

Las medidas cautelares y procesos urgentes en el proyecto de Código Civil y Comercial

5 marzo 2013 por [Ed. Microjuris.com Argentina](#) [Dejar un comentario](#)

Autor: Sedlacek, Federico D.

Fecha: 5-mar-2013

Cita: MJ-DOC-6190-AR | MJD6190

Sumario:

I. Introducción y metodología. II. La tutela 'urgente'. III. Supuestos contemplados. Análisis particularizado. IV. A modo de conclusión.

Doctrina:

Por Federico D. Sedlacek (*)

I. INTRODUCCIÓN Y METODOLOGÍA

Por Decreto 191/11 el Poder Ejecutivo Nacional dispuso la creación de la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, integrada por los doctores Ricardo Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci.

En el presente trabajo, hemos tratado de abordar su estudio desde una óptica procesal, a partir de normas que contengan o se relacionen con las medidas cautelares. En los supuestos en que nos pareció oportuno, hemos hecho algunas recomendaciones o sugerencias sobre posibles cambios. En cuanto a la metodología, el análisis consistió en una lectura de todo el articulado del proyecto, tratando de detectar normas que involucren algún tipo de tutela de las llamadas cautelares y urgentes.

El correr de dicha lectura, pormenorizada y detenida, nos ha permitido evidenciar un criterio rector sobre el cual se ha pretendido legislar en materia de tutela urgente, a los fines de salvaguardar de la forma más eficazmente posible los derechos y situaciones sustanciales que regula el proyecto. Por ello también, hemos realizado, además de unas breves consideraciones generales, un análisis de la mayoría de las situaciones encontradas relacionadas con tutela cautelar, a los fines de brindar al lector un mapa y sitio de los lugares del proyecto donde se pueden encontrar mecanismos procesales de tal naturaleza. Para un mejor seguimiento y entendimiento de lo abordado, hemos transcripto en las notas al final los artículos correspondientes, enfatizando con corchetes la parte del texto donde se evidencia lo cautelar o la tutela diferenciada. Claro está, sin un análisis detallado y profundo de cada sección, puesto que ello excedería ampliamente el objeto del presente trabajo y sería pretencioso de un código comentado. Por último y a modo de conclusión, brindaremos algunas opiniones sobre todo lo realizado.

II. LA TUTELA 'URGENTE'

Esta denominación cobró «carta de ciudadanía» en el XVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal (Santa Fe, 1995), dentro del estudio de comisión que tenía a su cargo la medida cautelar innovativa. Allí se sostuvo que: «La categoría del proceso urgente es más amplia que la de

proceso cautelar; así, pues comprende las denominadas medidas autosatisfactivas y las resoluciones anticipatorias» (1).

ROJAS caracteriza el adjetivo «urgente» como lo impostergable, que requiere una atención inmediata, que no admite ningún tipo de dilaciones, y cuestiona la uniformidad y la simplicidad del sustantivo «proceso», puesto que estaríamos frente a un procedimiento -no un proceso-, por ser dictadas inaudita parte, por sus caracteres de instrumental (dependen siempre de un proceso principal que les dé vida), mutable, sustituible, provisional. Tampoco se advierte la intervención de la parte afectada ni una decisión que dirima una disputa con alcance de cosa juzgada (2).

Estas ideas se asocian con la concepción sistémica del proceso, (3) y que hablan a su vez de los subsistemas, entre los cuales se encuentra el subsistema cautelar.

Esta perspectiva nos parece fundamental para entender el régimen protectorio que se ha articulado en el proyecto que estamos analizando.

En primer lugar, porque si uno trata de encorsetar muchas de las disposiciones y normas que contienen tutela cautelar, se dificulta mucho -ya sea por exceso o por defecto- la posibilidad de lograr con éxito el encasillamiento de dichas normas, o su caracterización, o búsqueda de la naturaleza jurídica, en un solo instituto o tipo de medida. En segundo lugar, porque profundizar la mirada y la interpretación sobre la base de moldes y preconceptos nos puede hacer perder la finalidad y la esencia del subsistema creado, en el cual se evidencia, en todo momento, una fuerte carga de urgencia, de prevención, de inhibición, conjugada con la posibilidad de adaptabilidad de cada medida a un mejor y mayor resguardo de los intereses de las partes en juego, de la sustancialidad y lo fundamental de los derechos en pugna, dependiendo todo ello del criterio y la flexibilidad de una discreción judicial que toma un papel preponderante.

Desde este punto de vista, todo ello se acerca a lo que se han dado en llamar tutelas procesales diferenciadas. PEYRANO expresa que «habrá tutela procesal diferenciada cuando - excepcionalmente y a raíz de experimentar urgencias apremiantes el requirente del servicio de justicia o de las singularidades del derecho material cuya aplicación se reclama- se hubiera instrumentado un montaje procesal autónomo de cierta complejidad, portador de una pretensión principal y que cuenta con la dirección de un órgano jurisdiccional investido de facultades incrementadas e inusuales; estructura que deberá satisfacer, en la medida de lo razonable, la garantía del debido proceso (que ampara tanto al requirente del servicio de justicia como al requerido) y que se deberá apartar, en varios aspectos, y, notoriamente, de las matrices vigentes clásicas. Dicho montaje procesal deberá brindar al demandante un trato preferencial y admitir, por lo común, una legitimación activa amplia» (4).

Dentro de este marco conceptual, la tutela procesal diferenciada nos permite articular un abanico de posibilidades dentro de la tutela de urgencia, sin restringirnos en absoluto a moldes clasificatorios típicos sobre medidas cautelares, y aún más, extendernos en sus confines, puesto que estamos hablando de posibilidad de interposición de diferentes mecanismos que incluyen acciones autónomas y hasta procesos principales. Entre otras posibilidades, se ha estudiado a las tutelas procesales diferenciadas relacionadas con: la tutela inhibitoria, la tutela del consumidor, la

asamblea judicial del art.10 de la Ley 13.512 , la desocupación inmediata en el desalojo (art. 684 bis del CPCCN), la interdicción del cónyuge en los procesos de insania e inhabilitación, el amparo, el medio ambiente y la tutela sindical (5).

Nótese que muchas de las cuestiones son abarcadas por los actuales Código Civil y Código Comercial , por lo que no nos debe resultar raro, entonces, identificarlas y reconocerlas dentro de este proyecto bajo estudio.

Pensamos que un análisis desde ambas perspectivas, por un lado el entendimiento de lo cautelar como un subsistema, y por otro, la noción de las tutelas procesales diferenciadas, es el mejor para poder lograr un correcto dimensionamiento, y evidenciar aciertos y errores, de la labor llevada a cabo, sin perjuicio de que en cada caso, la realización de «cortes» tratando de naturalizar y encasillar ciertas acciones o situaciones, puede ayudar a entender el funcionamiento de cada circunstancia planteada.

