Derecho Procesal

MÓDULO II

"SISTEMAS CAUTELARES EN EL PROCESO"

IVEA | Instituto Virtual de Estudios Avanzados | 2018

Contenido

1. Sistemas cautelares - Cautelas no judiciales 12

Cuestiones generales 12

- *Concepto de sistemas cautelares* 12
- *Clasificación y distribución de los sistemas cautelares* 12
- *Evolución de los sistemas cautelares* 14
- *Los conceptos de Calamandrei* 16

Cautelas no judiciales 18

- *Definición: Habeas data* 18

La ley 25.326 y su decreto reglamentario 18

- *Las medidas cautelares en la ejecución fiscal* 19
- *Embargo Preventivo* 19
- *Inhibición general de Bienes.* 20
- *Prohibición de Innovar.* 20
- *Prohibición de Contratar.* 20
- *Sistemas cautelares de Garantía personal* 21
- *Garantías reales atípicas* 22

Nociones Básicas 27

- *Autonomía de las medidas cautelares* 27
- *Bilateralidad de la audiencia* 28

- Los corolarios del principio de bilateralidad de la ausencia son los siguientes. 29

Reglas generales 29

- *Caracteres de las medidas cautelares* 29
- *La providencia cautelar:* 30
- *Terminología* 30
- *Caracteres* 30
- *Los hechos y el derecho del proceso cautelar* 31
- *Caracteres del proceso cautelar* 32

Actuación de oficio 33

- *Facultades del juez* 33

Presupuestos 34

La cuestión de las medidas cautelares contra el Estado 34

La demanda cautelar. Requisitos 34
Tipos de contracautela 34
1. Juratoria: *34*
2. Personal: *35*
3. Real: *35*
- *¿Puede ser mejorada una contracautela una vez que ya fue otorgada?* *35*
- *¿Durante cuánto tiempo hay que mantener la contracautela?* *36*
Exención de la contracautela. Diferencia con la caución juratoria 36
- *Normativa* *36*
- *Beneficio de litigar sin gastos* *37*
- *¿A cuáles procesos judiciales se aplica?* *38*
2. La prueba en las medidas cautelares 39
La prueba en las medidas cautelares 39
- *Concepto.* *39*
- *Medidas cautelares en el derecho comparado* *39*
- *Clases de Medidas Cautelares.* *41*
Medios de prueba 42
- *Necesidad de la prueba de los requisitos de procedencia.* *42*
Alcance y valoración 42
Embargo por alimentos: *42*
Interdictos posesorios y prohibitivos: *43*
Casos especiales 44
Forma de tomar y cumplir la medida 47
Toma de conocimiento del afectado por la medida 48
Características *50*
Notificación del afectado. Plazo 69
¿Quién firma la cédula? 70
¿Desde cuándo se cuenta el plazo de tres días? 70
Artículo 498 - Tramite. *70*
Sentencia y recursos ordinarios 71
Reposición y apelación 72
CONSEJO DE ESTADO 75
Sala de lo contencioso administrativo *75*

I. ANTECEDENTES..... *76*

II.- LAS CONTESTACIONES DE LA DEMANDA..... *77*

III. LA AUDIENCIA DE PACTO DE CUMPLIMIENTO *79*

IV. FUNDAMENTOS DE LAS DECISIONES APELADAS. *79*

IV.2. LA SENTENCIA APELADA. *80*

V.- FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS. *81*

IV-. CONSIDERACIONES DE LA SALA *84*

Costas 93

1ª) Desestimación de la medida cautelar planteada por el demandante, previa vista judicial para la audiencia de ambos litigantes (736 LEC). *93*

2ª) Alzamiento de la medida adoptada sin audiencia del demandado (art. 741.2 LEC)..... *93*

3º) Desestimación de la oposición al auto por la que se acordó la medida cautelar sin audiencia del demandado (741 LEC). *94*

Caducidad y medidas cautelares 95

II.- PROCESO, CAUTELA Y EFICACIA.-..... *96*

III.- CARACTERÍSTICAS DE LA MEDIDA CAUTELAR.-..... *97*

IV.- JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACION.-..... *98*

V.- NATURALEZA JURÍDICA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES DICTADAS ORDENADAS EN EJECUCIÓN DE SENTENCIA.-..... *99*

VI.- PLAZOS DE CADUCIDAD PREVISTOS EN EL ART. 625° CODIGO PROCESAL CIVIL. *100*

VII.- PROPUESTA DE MODIFICATORIA POR LA CERIAJUS.-..... *104*

VIII.- LA APLICACIÓN A TODOS LOS "EMBARGOS"..... *108*

IX.- EL PROBLEMA DE LA RENOVACIÓN: ¿RENOVACIÓN DE LA "ANOTACIÓN" O DE LA "MEDIDA"?..... *109*

Caducidad propia de las medidas cautelares previas al proceso 109

Inhibiciones y embargos.....110

Embargo Preventivo......*110*

Inhibición general de Bienes *110*

La caducidad de la inscripción del embargo ejecutorio 111

El aspecto procesal recursivo:..... *111*

La cuestión resuelta:.....*112*

El embargo y sus reglas como norma subsidiaria.....119

Reglas subsidiarias (default rules) *120*
Dividendos flexibles *120*
Planes de pensiones de empleo *121*
Medidas Cautelares Sobre Bienes 122
La prohibición de enajenar y gravar *122*
La prohibición de enajenar y gravar *122*
El embargo preventivo *122*
El embargo preventivo *123*
El embargo preventivo *123*
El secuestro *123*
El secuestro en sentido impropio *124*
Las medidas innominadas *124*
Prohibición constitucional del embargo de sueldos *125*
Disposiciones comunes *125*
Sentencia sobre la oposición *126*
Sustanciación en cuaderno separado *126*
Inventario 126
I. El beneficio de inventario *126*
II. El sistema del Código Civil *127*
III. La reforma de la ley 17.711 ..... *127*
IV. El inventario en el sucesorio *128*
V. Naturaleza jurídica del inventario *129*
VI. Requisitos para solicitar inventario. El interés *131*
VII. El caso comentado *132*
Concepto y oportunidad 135
Clases de inventario 135
Contenido del inventario jurídico 135
Anotación Litis 136
I.-Clasificación: *136*
II.- Concepto: *136*
III.- Caracteres de la anotación de litis: *137*
IV.-Procedencia: *138*
V.- Conclusión: *139*

Requisitos 139
Resaltan Requisitos para la Procedencia de la Anotación de Litis *139*
Contracautela 141
Explican Cómo Debe Graduarse la Caución Real al Disponer la Anotación de Litis *141*
Efectos Anotación Litis 142
Cesación de la medida 143
Otras normas en las que está contenida o procede la medida 144
De derecho estricto: *144*
Embargo 145
Embargo en juicio ejecutivo *150*
El embargo preventivo *151*
Mandamiento judicial de intimación de pago y embargo *152*
La inhibición general de bienes *154*
Secuestro de cosas *156*
A) TEORÍA GENERAL DEL EMBARGO *157*
B) EL EMBARGO PREVENTIVO.- *160*
a) Procedimiento del embargo preventivo.- *161*
C) OTRAS MEDIDAS CAUTELARES.- *162*
Concepto. Efectos sobre el bien embargado 166
Efectos de la constitución *166*
Límites difusos del embargo 169
Embargo preventivo *169*
Embargo ejecutivo *170*
Embargo ejecutorio *171*
Embargos especiales *171*
El embargo por recaudación *171*
Embargo, cumplimiento orden judicial *172*
Depósito de los bienes embargados 173
LEY SOBRE DEPÓSITO JUDICIAL *173*
El embargo en el juicio ejecutivo 183
II. El juicio ejecutivo como proceso de ejecución *184*
III. El juicio ejecutivo como proceso sui generis *186*
Crédito ilíquido 186

Demanda por escrituración....186
Sumario....*186*
Fallo....*187*
CUESTIÓN....*187*
Situaciones derivadas del proceso....194
B. CONGRUENCIA DEL MANDATO CON EL PROCEDIMIENTO O JUICIO EN QUE SE HUBIERE DICTADO....*194*
C. FORMALIDADES EXTRÍNSECAS DE LOS DOCUMENTOS.....*194*
D. CIRCUNSTANCIAS QUE DEBERÁ CONTENER EL DOCUMENTO....*195*
CONCLUSIONES:....*200*
3. PROCEDIMIENTO EN EL QUE SE DICTA....*201*
4. FINCA OBJETO DEL EMBARGO.....*202*
5. DERECHO OBJETO DE LA ANOTACIÓN.....*202*
6. CANTIDAD RECLAMADA.....*203*
7. ¿ES NECESARIO QUE LA RESOLUCIÓN SEA FIRME?....*204*
E. OBSTÁCULOS QUE PUEDEN SURGIR DEL REGISTRO.....*205*
3. Art. 144 RH. Distinguiremos tres situaciones:....*205*
5. Vivienda habitual de la familia....*208*
F. INCIDENCIAS POSIBLES DESDE QUE SE PRACTICA LA ANOTACIÓN.....*208*
I. CANCELACIÓN DE ASIENTOS POSTERIORES (arts 674,2 LEC y 175,2 RH):....*213*
Procedimiento para el embargo....214
Investigación....*214*
Perfección del procedimiento de embargo....*214*
Domesticación....*215*
Ejecución....*215*
La traba del embargo....215
Formas de practicar el embargo....*217*
Embargo de bienes gananciales....218
**. - Embargo de bienes gananciales y deuda privativa de uno de los cónyuges:*....*219*
Embargo de bienes gananciales y su defensa.....*219*
MANDAMIENTO DE EMBARGO....219
CONCEPTO....*220*
Bienes en poder de terceros....221

El embargo retentivo *221*
Bienes embargables 233
I. Sobre los bienes embargados *233*
a) Situación jurídica de las cosas embargadas *233*
b) El deudor como depositario *234*
c) Responsabilidad del dueño de los bienes embargados *234*
Bienes inembargables 234
II. Bienes inembargables *234*
Interdicción de salida 237
Interdicción de salida. Improcedencia. Relación entre el crédito reclamado y el valor del buque. *237*
Interdicción de salida. Improcedencia. Necesidad de demostrar la ineficacia del embargo. *237*
Interdicción de salida. Improcedencia. Buque de bandera nacional. Suficiencia del embargo. *237*
Interdicción de salida. Procedencia. Verosimilitud del derecho invocado. *238*
Interdicción de salida. Procedencia. Embargo ejecutivo. *238*
Interdicción de salida. Levantamiento. Caución. *238*
Interdicción de salida. Improcedencia. Derechos garantizados por el embargo. *238*
La interdicción de salida de personas 239
MIGRACIONES *239*
EL DIRECTOR NACIONAL DE MIGRACIONES *242*
La interdicción de salida de cosas 243
Propiedad del buque. *243*
Modos de adquisición: *243*
Compraventa: *243*
Prescripción adquisitiva *243*
Construcción *244*
Abandono *244*
El embargo: *248*
Buques inembargables *248*
Publicidad *249*
Secuestro 249

Concepto *249*
Casos en que procede *249*
Procedimiento *250*
Las medidas innominadas *250*
Presunción de propiedad 251
Aplicaciones *251*
Aplicaciones *252*
3. Intervención judicial. Reglas generales 253
Intervención judicial 253
Falta de otra medida eficaz *254*
Requisitos generales de las medidas cautelares 255
II.- Requisitos de las medidas cautelares: *255*
Disposiciones comunes a todos los tipos de intervención 257
Criterio General *257*
c) Idoneidad del interventor *258*
Contracautela 258
Gatos extraordinarios 259
Nombramiento de auxiliares 259
Interventor recaudador 259
Naturaleza *259*
Los honorarios del interventor 260
Normativa 260
Honorarios del recaudador 261
Honorarios a cargo de la parte 261
Regulación de los honorarios 261
Prescripción de los honorarios 262
Administración provisoria judicial para las sociedades comerciales e institutos complementarios 262
Sociedades Comerciales *262*
Liquidación de sociedades 263
Sociedades irregulares Y, de hecho 264
Las normas procesales y los diversos supuestos de la Ley de Sociedades 265
Veedor, interventor y administrador *265*

Coadministrador e interventor 265
Legitimación, condición de socio..... 266
El caso del socio aparente..... *266*
El socio del socio..... *266*
El cónyuge del socio..... *266*
El heredero del socio..... *266*
Otros legitimados 267
El síndico social..... *267*
El acreedor del socio..... *267*
El acreedor de la sociedad..... *268*
La verosimilitud del derecho y el peligro en la demora 268
Reglas generales..... *268*
Peligro en la demora: PERICULUM IN MORA..... *269*
Procedencia de la administración y la coadministración..... 269
Administrador..... *269*
Coadministrador..... *270*
Procedencia del veedor..... *271*
Casos de improcedencia..... *272*
Carácter restrictivo 272
Clases de interpretación *272*
Interpretación restrictiva, de carácter restrictivo *272*
Agotamiento de los recursos del contrato social..... 273
Promoción de la acción de remoción..... 273
Sociedades anónimas..... *273*
Designación y funciones del interventor 274
Atribuciones y funciones..... *274*
Recursos de apelación 275
Características..... *275*
Importancia *275*
Se distingue el recurso de apelación de los siguientes:..... *275*
Medidas cautelares sobre actos y conductas. 276
Prohibición de innovar. Orden de innovar..... *276*
Prohibición de innovar..... *277*

Presupuesto.....277
Requisitos.....277
Contracautela.....278
Medidas por actos de particulares.....278
Bancos y entidades financieras.....278
Entidades financieras:.....278
Fondos de comercio.....279
La medida con respecto a los actos administrativos.....279
Actos administrativos.....279
Actos de poder legislativo.....280
Actos políticos.....280
Actos de poder judicial.....280
Medida cautelar innovativa.....280
Distinción entre la medida cautelar innovativa, la anticipación de la tutela y la medida autosatisfa.....281
Contenidos y efectos de la decisión anticipatoria.....281
Medidas autosatisfacías.....281
Presupuesto de anticipación.....282
Presupuesto autosatisfactivas.....283
4. Teoría de los sistemas cautelares.....285
Inhibición General de Bienes.....285
Prohibición de Contratar.....287
Medidas Cautelares Genericas.....287
Tipos de Medidas Cautelares.....288
Habeas Data.....289
Base Legal.....290
Características y Finalidad.....294
Medidas Cautelares en el Derecho Procesal Civil.....297
Medidas Cautelares en el Derecho Procesal Constitucional.....297
Medidas Cautelares en el Proceso Penal.....298
Medidas cautelares sustitutivas de libertad......298
Medidas Cautelares en la Sociedad Conyugal y En la Filiación.....298
Medidas Cautelares en los Derechos Reales.....302

Medidas Cautelares en el Derecho Procesal Constitucional..... 302
Medidas Cautelares como Censura Previa en la Libertad de Expresión..... 302
Modelo de Solicitud de Medidas Cautelares 302
Actividades formativas..... 303
1. Sistemas cautelares - cautelas no judiciales 303
- Actividad de lectura..... *303*
Referencias Bibliográficas 304

1. Sistemas cautelares - Cautelas no judiciales

CUESTIONES GENERALES

- **Concepto de sistemas cautelares**

Las **medidas cautelares** son las dictadas mediante providencias judiciales, con el fin de asegurar que cierto derecho podrá ser hecho efectivo en el caso de un litigio en el que se reconozca la existencia y legitimidad de tal derecho. Las medidas cautelares no implican una respecto de la existencia de un derecho del proceso, pero sí la adopción de medidas judiciales tendientes a hacer efectivo el derecho que eventualmente sea reconocido.

Por tanto, son todas aquellas actuaciones o decisiones que, sin prejuzgar del resultado final, de contenido positivo o negativo, que un órgano de la Administración Pública o un juez o magistrado del poder judicial, puede adoptar para que las resultas de la resolución administrativa o judicial surtan plenos efectos para los interesados o para la parte procesal. Para ello, se exige la concurrencia de dos requisitos: el *fumus boni iuris* o apariencia de buen Derecho y el *periculum in mora* o peligro/riesgo por el paso del tiempo.

- **Clasificación y distribución de los sistemas cautelares**

Es importante la clasificación de las medidas cautelares, por cuanto por lo general, existe una ausencia de una sistematización legislativa. Pero resulta sumamente difícil clasificarlas debido a la falta de uniformidad en la doctrina, y los Códigos procesales modernos que han intentado agruparlas, no coinciden y no abarcan todas las medidas cautelares previstas. No obstante, las clasificaciones que existen, se han hecho de acuerdo con 25 distintos criterios. En tal sentido, unos la agrupan de acuerdo con la forma de procedencia de dichas medidas cautelares, que pueden ser a instancia de parte o de oficio; otros, según su forma de sustanciación, según la finalidad que persigan, otros, por razón de los presupuestos que las legitiman, es decir, mediante el cumplimiento de determinados requisitos o la constitución

de una caución. Pero, generalmente, la doctrina para clasificarlas se basa en la finalidad u objeto inmediato.

Couture (2000), atiende más a los contenidos, su clasificación es: "Medidas de puro conocimiento: son aquellas que por sí sola no suponen medida alguna de coerción, teniendo por objeto tan sólo la declaración preventiva de un derecho. Medidas de conocimiento sumario, con comienzo de ejecución provisional: son las que se dictan en aquellos casos en los cuales existe un riesgo previsible.

Medidas de tutela de la propiedad, o el crédito: probadas prima facie la propiedad, la prenda, la hipoteca, la calidad de heredero, se dictan las medidas a simple requerimiento del titular, aun cuando ningún riesgo exista, como una consecuencia de los atributos propios del derecho real o de crédito. Medidas de ejecución anticipada: el embargo ejecutivo, aun seguido de una etapa de conocimiento constituye una forma preventiva de la coacción, supeditada a lo que decida la sentencia. Medidas cautelares negativas: en esta clase de providencia se procura, ante todo, impedir la modificación del estado de cosas existente al tiempo de la petición, en vista de evitar el daño que pueda surgir de su modificación.

