la congruencia se presenta con nobleza.

Otro aspecto de este carácter es que quien la solicita puede pedir su ampliación o sustitución o, por el contrario, el cautelado puede pedir la limitación, levantamiento o sustitución de la referida medida, en todos los casos al resolver el Tribunal (tanto para el otorgamiento, levantamiento, sustitución o ampliación de la cautelar) debe aplicar el principio[6] del balance of hardship, que tiene por finalidad el dictado de la providencia cautelar procurando ocasionar el menor daño posible a quien debe sufrir sus efectos, pero resguardando el derecho del pretendiente, lo trataré más adelante.

## **V. Requisitos para su procedencia [\[arriba\]](#)**

Tres son los requisitos para la procedencia de las medidas precautorias: la acreditación sumaria de que el derecho invocado en la pretensión principal merezca tutela jurisdiccional, verosimilitud en derecho (fumus bonus iuris); el peligro o temor fundado de que ese derecho se frustrar o sufra un menoscabo durante la sustanciación del proceso tendiente a tutelar, Peligro en la demora (periculum in mora); y finalmente, el otorgamiento de una contracautela como modo de asegurar al destinatario de la medida cautelar la efectividad del resarcimiento en caso de

posibles daños, en cierto modo concreta la igualdad de las partes en el proceso, y contrarresta la falta de contradictorio.

Verosimilitud en el Derecho:

La Real Academia Española define lo verosímil como aquello que tiene apariencia de ser verdadero[7]. Mucho se ha escrito sobre este requisito de admisibilidad de las medidas cautelares, denominado también *fumus bonis iuris* (humo de buen derecho), pero lo importante que debemos comprender, es que se debe acreditar sumariamente al Juzgador que el derecho invocado en la pretensión principal es atendible, exponiendo en forma clara, concreta, y precisa los hechos que justifican la pretensión, es decir, demostrar el grado de probabilidad que los hechos existieron y el derecho aplicable a ellos. Lo que se pretende es contar con la apariencia de derecho, observable a simple vista, sin necesidad de bucear demasiado, debe surgir de los elementos agregados en la solicitud de la medida o de la prueba rendida en poco tiempo; en otras palabras, *prima facie* debe surgir la necesidad de que el órgano jurisdiccional intervenga a fin de tutelar ese derecho que está en aparente peligro.

Peligro en la demora:

Otro de los presupuestos de admisibilidad de las medidas precautorias es el “el peligro en la demora de la sentencia definitiva que se dictará en el proceso...la urgencia para evitar que la demora en la resolución del pleito principal cause perjuicios apreciables” (la cursiva me pertenece).[8]

Este tipo de peligro es el que se debe demostrar a la hora de solicitar la cautelar. Se ha indicado que entre la interposición de la pretensión y la sentencia que declara y reconoce el derecho invocado transcurre un período de tiempo que sin duda va en detrimento del actor, pero en ocasiones ese tiempo puede ser recompensado por ejemplo con el pago de intereses; ese sería el peligro genérico de daño, que se ocasiona por el insoslayable paso del tiempo en el proceso, pero obviamente no es este el peligro en la demora que se exige a la hora de despachar la medida, pues si el mero transcurso del tiempo fuera razón suficiente para obtener la providencia cautelar, no habría proceso que quede librado de ella. “El peligro en la demora que exige la norma es el peligro de pérdida o frustración del derecho -peligro de daño jurídico- está constituido por la posibilidad de que el derecho verosímilmente acreditado se malogre, de forma que de daño temido, potencial o inminente, se convierta en daño cierto”.[9]

Es decir que el peligro que justifica lo cautelar es extraño a la simple lentitud del proceso, el peligro en la demora se refiere al temor de padecer un daño grave e inminente, que “debe ser objetivo, fundado y no simplemente hipotético o conjetural, debiendo explicarse claramente en qué consiste y cómo podría materializarse... el cual puede ser acreditado por cualquier medio de prueba... Es el temor fundado que deriva de circunstancias objetivas, acreditables o cuando menos presumibles y que permiten inferir que siguiendo el curso ordinario y natural de las cosas, el peligro temido puede materializarse el derecho reclamado”.[10]

Contracautela:

La contracautela es una garantía que debe rendir el solicitante de una medida cautelar para asegurar la reparación de los daños que ésta pueda ocasionar si hubiese

sido pedida sin derecho.[11] Asegura al destinatario de la medida el resarcimiento de los posibles daños, concreta en cierto modo la igualdad de las partes en el proceso, pues viene a contrarrestar la falta de contradicción inicial que caracteriza el proceso cautelar (entiendo que la cautelar no un proceso sino un procedimiento, toda vez que frente a la pretensión cautelar el Juzgador despacha la medida inaudita parte, como se ha dicho anteriormente, en consecuencia no responde a la estructura de proceso).[12]

La caución queda librada a la prudencia del Juzgador, pues las normas no requieren una garantía determinada, sino que sea suficiente para responder frente al perjuicio que pueda causarle al demandado.