III. SUPUESTOS CONTEMPLADOS. ANÁLISIS PARTICULARIZADO

1. Abuso del derecho y abuso de posición dominante (arts. 10 y 11)

La tutela preventiva ha sido incorporada en esta ocasión, puesto que no está contemplada en el actual art. 1071 CCiv.

El último párrafo del art. 10 (6) -aplicable también al supuesto contemplado al art. 11- contiene una clara intervención de carácter cautelar o de tutela de urgencia, procurando como primera medida la prevención del ejercicio abusivo o su situación, y como segunda medida, la posibilidad de lograr una reposición al estado de hecho anterior, es decir, una medida cautelar innovativa o de tutela anticipada.

De ello deriva, nótese, que estamos en presencia de una figura cautelar general, amplia y flexible, conjugada -como se dijo- con una cautelar determinada, cual es la cautelar innovativa, contracara (u otra faceta) de la prohibición de innovar. Al respecto, expresa ROJAS que, de la correlación de la prohibición de innovar y la media genérica o innominada, surge la matriz en la cual se apoyan todas las medidas cautelares, porque no solo dan la pauta del mantenimiento o la alteración de un determinado statu quo, sino que además brindan la posibilidad de su adaptabilidad al caso concreto por parte de la jurisdicción, quedando comprendidas dentro de estas no solo medidas dirigidas sobre bienes, sino sobre derechos e inclusive sobre personas (7).

Pensamos acertada entonces la expresión buscada por el legislador, puesto que la figura del abuso de derecho, puede recaer -precisamente- sobre cualquier tipo de derecho, afectando bienes, derechos, personas y/o cualquier otro interés legítimamente tutelado.

La amplitud de la medida cautelar genérica da las posibilidades suficientes para que la jurisdicción haga actuar a la ley precisamente con carácter no solo asegurativo, sino además protectorio, despejando así todo tipo de riesgos que impliquen la utilización de vías de hecho (8).

Sin embargo, más allá de lo expuesto, buscando un poco más de precisión en el encuadre jurídico de los artículos bajo análisis, podríamos deducir que se trata de una tutela inhibitoria.

En principio, porque estamos frente a legislación sustancial contemplando acciones protectorias. Como ha expresado LORENZETTI, se trataría de una especie de jerarquización de

fuentes, pues las vías que suministran esas normas resultan de diversa índole, en especial la legislación sustancial (9).

La finalidad que persigue este instituto, abordado tanto por civilistas como por procesalistas, es evitar la consumación de un daño inminente o en ciernes, precisamente antes de que se produzca, o eventualmente disminuir los efectos que pudiera provocar el que ya se ha producido (10).

Bien expresa ROJAS que los supuestos contemplados no deben circunscribirse solamente a acciones ilícitas, toda vez que existen comportamientos de carácter abusivo, o más aún plenamente válidos o legales que pueden merecer su tratamiento por la vía que aquí se desarrolla, estos pueden justificar una restricción como la apuntada, de la legalidad de un determinado comportamiento puede derivar un abuso que justifique una reclamación como la señalada (11). Además de lo expresado, remitimos al análisis del punto “16. Función preventiva. Deber de prevención. Acción de prevención”, donde abordamos y detallamos también el funcionamiento de este tipo de tutela.

2. Discapacidad mental. Intervención del interesado en el proceso (art. 34), limitación provisional de la capacidad (art. 36) y medidas de protección (art. 39)

Los artículos de referencia articulan una serie de medidas. En el caso de los arts. 34 (12) y 39, son más generales aunque, en este último caso, existe un «deber» por parte del juez, mientras que en el art. 34 tan solo una potestad («puede»), lo que le otorga un margen de acción conforme a las características del caso. En el caso del art. 39, ese deber determina que el juez, en todos los supuestos y casos que recaigan bajo su esfera de competencia, deberá buscar las medidas adecuadas para proteger a la persona y tender a la recuperación de su salud.

Dado que estamos hablando de la salud de las personas, este tipo de medidas deberá articularse, necesariamente, con la prescripción establecida en el art. 31, inc.c del proyecto, que establece que la intervención estatal tiene siempre carácter interdisciplinario, tanto en el tratamiento como en el proceso judicial. El asesoramiento hacia el juez por parte de grupos de médicos, psicólogos, psiquiatras, asistentes sociales o cualquier otra profesión que sea pertinente es indispensable para lograr el cometido buscado.

Por último, pensamos oportuno hacerle una crítica al art. 47, ya que otorgar competencia preventiva al mismo juez que declaró la incapacidad puede derivar en serios problemas, cuando alguna medida se hubiese tomado en forma cautelar para resguardar a la persona, y la misma hubiere estado de tránsito por algún lugar que no sea su domicilio definitivo, o se hubiese cambiado de domicilio definitivo. No debe olvidarse que muchas veces estas personas tienen que ir cambiando de curadores, quienes pueden tener domicilios muy diversos y/o distantes entre sí, incluyendo ciudades y/o provincias diferentes.

3. Internación de personas (arts. 41 y 42)

Sin lugar a dudas una de las medidas cautelares típicas y más utilizadas, aunque no tan populares, son las relacionadas a la protección de personas.

Sin embargo, la internación dispuesta por el Código Civil no ha sido muy conocida. Actualmente está regulada en los párrs. 2º y 3º del art. 482 . Generalmente las soluciones buscadas por los

legitimados pasivos se dirimen entre el pedido directo de incapacidad por demencia o el pedido de la inhabilitación por el art. 152 bis . Pero ninguna de ellas es la solución correcta para una multiplicidad de casos, que quedan regulados y encuadrados en la posibilidad aquí tratada, la internación de la persona bajo autorización judicial. Ello, debido a que la declaración de incapacidad no resulta pertinente, puesto que estamos hablando de personas que gozan de capacidad plena, pero que sufren de enfermedades por adicciones a distintas sustancias, que provocan solo transitoriamente la pérdida de intención, discernimiento o voluntad de la persona. Mientras que la posibilidad de la inhabilitación del art.152 bis resulta apta más que nada para un cuidado patrimonial de los afectados.

Con la internación judicial, por el contrario, lo que se quiere cuidar es la salud de la persona, primordialmente, más allá del cuidado patrimonial, y asistencial y/o civil de la persona, que puede realizarse por otros medios y si fuere necesario.

En el caso del art. 41 de este proyecto, si bien los incs. a y c establecen cuestiones procesales importantes, como el requisito sine qua non de evaluación de la persona de un equipo interdisciplinario (inc. a) o los requisitos que debe contener la sentencia (inc. c), el punto clave se encuentra en el inc. b, puesto que fija las pautas básicas y esenciales de procedimiento para resguardar el derecho de defensa de la persona y el control judicial. A nuestro juicio, este último debió remitirse en el enunciado del art. 42 (13).