El carácter negativo surge que no anticipan la ejecución de un acto, sino que la detienen Medidas de contracautela: se comprenden en este grupo, aquellas providencias que disponen una medida de seguridad en defensa del deudor y no (a diferencia de las restantes) del acreedor". Por otra parte, Calamandrei (2000) ensaya una sistematización doctrinaria de las medidas preventivas fundada en la relación de instrumentalidad, que liga la providencia cautelar a lo principal; y las clasifica en: "Providencias instructorias anticipadas: encaminadas a fijar y conservar elementos de pruebas, positivos o negativos que podrán ser utilizados después en el proceso definitivo, es decir, lo que se conoce como conservación y aseguramiento de la prueba. Providencias de aseguramiento de la futura ejecución forzada: impidiendo la dispersión de los bienes que puedan ser objeto de la misma (el secuestro) conservativo, el secuestro judicial, las providencias para seguridad de los 26 interesados; la oposición de sellos y el inventario de bienes. Providencias que deciden interinamente una situación controvertida: para evitar daños irreparables por el transcurso del tiempo hasta que se decida definitivamente la cuestión; y Providencias que consisten en la imposición por parte del Juez de una caución: que debe prestar el interesado, para obtener una ulterior providencia judicial". Según Podetti (1988), hay que distinguir las medidas cautelares de acuerdo con lo que tienden a asegurar, así: "Medidas para asegurar bienes: aquí a su vez hay que discernir entre las que posibilitan una futura ejecución tal como el embargo, y aquellas mantienen al bien en el estado en que se halla, como la de no innovar. Medidas para asegurar elementos de prueba o de instrucción preventiva o anticipada: las pruebas que se autorizan como previa al proceso ordinario o a cualquier proceso. Medidas para asegurar personas: se distingue las que aseguran a la persona en sí o a sus necesidades urgentes, tales como los alimentos".

Dentro de las muchas clasificaciones que la doctrina ha realizado, dice Jiménez (1999), una de las que ha tenido por lo práctico de ella, es aquella que agrupa a las medidas preventivas por la naturaleza del órgano que las dicta y en tal sentido aparecen tres tipos de medidas preventivas: "Medidas cautelares jurisdiccionales: es decir, aquellas medidas que las dicta el órgano jurisdiccional, el Tribunal, y que son llamadas también medidas procesales o

judiciales. Son las que, en juicio, se hacen valer para obtener la providencia, y consiguientemente, la finalidad buscada. Medidas cautelares administrativas: que son algunas medidas dictadas por el Poder Público, o más específicamente por el Poder Ejecutivo. Medidas cautelares convencionales: que son aquellas que emanan de la voluntad de ambas partes., pero cuya capacidad para decretarla y ejecutarla descansan siempre en la jurisdicción o en nombre de ella". Al respecto es menester destacar, que atendiendo las innumerables clasificaciones que la doctrina ha elaborado, pudiéramos sumergirnos en una suerte de disquisiciones conceptuales, tal vez inútiles, consideramos que lo relevante es perfilar que dentro de los caracteres de las medidas cautelares su anticipación inaudita altera pars y su urgencia son los elementos que identifican e informan su importancia dentro de las instituciones del derecho procesal.

- **Evolución de los sistemas cautelares**

Algunos autores que se han dedicado al tema de estudio de las medidas cautelares innominadas, refieren históricamente el caso narrado por Piero Calamandrei, en torno a la actriz agraviada por el ingenio decorativo de un pintor parisién. En efecto, se trataba del propietario de un centro nocturno de Paris, que había encomendado a un pintor muy creativo, decorar la sala de baile con frescos que representaran danzas de sátiras y ninfas, y el pintor, con el objeto de aumentar el interés en la decoración del mural, pensó que podría presentar los personajes, que en la coreografía figuraban en trajes superlativamente primitivos, con las fisonomías, fácilmente identificables, de literatos y artistas muy conocidos en los círculos mundanos. Sin duda, con la finalidad de darle mayor impacto e interés a la presentación. La noche de la inauguración, una actriz, que figuraba entre los numerosas invitados tuvo la sorpresa de reconocerse en una ninfa, que danzaba en ropas extremadamente ligeras, y considerando que ésta reproducción era ofensiva para su decoro, inició contra el propietario del local un juicio civil con el objeto de hacer que lo condenaran a borrar la figura ultrajante y el resarcimiento de los daños; y al momento pidió que ante la demora del juicio, se ordenara cubrir provisionalmente el trozo del fresco que reproducía su imagen en pose impúdica, para evitar ser reconocida por los visitantes; puesto que se trataba de un sitio público al cual podía acudir muchas personas, y su temor se acrecentaba al pensar que incluso pudieran reconocerla.

Esta referencia histórica, independientemente de que el maestro italiano en su obra no reseña la solución que los Tribunales Franceses dieron a este caso, obviamente muestra la insuficiencia para ese momento del desarrollo doctrinal y legislativo de las cautelas en cuanto al aseguramiento de los derechos; pero lo cierto es que, evidentemente existía la seguridad de que el daño ocasionado continuaría, mientras no se tomará las medidas al menos provisionales para evitar que continuara; y hasta que efectivamente pudiera evitarse mediante una decisión judicial. Se observa que, el proceso cautelar surge para garantizar el buen fin de otro proceso. Cautelar puede ser, no sólo un proceso, sino un acto, una providencia, contenida en el proceso definitivo. La función mediata del proceso cautelar implica, la existencia de dos procesos respecto de la 509 Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas Nº 4, 2008. ISSN 1856-7878. pp.503-525. misma litis o del mismo asunto; uno el proceso principal y el otro; el proceso cautelar que surge para ayudar o coadyuvar al primero; ya sea para asegurar las resultas del juicio principal, o para evitar un daño irreparable o de difícil reparación al derecho de una de las partes dentro del juicio. En efecto,

mediante la regulación de estas medidas, más que garantizar la ejecución de la sentencia, lo que se persigue es asegurar su efectividad, lo cual, determina su función de evitar el peligro de que resulte inadecuado lo decidido por la tardanza del proceso.

Por ello, al profundizar la concepción de la cautela, a la que se le atribuye la misión de resguardar el éxito de la administración de justicia; se puede indicar; que al lado del poder que posee el juzgador de aplicar las disposiciones que taxativa CPC (Ob. Cit.), existe un poder cautelar general que rebasa las providencias nominadas y que es potestativo del órgano jurisdiccional dictar medidas cautelares de tipo genérico, cada vez que considere que es necesario aplicarlas, o bien a solicitud de partes. Así pues, en el Código Civil Venezolano de 1942; se ubicaban las medidas cautelares innominadas en el Libro Primero, Titulo IV, Capítulo XII, Sección III, relativas a las disposiciones comunes del divorcio y a la separación legal de cuerpos, en el artículo 191 literal 3, el cual rezaba lo siguientes: "Dictar las medidas convenientes para que el marido, como administrador de los bienes del matrimonio, no cause perjuicio a la mujer". La normativa precedente, fue reformada en el año 1982, y se mantuvo dicha disposición, en el artículo 191, Literal 3; pero se modifica su contenido, el cual establece: ordenar que se haga un inventario de los bienes comunes y dictar cualesquiera otras medidas que estime conducentes para evitar la dilapidación, disposición u ocultamiento fraudulento de dichos bienes; también se encuentran insertas en el artículo 171 del mismo cuerpo normativo; el cual consagra una acción de naturaleza cautelar y surgen para preservar la comunidad patrimonial de los cónyuges; evitando así, que las esposas queden en un estado de indefensión, abandono y en muchos otros casos en la ruina. El origen del poder cautelar general atribuido al juez en el derecho moderno, según el criterio de algunos autores, se remonta a los interdictos innominados que el pretor tenía la libertad de crear en el derecho romano clásico.

En este sentido; los interdictos de derecho romano constituían un medio para garantizar con un procedimiento rápido el orden jurídico y de policía que debe ser asegurado en la comunidad Las Medidas Cautelares Innominadas en el Proceso Civil Venezolano. Evelyn Morales 510 Dentro de esta misma perspectiva, se hace necesario indicar que de la unión matrimonial surge un concepto económico que no puede dejarse de lado; el cual hay que resguardar, asegurar y tutelar. En resumen, lo que se pretende evitar es la simulación, el fraude económico en perjuicio de uno de establecer un verdadero estado de igualdad de ambos ante la ley. Por otra parte; el Estatuto de Menores, promulgado el 30 de Diciembre de 1948 y posteriormente reformado el 3 de Diciembre de 1975, en su artículo 63, establecía lo siguiente: El Juez podrá dictar de oficio o a petición de parte, en cualquier oportunidad las medidas que juzgue necesarias para asegurar los derechos del menor sobre alimentos, ordenando en el mismo auto que las cantidades percibidas en virtud de esas medidas sean entregadas, sin pérdida de tiempo al menor o a su representante o cuidador, según el prudente criterio del Juez de la causa o del comisionado. De las decisiones dictadas por el Juez en esta causa se oirá apelación en un solo efecto En este contexto, la Ley Tutelar de Menores del 30 de Diciembre de 1980, que deroga al precitado Estatuto de Menores, contemplaba en el Capítulo II, del Título II; lo concerniente al cumplimiento alimentario, en el artículo 48 contemplaba ad literam lo siguiente: "Para asegurar el cumplimiento de la obligación alimentaría, el Juez podrá tomar las siguientes medidas". Ordinal Tercero: "Tomar sobre el patrimonio del Obligado, a su prudente arbitrio, las medidas preventivas

que juzgue conveniente, hasta por una suma equivalente a veinticuatro (24) mensualidades por vencer, número que podrá ser aumentado, a juicio del Juez…"

Es evidente que, el legislador patrio perseguía con esta normativa asegurar o resguardar los intereses del o de los menores, para así garantizar la satisfacción de sus necesidades básicas, como la alimentación y educación e incluso le otorgaba al juez unas facultades muy amplias para que pueda de manera precisa y eficaz garantizar y resguardar el cumplimiento de las necesidades básicas y esenciales de dichos menores. Algunos especialistas coinciden en que esta situación fue el motor que impulsó a cambiar la doctrina de situación irregular; por la de protección integral, concepción está regulada por la Ley Orgánica para 511 Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas Nº 4, 2008. ISSN 1856-7878. pp.503-525. la Protección de los Niños y Adolescentes (LOPNA); la cual entró en vigencia el 1º de abril del 2000; para estar en concordancia con los nuevos principios y cambios de profunda relevancia, manifestados por los rasgos de un nuevo procedimiento predominantemente oral, donde al juez se le incrementan las potestades en aras del logro de la verdad procesal y para el beneficio de los altos intereses protegidos tales como el interés superior del niño y del adolescente. Dentro del mismo marco de ideas, surge la Ley Orgánica del Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales el 27 de septiembre de 1988, la cual señala que en materia de Amparo Constitucional, se hayan las medidas genéricas y es la facultad que tiene el Juez para restablecer la situación jurídica infringida, la cual pauta, en su artículo 22, lo siguiente: "El Tribunal que conozca de la solicitud de amparo tendrá potestad para restablecer la situación jurídica infringida, prescindiendo de consideraciones de mera forma y sin ningún tipo de averiguación sumaria que le preceda". Sucede pues que, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela precisa que en el recurso de amparo el procedimiento será breve y sumario, y el juez competente tendrá potestad para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida, para hacer respetar los derechos políticos, individuales o económicos que hayan sido lesionados, con tal de que sean derechos de rango constitucional.

- **Los conceptos de Calamandrei**

Piero Calamandrei en su obra Introducción al Estudio Sistémico de las Providencias Cautelares destacó el carácter instrumental de las medidas cautelares como la arista definitoria de la naturaleza precautoria. Dijo que la providencia cautelar, aún en los casos en que se forme a través de una cognición ordinaria, es provisoria en el fin, y el interés que diferencia la emanación de una medida cautelar surge siempre de la existencia de un peligro de daño jurídico, derivado del retardo de una providencia jurisdiccional definitiva (periculumin mora).Al clasificar las medidas cautelares dice que la relación de instrumentalidad que liga la providencia cautelar a la providencia principal puede asumir diversas formas, que reduce a cuatro tipos.

El primero es aquel constituido por las providencias instructorias anticipadas con las cuales en vista de un posible futuro proceso de cognición, se trata de fijar y de conservar ciertas resultancias probatorias, y aquí la instrumentalidad la encuentra asentado ya preordenada al mejor éxito de una providencia principal determinada, sino que aprovecha a todos los posibles procedimientos de cognición en los que, en adelante, el resultado del juicio sobre la falsedad o sobre la verificación de las escrituras pueda se reutilizado con

finalidad probatoria, a lo que llama instrumentalidad genérica. El segundo grupo es el conformado por las providencias que sirven para facilitar el resultado práctico de una futura ejecución forzada, impidiendo la dispersión de los bienes que puedan ser objeto de la misma. El tercero es el constituido por las providencias mediante las cuales se decide interinamente, en espera de que a través del proceso ordinario se perfeccione la decisión definitiva, una relación controvertida, de la indecisión de la cual, si ésta perdurase hasta la emanación de la providencia definitiva, podrían derivar a una de las partes daños irreparables. Por último incluye un cuarto grupo, en el que coloca aquellas providencias que consisten en la imposición por parte del juez de una caución, a la que le asigna carácter instrumental

negativo, en cuanto le impide perjudicar, ofrece anticipadamente los medios, al que llama "**elcontraveneno**", para remediar eficazmente el daño que pueda derivar de una injusticia con

respecto a la providencia principal. Agrega finalmente el poder cautelar general, en virtud del cual el juez pueda siempre, cuando se manifieste la posibilidad de un daño derivado del retardo de una providencia principal, proveer en vía preventiva a eliminar el peligro en la forma y con los medios que considere oportunos y apropiados al caso.

Respecto de la primera, segunda y cuarta categoría entiende que no tratan de acelerar la satisfacción del derecho controvertido, sino solamente de suministrar anticipadamente los medios idóneos para conseguir que la declaración de certeza o la ejecución forzada del derechos se produzcan, cuando la lentitud del procedimiento ordinario lo consienta, en condiciones prácticamente más favorables, esto es que lo urgente no es la satisfacción del derecho sino el aseguramiento preventivo de los medios aptos para determinar que la providencia principal, cuando llegue, sea justa y prácticamente eficaz. Estas providencias no deciden el mérito, la decisión del cual queda reservada al juicio principal, pero preparan los medios necesarios para la providencia definitiva. Encuentra como rasgo común de ellas que tienen por finalidad suministrar preventivamente los medios que, en la fase definitiva, constituirán el objeto de la actividad jurisdiccional. La tercera categoría de providencias, y en esto haremos eje para el análisis, trata de aceleraren vía provisoria la satisfacción del derecho, porque el peligro en la demora está constituido no por la temida desaparición de los medios necesarios para la formación o para la ejecución de la providencia principal sobre el mérito, sino por la prolongación, a causa de las dilaciones del proceso ordinario del estado de insatisfacción del derecho, sobre el que se contiende en el juicio de mérito. Aquí, aunque la providencia principal sea objetivamente eficaz, los daños derivados de la espera la tornarían igualmente ineficaz por la tardanza en sí. Calamandrei aquí traza una línea divisoria que marcará nuestro estudio y nos posibilitara la relectura de su doctrina en la actualidad y su adecuación cultural al contexto latinoamericano. Claramente distingue la diversidad en la que se presentan la instrumentalidad de la providencia cautelar en el último caso, y en los anteriores ya que en estos la eficacia práctica está considerada bajo un aspecto objetivo y directo esto es la conservación de los bienes que deben subsistir para que produzca su fruto la ejecución forzada, y en el último supuesto la instrumentalidad está valorada desde un punto de vista subjetivo e indirecto, poniendo en relación los efectos de la providencia principal con la situación personal de necesidad del reclamante, en vista de la cual una ejecución forzada, fructífera pero diferida, podría resultar subjetivamente tan

inútil como una ejecución forzada infructuosa por la falta de bienes contra los cuales dirigirse.

CAUTELAS NO JUDICIALES

- **Definición: Habeas data**

El **Habeas data** es una acción jurisdiccional, normalmente constitucional, que puede ejercer cualquier persona que estuviera incluida en un registro o banco de datos, para acceder a tal registro y que le sea suministrada la información existente sobre su persona, y de solicitar la eliminación o corrección si fuera falsa o estuviera desactualizada. También puede aplicarse al derecho al olvido, esto es, el derecho a eliminar

información que se considera obsoleta por el transcurso del tiempo y ha perdido su utilidad. La frase legal se utiliza en latín, cuya traducción más literal es «tener datos presentes» siendo «hábeās» la segunda persona singular del presente de subjuntivo del verbo latino «habēre» (en este caso entendido como «tener»).

Este derecho se fue expandiendo y comenzó a ser reglamentado tanto por leyes de *habeas data* como por normas de protección de datos personales (que suelen tener un capítulo procesal donde se describe el objeto de la acción de *habeas data*, la legitimación pasiva y activa, y la prueba y la sentencia).

También se encomendó a organismos de control la vigilancia sobre la aplicación de estas normas. Así existen en diversos países (como Argentina, España, Francia y Uruguay etc.) organismos de control que tienen por misión supervisar el tratamiento de datos personales por parte de empresas e instituciones públicas. También se suele exigir una declaración de los ficheros de carácter personal para generar transparencia sobre su existencia.

LA LEY 25.326 Y SU DECRETO REGLAMENTARIO

Para acceder al contenido haz clic en el siguiente enlace:

La ley 25.326 y su decreto reglamentario

- **Las medidas cautelares en la ejecución fiscal**

Bajo este concepto se comprende una serie de sentencias tendientes a evitar la modificación de la situación de hecho existente al tiempo de deducirse la pretensión, o la desaparición de los bienes del deudor que aseguran el cumplimiento de la sentencia de condena que pueda recaer en ése o en otro proceso. Las medidas cautelares no se agotan en las que son materia de regulación específica, como el embargo preventivo, la inhibición general de bienes y anotación de la litis, el secuestro, etc., sino que son aún mayores las facultades del juez, que se extienden a otras medidas cautelares que se han dado en llamar innominadas.