Existen tres tipos de cauciones: real, juratoria, y personal.

La caución real es aquella que recae sobre bienes que se dan en garantía, bienes muebles o inmuebles, valores que se ofrecen a embargo, prenda o hipoteca, que quedan afectados para que, en el supuesto de que la medida haya sido solicitada sin razón, se pueda reparar el daño ocasionado. Por su parte, la caución personal se solventa con el solo otorgamiento de fianzas. Finalmente, nos encontramos con la caución juratoria; al respecto, compartiendo la posición del prestigioso procesalista mendocino Alejandro Boulín[13] entiendo que no se trata de una garantía, sino de una “promesa de reparación del daño que se pudiera ocasionar, y ello como consecuencia de que no existe ni un bien ni un tercero que responda por el daño causado, sino que simplemente el solicitante se compromete a reparar el posible perjuicio que pudiera provocar con la solicitud de la medida.

Hay autores que afirman que la contracautela es un presupuesto de ejecutabilidad de las medidas cautelares, mientras que la verosimilitud en el derecho y el peligro en la demora son requisitos de admisibilidad; otros sostienen que los tres son requerimientos de admisibilidad, afirmando que: “El codificador no formuló la referida distinción entre presupuestos de admisión y de ejecución o cumplimiento, ni en su tratado ni en el código, por lo que entiendo que tal posición no tiene cabida en el código local. Por otra parte, parece forzoso concluir que a falta de contracautela, el Juez no podrá autorizar la ejecución de la medida, a la que se encuentra inexorablemente unida, más allá de que en apariencia solo impida su cumplimiento...Ello no impide en mi parecer, que si la contracautela ofrecida fuese insuficiente a juicio del tribunal, conceda la medida, pero requiera a los fines de autorizar el cumplimiento de una mejora de la misma. Ello evita el rechazo y una nueva formulación con diferente contracautela”.[14] Justamente, porque evita el rechazo una nueva formulación con diferente contracautela es que entiendo que se trata de un presupuesto de ejecutabilidad de la medida, toda vez que se puede otorgar la misma, si se acredita la verosimilitud en el derecho y el peligro en la demora, dejando en suspenso la ejecución hasta que el peticionante ofrezca garantía a satisfacción del Tribunal.

## **VI. El balance of hardship [\[arriba\]](#)**

El balance of hardship no se encuentra regulado en nuestra legislación. Es un principio “extraído del derecho norteamericano y consiste en evaluar las privaciones que sufrirá el actor si la injuntions (nombre que en aquel derecho denomina a las medidas cautelares) es denegada con relación a las que sufrirá el demandado si aquella es concedida; de modo que no solo se garantiza el posible perjuicio para el afectado a través de la respectiva garantía, sino que se realiza una suerte de contraposición de los posibles daños que el actor sufriría si le fuere denegada la

cautela y el perjuicio que el demandado debería soportar como consecuencia de su concesión, debiendo resolverse el dilema del modo que provoque menos daño”.[15]

Entiendo que el balance of hardship es una figura que equilibra las providencias cautelares, otorgándole al Juez una herramienta de considerable utilidad. Dije antes que las medidas cautelares son una restricción al derecho de propiedad y a la libertad, porque de una u otra manera priva a quien debe soportarla de la disponibilidad (física o jurídica) del bien afectado a la misma; por otro lado, también he señalado que las providencias cautelares son modificables o mutables, y esto responde a que su finalidad es evitar que el tiempo que insume el proceso frustre el derecho del peticionario, asegurando de este modo el eventual cumplimiento de la condena, pero no ocasionar perjuicios innecesarios al deudor.

## VII. Aplicación de la teoría [\[arriba\]](#)

He señalado que las providencias cautelares son aquellas que sin ser autónomas sirven para garantizar el buen fin de otro proceso (instrumentales), que subsisten, mientras se mantienen las circunstancias que justificaron su despacho favorable (provisorias) y que el Tribunal puede disponer una medida distinta a la solicitada, para evitar perjuicios innecesarios al demandado; es aquí donde me quiero detener, puesto que surge claramente que las medidas precautorias son una herramienta imprescindible para asegurar la tutela judicial efectiva (que la sentencia pueda efectivizarse), pero sin necesidad de ocasionar vejámenes innecesarios a la parte que debe soportarla.