Acertadamente, esta reforma no supedita la internación mencionando ejemplificativamente una serie de posibles sujetos pasibles de la medida (alcohólicos, toxicómanos, etc.), sino que regula esa posibilidad bajo parámetros generales, abarcando cualquier supuesto que se ampare dentro de los requisitos exigidos. Se trata de personas a quienes la enfermedad mental, la toxicomanía, el alcoholismo o la causa que fuere le han quebrado la voluntad y muy difícilmente se internarían por propia decisión (14).

De un punto de vista estrictamente procesal, pensamos que estamos en presencia de una medida autosatisfactiva, puesto que la única pretensión de este tipo de requerimiento judicial es, precisamente, la internación de la persona, y que la misma permanezca contra su voluntad en el caso de ser necesario. Si bien durante el período de internación se deben cumplimentar con una multiplicidad de requisitos, entre los que están también los de las leyes especiales que mencionaremos seguidamente, ello obedece al cumplimiento efectivo de la sentencia en virtud de la cual se logra la internación y retención de la persona en el establecimiento.

Diferente es el caso cuando la internación se solicita como una medida cautelar para lograr el resguardo de la persona, en miras de lograr su declaración de incapacidad o inhabilitación, puesto que allí estaríamos en presencia de un proceso autónomo y principal, en virtud del cual aquel sería un accesorio, aunque de características especiales teniendo cuenta que resguarda nada más ni nada menos que la salud y la vida de la persona (15).

Por otra parte, y estrictamente sobre la internación, tenemos la Ley 22.914 , que regula la internación de personas en establecimientos de salud mental, públicos o privados, y de alcohólicos crónicos y toxicómanos en establecimientos adecuados, también públicos o privados; sobre la cual

se hace referencia en el art. 42 bajo análisis. Asimismo, existe normativa procesal específica en algunos códigos, como el CPCCN en su art. 636 o la Ley 448 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

4. Afectaciones a la dignidad (art. 52)

Remitimos a los comentarios efectuados en los puntos 1 y 16 del presente, puesto que se trata de un caso de tutela preventiva y/o inhibitoria (16).

5. Consentimiento informado (art. 59)

Remitimos a los comentarios efectuados en los puntos 1 y 16 del presente, puesto que se trata de un caso de tutela preventiva y/o inhibitoria (17).

6. Ausencia simple (arts. 79 y 82)

Remitimos a los comentarios efectuados en los puntos 1 y 16 del presente, puesto que se trata de un caso de tutela preventiva y/o inhibitoria (18).

7. Tutela especial (arts. 109, 118, 135 y 137)

El supuesto contemplado en el art. 109 (19) inc.g abarca a todos aquellos casos en el cual se contempla la designación de un tutor. En general, podemos decir que estos supuestos están mayormente abarcados a partir del art. 104, es decir, cuando niños, niñas y adolescentes no tengan personas que ejerzan la responsabilidad parental sobre ellos. Entre otros supuestos, encontramos la tutela coincidente (en cuanto a la persona) con la guarda en los términos del proceso de adopción (art. 104), la tutela designada por los propios padres (art. 105) y la tutela dativa (art. 107 y ss.). Además de dichos supuestos, encontramos entonces la tutela especial del art. 109, contemplando seis supuestos diferentes, un séptimo (inc. g) con clara naturaleza cautelar, brindando la posibilidad de nombrar un tutor especial que en forma urgente asuma la responsabilidad de cualquiera de las tutelas dispuestas, hasta tanto se cumplan con los procedimientos y requisitos establecidos.

En el caso del art. 118, la amplitud de la expresión «pueden solicitar judicialmente las providencias necesarias para remediarlo, sin perjuicio de que sean adoptadas de oficio» deja en claro que también las medidas cautelares de todo tipo están incluidas en dichas providencias, contando incluso con la posibilidad de que sean dispuestas de oficio.

En igual sentido se expide el art. 135, dando la posibilidad al juez pudiendo adoptarse medidas urgentes para la protección de la persona o los bienes del pupilo, cuando haya habido causal de terminación de la tutela.

Por último, el art. 137 establece una tutela anticipatoria en el proceso de remoción del tutor, permitiendo suspender al oportunamente designado y nombrar provisoriamente a otro, hasta tanto la resolución de remoción confirme o no la suspensión dispuesta.

8. Separación judicial de bienes. Indivisión poscomunitaria (arts. 479 y 483)

En los artículos bajo referencia (20) se evidencian la delimitación y reconocimiento del legislador hacia la competencia de cada provincia para dictar sus normas procesales y, dentro de ellas, las relativas a medidas cautelares. Sin perjuicio de ello, se ha dispuesto el presente régimen protectorio

en atención a la materia regulada y la necesidad de plantear mecanismos uniformes para la protección de bienes en situaciones de separación judicial de bienes e indivisión postcomunitaria.

9. Alimentos provisorios y definitivos. Filiación. Obligaciones parentales (arts. 544, 586, 550, 554, 557 y 664)

Los arts. 544 (21) y 586 regulan los alimentos provisorios dentro de las obligaciones parentales y de las obligaciones relacionadas con la acción de filiación, respectivamente. Esta es una clásica figura cuya naturaleza se corresponde con la tutela anticipada de sentencia.

En el caso del art. 664, se otorga derecho también al hijo no reconocido extramatrimonial para petitionar alimentos provisorios. Sin embargo, pareciera que el proyecto hace una diferenciación con el hijo no reconocido matrimonial, puesto que el caso del art. 664, expresamente establece que si la demanda se promueve antes que el juicio de filiación, en la resolución que determina alimentos provisorios el juez debe establecer un plazo para promover dicha acción, bajo apercibimiento de cesar la cuota fijada mientras esa carga esté incumplida.

Nos parece acertada dicha postura, por cuanto tiende a evitar que la acción previa de alimentos provisorios sea utilizada como una medida temeraria y/o de presión frente al sujeto legitimado pasivo de la futura acción de filiación. Sin embargo, no nos parece feliz que esta restricción sea impuesta solo al caso del hijo no reconocido extramatrimonial. Quizás por esta última circunstancia, se podría pensar que este último no goza de igual verosimilitud del derecho que el hijo no reconocido matrimonial, pero dados los derechos en juego, pensamos que habría que haber otorgado un trato igualitario para ambos.

Centrándonos ahora en el art.550, dada la materia sustancialmente alimentaria que tratamos, nos parece acertado brindar la posibilidad expresa de lograr medidas cautelares que se adelanten a proteger los alimentos, y resguarden que el sujeto legitimado pasivo no afecte su capital, y/o patrimonio y/o ingresos de manera tal de poner en peligro el cumplimiento de su obligación a futuro. Ello se equilibra con la segunda parte del artículo, en cuanto permite la posibilidad de sustitución de la medida por la que opte el legitimado activo por una garantía suficiente.