Encuentran su fundamento en la necesidad de mantener la igualdad de las partes en el juicio y evitar que se convierta en ilusoria la sentencia que ponga fin al mismo, asegurando en forma preventiva el resultado práctico o la eficacia de la sentencia principal recaída en un proceso de conocimiento o de ejecución.

Más que a hacer justicia, está destinada a asegurar que la justicia alcance el cumplimiento eficaz de su cometido.

Son sus caracteres a) provisoriedad o interinidad, pues están supeditadas al transcurso del tiempo que transcurre desde que es dictada hasta la ejecución de la sentencia recaída en un proceso de conocimiento o de ejecución y b) mutabilidad o variabilidad en el sentido que pueden ser revocadas o modificadas siempre que sobrevengan circunstancias que así lo aconsejen.

Los presupuestos para que sean viables es que el derecho sea verosímil y que exista un peligro real en la demora.

- **Embargo Preventivo.**

El embargo preventivo constituye la medida cautelar en cuya virtud se afectan o inmovilizan uno o varios bienes de quien es o ha de ser demandado en un proceso de conocimiento o en un proceso de ejecución a fin de asegurar la eficacia práctica de las sentencias que en tales procesos se dicten.

El embargo preventivo se puede tomar sobre cosas o bienes individualizados o sobre universalidad de cosas.

Este tipo de medidas no implican que los bienes embargados queden fuera del comercio, sino que los colocan en la situación de poder ser enajenados con autorización del juez que decretó la medida.

- **Inhibición general de Bienes.**

Es la medida cautelar que impide la disposición de derechos sobre los bienes cuyo dominio conste en Registros Públicos y por tanto a pesar de la amplitud del concepto, sólo se aplica a los bienes inmuebles, muebles registrables y a los derechos reales sobre ellos. No es una medida contra la persona, sino una limitación de la facultad de disponer de ciertos bienes, en el sentido de que no puede constituir ningún escribano actos de disposición sobre ellos, sin orden judicial de levantamiento total o parcial.

Es una medida de garantía que funciona en resguardo de un mismo interés, cual es el de asegurar al acreedor la efectividad de su crédito. Procede el embargo, sobre los bienes inscriptos en los registros públicos que el acreedor conoce y la inhibición extiende la medida cautelar a los bienes inscriptos que el acreedor desconoce.

Para que proceda la inhibición bastará la manifestación del acreedor de que no conoce bienes de propiedad del deudor para denunciarlos a embargo, sin que corresponda justificación de su aserto.

La inhibición general de bienes es una medida destinada a impedir que el deudor disminuya su patrimonio, y no a que lo aumente con nuevas adquisiciones.

En atención a los daños que puede acarrear la inhibición general al limitar la disposición de bienes, el deudor está habilitado para pedir su sustitución ofreciendo bienes a embargo o caución bastante. Los bienes ofrecidos deben ser suficientes en relación al crédito que se reclama y las costas del juicio.

- **Prohibición de Innovar.**

Es una orden judicial de no realizar actos físicos o jurídicos que alteren la situación de hecho o de derecho existente al tiempo de la promoción del pleito, cuando la ejecución de tales actos pudiera influir en la sentencia o convirtiera su ejecución en ineficaz o imposible.

La prohibición de innovar constituye la medida cautelar fundada esencialmente en el principio de inalterabilidad de la cosa litigiosa y cuya finalidad es mantener el statu quo inicial o impedir que durante el transcurso del pleito se modifique o altere la situación de hecho o de derecho existente al tiempo de la promoción del litigio, tornado la posible futura sentencia en ilusoria y con el fin de evitar perjuicios irreparables.

La prohibición de innovar es una consecuencia de la litispendencia: para que proceda es indispensable que exista una causa pendiente. Habiéndola puede decretarse tanto al iniciarse el proceso como durante su curso.

- **Prohibición de Contratar.**

Establece el art. 231 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación que “cuando por ley o contrato o para asegurar la ejecución forzada o los bienes objeto del juicio, procediese la prohibición de contratar sobre determinados bienes, el juez ordenará la medida. Individualizará lo que sea objeto de la prohibición, disponiendo se inscriba en los registros correspondientes y se notifique a los interesados y a los terceros que mencione el solicitante.”

Es decir que procede cuando la prohibición de contratar surge de la ley, cuando ha sido estipulada en un contrato y cuando se proponga asegurar la ejecución forzada de los bienes objeto del juicio.

Ejemplo de prohibición legal son los casos de los arts. 1358 al 1361 y 1449 al 1452 del Código Civil, y ejemplo de prohibición contractual son el mutuo hipotecario la prohibición de locar, en la locación la prohibición de ceder o sublocar, en la compraventa de negocios, la prohibición de ejercer la misma actividad que se realizaba en el fondo de comercio enajenado.

- **Sistemas cautelares de Garantía personal**

El Doctor Jorge Fábrega sustenta que tales actos tienden a evitar que se den eventos naturales o voluntarios que puedan interferir en los intereses jurídicos de derechos sustanciales o procesales. Estas medidas intermedias se inclinan a garantizar resultados en los procesos.

Están provisionalmente dictadas, hasta que se decida el fondo del asunto o que desaparezcan aquellas condiciones que las crearon. Tiene mucho que ver con el desarrollo del proceso en sus distintas fases. Debemos recordar que la verdad procesal es una variable, en este sentido pueden dictarse, reformarse o desaparecer en las secuelas de la actividad procesal.

En la doctrina se sustentan algunos presupuestos para determinar las medidas personales:

a) El fumus bonis iuris;

b) Preiculum in mora.

Una medida cautelar precede a una evaluación contemplada en el artículo 2092 del Código Judicial, el que sostiene que la diligencia indagatoria tiene unos presupuestos insalvables.

El hecho punible y la probable vinculación del imputado; claro que entran en juego otras valoraciones al momento de evacuar esta tarea, aquí aparece el primer presupuesto para determinar la medida cautelar personal. Para esto debe haber, como sostiene Calamandrei, un juicio de probabilidad y verosimilidad. Es el preventivo cálculo de lo que podrá ser el contenido de la resolución principal.

Las características de tales medidas responden igualmente a la esencia de su constitución genérica y particular,; se debe tener en cuenta ese sentido de proporcionalidad, es decir, su aplicación en derecho penal y al tratar de establecer las personales, éstas se aplican de menor a mayor rigurosidad, en atención indiscutiblemente a la gravedad de la conducta punible como fundamento, y que debe aplicarse relativamente la instrumentación de la evaluaciones, es decir, en consideración al conjunto de elementos que se valoran.

Al aplicar estas medidas, igualmente se procura causar el menor daño a los procesados cuyo destino procesal es desconocido, es decir, los resultados pueden favorecerlo o lo contrario, de allí la proporcionalidad.

Estas medidas ineludiblemente deben ser dictadas de manera provisional y además temporal, de acuerdo al desenvolvimiento de los procedimientos dentro se los procesos; y las reglas están establecidas en el artículo 2126, que se expresa así:

Artículo 2126: La libertad personal del imputado sólo podrá ser limitada mediante la aplicación, por el juez o el funcionario de instrucción, de las medidas cautelares previstas en esta sección.

Nadie será sometido a medidas cautelares si no existen graves indicios de responsabilidad en su contra. Tampoco podrán ser aplicadas si concurrieren causas de justificación, exímentes de punibilidad o causas de extinción del delito o de la pena que pudiere serle impuesta.

Esta norma autoriza al juez o funcionario de instrucción para establecer las medidas, bajo la ordenanza de que tienen que existir graves indicios de responsabilidad, en contra del imputado; al igual que lo que establece el artículo 2127, en la cual estas medidas cautelares personales en un orden ascendentes.

- Artículo 2127:

a) la prohibición al imputado de abandonar el territorio de la República sin autorización judicial;

b) El deber de presentarse periódicamente ante una autoridad pública;

c) La obligación de residir en un determinado lugar comprendido dentro de la jurisdicción correspondiente;

d) La obligación de mantenerse recluido en su propia casa, habitación o establecimiento de salud, según sea el caso;

e) La detención preventiva.

A su vez es necesario considerar que las medidas cautelares se aplican en atención a lo que establece el artículo 2128 del Código Judicial y las mismas son moduladas las formas de aplicarlas por el artículo 2129.

La norma prescribe las excepciones cuando se tiene que tomar la más fuerte de las reglas, si tiene que aplicarse a mujeres embarazadas o de las que amamantan, el estado grave de salud del imputado, personas discapacitadas, con un grado de vulnerabilidad o la edad sobre los 65 años.

- **Garantías reales atípicas**

Medidas cautelares

Para hablar con especificidad sobre medidas cautelares es necesario abordar las generalidades identificatorias de la institución como tal y de sus procedimientos, todo ello enmarcado dentro del espíritu, propósito y razón de las leyes venezolanas. En el Código de 1.986 ellas aparecen bajo el título "DEL PROCEDIMIENTO CAUTELAR Y DE OTRAS INCIDENCIAS", contenido en el LIBRO TERCERO, el cual a su vez se integra con tres títulos,

el título l, denominado "**DEL PROCEDIMIENTO DE LAS MEDIDAS PREVENTIVAS**"; el título I ll denominado "**DE OTRAS INCIDENCIAS**". A su vez el título l tiene cuatro capítulos, que son: Capítulo lll "Del secuestro", y Capítulo lV "De la prohibición de enajenar y gravar". Pese a la similar apariencia estructural con el código derogado, existen notables cambios, nuevas situaciones y diferencias, con dicho Código anterior, destacando novedades como el ensayo de opciones de medidas cautelares atípicas, no solo para dar respuestas a una situación estrictamente procesal sino a situaciones de otros órdenes, de naturaleza sustantiva, de leyes distintas, de supuestos que marchan al ritmo de la altura de los tiempos, como son, entre otros muchos, los referidos a las cautelas en problemas de la comunidad conyugal, a los problemas societarios o corporativos, etc.

De la misma manera la vigente legislación produce cambios de concepto, como el que se refiere a la sustitución que se realiza del concepto de "posesión", a los efectos del embargo, por el de "propiedad" traduciendo un viraje necesario y favorable en los efectos de una cautela irregularmente ejecutada. Asimismo, circunscribe en sus verdaderos límites el decreto causal, perfila con mayor seguridad la garantía y la contragarantía y consagra pautas para ciertos tipos de embargos, producto de una experiencia recogida de la propia jurisprudencia. El esfuerzo legislativo ha sido considerable y la experiencia ha demostrado que no se trata de una problemática de leyes sino de vehículos humanos en función judicial emigrados de la justicia, de la ortodoxia, de la equidad y de la verdad. - Justiciadores por jueces que han definido una caricatura de la administración de justicia en términos de medularse el orden judicial como el más grave inconveniente de la Nación a los efectos de su desarrollo.

Nuestro trabajo tratará de esbozar, hasta donde sea posible, no solo lo expreso y aceptado, sino aquello que se consagró bajo conceptos generales y como opciones subsidiarias y complementarias, para contribuir a entender el instrumento que el legislador consagró para aproximar la verdad con la justicia, sin afectar derechos de terceros y para evitar el abuso.

Trataremos de definir el tema que nos ocupa, en todas las manifestaciones que nos sea posible, fijar las finalidades y características y tramontar en esbozo sus antecedentes con lo cual queda abierto el portal para conocer en esencia la existencia de las medidas cautelares hasta analizar las medidas preventivas en el Derecho de Autor que es la parte final del trabajo.

Al tratar de definir la naturaleza de las medidas cautelares, encontramos que son variados los criterios con que le trata la doctrina y las legislaciones. En esa dirección vemos como para algunos las medidas cautelares son acciones autónomas (, Chiovenda, Liebman), no obstante que aceptan que es subsidiaria de una acción principal, lo que contraría la aceptación que en Venezuela hemos tenido de la Acción, como el derecho a la jurisdicción (ver a Rengel Romberg, Couture, etc.) y siendo la jurisdicción única, difícil es aceptar las posiciones, a pesar los peso y la influencia de sus animadores.

Para otros es una Providencia que es una expresión genérica de la materialización del poder jurisdiccional del Juez, que no puede confundirse con la institución de la cautela. Otros, como Carnelutti, afirman que es un proceso que, por no afectar lo principal del pleito y por tener un trámite autónomo que corre paralelo al proceso principal, cuando es bien sabido que todo acto procesal tiene una secuencia, un trámite y lapsos, sin que por ello cada

acto procesal sea el Proceso, sino eslabones del procedimiento que son partes de la unidad mayor denominada Proceso, por ello no es proceso la incidencia de cuestiones previas, ni la etapa probatoria; y, por tanto, tampoco es Proceso, la temática cautelar. El autor venezolano Rafael Ortiz ha señalado que "...no existe sino un solo y único proceso de naturaleza eminentemente pública y el conocimiento, la decisión, la prevención, no son sino estados de una misma relación procesal", para luego adhiriéndose al criterio de Humberto Cuenca señalar que las medidas cautelares carecen de autonomía y por tanto de vida propia.

La selección del término cautelar en el derecho procesal venezolano, enfatizado por la normativa del vigente código de procedimiento civil responde al criterio sedimentado por la jurisprudencia patria al cual venían adhiriéndose los proyectistas del actual código procesal, a la vez se adecúa a la mayoría de las corrientes legales del continente y del mundo. No pasa lo mismo con La expresión "Medidas", cuya locución es menos discutida, aceptándose por lo general dicho calificativo, ya que se trata de un instrumento accesorio a una acción principal que permite convalidar el principio de seguridad jurídica de un estado de derecho, garantizando que la voluntad concreta de la ley, contenida en una sentencia, se cumplirá. Se puede partir del concepto gramatical de la expresión y otorgarle, luego, un sustrato filosófico o jurídico trascendente y siempre terminaremos aceptando la locución, o cuando menos, aceptar que cualquier cambio es semántico. El término "medida" (ha señalado Ortiz) indica una proporción o correspondencia de una cosa con otra y por ello implica contenerse o moderarse en decir o ejecutar alguna cosa. No solo son razones históricas o históricas legislativas, sino que es el reflejo de un sentimiento vocabular en el foro y de un reconocimiento a la propia naturaleza cautelar de la medida. Su instrumentalidad, provisionalidad y accesoriedad despiertan espontáneamente el calificativo de medida, porque lo justifica y se encuentra en correspondencia con la razón de ser de la cautela

Veremos, con más detenimiento, las características de las medidas cautelares, entre las que se encuentran las señaladas característica de instrumentalidad, provisionalidad y accesoriedad teniendo como teleología ser medios de aseguramiento del derecho reclamado, subordinados a la acción principal, cuya existencia depende de la existencia, a su vez, de un proceso principal.-

La jurisdicción al decidir sobre una pretensión cautelar lo realiza mediante un auto, que indistintamente los autores y los jueces han calificado de modo distinto, bien de providencia, decreto, resolución sentencia, auto, etc., sin que tal circunstancia sea relevante sobre la consideración medular del problema en análisis, de la naturaleza de la institución cautelar o de la definición sustancial que esa institución les merece. Así vemos que nuestra propia ley procesal en un mismo artículo (el 588) les menciona primero como decreto y luego como providencia y la jurisprudencia además de los términos señalados habla, también indistintamente de resolución, decisión, auto, por lo que en criterio de quien suscribe y a los solos efectos cautelares tales expresiones son sinónimas.

Por más que nuestro proceso se simplifique y la justicia se perfeccione la cautela seguirá siendo el mecanismo de seguridad de los derechos vulnerados y del cumplimiento de obligaciones incumplidas, ya que se asegura una ejecución de la eventual ejecución de la sentencia, de que la misma no se haga ilusoria. Nada se hace con una justicia declarativa,

que declare el derecho, que, de satisfacción al alegato de parte, si aquello que se peticiona no se puede materializar, mediante actos ciertos y efectivos de ejecución; y ello solo se logra con la existencia de una institución cautelar objetiva, definida y, obviamente que justa**.**

- Finalidad

A) Evitar que se burlen las decisiones judiciales; o más bien garantizar que la voluntad de la ley emitida por la jurisdicción efectivamente se materialice, porque la misma se puede ejecutar.

B) Evitar la insolventación del obligado, que es un corolario de la primera finalidad mencionada.

C) Garantizar el crédito insoluto o el cumplimiento obligacional, pues como en Venezuela y en el proceso civil no existe la opción penal (de cárcel por deudas) la ley consagra medios de certeza para que el triunfador de un litigio lo sea realmente, es decir, no sea burlado en los derechos que obtiene con una decisión judicial.

La litis se plantea a partir de un supuesto incumplimiento de una obligación por existir en el accionante un derecho insatisfecho. Acude a la jurisdicción por cuanto los requerimientos de cumplimiento voluntario han sido inútiles, y ante el temor fundado de tener la verdad, pero no materializarse, por las posibilidades, nunca descartables que tiene el demandado de burlar los cumplimientos, quiere que concurrentemente con la admisión de su acción en sede judicial, le sean preservados sus derechos reclamados, a la vez que significa un respeto a la voluntad de la ley contenida en una sentencia. Nace así más que el derecho la necesidad de la cautela, que, fundado en una verosimilitud del derecho reclamado, permita un proceso con un final justo.

Al conocerse la actividad procesal que ha sido puesta en funcionamiento para exigir el cumplimiento de determinadas obligaciones, los requeridos o demandados si no tuviesen una cortesía que les impidiera fabricar fórmulas de auxilio y de escape, tratarían de conseguir su propia insolventación, es decir, un estado económico que presuponga un atractivo inexistente y un pasivo sobrestimado. A nadie puede obligársele a dar lo que no tiene y a cumplir lo que le es imposible, por mucho que ello está obligado legalmente. Si no existen bienes con qué responder de aquel requerimiento, si no posee los medios suficientes para detectar y salvaguardar los que existan, si las aspiraciones de los acreedores no tienen la protección legal correspondiente, podrían fácilmente los obligados vulnerar los derechos de los acreedores, por ser sólo un derecho abstracto, inejecutable.