En este punto, es donde encuentro aplicación al principio de balance of hardship, puesto que considero que toda la materia cautelar debe estar precedida -tanto en la concesión, levantamiento, modificación, etc.- por este principio del derecho norteamericano, pues el Juez a la hora de despachar la cautelar no solo tiene que verificar el cumplimiento de los presupuestos mencionados anteriormente, verosimilitud en el derecho, peligro del daño jurídico en la demora y la contracautela -la que de acuerdo a la mayor o menor verosimilitud o peligro acreditado se fijará en forma de ecuación inversamente proporcional-, sino también deberá realizar una suerte de contraposición o balance entre los posibles daños que sufriría el actor si le fuera denegada la cautela y cuál sería el perjuicio que el demandado debería soportar como consecuencia de su concesión, debiendo resolverse el dilema de la manera que provoque menos daño; claro está que siempre será necesario un juicio de razonabilidad -que se constituye como imperativo constitucional art. 28 C.N.- de equilibrio de las circunstancias expuestas, de sensatez entre el derecho del actor a obtener la tutela judicial efectiva y el del demandado a no sufrir un menoscabo en sus derechos (en vista a una petición que razonablemente no debería prosperar o al menos en la magnitud pretendida), siempre sin dejar huérfano de garantía el bien jurídico que se pretende proteger.

Hago votos para que en las futuras reformas procesales que se lleven a cabo en nuestro país el principio referido sea incorporado, toda vez que en mi opinión sería una valiosa herramienta para que los jueces hagan gala de la equidad, otorgando al peticionario la garantía de que el derecho que pretende se le reconozca ante el órgano jurisdiccional tendrá su efectiva tutela, y a quien debe soportar las consecuencias de la concesión de la medida solicitada, la certeza de que el vejamen que sufre sobre su patrimonio no va más allá de la necesaria cautela a fin de asegurar una sentencia efectiva, cumpliendo de este modo con la manda constitucional de AFIANZAR LA JUSTICIA.

## Notas [\[arriba\]](#)

[1] Martínez Botos Raúl, “Medidas Cautelares”, Ed. Universidad, 1990, Bs. As, págs. 27-29.

[2] Podetti, J. Ramiro, Derecho Procesal Civil Comercial y Laboral, T. IV, Tratado de las Medidas Cautelares, págs. 12-14, Ed. Aguiar, 1956, Bs. As.

[3] [guiasjuridicas.wolterskluwer.es/home/.../Medidas-cautelares-Derecho-Procesal](http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/home/.../Medidas-cautelares-Derecho-Procesal). 25/05/18.

[4] Código Procesal Civil, Comercial y Tributario de Mendoza (de ahora en adelante C.P.C.C.yT): art. 112 inc.: IV.- La sustanciación, resolución y cumplimiento de las medidas, se harán sin audiencia ni conocimiento de la contraria, a la cual se le notificarán, de oficio, inmediatamente después de cumplidas.

[5] C.P.C.C.yT. de Mendoza, art. 112 inc. VIII.

[6] A contrapelo de los dictados del iuspositivismo, los principios se convirtieron en “un soporte de la interpretación jurídica, pero consultando criterios de objetividad, a través de la misma argumentación, de manera que se pueda recuperar la relación entre derecho y moral, sin dejarla sujeta a la racionalidad subjetiva del intérprete” (Trujillo Muñoz, Augusto. Op. Cit., pág. 37).

<https://agendama.gna.wordpress.com/2010/02/02/principio-valor-reg-la-y-derecho/> (25/05/18)

[7] [dle.rae.es/?id=beuYWd724/05/18](http://dle.rae.es/?id=beuYWd724/05/18)

[8] GARCÍA DE ENTERRÍA EDUARDO y FERNÁNDEZ TOMÁS R., Curso de Derecho Administrativo, T. II, Madrid, Civitas, 1998, pág. 628.

[9] Gianella, Horacio, “Código Procesal Civil de la Provincia de Mendoza, Comentado y Concordado”, La Ley, 2009, Bs. As., pág. 721.

[10] Gianella, Ibídem, pág. 722.

[11] Gianella, Ibídem, pág. 732.-

[12] Palacio Lino E. “Manual de Derecho Procesal Civil”, 16° ed. actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2001, pág. 775.

[13] Boulín Alejandro, Cátedra Derecho Procesal Civil Universidad de Mendoza, 2017.

[14] Gianella, Ob. Cit., pág. 737.

[15] Vallefin Carlos, ob. Cit., pág. 40, citado por GIANELLA Ob. Cit., pág. 724.