Por último, tanto lo prescripto en el art. 553 en relación a la obligación alimentaria ya determinada, como en el art. 557 en relación a la obligación de comunicación, se trata de lograr una tutela judicial efectiva, disponiéndose genéricamente el resguardo cautelar que sea más propicio para el cumplimiento de la sentencia o acuerdo. Se trata, entonces, de tutelas de carácter preventivo o inhibitorio.

10. Declaración judicial de la situación de adoptabilidad (art. 607)

El supuesto bajo análisis encuentra importancia -desde lo cautelar- en el inc. c, (22) cuando habla de medidas excepcionales. Teniendo en cuenta la materia regulada (adopción) y los sujetos comprendidos (niños, niñas y adolescentes), resulta claro que este tipo de medidas a las cuales alude la norma pueden resultar en cualquiera de las tutelas urgentes que legislativa, doctrinaria y jurisprudencialmente hay sido aceptadas en nuestro sistema.

11. Medidas provisionales relativas a las personas y los bienes en el divorcio y en la nulidad de matrimonio. Uniones convivenciales (arts. 721, 722 y 723)

Los artículos (23) bajo análisis determinan con claridad el espíritu del proyecto en materia cautelar. Como muchas otras partes, se intenta resguardar una situación de transición, incierta, caótica y/o en la cual los sujetos intervinientes necesitan algún tipo de seguridad sobre la situación que están transitando. No hay una protección cautelar directa sobre una pretensión específica, más allá de que los artículos legitiman tales medidas a partir de las acciones de nulidad, o divorcio o ruptura de la unión convivencial, sino que, por el contrario, se trata de lograr un paliativo para garantizar el conjunto de derechos sustanciales que hacen a una situación determinada, como la efectividad de cada uno de los procedimientos en virtud de los cuales se deban defender dichos derechos.

12. Bienes inembargables. Preferencia al cobro. Bienes litigiosos, gravados o sujetos a medidas cautelares. Objeto contractual (arts. 744, 745 y 1009)

Siendo un clásico de las medidas cautelares, el tema de los bienes inembargables siempre ha dado pie a debates en relación a ciertos tipos de bienes. El proyecto (24) mantiene una enumeración enunciativa que pretende resaltar el carácter inembargable de otro, mientras que abre la posibilidad -como corresponde- con un inciso final referente a la aplicación de leyes especiales.

Por último, el art. 1009 deja en claro también la posibilidad de contratar sobre bienes afectados a medidas cautelares, siempre y cuando se resguarde en forma adecuada los derechos de terceros, y repudiando la mala fe, al hacerla jugar en su contra a quien la utilice.

13. Suspensión del cumplimiento y fuerza mayor (Contratos) (arts. 1031 y 1032)

Remitimos a los comentarios efectuados en los puntos 1 y 16 del presente, puesto que se trata de un caso de tutela preventiva y/o inhibitoria (25).

14. Obligaciones del mandatario. Medidas indispensables y urgentes (art. 1324)

Siempre a favor del mandante, se establece la necesidad de actuar con medidas preventivas y urgentes a los fines de un mejor cumplimiento del mandato, y/o para evitar cualquier mayor daño contra la gestión y/o el mandante. Remitimos a los comentarios efectuados en los puntos 1 y 16 del presente, puesto que se trata de un caso de tutela preventiva (26).

15. Cuenta corriente (art. 1436)

El artículo (27) trata del supuesto donde existe más de un titular de la cuenta corriente, aplicando un mecanismo para salvaguardar al embargante de las posibles artimañas que pueden darse en el supuesto de cotitularidad, pero sin perjudicar o sacrificar en modo alguno al cotitular no deudor.

16. Función preventiva. Deber de prevención. Acción de prevención (arts. 1710, 1711, 1712 y 1713) (28)

Todo lo referido con el articulado bajo comentario supone la implementación de los lineamientos básicos de una teoría general sobre la acción preventiva o función preventiva, que desde hace años viene siendo construida jurisprudencial y doctrinariamente.

Ya en el año 2004, el profesor PEYRANO daba cuenta que a Argentina le hacía falta una teorización y regulación sobre la cuestión, mientras que otros países ya contaban con ella, como Italia, Alemania, Perú y Brasil (29).

Desde el punto de vista estrictamente procesal, PEYRANO (30) expresa que la acción preventiva genera un proceso de conocimiento y más concretamente, un proceso de condena atípico, ya que: a) solo reclama la amenaza de un daño. Vale decir que únicamente exige la presencia de una situación fáctica actual idónea para producir un daño futuro, haciendo nacer así en el potencial afectado un interés de obrar suficiente para estar en condiciones de promover una acción preventiva y conseguir una sentencia de mérito sobre el particular; b) no se requiere la materialización de un daño para que pueda promoverse y prosperar una acción preventiva. Sí, en cambio, se exige la presencia de un acto ilícito o antijurídico perpetrado por el demandado. La ilegitimidad (ilicitud) requiere una valoración sustancial y no meramente formal. Por ejemplo, no es suficiente que exista autorización administrativa para una actividad empresarial si genera molestias que exceden una normal tolerancia (art. 2618 CCiv). También es factible que una actividad aparentemente desplegada acorde con la ley sea, sin embargo, arbitraria o sea carente de fundamentos de razonabilidad y justicia (art.43 CN). Igualmente, existe antijuridicidad cuando se ejerce un derecho respetando la letra de la ley, pero en contra de los fines que esta tuvo en vista al reconocerlo o de manera adversa a la buena fe, a la moral y a las buenas costumbres; c) es ampliamente mayoritaria la opinión que considera que no es necesaria la existencia de dolo o culpa en el destinatario de una acción preventiva para que esta pueda prosperar, entre otros motivos, porque no es posible evaluar elementos subjetivos de una conducta antijurídica futura (31). Esta última apreciación fue expresamente contemplada en el proyecto en el art. 1711, que establece la no exigibilidad de ningún factor de atribución.

Asimismo, el profesor rosarino la define como aquella «que persigue evitar el acaecimiento, repetición, agravación o persistencia de daños potencialmente posibles conforme al orden normal y corriente de las cosas, a partir de una situación fáctica existente; existiere o no algún vínculo jurídico preexistente con el legitimado pasivo de ella. De tener éxito, se traducirá, por lo general, en una orden de hacer o de no hacer que busque revertir o modificar la situación fáctica que genera el riesgo de daño (o de persistencia o repetición) que justifica su promoción» (32).

GOZAÍNÍ expresa que dicha definición podría ser la misma para la tutela inhibitoria, pero lo preventivo supone, además de un mandato específico de hacer o no hacer, adelantarse al peligro y eludir la actuación ex post facto. Se trata de llegar a tiempo con la resolución judicial, que es provisoria pero suficiente (33).