Al configurarse en el contexto humano un mundo de obligaciones existe el supuesto de que se puedan cumplir con ellas, pero al encontrar la realidad de que la carencia de recursos, de medios económicos y de posibilidades materiales impiden el cumplimiento de ellas y la satisfacción de derechos y créditos de los terceros, resulta absurdo obtener una decisión judicial porque ella no puede ejecutarse. Es un derecho declarado, firme y auténtico el que tienen los acreedores o los tenedores de derechos, pero ello no conlleva su satisfacción intrínseca o extrínseca.

En tiempos pretorianos y en civilizaciones incipientes los compromisos de los ciudadanos tenían que ser satisfechos en forma absoluta o compensatoriamente el obligado era llevado a la cárcel. Al humanizarse la ciencia del derecho, al analizarse la desproporción delas obligaciones civiles y las penas corporales desaparece la institución de la cárcel por deudas y entonces el derecho tenía que asegurar, instrumentar o arbitrar fórmulas que permitieran que cualquier compromiso de un ciudadano podía ser satisfecho. Es entonces cuando adquieren relevancia y jerarquía medidas cautelares que inciden fundamentalmente en el universo económico del obligado y que no menoscaban su dignidad personal, ni lo convierten en un in infame sustraído de sus derechos ciudadanos.

La controversia judicial o la dinámica jurisdiccional conducen a una decisión que no es más que la concreción del legítimo derecho de la única verdad legal que existe. De ese litigio ventilado con intereses contrapuestos no existe punto de equilibrio permanente, sino que genera un triunfador en el ente que ha demostrado su razón legal en la discusión de los derechos u obligaciones ventilados; pero no es un vencedor para el honor histórico, sino un ganancioso de lo que ha sido declarado como su derecho y consiguientemente obligación de la contraparte, y , por lo tanto debe garantizársele el premio correspondiente, la satisfacción de su derecho y la ejecución de aquella decisión.

Discutir en el tedioso procedimiento derechos y obligaciones para que la razón final no pueda tener ejecución, es acudir a un procedimiento inútil y una perdida lamentable de tiempo y dinero. Todo acreedor espera que su derecho pueda ser satisfecho voluntaria o coercitivamente. Cuando acude al expediente coercitivo, que es la vía judicial, es porque espera obtener no sólo la declaratoria de su derecho, aunque existen procedimientos para la simple declaratoria de derechos, sino la satisfacción de su crédito y la compensación de los gastos invertidos en su obtención.

La propia jerarquía del órgano jurisdiccional exige que sus decisiones puedan ser ejecutadas y que cuanto contiene una dispositiva sea efectivamente cumplida. Al simbolizarse la justicia se le vendó los ojos, señalando de esa manera que la misma no podía tener parcialidades. La justicia es ciega porque da la razón a quien la tiene la tiene sin ver a quien, pero esa razón no puede ser abstracta, debe poseer la instrumentación para ejecutarla y debe incidir en un mundo de posibilidades. El aparato judicial es complejo y su marcha supone tiempo, inversión, reflexión, y el principio mismo de la confianza ciudadana, y ella no puede conducir a la inutilidad o a la sinrazón. Es necesario que se ejecuten efectivamente las decisiones judiciales para que el equilibrio social pueda mantenerse.

Es de humano, por excepción o por principio, buscar eludir el cumplimiento de obligaciones y corresponde al órgano especial del Estado, que es el Poder Judicial, impedir conductas de ese género o evitar que se generalicen y se abuse de ellas; para ello es necesario la protección de los derechos ciudadanos, y, por ende, la factibilidad de ejecutar las decisiones judiciales. Las medidas cautelares tienen por finalidad otorgar garantías de salvaguardar el contexto de lo reclamado, cuando es ejercida oportunamente y con fundamento, logra su propósito. El demandado al considerarse eventualmente condenado por la razón y verdad de los hechos alegados, o por cualquier otra circunstancia, puede realizar y en efecto se ha visto numerosos casos, actos de insolventación, para evitar el efecto de la decisión judicial adversa, dejando

insatisfecha la pretensión del actor que ha justificado y probado los hechos alegados y consecuencialmente vulnerando la seguridad jurídica implícita en los actos jurisdiccionales

NOCIONES BÁSICAS

- **Autonomía de las medidas cautelares**

El concepto de autonomía de las medidas cautelares, sin la necesaria relación de su unidad, puede llevar a serias confusiones. No existe, una acción cautelar (en el sentido clásico de acción), diferente de una acción de condena o declarativa o constitutiva o ejecutiva. Se trata de la facultad procesal que compete al actor, al demandado, al tercerista, y aun al ministerio público, de pedir, mediante una instancia preliminar o incidental o sumaria y al juez de disponer, aun de oficio, ciertas medidas ínsitas en el concepto complejo de acción (genéricamente considerada). Así, por ejemplo, la acción que otorga al acreedor el artículo 505 del código civil: "darle derecho para emplear los medios legales, a fin de que el deudor le procure aquello a que se ha obligado", incluye las facultades de deducir demanda ejecutiva, ordinaria, sumaria o sumarísima, según resulte del ordenamiento procesal, para obtener lo debido; de pedir el concurso civil o comercial de su deudor con el mismo fin y de solicitar medidas cautelares para asegurarlo. Por eso quienes defienden el concepto unitario de acción. La función jurisdiccional de cautela, no es diversa de la ejercitada en procesos ordinarios o ejecutivos. Se trata del ejercicio, en diversa medida, de las facultades que integran la jurisdicción. El conocimiento es sumario o sumarísimo, pero siempre existe en algún grado; no falta la decisión, pero asume caracteres preponderantes el imperium que se ejercita en la ejecución de cada medida. Por eso mismo no pueden concederlas los árbitros, cualquiera sea la naturaleza del arbitraje y el contenido del compromiso. No existe un proceso cautelar específico; solamente podría hablarse de autonomía cuando la medida se impetra separadamente del proceso donde se actuará el derecho. Pero, si a la idea de autonomía le agregamos la de unidad. Las medidas cautelares son autónomas en su unidad conceptual, en cuanto no son una dependencia o un accesorio de un proceso determinado, sino un complemento funcional de cualquier tipo o especie de proceso.

El embargo preventivo aparece, generalmente, como un antecedente del proceso ordinario que persigue una sentencia de condena; la medida de no innovar en procesos referentes al dominio o la posesión y en ciertas cuestiones contencioso-administrativas; la guarda de personas y los alimentos provisorios, como incidentes de procesos referentes al estado y capacidad de las personas; la instrucción preventiva o medidas preliminares o previas al juicio ordinario; etc.; pero ello no implica que sólo en esos procesos puedan pedirse, como lo señalaré al examinarlas en particular.

hablar de autonomía de las medidas cautelares o propugnarla, es afirmar su unidad conceptual y funcional; la existencia de una doctrina y la posibilidad y conveniencia de su estructuración sistemática. Redenti, hace notar que con la concesión de providencias cautelares el juez ejerce poderes que prima facie parecen sensiblemente diferentes de los que se le atribuyen en el proceso de cognición, "pero, en el fondo entran en el orden de los poderes instrumentales y no se coordinan a una función final distinta y autónoma dentro del cuadro de las funciones jurisdiccionales

- **Bilateralidad de la audiencia**

El principio de bilateralidad de la audiencia o del contradictorio expresa que, salvo excepciones limitadas, el juez no podría actuar su poder de decisión sobre una pretensión (civil, lato sensu, o pena), si la persona contra quien aquélla ha sido propuesta no ha tenido oportunidad de ser oída: auditur et altera pars.

La garantía constitucional del individuo sobre la inviolabilidad de la defensa en juicio encuentra su perfeccionamiento en el principio de bilateralidad de la audiencia, en cuanto el mismo presupone una razonable oportunidad de ser oído y asegura en sus términos latos, la posibilidad de ejercitar la defensa de la persona y de los derechos.

El derecho procesal garantiza al justiciable la posibilidad de ejercitar su defensa, no la defensa misma, y de ahí la eventualidad de la contradicción o controversia.

La eventualidad de la contracción no afecta el principio fundamental; nunca será posible llegar a la neutralización del principio, sino al desplazamiento de la oportunidad del contradictorio.

En este sentido no hay excepción al principio. No constituyen excepciones: que la medida cautelar se decrete inaudita parte, si se difiere la eventualidad de la controversia al momento inmediato posterior al perfeccionamiento de la medida cautelar; que se limiten taxativamente las excepciones admisibles, si existe la posibilidad de plena cognición posterior; o si se invierte la iniciativa de la controversia, como en el proceso ejecutivo o en el proceso monitorio; en el proceso penal, durante la etapa instructoria la bilateralidad de la audiencia queda postergada o diferida, pues "durante la formación del sumario, no habrá debates ni defensa".

Interpretando el principio procesal a través de la garantía constitucional, se ha dicho que sólo importa que el litigantedebe ser oído y encontrarse en condiciones de ejercer sus derechos en la forma y con las solemnidades que establecen las leyes procesales, pero no exige la efectividad del ejercicio de ese derecho, ni impide la reglamentación de la defensaen beneficio de la correcta sustanciación de las causas.

El principio de bilateralidad de la audiencia es suceptible de un doble enfoque procesal.

A) en su aspecto positivo, significa la disciplina de los medios de comunicación entre el juez y los justiciables (notificaciones) con el objeto de tener la certidumbre de que los actos procesales lleguen efectivamente aconocimiento del destinatario.

B) en sus aspectos negativos, significa, por una parte, el establecimiento de remedios procesales que restituyan La garantía del contradictorio cuando el efecto preclusivo de los actos procesales tuviera como consecuencia la lesión de la bilateralidad, lo cual el legislador ha logrado mediante la teoría de las nulidades procesales. Y, por otra parte, el legislador debió superar el

problema del ritualismo primitivo que no concebía el proceso sin la presencia material de los justiciables, estableciéndose, primeramente, las medidas coactivas destinadas a forzar la comparecencia, y luego, ante la peligrosa ineficacia de la coacción, el proceso contumacial.

En el derecho procesal moderno las medidas de coacción para forzar la comparecencia han sido superadas, entendiéndose que el órgano jurisdiccional, el ejercicio de la pretensión y el proceso mismo no pueden ser obstaculizados en su desenvolvimiento por la ausencia de uno de los justiciables, siempre que se le haya dado la razonable oportunidad de ser oído.

- **Los corolarios del principio de bilateralidad de la ausencia son los siguientes.**

A) el postulado de la igualdad procesal de los litigantes. El principio político constitucional de la igualdad de loshabitantes de la Nación ante la ley se transforma, al penetrar en la órbita del derecho procesal, en la relativa paridadde condiciones de los justiciables, de tal manera que nadie pueda encontrarse en una situación de inferioridad jurídica: no debe concederse a uno lo que se niega a otros, en igualdad de circunstancias: non debet actori licere, quod reo non permitti Tur.

B) el postulado de la paridad para demandar. El ordenamiento procesal regula la conducta de los justiciables, independientemente de su calidad específica de actor o de demandado, calidad que puede ser contingente y a veces meramente casual, ya que mediante el ejercicio de una pretensión de sentencia declarativa de certeza negativa, las calidades de actor y de demandado se intercambiarian; lo esencial es que estas calidades están relativizadas por susubordinación al derecho material, mientras que en el derecho procesal solamente existen individuos que afirman ser titulares de una pretensión de tutela, y tan titular de una pretensión de tutela es el actor cuando pide la condena del demandado o acusado, como este cuando pide suabsolución.

C) el postulado del libre acceso de los justiciables al órgano jurisdiccional.

La igualdad de los habitantes en su acceso al órgano jurisdiccional quedaría vulnerada cuando una situación económica o social obtaculiza ese acceso.

El legislador ha tratado de restablecer el equilibrio roto, no solamente por la diferente condición económico-social de los justiciables, sino también por la progresiva incrementación del costo de la actividad jurisdiccional, asistiendo a las partes económicamente débiles, sea librandolas de los gastos del proceso, sea creando procesos especiales de rápida tramitación.

REGLAS GENERALES

- **Caracteres de las medidas cautelares**

La acción cautelar es la tutela jurídica que el Estado otorga a las partes para asegurar el cumplimiento de la sentencia; para impedir que al final el obligado se haga insolvente o

eluda en cualquier forma la efectiva reparación del derecho lesionado, para impedir que sus decisiones resulten ilusorias (Humberto Cuenca)

- **La providencia cautelar:**

- Anticipa la realización de un efecto que puede o no ser repetido con mayor o menor intensidad por un acto posterior
- Satisface la necesidad urgente de hacer cesar un peligro causado por el inevitable retardo en la administración de justicia
- Tercero, sus efectos están preordenados y atenidos a lo que resuelva la providencia de mérito subsecuente

- **Terminología**

Cuando en doctrina se habla de medidas cautelares en general, se comprende tanto la tutela cautelar definitiva, como lo son las querellas interdictales de obra vieja y obra nueva que vieron ustedes en Derecho Civil, como la provisional

Nuestro programa se refiere exclusivamente a aquellas medidas que toma el juez en el curso del juicio, para asegurar su resultado práctico, impidiendo que se haga ilusoria la ejecución del fallo

Distinguimos con una denominación diferente la aprehensión por la autoridad de un bien determinado, que es nuestro secuestro, del embargo, como aprehensión por el tribunal de bienes indeterminados, los cuales se determinan en el momento de la práctica de la medida.

No es así en otros ordenamientos jurídicos, y por ello debemos tener cuidado, al leer doctrina extranjera, por ejemplo italiana, porque en ese derecho se denomina secuestro a la aprehesión de bienes, trátese de bienes indeterminados o determinados

- **Caracteres**

Jurisdiccionalidad

l Estas medidas deben ser dictadas por el órgano jurisdiccional que está conociendo del proceso

Artículo 585 CPC.- Las medidas preventivas establecidas en este Título las decretará el Juez, sólo cuando exista riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo y siempre que se acompañe un medio de prueba que constituya presunción grave de esta circunstancia y del derecho que se reclama

l Las medidas cautelares y la perención de la instancia

Variabilidad

l Las medidas preventivas pueden ser modificadas cuando cambie el estado de cosas para el cual se dictaron y dependen de la mutabilidad o inmutabilidad de la situación de hecho que les dió origen.

- Pueden reducirse (CPC, art. 548 y 632)

- Sustituirse bienes afectados (CPC, art. 534 y 548)

- Suspenderse sobre bienes inembargables (CPC, art. 592) manteniendo su adecuado efecto asegurativo conforme a las exigencias del proceso definitivo (CPC, art. 548 y 588)

- Alcanzada la firmeza del fallo que las decreta, no se produce cosa juzgada, y se revocarán al desestimarse la pretensión de quien la obtuvo o como consecuencia de la declaratoria con lugar de la oposición de terceros (CPC, art. 546), de parte (CPC, art. 603), o por resultar inembargables las cosas que habían sido embargadas (CPC, art. 592).

Instrumentalidad

l No constituyen un fin en sí mismas, se dictan en ayuda y auxilio de la providencia principal, para asegurar sus resultados

l Esta instrumentalidad es hipotética, pues sólo existe en la hipótesis de una sentencia favorable al interés provisionalmente tutelado

Provisionalidad

l Tienes carácter provisional, pues están a la espera de la realización de actos procesales posteriores, y será sustituido su efecto por otro de carácter permanente.

Urgencia

l Su causa es el peligro originado por el retardo en la administración de justicia, el cual puede hacer nugatorio el derecho reclamado y por ello deben ejecutarse rápidamente mediante un conocimiento sumario, sin intervención de la otra parte

De derecho estricto

l Las disposiciones sobre medidas cautelares son de interpretación restringida, pues tienden a limitar o prohibir, según el caso, garantías individuales

l La potestad discrecional de los jueces para dictar las medidas, en el criterio de la SCC

- **Los hechos y el derecho del proceso cautelar**

Podríamos definir el Proceso Cautelar, como el proceso dirigido al dictado de una providencia cautelar, la que dispondrá se adopte una medida cautelar que tendrá por finalidad evitar la inejecución de otra resolución judicial, fundamentalmente la sentencia definitiva, a dictarse en el proceso principal.

El Derecho Procesal busca lograr una efectiva prestación jurisdiccional, que satisfaga de manera acabada y no meramente ilusoria las pretensiones objeto del proceso.

El Juez competente en el Proceso Cautelar será el mismo ante el cual se iniciará o ante el cual ya se encuentra iniciado el Proceso Principal según lo dispone el Código General del Proceso en el Art. 314.1.

En cuanto a la legitimación activa las medidas según lo dispone el Art. 311.3 del C.G.P son generalmente declaradas a petición de parte y comúnmente la parte actora del futuro juicio es quien la solicita para proteger los derechos que reclamará y obtener su satisfacción; excepcionalmente la medida puede ser ordenada de oficio siempre que la ley lo autorice.

En cuanto a la legitimada pasivamente, es la parte demandada en el proceso iniciado o a iniciarse.

La medida que se dicte tratará de provocar el menor daño posible, e inclusive podrá el Juez sustituir la medida solicitada por otra que no sea tan severa y que él considere suficiente, también podrá el Juez ordenar su cese ya sea de oficio o a pedido de parte, estas son facultades concedidas al Juez, a su poder discrecional que más adelante se delimitará.

- **Caracteres del proceso cautelar**

a. La admisibilidad de las medidas cautelares en todo proceso. Esta admisibilidad esta expresamente establecida en el Art. 311.1 del C.G.P.

b. Instrumentalidad o accesoriedad a un proceso principal. También surge del Art. 311.1 del C.G.P cuando en el primer punto habla de que podrán adoptarse en cualquier proceso y en el segundo aclara de que pueden adoptarse en cualquier estado de la causa y hasta incluso como diligencia preliminar de ella.

c. Caducidad de la medida si se decretó como diligencia preliminar y no se inicia el proceso principal. Encontramos nuevamente que esto surge del Art. 311.2del C.G.P., y esto solo confirma el carácter instrumental de la providencia con respecto al proceso principal ya que la misma caducará si en el plazo de treinta días no se inicia éste a través de la interposición de la demanda.

d. Responsabilidad por la adopción de las medidas cautelares. La misma recae sobre quien las solicita es decir la parte.

ACTUACIÓN DE OFICIO

- **Facultades del juez**

El derecho es un sistema complejo de secuencias de normas y actos jurídicos establecidos de antemano. Sin embargo, los órganos de aplicación deciden el significado de la norma que se aplica. Son los jueces los encargados de la aplicación del derecho y estas normas. Es por eso que el orden jurídico es el cuadro de las transformaciones jurídicas, no algo acabado o en reposo, y esto produce una serie de paradojas ya que la creación jurídica es constante y los jueces generan jurisprudencia. El proceso interpretativo genera un enunciado que a su vez deviene norma jurídica.

En el modelo europeo continental la figura del Juez es muy diferente a la del modelo norteamericano, en el que la idea roussianiana de la Ley generó un sistema jurídico que vincula a los jueces a la ley. En el modelo europeo - por ejemplo, el español -, los jueces poseen un mayor margen de discrecionalidad en la interpretación jurídica.

En los Estados Unidos los jueces fundamentan sus decisiones en la Constitución más que en las leyes o las normas jurídicas, lo cual les otorga un gran poder político. Si las leyes no les parecen constitucionales no las aplican.

Sin embargo, en nuestro modelo judicial (europeo y latinoamericano) todos los poderes públicos están sometidos a la ley. Existe una sujeción del juez al legislador (función legislativa del poder legislativo) y una subordinación del juez a la ley:

- El Juez no está autorizado a crear normas jurídicas.
- Las decisiones del Juez están fundadas en normas jurídicas que provienen de una fuente autorizada.
- Se presume que el Juez conoce la ley y las normas jurídicas.
- El Juez no puede rechazar la aplicación de una ley.

Sin embargo, la función del Juez no es algo meramente mecánico, la visión tradicional del Juez y la exigencia básica de su sumisión a la ley no significa que el Juez no sea un jurista, no significa la esterilización de su profesionalismo y sus ideales de justicia. La interpretación de la Ley implica una importante función valorativa, no sólo técnica, ya que la función del Juez implica también un control de los otros poderes del Estado siempre y cuando la Ley sea consecuencia de una democracia y el Juez no se convierta en un poder político.

La identificación del poder político a la impunidad y la corrupción, se da cuando los regímenes de transición hacia la democracia conservan rasgos de la cultura política

totalitaria en la cual la independencia judicial es incierta, tal como sucedió en la Alemania nazi. El riesgo en los países europeos y latinoamericanos que han vivido regímenes dictatoriales es que los jueces siempre fallen a favor del poder ejecutivo de turno.

No podrá ejercer como juez aquel que esté inculpado o procesado por algún delito hasta tanto no sea sobreseído o absuelto, tampoco aquella persona que haya sido condenada por un delito doloso hasta que no haya sido rehabilitada y tampoco aquellas personas que estén privadas de sus derechos cívicos por impedimentos físicos o psíquicos. No todos los jueces están al frente de un tribunal. Un juez puede dedicarse profesionalmente al ejercicio de la jurisdicción o cumplir funciones administrativas o gubernativas, como el que trabaja en el Registro Civil o el que trabaja, por ejemplo en España, en el Consejo General del Poder Judicial. En España los jueces de paz ejercen potestad jurisdiccional pero no tienen un carácter profesional como los otros ni su puesto es inamovible.

PRESUPUESTOS

Clásicamente se consideran como presupuestos de la medida cautelar la verosimilitud en el derecho y el peligro en la demora, en tanto, que la caución es un requisito de su cumplimiento. Dentro de nuestro ordenamiento legal, además se ha introducido como un presupuesto la razonabilidad de la medida cautelar. Presupuestos que el juez ha de verificar al momento de decidir la solicitud cautelar.

Para visualizar el material de estudio.

"Hacer clic en este enlace Presupuestos"

LA CUESTIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES CONTRA EL ESTADO

Para visualizar el material de estudio.

"Hacer clic en este enlace La cuestión de las medidas cautelares contra el Estado"

LA DEMANDA CAUTELAR. REQUISITOS

Para visualizar el material de estudio.

"Hacer clic en este enlace La demanda cautelar. Requisitos"

TIPOS DE CONTRACAUTELA

1. **Juratoria:**

Es aquella en donde el actor solo ofrece juramento. Es lo mínimo que se pide. Que como mínimo preste juramento de que se hará cargo de resarcir los daños y perjuicios que el mismo le origine en caso de que no le asista la razón o el derecho que pretende tutelar con la m.c. en cuestión.

2. Personal:

es aquella que da un tercero para afianzar cualquier daño que se origine. Nos referimos a una garantía personal. La garantía personal es el activo (patrimonio) de la persona garante, es decir, este responde con su patrimonio. Aquí se puede pedir contracautela personal haciendo que un tercero sea de garantía, que aparezca como garante en caso de originarse daños.

3. Real:

cuando existe un bien en particular que se ofrece en garantía de la m.c. solicitada. Ej. Bs. Inmuebles: en este caso se constituye un embargo.

Muebles: en este caso también es un embargo, pero quedaría trabada su libre circulación. Entonces ¿Cómo se instrumenta una m.c. sobre bienes muebles en actividades comerciales e industriales?

Los bienes muebles, por excelencia aquí son los rodados (que son bienes registrables). Pero si se trata de mercaderías no sería lógico un embargo como la m.c porque le coarta al propietario la libre disponibilidad de esos bienes.

La forma de entablar una m.c. sobre esos bienes muebles es el embargo que se materializa a través de una prenda flotante (se tiene que identificar un determinado valor en la cantidad de bienes que se hallen en stock, se obliga a que nunca tenga un monto inferior que la cantidad que está en garantía; sino se verifica dicho mínimo entonces se produce la quiebra). Así se evita el daño de inmovilización den el patrimonio del deudor.

Quien tiene que ofrecer la contracautela es el actor, que es quien pide la m.c. La contracautela se aplica solo antes de que la sentencia que de firme. No tendría sentido que se aplique luego de que la sentencia quede firme, ya que ahí lo que se hace es ejecutar una m.c. para proteger un derecho que ya fue dilucidado y sentenciado a favor del actor. (y que se sabe que es correcto). Cualquier medida tomada será correcta y no originará ningún daño indebidamente.

- **¿Puede ser mejorada una contracautela una vez que ya fue otorgada?**

Si el daño que se puede originar y se prende garantizar es mayor que la garantía que se ofrece el perjudicado sería el demandado. Entonces es este quien quede facultado para pedir una mejora de la contracautela.

Si el juez no lo hiciera de pleno derecho y el demandado puede demostrar que el daño potencial que podría recibir es mayor que la garantía que el actor ofrece con la contracautela, el juez procede a un aumento o mejora de la misma (Art. 201)

La ley en el Art. 203, sin hablar de la disminución de la contracautela, en oposición a mejoramiento de la misma menciona la posibilidad de su modificación. La puede pedir el actor y el demandado. Esto no es disminuir sino modificar, es decir, sustituir una medida del juez sobre un bien determinado por otro bien que también asegure el resarcimiento potencial.
Una vez resuelta la medida, esta no permanece congelada en el tiempo, puede tener un cambio según las partes puedan demostrar la necesidad p conveniencia de variarlas.

El juez no tiene obligación de aceptar medidas pedidas. Este puede rechazar, modificar u ordenar una m.c. diferente. Esta es una de sus facultades para administrar justicia; siempre y cuando el objetivo que se persigue se pueda mantener.

- **¿Durante cuánto tiempo hay que mantener la contracautela?**

Hasta que subsistan las medidas que le dieron origen, es decir, hasta el dictado de sentencia. Existen cuestiones limitadoras de contracautela en función de los plazos. Ej. en la contracautela juratoria y personal no existe límite de tiempo de su vigencia; en cambio las contracautelas reales pueden tener plazos, entonces hay que ser previsor y ver la posibilidad de renovarlas avisando con tiempo al juez

EXENCIÓN DE LA CONTRACAUTELA. DIFERENCIA CON LA CAUCIÓN JURATORIA

- **Normativa**

La Corte de la Nación tiene dicho que la concesión del beneficio de litigar si gastos queda librada a la prudente apreciación judicial. La primera obligación de quien pretende le sea concedido el beneficio es la denunciar claramente su situación económica al momento de la petición, por lo que toda inexactitud y/o reticencia corresponde ser juzgada como una presunción o indicio en contra. El juzgamiento de las posibilidades económicas del solicitante no debe hacerse en forma abstracta, sino con especial referencia al proceso respecto del cual se pretende su otorgamiento.

Por ende, la jurisprudencia considera que la procedencia de este instituto debe juzgarse en relación directa con la importancia económica del juicio, puesto que está destinado a asegurar dos garantías constitucionales, la de igualdad ante la ley y la de defensa en juicio, y esta última se vería frustrada si no se contara con los medios necesarios para afrontar los gastos que el proceso pudiere llegar a comportar, desde que debe asegurarse el acceso a la administración de justicia no ya en términos formales, sino con un criterio que se adecue a la situación económica de los contendientes.

Se ha entendido, también, que para otorgar el beneficio de litigar sin gastos no resulta exigible la demostración de un estado de indigencia, sino la acreditación de carencia de recursos y la imposibilidad de obtenerlos, valorándose siempre en concordancia con la importancia económica del proceso respecto del cual se lo solicita.

No existe ninguna restricción legal para entender que el otorgamiento del beneficio de litigar sin gastos se limite con exclusividad a la parte actora en el litigio , como tampoco se distingue entre personas de existencia visible o ideal, por lo que las sociedades comerciales pueden obtener el citado beneficio.

El art. 78 parte 1ª CPCCN establece que "Los que carecieren de recursos podrán solicitar antes de presentar la demanda o en cualquier estado del proceso, la concesión del beneficio de litigar sin gastos…". Parecería que en principio la estructura del citado artículo sólo se referiría al actor o demandante en el proceso: nótese, si no, la significación de la expresión "…antes de presentar la demanda…", que alude -inequívocamente- al sujeto que ejercita -como actor- una pretensión de condena en un proceso.

No obstante, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha afirmado, en un fallo previamente citado, que el "beneficio de litigar sin gastos encuentra sus fundamentos en la garantía de defensa e igualdad ante la ley, ambos preceptos de raigambre constitucional". En otros términos: la admisibilidad subjetiva de la petición de la concesión del beneficio establecido en la citada prescripción alcanza tanto al actor como al demandado en un proceso. De cualquier modo, el art. 79 Ver Texto inc. a CPCCN. -cuando regula los recaudos de la petición de la concesión del beneficio- establece que la solicitud contendrá "La mención de los hechos en que se fundare, de la necesidad de reclamar o defender judicialmente derechos propios o del cónyuge…", en incontrovertible referencia a ambas partes en un proceso".

Como ya hemos visto el art. 78 del CPCCN condiciona la obtención del beneficio a la acreditación efectiva de "carencia de recursos" en tanto que el art. 79 inc. 2°, exige que se acredite, también, la imposibilidad de obtenerlos. Esto es, no sólo debe probar la carencia de recursos mencionada, sino también la imposibilidad de procurárselos, puesto que la sola afirmación de esa situación es insuficiente para concederlos.

El art. 79 inc. 1° del CPCCN establece que la solicitud del beneficio debe contener la mención de los hechos en los que se funda, la necesidad de reclamar o defender judicialmente derechos propios, del cónyuge o de hijos menores, así como la indicación del proceso que se ha de iniciar o en el que se deba intervenir. Debe contener, además, el ofrecimiento de prueba tendiente a demostrar la imposibilidad de obtener los recursos. A tal fin debe acompañar el interrogatorio de los testigos y la declaración firmada por ellos.

La ley 25.488 introdujo la necesidad de citar no sólo al litigante contrario o a quién haya de serlo, sino también al organismo de determinación y recaudación de la tasa de justicia, con la consiguiente facultad de cualquiera de ellos de controlar la producción de la prueba y de solicitar la citación de los testigos para corroborar su declaración.

- **Beneficio de litigar sin gastos**

El mal denominado "beneficio" de litigar sin gastos, es un proceso judicial que puede ser interpuesto conjuntamente con otro, o antes, a los efectos de no pagar los gastos de dicho juicio. Su fundamento estriba en la imposibilidad de obtener recursos para afrontar los gastos generales de un juicio determinado o, de varios. Por un elemental principio de igualdad ante la ley, no puede quedar aquel que pasa por un momento de infortunio económico, fuera de la posibilidad de iniciar las acciones legales, sólo y tan sólo porque tiene que pagar tasa de justicia, honorarios, gastos en general, o mejor dicho, erogaciones. No es por lo tanto "un beneficio" sino que los efectos reales son los de poner en un pié de igualdad a las personas que tienen recursos, como las que no la tienen. Para esto, los Códigos Procesales imponen la carga de la prueba de la carencia de recursos a quien lo solicita.

Deberá acompañar todos los medios de prueba de los que intente valerse para la concesión de dicho "beneficio". Entre los medios de prueba contamos, documentos, instrumentos, testigos, informes, etc. Cada Provincia regula los medios de prueba posibles, pero en general, los Códigos de Procedimiento de cada una de ellas, exigen la declaración de testigos. No así el de la Nación.

- **¿A cuáles procesos judiciales se aplica?**

A todos, sin excepción. Todo aquel que no tenga y lo demuestre, recursos suficientes para afrontar esos gastos del juicio puede plantearlo. Los efectos son para lo futuro. Es decir, no se paga desde que se plantea. Hay casos en los cuales, le dan un somero efecto retroactivo, cuando de la demanda misma surge que esa persona, por lo que plantea, no tiene recursos suficientes para hacer esas erogaciones. También en aquellos casos en los que se deja constancia de que no se tienen recursos para el pago de los honorarios y gastos, y luego, a breve tiempo, se plantea el beneficio de litigar sin gastos. En esos casos, no solamente tiene efectos para lo futuro, sino también, aunque no muy prolongadamente, para lo pasado. Por ejemplo: inicio una demanda, dejo asentado que bajo ningún aspecto tengo con qué pagar, y que lo demostraré por medio del beneficio de litigar sin gastos que iniciaré en breve. También en los juicios de alimentos, en los laborales y en toda cuestión alimentaria, no es necesario demostrar la carencia de recursos, porque la índole del proceso judicial demuestra que se trata de una situación complicada de recursos. En consecuencia, no es necesario en estos casos promover una acción de beneficio de litigar sin gastos, pues surge de la misma naturaleza del proceso judicial.

Pero en otro tipo de procesos judiciales, donde existen bienes, la cuestión se puede poner discutible.

No debemos olvidar que el llamado beneficio no es ni para el pobre ni para el rico, sino para el que se encuentra en un estado económico que le impide sufragar los gastos de un juicio cualquiera. Obviamente cuanta mayor sea la cantidad de bienes, mayor será la prueba que deberá aportar para convencer a un juez de la carencia de recursos. Pero con un adicional: la imposibilidad de acudir a terceras personas que pueden ayudar. Salvo que no puedan. Pero de todos modos, lo interesante en el beneficio de litigar sin gastos es la "imposibilidad de obtener recursos", no se trata de un estado de pobreza o indigencia. De lo que se trata, es, como he dicho, de esa imposibilidad y, los testigos y el resto de la prueba que se ofrezca están destinados a demostrar dicha imposibilidad.

Por ejemplo, puedo muy bien ser pobre, pero tener un pariente cercano adinerado a quien solicitar. Si no demuestro que es reticente a ayudarme, por mas pobreza que tenga, mi beneficio corre el riesgo de que sea desestimado.

Es una cuestión anecdótica de aquel que pide su propia quiebra. Tiene derecho a pedirla. Pero, sin embargo, la situación de quebranto debe ser inesperada, desde que se encuentra a su previsión el cálculo de la situación económica y financiera por la que esta atravesando. Los Tribunales se muestran reacios. Lo mismo sucede con las sucesiones por causa de muerte, pero no se hacen los planteos adecuados. En este tema juzga la previsibilidad.

2. La prueba en las medidas cautelares

LA PRUEBA EN LAS MEDIDAS CAUTELARES

- Concepto.

Etimológicamente, la palabra medida, en la acepción que nos atañe, significa prevención, disposición; prevención a su vez, equivale a conjunto de precauciones y medidas tomadas para evitar un riesgo. En el campo jurídico, se entiende como tales a aquellas medidas que el legislador ha dictado con el objeto de que la parte vencedora no quede burlada en su derecho.

- **Medidas cautelares en el derecho comparado**

El Derecho comparado latinoamericano comprende ciertas medidas cautelares no previstas en nuestra legislación, al menos de un modo general. Estas medidas son la anotación de la litis, la inhibición general de bienes y la prohibición de innovar.

La primera de ellas está prevista en el art. 229 del Código Procesal de la Nación (Argentina) en los siguientes términos: "Procederá la anotación de litis cuando se dedujere una pretensión que pudiere tener como consecuencia la modificación de una inscripción en el Registro de la Propiedad y el derecho fuere verosímil. Cuando la demanda hubiere sido desestimada, esta medida se extinguirá con la terminación del juicio. Si la demanda hubiese sido admitida, se mantendrá hasta que la sentencia haya sido cumplida". Dicha medida tiene por objeto "hacer constar en el Registro la existencia de una causa que ha dado origen al ejercicio de una acción de nulidad, resolución, rescisión, revocación o reducción de una titularidad o acto inscrito anteriormente; de ahí que se califique a ésta de anotación de publicidad.

Todo gravamen, carga, todo cambio de la cosa inscrita debe ser reflejada en el Registro a fin de que los posibles adquirientes conozcan el estado de la cosa inscrita ", según se ve, vgr., de los efectos que asigna a la demanda registrada de separación de bienes el art. 177 CC. Nuestro Código Civil, en el ord. 2°, art. 1.921, también prevé la anotación de la litis en los casos que se ejerzan las acciones pauliana, desimulación, rescisión, revocación de donación y resolución de permuta, ordenando el registro de la demanda a los efectos establecidos por la Ley. Pero ello no obsta para que el interesado haga inscribir su demanda a los mismos efectos en el caso de otras acciones no previstas en la mencionada disposición legal (Cf. art. 57, acápite "Protocolo Primero" in fine Ley de Registro Público). El art. 605 CPC establece la anotación registral del secuestro preventivo a los mismos fines que estamos comentando.