En cuanto a los derechos tutelados por esta tutela preventiva, encontramos que mayoritariamente protegen derechos personalísimos, como el nombre, la imagen, la intimidad, el honor, el cuerpo, la salud. Este último también puede ser contemplado desde un punto de vista colectivo y no meramente individual, ya que también la tutela preventiva bajo análisis puede ser utilizada para la defensa de derechos de incidencia colectiva. La defensa del medio ambiente en particular ha tenido cabida y éxito jurisprudencial en nuestro país, por medio de esta figura.

En cuanto al formato y la naturaleza procedimental, habrá que ver en cada caso en particular y diferenciar si corresponde la defensa por intermedio de una medida cautelar junto a un proceso principal. En estos supuestos, seguramente el principal debería tramitar por el procedimiento más

abreviado -como el juicio sumarísimo-, aunque sin descartar figuras complejas y sui generis que se generen a partir de tutelas procesales diferenciadas en relación a los derechos protegidos, teniendo además en consideración trámites como el proceso monitorio y el amparo (individual y colectivo).

Para tener una correcta apreciación del tema abordado, y porque resulta trascendental para entender el presente trabajo, vale transcribir lo distinción que hacía REIMUNDÍN: «Es preciso distinguir entre tutela “preventiva” y tutela “cautelar”: instituciones autónomas, aunque entre ellas puede existir la relación de género a especie, según la afirmación de Calamandrei; por nuestra parte, preferimos hablar de afinidad entre dos conceptos fundamen tales y distintos. En otro lugar, hemos tenido la oportunidad de establecer esa necesaria distinción, aplicándola a ciertas figuras jurídicas -por ejemplo- que la “condena a futuro” o “condena a una prestación futura”, la “acción puramente declarativa” o “acción mere declarativa” y las “medidas cautelares”, presentan un punto de coincidencia, y es el que en estos tres tipos de figuras no existe una violación actual del derecho subjetivo; pero, la “condena a una prestación futura” y la “acción declarativa”, originan siempre un proceso esencialmente “preventivo”, pero nunca “cautelar”. Ahora bien, el proceso preventivo tiene necesariamente un fin en sí mismo, no así el proceso “cautelar”. El proceso cautelar no se justifica por sí solo y tiene en vista únicamente la existencia de otro proceso que es el proceso “principal”. El proceso cautelar, tiene carácter “instrumental”; está ordenado, en general, dice Fairén Guillén, a una decisión definitiva, de la cual asegura prácticamente su fructuosidad. En consecuencia, queremos hacer notar que el proceso cautelar, más bien que el objetivo de actuar el derecho en su satisfacción, lo tiene en asegurar la eficacia práctica de la sentencia definitiva que, a su vez, actúa el derecho; se ha dicho gráficamente que, más que hacer justicia, el proceso cautelar sirve para garantizar el eficaz funcionamiento de la justicia» (34).

Cabe manifestar que algunos autores, como GOZAÍNI, expresan que la tutela preventiva puede presentarse como cautelar pura o de cautela material, haciendo referencia a la tutela inhibitoria precisamente, mientras que la tutela urgente admite resoluciones anticipatorias o definitivas (de satisfacción inmediata) (35).

Pensamos que en la mayoría de los supuestos, se articulará la acción preventiva mediante los llamados procesos urgentes, a veces con cautelares innovativas y otras directamente por intermedio de medidas autosatisfactivas.

Entre otros supuestos, podemos encontrar dentro del marco de aplicación de estas acciones, y sin perjuicio de los casos ut supra ya comentados, los contemplados en los arts.1770 (protección de la vida privada) y 2054 (reparaciones urgentes), 2324-2327-2352 (herencia – actos conservatorios y medidas urgentes), siempre respetando las particularidades que presenta cada caso en particular, sobre todo teniendo en cuenta cuando estamos en presencia de derechos patrimoniales o extrapatrimoniales.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

Luego del recorrido efectuado entre algunas de las principales normas que establecen y/o se relacionan con la tutela cautelar, efectuaremos algunas consideraciones a modo de conclusión.

En principio, nos parece que el estudio sobre lo «cautelar» dentro del proyecto de Código Civil y Comercial debe ser analizado bajo las perspectivas de las doctrinas sistémicas en derecho procesal, puesto que ello permite un abordaje de cada norma o conjunto de normas, sin la necesidad de encasillar o prefijar la naturaleza jurídica del tipo cautelar contemplado en ella, y permitiendo un análisis particularizado sobre la base de los derechos tutelados y finalidades perseguidas por el legislador.

En general, en todo el proyecto, tienen un rol preponderante la tutela urgente, la tutela inhibitoria y la tutela preventiva, otorgándose amplias facultades a los jueces para decidir qué mecanismo será el mejor en cada caso concreto.

Sin duda alguna, se ha dado lugar a múltiples casos de tutelas procesales diferenciadas. El desafío será entonces conjugar las nuevas herramientas con una implementación acorde en los correspondientes códigos procesales, puesto que si mantenemos los lineamientos normativos estrechos y conservadores que hoy en día todavía conservan la mayoría de nuestras leyes adjetivas, en modo alguno se podrá implementar esta tutela cautelar y preventiva, dentro de los parámetros de la tutela judicial efectiva.

(1) Ver QUIROZ FERNÁNDEZ, Juan Carlos, Congresos Nacionales de Derecho Procesal, Conclusiones, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999, p. 269, sum. 1305.

(2) ROJAS, Jorge A., Sistemas cautelares atípicos, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, p. 28.

(3) Ver las nociones expuestas en basta bibliografía por Enrique M. Falcón y Jorge A. Rojas, entre otros.

(4) PEYRANO, Jorge W., Precisiones sobre el concepto de tutela diferenciada, Revista de Derecho Procesal, T. 2009-1, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, p.22.

(5) Ver, especialmente, Revista de Derecho Procesal, T. 2008-2 y Tomo 2009-1, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008 y 2009, respectivamente.

(6) Art. 10 Abuso del derecho – El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto.

La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

[El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización].

Art. 11 Abuso de posición dominante – Lo dispuesto en los 2 (dos) artículos anteriores se aplica cuando se abuse de una posición dominante en el mercado, sin perjuicio de las disposiciones específicas contempladas en leyes especiales.

(7) ROJAS, Jorge A., Sistemas cautelares atípicos, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, p. 170.

(8) ROJAS, ob. cit., p. 171.

(9) LORENZETTI, Ricardo L., La tutela civil inhibitoria, en LL 1995-C-1217, citado en ROJAS, ob. cit., p. 289.

(10) ARAZI, Roland, Tutela inhibitoria, en Revista de Derecho Procesal, N° 2008-2, Tutelas procesales diferenciadas – I, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 86, citado en Rojas, ob. cit., p. 290.

(11) ROJAS, ob. cit., p. 291.