La inhibición general de bienes está prevista en el art. 228 del Código procesal argentino mencionado, en los siguientes términos: "En todos los casos en que habiendo lugar a embargo éste no pudiera hacerse efectivo por no conocerse bienes del deudor, o por no cubrir éstos el importe del crédito reclamado, podrá solicitarse contra aquél la inhibición general de vender o gravar bienes, la que se deberá dejar sin efecto siempre que pre- sentase a embargo bienes suficientes o se diere caución bastante (...). La inhibición sólo surtirá efecto desde la fecha de su anotación salvo para los casos en que el dominio se hubiera trasmitido con anterioridad, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación general. No concederá preferencia sobre las anotadas con posterioridad". Según expresa RAMÍREZ (42), esta medida "concierne únicamente a los bienes inmuebles de que no puede disponer el inhibido y no es posible extenderla a otros casos (C. Civ. 2a. Cap., L.L., 12-364; C. Com. Cap. L.L. 11-152)", y no es necesario un previo intento por embargar para que proceda su decreto, bastando la simple manifestación de desconocerse bienes del deudor.

Sin embargo, como no se concretiza en ningún bien en particular, sólo establece un derecho concurrente con los demás demandantes que en el futuro solicite igual inhibición general, según señala in fine la norma transcrita. Esta medida es similar al arraigo previsto en nuestro Código arandino de 1836 (Cf. infra N° 30). Estaba prohibida expresamente por el art. 15 del Código de 1916, pero a partir del nuevo cuerpo legal ha adquirido plena vigencia.

La prohibición de innovar tiene por objeto, según expresa la jurisprudencia argentina, "el de asegurar la igualdad de las partes ante la contienda judicial, pues es regla de derecho que, pendiente un pleito, no pueda cambiarse de estado la cosa objeto del litigio para que no sea trabada la acción de la justicia, y pueda ser entregada la cosa litigiosa al que deba recibirla'. Impide "que las partes innoven en la situación de hecho o de derecho existente al iniciarse la controversia (...), asegurando un efecto típico de la sentencia, cuál es su retractividad al tiempo de la demanda" (43). El art. 230 del código mencionado expresa: "Podrá decretarse la prohibición de innovar en toda clase de juicio, siempre que: 1) el derecho fuere verosímil; 2) existiere el peligro de que si se mantuviera o alterara, en su caso, situación de hecho o de derecho, la modificación pudiera influir en la sentencia o convirtiera su ejecución en ineficaz o imposible; 3) la cautela no pudiere obtenerse por medio de otra medida precautoria".

La prohibición de enajenar y gravar que prevé nuestra ley procesal para los juicios reivindicatoríos presenta efectos similares a la prohibición de innovar, en cuanto asegura la perpetuado legitimationis en el demandado al impedir que enajene la cosa litigiosa con fundamento en el título registrado que pueda tener (Gf. itifra N° 39a).

En el caso de la legitimación activa, nuestro artículo 1.557 CC la perpetúa a partir de la contestación de la demanda, con efectos para todo tipo de juicio, no haciendo oponible al demandado la cesión de derechos litigiosos que haga el actor con posterioridad a dicho acto (Cf. También art. 145 CPC). Según veremos posteriormente al hacer la reseña histórica de nuestras medidas preventivas (Cf. ínfra N° 33), la tendencia de la legislación patria ha sido la de restringir la prohibición de innovar en cada nuevo cuerpo legal, al punto de llegar a configurarla en los términos de la actual prohibición de enajenar y gravar.

- **Clases de Medidas Cautelares.**

Están previstas en el artículo 588 del CPC, y se agrupan en cuatro tipos, a saber:

a) El embargo de bienes muebles: Medida cautelar adoptada por la autoridad judicial para asegurar el resultado de un proceso y que recae sobre determinados bienes cuya disponibilidad se impide. El embargo, en su acepción procesal, se llama preventivo cuando tiene por finalidad asegurar los bienes durante la tramitación del juicio

... (Ossorio).

El embargo es la aprehensión o retención de bienes muebles o inmuebles hecha de orden de laautoridad judicial competente. (Borjas).

El embargo es la retención, secuestro o prohibición de disponer de ciertos bienes sujetos a responder eventualmente de una deuda u obligación (Cabanellas).

b) El secuestro de bienes determinados: El secuestro es el depósito de bienes muebles o inmuebles materia de un litigio que, en manos de terceros y para fines preventivos y de conservación, hacen los interesados o decreta el Tribunal. Es voluntario en el primer caso, y constituye un contrato entre los deponentes y el depositario; y judicial en el segundo caso, en el cual, aunque no es una convención, impone al secuestratario las mismas obligaciones que el secuestro convencional al depositario. El secuestro voluntario se rige únicamente por las disposiciones del Código Civil, el judicial se rige, además de las disposiciones del Código Civil, también por las del Código de Procedimiento Civil.

c) La prohibición de enajenar y gravar bienes inmuebles:

Esta medida no afecta ni perturba de manera inmediata al afectado, constituye una limitación al derecho de propiedad y por lo tanto su interpretación debe ser siempre restrictiva y no puede aplicarse de manera analógica.

d) Medidas cautelares innominadas: Establecidas en el Parágrafo Primero del Artículo 588 CPC, la redacción es bastante genérica, por cuanto sería difícil tratar de enumerar los casos en que se podrían solicitar estas medidas cautelares, pero es indudable que, para acordarlas, el Juez deberá vigilar estrictamente los presupuestos del fumus bonis iuris y el periculum in mora.

La finalidad de este poder cautelar general, es el aseguramiento de las resultas de aquellas demandas que no persiguen la satisfacción de obligaciones de contenido dinerario o la restitución de algún bien.

MEDIOS DE PRUEBA

- **Necesidad de la prueba de los requisitos de procedencia.**

Es indispensable acompañar los medios de prueba eficaces para demostrar los extremos a que se contrae el artículo 585 del Código de Procedimiento Civil, como requisitos de procedencia de las medidas cautelares, bien desde la propia incoación, junto con el libelo o después, en el momento en que se solicite la medida.

Para visualizar el material de estudio.

"Hacer clic en este enlace Presupuestos"

ALCANCE Y VALORACIÓN

Aun cuando es prácticamente imposible delimitar en este estudio las fronteras del ámbito de las providencias cautelares, porque ello supone solucionar casuísticamente cada uno de los tipos legales en su carácter cautelar, creemos que es conveniente abordar este tema aunque sea muy parcialmente para conseguir, como principal propósito, mayor claridad del concepto y vislumbrar su justa dimensión dentro del ordenamiento jurídico procesal. Vamos a plantearnos una serie de figuras *legales* que en principio parecen tener relación directa con el concepto de medida cautelar, estableciendo, del análisis de las mismas, si efectivamente están comprendidas dentro de su naturaleza jurídica, o por el contrario, pertenecen a una función jurisdiccional distinta.

Creo que este tema adquiere singular importancia en nuestro país, desde que no existiendo todavía un estudio amplio y sistemático sobre la materia, hay aún la idea de tomar como únicas medidas cautelares las que presentan sólo un efecto ejecutivo, es decir, las que aseguran la ejecución forzosa; negándole su función indubitablemente cautelar a otras medidas con efectos declarativos o de nudo conocimiento. Este criterio restringido crea una servidumbre de la función cautelar a la función ejecutiva, remozando la doctrina alemana ya superada que, a la par que creaba esa dependencia, hacía esfuerzos por establecer las numerosas excepciones en que las medidas cautelares no tienen efecto ejecutivo sino declarativo.

Como hemos dicho anteriormente al hablar de la naturaleza jurídica, CALAMANDRE1 ha demostrado la independencia de su esencia de los efectos indistintamente cognocitivos o ejecutivos de sus actos; por lo tanto, no es el criterio sustancial el diferenciador de su peculiar autonomía procesal, sino por el contrario, el fin al cual están preordenadas. Resulta necesario ratificar, su autonomía respecto a los procesosejecutivo y declarativo, y la enseñanza chiovendiana de que la actuación de la ley en el proceso puede asumir tres formas: cognición, conservación (función cautelar) y ejecución.

Embargo por alimentos: La vinculación de bienes al cumplimiento de las obligaciones alimentarias en contra del deudor, que establece el ord. 2° del art. 48 de la Ley Tutelar de Menores, no constituye medida cautelar, porque su función es eminentemente satisfactiva del derecho alimentario que se reclama aun cuando la sentencia

no haya arrojado certeza oficial sobre la existencia de la obligación alimentaria. El legislador ha preferido correr el riesgo de que durante la pendencia del pleito se haga un pago indebido por orden judicial; lo cual ocurre si a la postre resulta que el demandado no está obligado a pagar alimentos, otorgando de inmediato la manutención necesaria a los menores.

Ahora bien, los restantes ordinales del artículo citado preven medidas de aseguramiento supeditadas a las necesidades futuras de la ejecución ya actualizada, que *pignoran* los bienes del obligado, ateniéndolos al cumplimiento de las obligaciones alimentarias de tracto sucesivo, de modo de recabar bienes para pensiones a vencerse y asegurar su entrega periódica al beneficiario**.** Estas medidas sí son de naturaleza cautelar, porque no implican una satisfacción patrimonial definitiva del derecho alimentario; el carácter hipotético de su instrumentalidad consiste, no en la incertidumbre del derecho reclamado, sino en la incertidumbre de la *necesidad de afectar nuevos bienes.*

Interdictos posesorios y prohibitivos: Los decretos provisionales de amparo, restitutorio y prohibitivos que establece nuestro Código de Procedimiento en las querellas interdíctales, son medidas cautelares que se encuentran ínsitas dentro del tercer grupo de la clasificación de CALAMANDREI antes señalada.

La estructura de los juicios posesorios consta de dos partes: la primera, el procedimiento de la medida cautelar, que entraña un juicio de conocimiento y la consiguiente ejecución en tutela, del derecho del querellante, y la segunda, la fase de conocimiento, con la audiencia de ambas partes, donde se ratifica con los nuevos elementos de juicio que ha traído la controversia, la confirmación o revocación del decreto interdictal primitivo.

Este decreto primitivo dirime la relación jurídica de fondo y *satisface* el derecho reclamado pero provisionalmente, porque está supeditado a la fase posterior y no puede convertirse por sí mismo en definitivo; pero con todo, exige *prima facie* —dada la gravedad de sus efectos— la certeza de los extremos de la ley sustantiva (Arts. 782, 783, 785 y 786 CC), a diferencia, por ejemplo de las medidas preventivas, que solamente requieren una presunción grave, y suponen un simple juicio de probabilidad (35).

El decreto de interdicción provisional a que se refiere el artículo 396 CC en su segunda parte es, igualmente, una medida del tercer grupo de **CALAMANDREI**, en virtud de la cual se resuelve interinamente la pretensión de la parte interesada, proveyendo al incapaz de tutor hasta el momento en que el fallo definitivo de interdicción, que pone fin al procedimiento, supla el nombramiento de un tutor definitivo que administre los bienes y represente al entredicho. También resuelve provisionalmente la litis el caso sumamente interesante del artículo 125 del mismo Código, que permite al tribunal, a instancia del actor o de cualquiera de los cónyuges, o bien de oficio cuando uno de éstos fuere menor de edad, dictar la separación de los esposos, en los juicios en que se haya demandado la nulidad del matrimonio, de tal manera que dicha medida provisional, queda supeditada en su vigencia a lo que decida definitivamente la sentencia que concluye el juicio de anulación. Otro tanto debe decirse en lo referente al nombramiento de tutor interino de que habla el artículo 313 CC, en el procedimiento de provisión de tutor, pro tutor y suplente de éste; y en lo referente también, a la posesión provisional de los bienes del declarado ausente, de que habla el artículo 426 CC.

Se encuentran otras medidas cautelares de arreglo provisional de la litis en los actos de fijación del lindero provisional en el juicio de deslinde, y ocupación previa en el procedimiento de expropiación por causa de utilidad pública o social. La fijación del lindero provisional la hace el juez con vista a los instrumentos que en el acto de deslinde presentan las partes, motivado por la única circunstancia de haberse actualizado el peligro de tardanza con la oposición de cualquiera de los colindantes.

La oposición supone la conversión de la fase ejecutiva inicial del proceso, en fase de conocimiento, bajo las reposadas formas del juicio ordinario (Art. 725 CPC). Esta tardanza en la satisfacción definitiva de la prestación amerita una solución, también jurisdiccional, pero interina, que disipe la incertidumbre e inseguridad jurídica bajo las cuales se encuentra el propietario demandante, y ¿por qué no?, los colindantes que han sido llamados al juicio.

La ocupación previa que establece el artículo 51 de la Ley de Expropiación por causa de Utilidad Pública o Social, satisface igualmente la pretensión de parte, pero en este caso sólo la del expropiante, y siempre en desmedro o a costa del expropiado.

En el presente caso de medida cautelar, como en todos los anteriores, existe la urgencia en satisfacer el derecho material del demandante, urgencia que se debe a la existencia de un peligro actual, el que, a su vez, está constituido por dos circunstancias de hecho distintas: la necesaria tardanza de la sentencia definitiva, que no puede ser antepuesta al previo conocimiento, y la posibilidad de que durante y por causa del lapso, la expropiante sufra perjuicios patrimoniales. Para que sea procedente la ocupación previa es necesario que la autoridad judicial califique de urgente la ejecución de la obra de utilidad pública, enumeradas en el artículo 11 *ejusdem,* y se verifique la previa consignación del monto del avalúo y del reconocimiento judicial, el cual tiende a acreditar todas las circunstancias de hecho que deben tomarse en cuenta para justipreciar total o parcialmente el inmueble. Estos requisitos legales de procedibilidad, previos a la ocupación provisional, son asimismo medidas cautelares instructorias anticipadas que tienden a asegurar los elementos de juicio necesarios para que se dicte una sentencia intrínsecamente justa.

CASOS ESPECIALES

Sin perjuicio de lo dispuesto para casos especiales, las medidas cautelares se regirán por las siguientes reglas:

1. En los procesos no contenciosos sólo proceden las medidas cautelares expresamente determinadas por la ley;

2. Las medidas se tramitarán sin audiencia del demandado o presuntivo demandado, en cuaderno separado, que forma parte del expediente principal;

3. En el escrito en que se solicita una medida asegurativa, bastará expresar el nombre de las partes, reales o presuntivas, la medida que se solicita; el objetivo y la cuantía del proceso a que haya de acceder;

4. Las medidas serán requeridas al juez competente para conocer del proceso principal, sin necesidad de repartos;

5. El juez procurará en todo momento evitar daños y perjuicios y molestias innecesarias en la adopción o ejecución de la medida y podrá de oficio y bajo su personal responsabilidad, sustituir la medida, en el acto de la ejecución, oyendo al actor y, si fuere viable, al demandado o presunto demandado, siempre que queden plenamente asegurados los intereses del actor;

6. Para garantizar los daños y perjuicios que se puedan causar, se señalará caución. Las cauciones se fijarán de acuerdo con lo que para cada caso se dispone y se consignarán con arreglo a lo dispuesto en el artículo 570. El auto que fije la cuantía, el que acepte la caución y el que la rechace, son apelables en el efecto devolutivo. Si el superior aumenta la cuantía de la caución, deberá complementarse en un término de tres días, contado desde la notificación del reingreso del expediente al juzgado de origen y, si dentro de dicho término no se complementa, se procederá a reducir proporcionalmente el objeto de la medida;

7. Excepto en los casos de pretensiones reales, el demandado podrá solicitar, antes de que se adopte la medida, durante su ejecución o después de adoptada, que se evite, revoque o levante, siempre que, a juicio del juez, ofrezca bienes suficientes en garantía;

8. Las oposiciones y las impugnaciones incidentales se surtirán oralmente en el momento en que se ejecuta la medida, o posteriormente en el tribunal, si ya se hubieren practicado, sin formalidades especiales, sin suspender ni interrumpir la adopción o ejecución de la medida, permitiendo a las partes presentar sus pruebas y alegaciones sumarias, y procurando siempre la mayor celeridad posible. El juez hará una lacónica relación de lo aprobado y alegado, y resolverá en el acto lo que corresponda;

9. El juez goza de poderes adecuados para adoptar las decisiones que fueren necesarias, sancionar en el acto al que estorbare la ejecución de la medida, con arreglo al artículo 1933 y empleará la Fuerza Pública si fuese necesario;

10. Las resoluciones que decretan o rechacen las medidas cautelares admiten apelación, pero la interposición del recurso en ningún modo suspende ni interrumpe la ejecución de la medida; y

11. Salvo lo dispuesto para casos especiales, se levantarán las medidas cautelares en los siguientes supuestos:

a. Cuando el demandante no presentare su demanda dentro de los seis días siguientes a la fecha de practicada la medida; o

b. Cuando no se hubiere hecho la notificación dentro de los tres meses siguientes a la presentación de la demanda y el demandante no haya pedido el emplazamiento, o si puestos a su disposición los edictos para su publicación, no los haya hecho publicar en los treinta días siguientes. *521

Las providencias cautelares se diferencian de la acción preventiva definitiva en la permanencia de sus efectos, pues éstos son provisionales y depende la medida en su existencia de un acto judicial posterior, al servicio del cual se dicta. **CALAMANDRE**I en su obra *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares,* que hoy por hoy es la

sistematización más completa y más profunda sobre la materia, analizando sucesivamente los distintos criterios en base a los cuales pudiera lograrse un aislamiento y una definición de las providencias cautelares de las otras decisiones numerosas y variadas que dicta el Juez a lo largo del proceso.

No estriba ese criterio —expresa— en el aspecto subjetivo, porque no existe una función cautelar confiada a órganos especiales que permita derivar su naturaleza jurídica del sujeto, ni tampoco en el criterio formal porque no hay una forma peculiar en ellas por la cual se les pueda distinguir exteriormente de las otras providencias del juez: la forma de la sentencia que decreta un secuestro es igual a cualquier otra sentencia. "Podría creerse también que el único criterio del que se puede esperar una verdadera diferenciación sea el sustancial, que hace relación al contenido de la providencia, o sea, a sus efectos jurídicos", pero la insuficiencia de éste se observa a primera vista precisamente en que sus efectos no son cualitativamente diversos de los que son propios a las otras providencias de cognición o de ejecución: efectos meramente declarativos o constitutivos, o bien ejecutivos, pero no diversos a los de aquéllas.

El criterio diferenciador de las medidas cautelares no es homogéneo con el criterio que diferencia las de cognición con las de ejecución. Podríamos decir que están situados en distintas dimensiones, que pueden seccionarse y combinarse entre sí, pero no fundirse en una clasificación única, de suerte que de la fusión de ambos efectos dichos no nace la providencia cautelar "declarativo-ejecutiva" como providencia única de las cautelares, ni mucho menos una síntesis que pueda catalogarse como *tertium genus* frente a los otros tipos de tutela jurídica.

El criterio diferenciador de las medidas cautelares —valga decir—, es contrario, pero no contradictorio, al criterio que separa las ejecutivas de las declarativas; está en orden lógico ajeno y extraño al de éstas. Es por eso que pueden adjetivarse como de cognición o de ejecución, o, preponderando estos efectos, declarativos cautelares o ejecutivas cautelares. En este sentido podemos hablar de autonomía de las medidas cautelares porque no son dependientes en su esencia —según antes expusimos— del proceso de cognición ni del de ejecución.

¿Cuál sería entonces el criterio diferenciador? **CALAMANDREI** piensa que a las medidas cautelares no se les puede negar una peculiar fisonomía procesal, que permite colocarlas en la sistemática del proceso como categorías por sí mismas, determinables a base de criterios que no las transforman de procesales en materiales. Su definición ha de buscarse más que sobre la base de un criterio ontológico, en un criterio ideológico: no en la cualidad (declarativa o ejecutiva) de sus efectos, sino en el fin (anticipación de los efectos de una providencia principal) al que sus efectos están preordenados. Y concluye su razonamiento diciendo que la característica procesal de las providencias cautelares es su instrumentalidad. Instrumentalidad en el sentido que ellas no son nunca fines en sí mismas ni pueden aspirar a convertirse en definitivas; instrumentalidad también en el sentido de ayuda y auxilio a la providencia principal, al igual —si se me permite el símil— que los servidores de un viajero antiguo preparan el lugar en la próxima venta a espera de la llegada de su señor, para hacer más fácil su camino. La providencia-instrumento interviene el asunto, a la espera que definitivamente lo intervenga la providencia subsiguiente. Y por eso el concepto denota dos

elementos, precaución y anticipación, aun cuando ya el primero de ellos entraña la significación del segundo. Paréceme que el concepto de instrumentalidad de **CALAMANDREI** puede definirse en esta escueta frase: ayuda de precaución anticipada y provisional.

Son tres los elementos que conforman la definición de la providencia cautelar: primero, anticipa la realización de un efecto que puede o no ser repetido (16) con mayor o menor intensidad por un acto posterior; segundo, satisface la necesidad urgente de hacer cesar un peligro causado por el inevitable retardo en la administración de justicia, y tercero, sus efectos están preordenados y atenidos a lo que resuelva la providencia de mérito subsiguiente.

FORMA DE TOMAR Y CUMPLIR LA MEDIDA

Las medidas cautelares son el embargo y el secuestro, el objetivo de estas medidas es evitar la insolvencia del deudor, también se busca con dichas medidas asegurar el cumplimiento de la obligación por parte de este, ya que si no responde por el cumplimiento, se pueden rematar sus bienes y de esta manera cumplir con la obligación.

El embargo es una medida judicial que se toma para sacar los bienes del deudor del comercio, pero existen unos bienes que no se pueden embargar, los cuales se encuentran consagrados en el artículo 1677 del código civil, los cuales son los siguientes:

- El salario mínimo convencional.
- El lecho del deudor y el de su familia, la ropa.
- Los libros de la profesión del deudor.
- Los instrumentos utilizados para la enseñanza de algún arte o ciencia.
- Los uniformes o equipos de los militares.
- Los utensilios necesarios para el trabajo del deudor.
- Los alimentos y combustibles para el consumo durante un mes.
- La propiedad de los objetos que el deudor posee fiduciariamente.
- Los derechos cuyo ejercicio es personal, como el de uso y habitación.

Por otro lado, el secuestro, es el depósito de una cosa que se disputan dos o más individuos, en manos de otro que debe restituir al que obtenga una decisión a su favor. La persona que debe restituir la cosa a quien obtenga la decisión a su favor se denomina secuestre. El secuestro se encuentra regulado por el código civil.

Respecto al embrago, con este se busca evitar que el deudor de manera intencional se insolvente o que por alguna circunstancia los bienes que le pertenecen dejen de ser de su propiedad, y el secuestro es la guarda de dicho bien hasta que la obligación sea satisfecha.

Cuando nos referimos a secuestro como medida cautelar, estamos hablando de secuestro judicial, ya que este se divide en convencional y judicial; el convencional se constituye por el consentimiento de las personas que se disputan el objeto, y el judicial es el que se constituye por decreto de autoridad judicial.

Por ejemplo Juan demanda a María para que le pague la suma de dinero que le prestó y que está contenida en una letra de cambio y como medida cautelar Juan pide al Juez que embrague los bienes de María y ordene su secuestro como garantía de que si ella no paga, esos bienes puedan ser rematados y así se le pueda pagar.

TOMA DE CONOCIMIENTO DEL AFECTADO POR LA MEDIDA

A) Evitar que se burlen las decisiones judiciales; o mas bien garantizar que la voluntad de la ley emitida por la jurisdicción efectivamente se materialice, porque la misma se puede ejecutar.

B) Evitar la insolventación del obligado, que es un corolario de la primera finalidad mencionada.

C) Garantizar el crédito insoluto o el cumplimiento obligacional, pues como en Venezuela y en el proceso civil no existe la opción penal (de cárcel por deudas) la ley consagra medios de certeza para que el triunfador de un litigio lo sea realmente, es decir, no sea burlado en los derechos que obtiene con una decisión judicial.

La litis se plantea a partir de un supuesto incumplimiento de una obligación por existir en el accionante un derecho insatisfecho. Acude a la jurisdicción por cuanto los requerimientos de cumplimiento voluntario han sido inútiles, y ante el temor fundado de tener la verdad, pero no materializarse, por las posibilidades, nunca descartables que tiene el demandado de burlar los cumplimientos, quiere que concurrentemente con la admisión de su acción en sede judicial, le sean preservados sus derechos reclamados, a la vez que significa un respeto a la voluntad de la ley contenida en una sentencia. Nace así más que el derecho la necesidad de la cautela, que fundado en una verosimilitud del derecho reclamado, permita un proceso con un final justo.

Al conocerse la actividad procesal que ha sido puesta en funcionamiento para exigir el cumplimiento de determinadas obligaciones, los requeridos o demandados si no tuviesen una cortesía que les impidiera fabricar fórmulas de auxilio y de escape, tratarían de conseguir su propia insolventación, es decir, un estado económico que presuponga un atractivo inexistente y un pasivo sobrestimado. A nadie puede obligársele a dar lo que no tiene y a cumplir lo que le es imposible, por mucho que ello está obligado legalmente. Si no existen bienes con qué responder de aquel requerimiento, si no posee los medios suficientes para detectar y salvaguardar los que existan, si las aspiraciones de los acreedores no tienen la protección legal correspondiente, podrían fácilmente los obligados vulnerar los derechos de los acreedores, por ser sólo un derecho abstracto, inejecutable.

Al configurarse en el contexto humano un mundo de obligaciones existe el supuesto de que se puedan cumplir con ellas, pero al encontrar la realidad de que la carencia de recursos, de

medios económicos y de posibilidades materiales impiden el cumplimiento de ellas y la satisfacción de derechos y créditos de los terceros, resulta absurdo obtener una decisión judicial porque ella no puede ejecutarse. Es un derecho declarado, firme y auténtico el que tienen los acreedores o los tenedores de derechos pero ello no conlleva su satisfacción intrínseca o extrínseca.

En tiempos pretorianos y en civilizaciones incipientes los compromisos de los ciudadanos tenían que ser satisfechos en forma absoluta o compensatoriamente el obligado era llevado a la cárcel. Al humanizarse la ciencia del derecho, al analizarse la desproporción delas obligaciones civiles y las penas corporales desaparece la institución de la cárcel por deudas y entonces el derecho tenía que asegurar, instrumentar o arbitrar fórmulas que permitieran que cualquier compromiso de un ciudadano podía ser satisfecho. Es entonces cuando adquieren relevancia y jerarquía medidas cautelares que inciden fundamentalmente en el universo económico del obligado y que no menoscaban su dignidad personal, ni lo convierten en un in infame sustraído de sus derechos ciudadanos.

La controversia judicial o la dinámica jurisdiccional conducen a una decisión que no es más que la concreción del legítimo derecho de la única verdad legal que existe. De ese litigio ventilado con intereses contrapuestos no existe punto de equilibrio permanente, sino que genera un triunfador en el ente que ha demostrado su razón legal en la discusión de los derechos u obligaciones ventilados; pero no es un vencedor para el honor histórico, sino un ganancioso de lo que ha sido declarado como su derecho y consiguientemente obligación de la contraparte, y , por lo tanto debe garantizársele el premio correspondiente, la satisfacción de su derecho y la ejecución de aquella decisión.

Discutir en el tedioso procedimiento derechos y obligaciones para que la razón final no pueda tener ejecución, es acudir a un procedimiento inútil y una perdida lamentable de tiempo y dinero. Todo acreedor espera que su derecho pueda ser satisfecho voluntaria o coercitivamente. Cuando acude al expediente coercitivo, que es la vía judicial, es porque espera obtener no sólo la declaratoria de su derecho, aunque existen procedimientos para la simple declaratoria de derechos, sino la satisfacción de su crédito y la compensación de los gastos invertidos en su obtención.

La propia jerarquía del órgano jurisdiccional exige que sus decisiones puedan ser ejecutadas y que cuanto contiene una dispositiva sea efectivamente cumplida. Al simbolizarse la justicia se le vendó los ojos, señalando de esa manera que la misma no podía tener parcialidades. La justicia es ciega porque da la razón a quien la tiene la tiene sin ver a quien, pero esa razón no puede ser abstracta, debe poseer la instrumentación para ejecutarla y debe incidir en un mundo de posibilidades. El aparato judicial es complejo y su marcha supone tiempo, inversión, reflexión, y el principio mismo de la confianza ciudadana, y ella no puede conducir a la inutilidad o a la sin razón. Es necesario que se ejecuten efectivamente las decisiones judiciales para que el equilibrio social pueda mantenerse.

Es de humano, por excepción o por principio, buscar eludir el cumplimiento de obligaciones y corresponde al órgano especial del Estado, que es el Poder Judicial, impedir conductas de ese género o evitar que se generalicen y se abuse de ellas; para ello es necesario la protección de los derechos ciudadanos, y por ende, la factibilidad de ejecutar las decisiones judiciales.

Las medidas cautelares tienen por finalidad otorgar garantías de salvaguardar el contexto de lo reclamado, cuando es ejercida oportunamente y con fundamento, logra su propósito. El demandado al considerarse eventualmente condenado por la razón y verdad de los hechos alegados, o por cualquier otra circunstancia, puede realizar y en efecto se ha visto numerosos casos, actos de insolventación, para evitar el efecto de la decisión judicial adversa, dejando insatisfecha la pretensión del actor que ha justificado y probado los hechos alegados y consecuencialmente vulnerando la seguridad jurídica implícita en los actos jurisdiccionales

Características

1. Se solicita y se práctica INAUDITA PARS.

2. Carece de contradictorio y atiende al principio de la dispositividad.

3. No es inmutable, ni absoluta: es relativa y sustituible, ampliable o reducible.

4. No surte efecto de cosa juzgada: material o formal.

5. Es instrumental: No constituye un fin en sí misma.

6. Es provisional:

    6.1. Caduca con el fin del Juicio en su etapa cognoscitiva.

    6.2. Caduca al cesar la causa que la generó.

    6.3. Se suspende o se revoca a petición del solicitante de la medida.

7. Es inespacial y sin pre-determinación temporal.

8. No tiene territorialidad, pero su ejecución en el país, por cautela dictada por autoridad jurisdiccional extranjera, está condicionada al juicio del exequatur (Casación: 14 de Julio de 1.971).

9. No genera ni es causa de daños y perjuicios.

10. Deviene como consecuencia de una acción ya ejercida (principio de la jurisdiccionalidad): no existe acción cautelar principal.-

1. La característica fundamental de la medida cautelar, cualesquiera que ella sea, es que la misma se solicita, se decreta y se practica INAUDITA PARS, es decir, sin la presencia, audición o conocimiento de la parte contra quien se dirige y le afecta.

Es frecuente oír la expresión "es injusto (o ilegal) porque no se me avisó... "Difícilmente, salvo los casos excepcionales, se participe de la acción a intentar y de la medida solicitada, porque la insolventación se produciría inmediatamente. Nuestra idiosincrasia tiene una tendencia soslayativa, buscando evitar la eficacia de las acciones que se intenten en nuestra contra.

Se piensa no en la búsqueda de una solución justa, sino en el daño. Se crean hábitos que perjudican las relaciones normales de ciudadanos y comerciantes, puesto que son cada día

más los que participan en operaciones jurídicas con el propósito de insolventarse para el caso de eventuales demandas, por ello para que la finalidad de la medida preventiva se cumpla y su eficacia se asegure nada mejor que la INAUDITA PARS.

La vigencia de este principio descarga en la persona del Juzgador la DISCRECIONALIDAD del DECRETO cuando, a su juicio, existan los elementos legales que la justifiquen, puesto que la discrecionalidad no es subjetiva, sino objetiva.

El principio del decreto sin audición o conocimiento de la parte (inaudita altera pars) aparece vinculado a otro principio denominado "res inter alios acta" aparece inserto en el Digesto (res inter alios acta vel judicata, alteri nec prodest, nec nocet) para significar que las cosas hecha o juzgada entre unos no aprovecha ni perjudica a terceros, pues para este tercero es un negocio jurídico ajeno que no lo puede afectar ni alcanzar, y que por dicha razón la causa celebrada entre dos partes, no es universal, ni erga onmes, ni le aprovecha ni le perjudica. Los efectos de una causa se quedan o se encierran en el ámbito personal de quienes fueron partes realmente.

La expresión primera del aforismo "RES" significa cosa (mueble o inmueble, tangible o intangible) asunto (con una característica mas universal que abarca cualquier concepto) o bien (bien de la vida). Es todo cuanto tenga una existencia, sea jurídica, sea física, sea material o sea inmaterial.

Esta institución debe concatenarse con otra similar denominada "RES IUDICATA" (en el Digesto aparece como res iudicata pro veritatae habetur) mediante la cual lo decidido, que adquiere la fuerza de verdad verdadera, y alcanza la autoridad de la cosa juzgada, solo afecta a quienes han sido parte en el proceso.

Los terceros están protegidos por ambas instituciones y las medidas cautelares, sentencias, decisiones jurisdiccionales de cualquier rango, no pueden afectarlos, ya que ellos no han sido parte, no han tenido oportunidad para la defensa (derecho a la defensa consagrado en el artículo 68 de nuestra constitución) ni han sido llevados a un proceso para que puedan ser afectados por sus decisiones.

El proceso solo alcanza, afecta y obliga a quienes son partes en el juicio, solo extensible activa y pasivamente a los herederos y sucesores universales, a no ser que las obligaciones que nacieren de ellos fuesen inherentes a la persona, o que resultase lo contrario de una disposición expresa de la ley, (ya en materia civil se dice que nadie puede estipular por otro ni para otro". Alteri stipulari nemo potest). En su fuente sustantiva los deberes jurídicos tienen cuatro ámbitos posibles y diversos de vigencia. Ellos rigen con relación a ciertas personas (ámbito personal), respecto de cierta materia (ámbito material)., en cierto tiempo (ámbito temporal) y en cierto espacio (ámbito espacial o territorial). Esta cuatripartición deviene de características de las mismas conductas regidas por las normas, y alcanza obviamente a cualquier tipo de obligaciones, tanto las generales como las particulares, las de Derecho público o privado, las condicionadas e incondicionadas

Esto es lo que en general se conoce como teoría de los efectos relativos del contrato.

Relatividad del ámbito personal. Las obligaciones que derivan del contrato alcanzan en principio sólo a los contratantes. En esto consiste la relatividad del ámbito personal. Se trata de un hecho de la mayor importancia, que las legislaciones en general han definido cuidadosamente, y que desde antiguo es considerado como característico de esta restringida eficacia contractual.

No pueden emanar obligaciones para quienes no intervienen en él, no solo en cuanto a personas sino también en cuanto al objeto o a las cosas, al tiempo y al territorio.

Recientemente y con fecha 14 de febrero de 1996 la Sala Político-Administrativa, con ponencia de la Magistrado Dra. Hildegard Rondón de Sansó, ha dictado una sentencia que merece una motivación particular porque en ella se lesiona el principio del inaudita parte que es característico de las medidas cautelares, sobre el cual hemos referido como una de las características fundamentales de la medida cautelar. Vamos a transcribir parte de esa decisión en este asunto para su análisis posterior :

El recurrente fundamenta la solicitud de que sea dictada una medida cautelar que ordene la inaplicación del acto impugnado hasta tanto sea dictada sentencia definitiva en el juicio de nulidad, fundamentándose en el artículo 588 del Código de Procedimiento Civil. No señala el solicitante en cuál de los supuestos del artículo 588 ejusdem se basa; pero pareciera que el objeto de su pedimento alude al parágrafo primero del citado artículo que señala:

Artículo 588:

Parágrafo primero: Además de las medidas preventivas anteriormente enumeradas, y con estricta sujeción a los requisitos previstos en el artículo 585, el Tribunal podrá acordar las providencias cautelares que considere adecuadas, cuando hubiere fundado temor de que una de las partes (subrayado del autor) pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra. En estos casos para evitar el daño, el Tribunal podrá autorizar o prohibir la ejecución de determinados actos, y adoptar las providencias que tengan por objeto hacer cesar la continuidad de la lesión".