(12) Art. 34 Intervención del interesado en el proceso. Competencia – La persona en cuyo interés se lleva adelante el proceso es parte y puede aportar todas las pruebas que hacen a su defensa. Interpuesta la solicitud de declaración de incapacidad o de restricción de la capacidad ante el juez correspondiente a su domicilio o del lugar de su internación, si la persona en cuyo interés se lleva adelante el proceso ha comparecido sin abogado, se le debe nombrar uno para que la represente y le preste asistencia letrada en el juicio.

La persona que solicitó la declaración puede aportar toda clase de pruebas para acreditar los hechos invocados.

[Durante el proceso, el juez puede ordenar todas las medidas necesarias para garantizar los derechos personales y patrimoniales del interesado].

Art. 36 Limitación provisional a la capacidad – [Durante el proceso, el juez puede decretar una limitación provisional a la capacidad para la protección de la persona o el patrimonio. En tal caso, la decisión debe determinar qué actos requieren la asistencia de uno o varios apoyos, y cuáles la representación de un curador. También puede designar redes de apoyo y personas que actúen con funciones específicas según cuál sea la causa de la discapacidad mental].

Art. 39 Medidas de protección – [El juez debe adoptar medidas tendientes a la protección de la persona y a la recuperación de su salud; a este fin puede establecer redes de apoyo y designar personas que actúen con funciones específicas según sea la causa de la discapacidad mental].

Art. 47 Procedimiento para el cese – El cese de la incapacidad o de la restricción a la capacidad [debe decretarse por el juez que la declaró], previo examen de un equipo interdisciplinario integrado conforme a las pautas del artículo 37, que dictamine sobre el restablecimiento de la persona.

Si el restablecimiento no es total, el juez puede ampliar la nómina de actos que la persona puede realizar por sí o con la asistencia de su curador.

(13) Art.41 Internación – [La internación sin consentimiento de una persona, tenga o no restringida su capacidad, procede solo si se cumplen los recaudos previstos en la legislación especial y las reglas generales de esta Sección. En particular:

a) debe estar fundada en una evaluación de un equipo interdisciplinario de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 37, que señale los motivos que la justifican y la ausencia de una alternativa eficaz menos restrictiva de su libertad;

b) solo procede ante la existencia de riesgo cierto de un daño de entidad para la persona protegida o para terceros;

c) es considerada un recurso terapéutico de carácter restrictivo y por el tiempo más breve posible; debe ser supervisada periódicamente;

d) debe garantizarse el debido proceso, el control judicial inmediato y el derecho de defensa mediante asistencia jurídica.

e) la sentencia que dispone la internación debe especificar su finalidad, duración y periodicidad de la revisión].

Art. 42 Traslado dispuesto por autoridad pública. Evaluación e internación – [La autoridad pública puede disponer el traslado de una persona cuyo estado no admita dilaciones y se encuentre en riesgo cierto e inminente de daño para sí o para terceros, a un centro de salud para su evaluación. En este caso, si fuese admitida la internación, debe cumplirse con los plazos y modalidades establecidos en la legislación especial. Las fuerzas de seguridad y servicios públicos de salud deben prestar auxilio inmediato].

(14) FALCÓN, Enrique M., Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial, Rubinzal-Culzoni, Tomo IV, Santa Fe, 2006, p. 657.

(15) Desde este punto de vista y haciendo un análisis de «pesos» entre derechos tutelados, siempre el resguardo de la persona por intermedio de la internación tendrá mayor importancia y preponderancia que cualquier otro proceso, como el de declaración de incapacidad, el cual -desde esta óptica iusfilosófica- vendría a ser un accesorio o subordinado de aquel, invirtiéndose los parámetros de análisis.

(16) Art.52 Afectaciones a la dignidad – La persona humana afectada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, [puede reclamar la prevención] y reparación de los daños sufridos, conforme a lo dispuesto en el libro tercero, título V, capítulo 1.

(17) Art. 59 Consentimiento informado para actos médicos – El consentimiento informado para actos médicos es la declaración de voluntad expresada por el paciente emitida luego de recibir información clara, precisa y adecuada, respecto a:

- a) su estado de salud;
- b) el procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos;
- c) los beneficios esperados del procedimiento;
- d) los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles;
- e) la especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto;
- f) las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados.

Nadie puede ser sometido a exámenes o tratamientos clínicos o quirúrgicos sin su consentimiento, excepto disposición legal en contrario.

Si el paciente no está en condiciones físicas o psíquicas para expresar su voluntad al tiempo de la atención médica ni la ha expresado anticipadamente, el consentimiento puede ser otorgado por el representante legal, el cónyuge, el conviviente, el pariente o el allegado que acompañe al paciente. [En ausencia de todos ellos, el médico puede prescindir del consentimiento si su actuación es urgente y tiene por objeto evitar un mal grave al paciente].

(18) Art. 79 Ausencia simple – Si una persona ha desaparecido de su domicilio, sin tenerse noticias de ella, y sin haber dejado apoderado, [puede designarse un curador a sus bienes si el cuidado de estos lo exige]. La misma regla se debe aplicar si existe apoderado, pero sus poderes son insuficientes o no desempeña convenientemente el mandato.

Art.82 Procedimiento – El presunto ausente debe ser citado por edictos durante 5 (cinco) días, y si vencido el plazo no comparece, se debe dar intervención al defensor oficial o en su defecto, nombrarse defensor al ausente. El Ministerio Público es parte necesaria en el juicio.

Si antes de la declaración de ausencia se promueven acciones contra el ausente, debe representarlo el defensor.

[En caso de urgencia, el juez puede designar un administrador provisional o adoptar las medidas que las circunstancias aconsejan].

(19) Art. 109 Tutela especial – Corresponde la designación judicial de tutores especiales en los siguientes casos:

a) cuando existe conflicto de intereses entre los representados y sus representantes; si el representado es un adolescente puede actuar por sí, con asistencia letrada, en cuyo caso el juez puede decidir que no es necesaria la designación del tutor especial;

b) cuando los padres no tienen la administración de los bienes de los hijos menores de edad;

c) cuando existe oposición de intereses entre diversas personas incapaces que tienen un mismo representante legal, sea padre, madre, tutor o curador; si las personas incapaces son adolescentes, rige lo dispuesto en el inciso a);

d) cuando la persona sujeta a tutela hubiera adquirido bienes con la condición de ser administrados por persona determinada o con la condición de no ser administrados por su tutor;

e) cuando existe necesidad de ejercer actos de administración sobre bienes de extraña jurisdicción al juez de la tutela y no pueden ser convenientemente administrados por el tutor;

f) cuando se requieren conocimientos específicos o particulares para un adecuado ejercicio de la administración por las características propias del bien a administrar;

[g) cuando existen razones de urgencia, hasta tanto se tramite la designación del tutor que corresponda].

Art. 118 Responsabilidad – El tutor es responsable del daño causado al tutelado por su culpa, por acción u omisión, en el ejercicio o en ocasión de sus funciones.[El tutelado, cualquiera de sus parientes, o el Ministerio Público pueden solicitar judicialmente las providencias necesarias para remediarlo, sin perjuicio de que sean adoptadas de oficio].

Art. 135 Causas de terminación de la tutela – La tutela termina:

a) por la muerte del tutelado, su emancipación o la desaparición de la causa que dio lugar a la tutela;

b) por la muerte, incapacidad, declaración de capacidad restringida, remoción o renuncia aceptada por el juez, de quien ejerce la tutela. En caso de haber sido discernida a dos personas, la causa de terminación de una de ellas no afecta a la otra, que se debe mantener en su cargo, excepto que el juez estime conveniente su cese, por motivos fundados.

En caso de muerte del tutor, el albacea, heredero o el otro tutor si lo hubiera, debe ponerlo en conocimiento inmediato del juez de la tutela. [En su caso, debe adoptar las medidas urgentes para la protección de la persona y de los bienes del pupilo].

Art. 137 Suspensión provisoria – Durante la tramitación del proceso de remoción, el juez puede suspender al tutor y nombrar provisoriamente a otro.

(20) Art. 479 Medidas cautelares – [En la acción de separación judicial de bienes se pueden solicitar las medidas previstas en el artículo 483].

Art. 483 Medidas protectorias – [En caso de que se vean afectados sus intereses, los partícipes pueden solicitar, además de las medidas que prevean los procedimientos locales, las siguientes:

a) la autorización para realizar por sí solo un acto para el que sería necesario el consentimiento del otro, si la negativa es injustificada;

b) su designación o la de un tercero como administrador de la masa del otro; su desempeño será regido por las facultades y obligaciones de la administración de la herencia].

(21) Art. 544 Alimentos provisorios – [Desde el principio de la causa o en el transcurso de ella, el juez puede decretar la prestación de alimentos provisionales, y también las expensas del pleito, si se justifica la falta de medios].

Art.586 Alimentos provisorios – [Durante el proceso de reclamación de la filiación o incluso antes de su inicio, el juez puede fijar alimentos provisorios contra el presunto progenitor, de conformidad a lo establecido en el título “De la responsabilidad parental” de este Libro].

Art. 664 Hijo no reconocido – El hijo extramatrimonial no reconocido tiene derecho a [alimentos provisorios mediante la acreditación sumaria del vínculo invocado. Si la demanda se promueve antes que el juicio de filiación, en la resolución que determina alimentos provisorios el juez debe establecer un plazo para promover dicha acción, bajo apercibimiento de cesar la cuota fijada mientras esa carga esté incumplida].

Art. 550 Medidas cautelares – [Puede disponerse la traba de medidas cautelares para asegurar el pago de alimentos futuros, provisionales, definitivos o convenidos. El obligado puede ofrecer en sustitución otras garantías suficientes].

Art. 553 Otras medidas para asegurar el cumplimiento – [El juez puede imponer al responsable del incumplimiento reiterado de la obligación alimentaria medidas razonables para asegurar la eficacia de la sentencia].

Art. 557 Medidas para asegurar el cumplimiento – [El juez puede imponer al responsable del incumplimiento reiterado del régimen de comunicación establecido por sentencia o convenio homologado medidas razonables para asegurar su eficacia].

(22) Art. 607 Supuestos – La declaración judicial de la situación de adoptabilidad se dicta si:

a) un niño, niña o adolescente no tiene filiación establecida o sus padres han fallecido, y se ha agotado la búsqueda de familiares de origen por parte del organismo administrativo competente en un plazo máximo de 30 (treinta) días, prorrogables por un plazo igual solo por razón fundada;

b) los padres tomaron la decisión libre e informada de que el niño o niña sea adoptado. Esta manifestación es válida solo si se produce después de los 45 (cuarenta y cinco) días de producido el nacimiento;

[c) las medidas excepcionales tendientes a que el niño, niña o adolescente permanezca en su familia de origen o ampliada, no han dado resultado en un plazo máximo de 180 (ciento ochenta) días. Vencido el plazo máximo sin revertirse las causas que motivaron la medida, el organismo administrativo de protección de derechos del niño, niña o adolescente que tomó la decisión debe dictaminar sobre la situación de adoptabilidad. Dicho dictamen se debe comunicar al juez interviniente dentro del plazo de 24 (veinticuatro) horas].

La declaración judicial de la situación de adoptabilidad no puede ser dictada si algún familiar o referente afectivo del niño o niña ofrece asumir su guarda o tutela y tal pedido es considerado adecuado al interés de este.

El juez debe resolver sobre la situación de adoptabilidad mediante el procedimiento más breve previsto en cada jurisdicción.

(23) Art. 721 Medidas provisionales relativas a las personas en el divorcio y en la nulidad de matrimonio – [Deducida la acción de nulidad o de divorcio, o antes en caso de urgencia, el juez puede tomar las medidas provisionales necesarias para regular las relaciones personales entre los cónyuges y los hijos durante el proceso. Puede especialmente:

a) determinar, teniendo en cuenta el interés familiar, cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda familiar y, previo inventario, qué bienes retira el cónyuge que deja el inmueble;

b) si corresponde, establecer la renta por el uso exclusivo de la vivienda por parte de uno de los cónyuges;

c) ordenar la entrega de los objetos de uso personal;

d) disponer un régimen de alimentos y ejercicio y cuidado de los hijos conforme con lo establecido en el título VII de este Libro;

e) determinar los alimentos que solicite el cónyuge teniendo en cuenta las pautas establecidas en el artículo 433].

Art. 722 Medidas provisionales relativas a los bienes en el divorcio y en la nulidad de matrimonio – [Deducida la acción de nulidad o de divorcio, o antes en caso de urgencia, a pedido de parte, el juez debe disponer las medidas de seguridad para evitar que la administración o disposición de los bienes por uno de los cónyuges pueda poner en peligro, hacer inciertos o defraudar los derechos patrimoniales del otro, cualquiera sea el régimen patrimonial matrimonial.

También puede ordenar las medidas tendientes a individualizar la existencia de bienes o derechos de los que los cónyuges fuesen titulares.

La decisión que acoge estas medidas debe establecer un plazo de duración].

Art. 723 Ámbito de aplicación – Los dos artículos precedentes son aplicables a las uniones convivenciales, en cuanto sea pertinente.

(24) Art. 744 Bienes excluidos de la garantía común – Quedan excluidos de la garantía prevista en el artículo anterior:

- a) las ropas y muebles de uso indispensable del deudor, de su cónyuge o conviviente, y de sus hijos;
- b) los instrumentos necesarios para el ejercicio personal de la profesión, arte u oficio del deudor;
- c) los sepulcros afectados a su destino, excepto que se reclame su precio de venta, construcción o reparación;
- d) los bienes afectados a cualquier religión reconocida por el Estado;
- e) los derechos de usufructo, uso y habitación, así como las servidumbres prediales;
- f) las indemnizaciones que corresponden al deudor por daño moral y por daño material derivado de lesiones a su integridad psicofísica;
- g) la indemnización por alimentos que corresponde al cónyuge, al conviviente y a los hijos con derecho alimentario, en caso de homicidio;
- h) los demás bienes declarados inembargables o excluidos por otras leyes.

Art.745 Prioridad del primer embargante – El acreedor que obtuvo el embargo de bienes de su deudor tiene derecho a cobrar su crédito, intereses y costas, con preferencia a otros acreedores. Esta prioridad solo es oponible a los acreedores quirografarios en los procesos individuales. Si varios acreedores embargan el mismo bien del deudor, el rango entre ellos se determina por la fecha de la traba de la medida.

Los embargos posteriores deben afectar únicamente el sobrante que quede después de pagados los créditos que hayan obtenido embargos anteriores.

Art. 1009 Bienes litigiosos, gravados, o sujetos a medidas cautelares – [Los bienes litigiosos, gravados, o sujetos a medidas cautelares, pueden ser objeto de los contratos, sin perjuicio de los derechos de terceros].

Quien de mala fe contrata sobre esos bienes como si estuviesen libres debe reparar los daños causados a la otra parte si esta ha obrado de buena fe.

(25) Art. 1031 Suspensión del cumplimiento – [En los contratos bilaterales, cuando las partes deben cumplir simultáneamente, una de ellas puede suspender el cumplimiento de la prestación, hasta que la otra cumpla u ofrezca cumplir. La suspensión puede ser deducida judicialmente como acción o como excepción. Si la prestación es a favor de varios interesados, puede suspenderse la parte debida a cada uno hasta la ejecución completa de la contraprestación].

Art. 1032 Tutela preventiva – [Una parte puede suspender su propio cumplimiento si sus derechos sufriesen una grave amenaza de daño porque la otra parte ha sufrido un menoscabo significativo en su aptitud para cumplir, o en su solvencia. La suspensión queda sin efecto cuando la otra parte cumple o da seguridades suficientes de que el cumplimiento será realizado].

(26) Art.1324 Obligaciones del mandatario – El mandatario está obligado a:

- a) cumplir los actos comprendidos en el mandato, conforme a las instrucciones dadas por el mandante y a la naturaleza del negocio que constituye su objeto, con el cuidado que pondría en los asuntos propios o, en su caso, el exigido por las reglas de su profesión, o por los usos del lugar de ejecución;

- b) dar aviso inmediato al mandante de cualquier circunstancia sobreviniente que razonablemente aconseje apartarse de las instrucciones recibidas, requiriendo nuevas instrucciones o ratificación de las anteriores, [y adoptar las medidas indispensables y urgentes];
- c) informar sin demora al mandante de todo conflicto de intereses y de toda otra circunstancia que pueda motivar la modificación o la revocación del mandato;
- d) mantener en reserva toda información que adquiriera con motivo del mandato que, por su naturaleza o circunstancias, no está destinada a ser divulgada;
- e) dar aviso al mandante de todo valor que haya recibido en razón del mandato, y ponerlo a disposición de aquel;
- f) rendir cuenta de su gestión en las oportunidades convenidas o a la extinción del mandato;
- g) entregar al mandante las ganancias derivadas del negocio, con los intereses moratorios, de las sumas de dinero que haya utilizado en provecho propio;
- h) informar en cualquier momento, a requerimiento del mandante, sobre la ejecución del mandato;
- i) exhibir al mandante toda la documentación relacionada con la gestión encomendada, y entregarle la que corresponde según las circunstancias.

[Si el negocio encargado al mandatario fuese de los que, por su oficio o su modo de vivir, acepta él regularmente, aun cuando se excuse del encargo, debe tomar las providencias conservatorias urgentes que requiera el negocio que se le encomienda].

(27) Art. 1436 Embargo – [El embargo del saldo eventual de la cuenta por un acreedor de uno de los cuentacorrentistas, impide al otro aplicar nuevas remesas que perjudiquen el derecho del embargante, desde que ha sido notificado de la medida. No se consideran nuevas remesas las que resulten de derechos ya existentes al momento del embargo, aun cuando no se hayan anotado efectivamente en las cuentas de las partes.

El cuentacorrentista notificado debe hacer saber al otro el embargo por medio fehaciente y queda facultado para rescindir el contrato].

(28) Art. 1710 Deber de prevención del daño – [Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de:

- a) evitar causar un daño no justificado;
- b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable; tiene derecho a que este le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa;
- c) no agravar el daño, si ya se produjo].

Art. 1711 Acción preventiva – [La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución. Están legitimados para reclamar quienes acreditan un interés razonable en la prevención del daño].

Art. 1712 Legitimación – Están legitimados para reclamar quienes acreditan un interés razonable en la prevención del daño.

Art. 1713 Sentencia – La sentencia que admite la acción preventiva debe disponer, a pedido de parte o de oficio, en forma definitiva o provisoria, obligaciones de dar, hacer o no hacer, según corresponda; debe ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para [asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad].

(29) PEYRANO, Jorge W., La acción preventiva: certezas y dudas, 1/1/2004, ED, 207-799, MJD2369 .

(30) O. cit.

(31) LORENZETTI, Ricardo, La tutela civil inhibitoria, en LL, 1995-C-1233, Sección Doctrina, citado ib.

(32) PEYRANO, Jorge W., La acción preventiva, LexisNexis-Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2004, p.36.

(33) GOZAÍNI, Osvaldo A., La tutela anticipada y el debido proceso, La Ley, Año LXXVI, N° 68 del 11/4/2012.

(34) REIMUNDÍN, Ricardo, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, comentarios y concordancias, Buenos Aires, 1970, p. 384, citado en FALCÓN, op. cit., p. 8.

(35) GOZAÍNI, op. cit.

(*) Abogado, UNL. Especialista en Derecho Procesal Civil y Comercial y en Derecho Administrativo, UNL. Profesor ordinario por concurso de Derecho Procesal Civil y Comercial de grado y posgrado, UNL. Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Procesal (AADP). Miembro de la Comisión Directiva de la Comisión de Jóvenes Procesalistas de la AADP. Miembro del Ateneo de Estudios del Proceso Civil de Rosario y Santa Fe. Doctorando en Derecho Público (Derecho Procesal Civil y Comercial) bajo la dirección del profesor Roberto O. Berizonce (UNLP) y la codirección del profesor Eduardo Oteiza (UNLP).

N.R.: El presente trabajo se realizó sobre la base del aporte del autor como coordinador de la Asociación Argentina de Derecho Procesal, Aportes para el estudio del proyecto de Código Civil y Comercial, disponible en <https://sites.google.com/site/anteproyectocodigocivil/home>.