El artículo 588 en su encabezamiento establece que el Tribunal puede decretar en cualquier estado y grado de la causa "con fundamento en el artículo 585" las medidas cautelares que enumera que son: el embargo de bienes muebles; el secuestro de bienes determinados y la prohibición de enajenar y gravar bienes inmuebles. Igualmente se prevén las medidas complementarias destinadas a asegurar la efectividad y resultado de la que hubiese decretado.

Igualmente existe la previsión de las medidas innominadas en el parágrafo primero del mencionado artículo, relativas a "las providencias cautelares que considere adecuadas (el Juez), cuando hubiere fundado temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra".

(Subrayado de la Sala).

Esta Sala observa que existe una diferencia esencial entre las medidas nominadas y las medidas innominadas en relación a la oportunidad de formular su solicitud y a la de su

otorgamiento. En efecto, ambas medidas están sometidas a las disposiciones generales del artículo 585 ejusdem, esto es, al periculum in mora, constituida por la existencia de riesgo manifiesto de que queda ilusoria la ejecución del fallo y al fumus boni iuris, constituida por la existencia de un "medio de prueba" de la condición anterior y del derecho que se reclama.

Ahora bien, en el caso de las medidas innominadas, el legislador presenta un nuevo elemento constituido por la mención de la existencia de partes en el juicio, lo cual está presente en el parágrafo primero al señalar "...cuando hubiese fundado temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra" y, en el parágrafo segundo del artículo 588 ejusdem, cuando se prevé la oposición de la parte contra quien obre la providencia.

Por lo anterior, a juicio de esta Sala, **la medida cautelar innominada exige que haya habido la constitución de las partes en el proceso, es decir, que la litis se hubiere trabado.** La diferencia con la cautelar nominada deriva del mayor riesgo para los intereses del eventual litigante que la medida cautelar nominada deriva del mayor riesgo para los intereses del eventual litigante que la medida cautelar innominada plantea.

En efecto, la medida nominada es justamente la que enuncia el encabezamiento del artículo 588, y que desarrollan los Capítulos II, III, IV del Título I (de las medidas preventivas) del Libro Tercero (del procedimiento cautelar y otras) del Código de Procedimiento Civil.

Por el contrario, las medidas innominadas tienen una amplitud tal, que es incluso difícil clasificarlas, por cuanto el Juez puede ordenar una cautela especial para cada caso concreto.

Al efecto, la norma es muy amplia cuando le permite al Juez autorizar la ejecución de determinados actos, y aún más le permite adoptar, "la providencia que tenga por objeto hacer cesar la continuidad de las lesión".

Tal tesis no es compartida por quien suscribe el presente trabajo ya que presente una radical y extremada interpretación exégetica que lesiona uno de los principios fundamentales de la medida cautelar.

Decir que la ley habla de partes y que por tanto requiérese que se haya trabado la litis es exagerar una voluntad del legislador que no existió ni existe. Quienes estuvieron, de alguna manera, involucrado en la última reforma del código de procedimiento civil, sean los ponentes Marquez Añez, Fuenmayor o Rengel Romberg, sean quienes asistieron a la comisión o a los eventos realizados con tal motivo, saben y les consta que muy lejos de esa visión estrecha se estaba cuando se consideraron las diversas medidas cautelares.

Y decir también que en la medida innominada existe un mayor riesgo que en la medida nominada para los intereses del eventual litigante es no tener experiencia de ejercicio, es no haber ahondado sobre lo que son las medidas cautelares, es una caprichosa y subjetiva manera de ver los hechos. Mas peligroso y mayor riesgo tiene, por ejemplo, un embargo de bienes muebles sobre un comercio determinado que supone de normal el traslado de los bienes muebles propiedad del demandado, que una medida de intervención judicial o de prohibición de efectuar actos determinados, porque allí se salvaguarda la integridad del

comercio, en tanto que en la nominada, como garantizadora de las resultas del juicio, el traslado de los bienes es una necesidad que perjudica, en su caso, al embargado.

Bajo que prisma y con que tenor y experiencia la dicha Sala Político Administrativa afirma una insensatez como esa.

La amplitud de las medidas innominadas es lo que permite y otorga al Juez el poder cautelar por el que tanto se luchó. Que existan jueces ímprobos o que abusan de las medidas innominadas no significa que busquemos en decisiones contra legem la manera de suavizar la verdad.

El Juez tiene la facultad de dictar las cautelas consagradas en el Código de Procedimiento Civil, previa solicitud, cuando se cumplan o llenen los requisitos y condicionamientos establecidos en el art. 585 ejusdem, que expresa:

Las medidas preventivas establecidas en este Título las decretará el Juez, solo cuando exista riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo y siempre que se acompañe un medio de prueba que constituya presunción grave de esta circunstancia y del derecho que se reclama.

Debe existir un **RIESGO MANIFIESTO DE QUE QUEDE ILUSORIA** la eventual ejecución de la sentencia (PERINCULUM IN MORA) y debe haberse acompañado, con el libelo de la demanda, o con la solicitud de cautela, una presunción grave del derecho reclamado, un elemento fehaciente o suficiente como para estimar o creer que es POSIBLE y CIERTO el derecho del solicitante de la cautela. (cálculo preventivo de probabilidades que el Juez debe apreciar con los medios de prueba que le sean presentados para demostrar el fumus boni iuris).

El legislador de 1.986 en su artículo 590 admite la posibilidad de decreto cautelar, (del embargo y de la prohibición de enajenar y gravar bienes inmuebles) aún en ausencia de los extremos señalados, siempre y cuando "SE OFREZCA Y SE CONSTITUYA CAUCIÓN O GARANTIAS SUFICIENTES PARA RESPONDER A LA PARTE CONTRA QUIEN SE DIRIJA LA MEDIDA, DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS QUE ESTAPUDIERA OCASIONARLE". A estos fines se establece las características específicas para la admisión de esas garantías, sustitutivas de los extremos causales del art. 585 del CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL

Queremos adelantar, porque ahondaremos sobre ello posteriormente, que los extremos requeridos en el art. 585 del Código de Procedimiento Civil, son una condición de existencia de las medidas cautelares, por lo cual las garantías sustitutivas a que se refiere el art. 590 ejusdem, no pueden suplirlas totalmente. Cuando menos debe existir un principio de prueba que constituya presunción grave del derecho que se reclama.

Asimismo, también adelantamos, que cuando el Juez acepta la presencia de los extremos que generan la existencia de una medida preventiva solicitada, no prejuzga sobre el fondo del asunto controvertido.

El legislador ha sido cauteloso en el uso del vocabulario jurídico utilizando la expresión DECRETARA, como manifestación diferenciadora de un auto, de una sentencia o de cualesquiera otra categoría de decisiones que pueda producir el Juez.

Cuando se expresa DECRETA debe entenderse que el Juez tiene la discrecionalidad relativa a que nos hemos referido.

Para ambitar mejor esta característica debemos repasar las nociones elementales que definen la existencia judicial: las nociones del jurisdicción, acción, proceso y parte, en sus expresiones más simples. Acción es el derecho a reclamar lo que es justicia se nos debe, o mejor dicho es el poder jurídico concedido a todo ciudadano para que, mediante una demanda requiera del órgano jurisdiccional la actuación de la ley en un caso concreto. La jurisdicción es la función estatal establecida para aplicar, por el Juez, la ley, cada vez que se presente un conflicto de intereses. El proceso es la integración encadenada y sucesiva de una serie de actos que procuran concretarse en justicia material. parte es toda persona que con interés legítimo integra una relación procesal. Al no existir interés legítimo, estamos en presencia de un extraño procesal, que es concepto distinto a TERCERO PROCESAL, que es parte tercerista con interés legítimo en el proceso.

Hay todavía quienes van más allá, señalando que parte, también son el Juez y los auxiliares legítimos. La inaudita parte tiene una relevancia muy especial en materia cautelar, puesto que identifica con el factor sorpresa. la inaudita parte implica que la medida se decreta y se ejecuta sin que la parte tenga o deba en manera alguna conocer de la existencia de la acción o de la medida decretada; aunque ha sido utilizado para considerar a la medida preventiva como una medida de chantaje y de coacción. Sin embargo, al lado del factor sorpresa, y como correlativo compensatorio, surge la noción de seguridad jurídica que da la inaudita parte, porque evita que las personas contra quien obre la medida, puedan insolventarse. Garantiza, da confianza y seguridad jurídica en que el proceso; en su culminación relevante, tiene ejecutoriedad, y se cumplirá sin menoscabo de los derechos legítimos.

Es implícito, a su propia naturaleza su capacidad revocatoria.

El decreto y ejecución de la medida de embargo no debe ser considerado un auto demora sustanciación ya que la ley habla de decreto, que pertenece a la soberanía del Juez, y nunca causa gravamen irreparable por la definitiva, ya que el gravamen debe entenderse en lo principal del pleito, en lo central y medular de los discutido. Nunca en el aspecto patrimonial: El Juez que dicta, decreta y ejecuta la medida puede revocarla, si considera un error en el Decreto.

2. La medida preventiva en su decreto y ejecución carece de contradictorio. Uno de los principios fundamentales del proceso y del derecho de probatorio: el contradictorio, la dialéctica del proceso, la presencia de dos partes de intereses contrapuestos frente al cual el juez toma una decisión, no existe lo que podemos denominar la incidencia cautelar. No hay contradictorio, el juez al decretarla, no tiene por qué considerar la presencia o el conocimiento de la contraparte para dictarla, pese a la decisión comentada de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia.

Aún la presencia de la contraparte, antes del Decreto, no afecta, en absoluto, la medida a decretar y ella debe ejecutarse, Sólo en la aplicación y existencia de los supuestos de los artículos 602 y 607 del código de procedimiento civil, es cuando se observa la existencia de contradictorio entre las partes contendientes. Solo en estos artículos es cuando puede el juez, por el proceso del contradictorio, culminar una incidencia contradictoria con una decisión que puede ser apelable; de lo contrario, el conocimiento y decreto de la medida puede realizarse con la sola solicitud y presencia procesal de una sola de las partes en el proceso.

El art. 602 del Código de Procedimiento Civil establece la denominada OPOSICIÓN DE PARTE, señalando que:

Dentro del tercer día siguiente a la ejecución de la medida preventiva, si la parte contra quien obre estuviere ya citada; o dentro del tercer día siguiente a su citación, la parte contra quien obre la medida podrá oponerse a ella, exponiendo las razones o fundamentos que tuviere que alegar.

Haya o no habido oposición se entenderá abierta una articulación de ocho días para que los interesados promuevan las pruebas que convengan a sus derechos.

En los casos a que se refiere el art. 590 no habrá oposición ni la articulación de que trata este artículo, pero la parte podrá hacer suspender la medida como se establece en el art. 589.

Existe el derecho de la parte de OPONERSE a la ejecución de una medida preventiva decretada y EJECUTADA, cuando ya estuviere citada, o dentro del tercer día siguiente a su citación, exponiendo las razones y fundamentos que estime pueden enervar la existencia del decreto. Aunque no se hubiere FORMALIZADO una oposición, a partir del tercer día siguiente a su citación, o del tercer día siguiente a la ejecución del decreto, si la persona afectada estuviere ya citada, se entenderá existente y abierta una articulación de OCHO (8) días para que cualesquiera de las partes promuevan y hagan evacuar las pruebas que estimen necesarios para consolidar y probar sus derechos en esta materia cautelar, sin que, de NINGUNA MANERA, se suspenda el curso de la causa principal. Esto es la aplicación necesaria de la dialéctica procesal para que el proceso sea y siga siendo de las partes, para que sean ellas quienes, en definitiva, y salvo la POTESTAD SENTENCIADORA O RESOLUTORIA DEL JUEZ, vayan abriendo y cerrando las llaves de los actos procesales. En capítulo posterior abordaremos sobre la oposición de parte, siendo necesario a los efectos de este capítulo, señalar como característica fundamental que su Decreto y ejecución CARECEN DE CONTRADICTORIO; pero que dicho contradictorio nace en función de la vigencia de los principios generales del derecho, plasmados en artículos concretos y específicos.

El artículo 607 del código de procedimiento civil consagra por su parte la opción de incidencias para los supuestos allí establecidos, sobre los cuales nos explicamos mas adelante.-

En todo caso, debe tenerse en cuenta que nuestro código procesal atiende como principio inmutable, al principio dispositivo, que aunque en su dimensión, cobertura y naturaleza, varió con respecto al código del 16, se mantuvo vigente en el código vigente de 1996, pues la

consagración de la institución mediante la cual el Juez es director del proceso, no socavó el principio dispositivo del proceso, que es válido en materia cautelar y relevante, sobre todo porque es un limite legal a la potestad del juzgador, quien en esta materia no puede actuar de oficio, ni siquiera para el decreto de las llamadas medidas innominadas.

La institución de dirección del proceso queda restringido a puros aspectos procedimentales y legales. Lo primero para que la sustanciación del procedimiento se cumpla, teniendo el Juez derechos como para determinar, su competencia para conocer y decidir el caso y la cautela solicitada, quien será el Juez comisionado, las horas de practica de la medida cautelar, el derecho a prorrogar o disminuir lapsos y negando solicitudes y peticiones que considere inadecuados al proceso mismo y al thema decidedum.

Por estar en juego una relación jurídica privada corresponde a las partes fijar la materia objeto del litigio, sin que esa frontera impuesta con la demanda y la contestación pueda ser excedida por el Juzgador.

El artículo 11 del código de procedimiento civil señala que el "Juez no puede iniciar el proceso, sino previa demanda de parte...·", para posteriormente fijar, en forma excepcional la opción de actuar de oficio: a) cuando la ley lo autorice; b) cuando se trate de resguardar el orden público; c) cuando sea necesario resguardar las buenas costumbres; y, d) cuando le corresponda dictar una providencia legal, aunque las partes no la hayan solicitado. La iniciación de un proceso civil siempre corresponde a una parte, como también corresponde a las partes probar sus alegatos, tanto los peticionados con la demanda como los opuestos con la contestación, quedando el Juez para lo que les incito a su naturaleza: resolver o sentenciar, que es lo mismo que declarar la voluntad de la ley. La potestad de dictar providencias legales, no implica una facultad inquisitoria del Juez, sino un derecho a ejercer oportunamente, con discrecionalidad y equidad, y en materia de medidas cautelares es evidente que no significa nunca que el Juez pueda decretar medidas cautelares no solicitadas de oficio.

Por su parte el concepto de orden público ha sido utilizado por el legislador con sujeción estricta a lo que impone su naturaleza, aunque con frecuencia las partes la utilizan como calificativo admonitorio a sus requerimientos, disgregando y disipando su esencia y valor.-

3. Empero la afirmación del numeral anterior el decreto cautelar CUMPLIDO no constituye una verdad irreversible, puesto que a petición del solicitante de la medida ella puede ser suspendida revocable, ampliable o sustituible. Pero la parte contra quien obró, dejó caducar su recurso procesal, y sólo podrá levantarla mediante caución o fianza suficiente, que garantice o mejore la situación procesal ya establecida a favor del solicitante de la medida. En todo caso la medida de secuestro nunca es levantable porque ella es consecuencia de una relación vincular entre el derecho subjetivo material y el objeto de la acción intentada. El secuestro sólo procede cuando la acción ejercida es real o cuando se trata de una acción personal sobre bienes determinados. En esta misma dirección se pronuncia Ricardo Henriquez La Roche (Medidas Cautelares, Página 123) quien señala que "el supuesto derecho subjetivo en base al cual se instaura el Juicio en el cual cabe pedir la medida de secuestro constituye indefectiblemente un derecho real o un derecho personal sobre cosa determinada", pues considera que "el secuestro de una cosa se concede siempre con

fundamento al derecho principal de la relación jurídico material que sobre ella pretenda tener el demandante o el demandado, según el caso". De la misma manera Arminio Borjas (Comentarios al Código de Procedimiento Civil venezolano, Tomo IV, Pagina 38), señala que el secuestro debe siempre versar sobre la cosa litigiosa. Para el autor colombiano Hector Quiroga Cubillos (Proceso y Medidas Cautelares, pag. 164) el bien a secuestrar "...ha de ser objeto del proceso en el cual se discuten derechos reales sobre el mismo u otro derecho real principal constituido sobre el bien, directamente o como consecuencia de una pretensión distinta..."

Por ser la cosa secuestrada SIEMPRE la cosa pretendida, no puede admitirse su levantamiento por sustitución en otra garantía.

4. De acuerdo a la transcripción del numeral anterior la conclusión es que la medida preventiva, de cualquier género, no produce cosa juzgada formal o material.

La cosa juzgada es la calidad que adquiere una sentencia cuando por virtud de la ley han quedado agotados todos los recursos legales, generando por sí una verdad indiscutible que debe ser acatada o cumplida, aún en forma coercitiva. Ella es formal cuando se agota dentro del mismo proceso en el que se produce, impidiendo la rediscusión del asunto. Es material cuando se ha afectado el derecho pretendido, o el derecho contenido en la pretensión.

El decreto, por ser decreto, es irrevisable, pasado como haya sido la articulación del contradictorio cautelar, pero el contenido del decreto, la medida, propiamente dicha, dijimos, es sustituible, lo que significa que no existe en el decreto una inmutabilidad ni mucho menos una imperatividad, es decir, la medida no tiene característica de cosa juzgada, llámese formal o llámese material.

5. La medida preventiva es instrumental, no conlleva ni constituye un fin en sí misma. Existe para poder investir al proceso de mayor garantía y de mayor seguridad a los efectos de no hacer ilusorias las pretensiones de las partes que confiados en la jurisdicción se traban en un litigio.

Es una manera de hacer realidad la voluntad concreta de la ley, de asegurar para el proceso y por tanto para el victorioso del mismo, el cumplimiento eficaz y real del resultado jurisdiccional.

Nada que surja o se presente en las incidencias cautelares va a afectar el fin mismo del proceso o la pretensión debatida. No, porque la medida preventiva esta signada de instrumentalidad.

Ella sirve al proceso, pero no le afecta. Ella ayuda y contribuye a la seguridad procesal. Las cacareadas frases de "gravamen irreparable" o de "afectación de lo principal del pleito" es inaplicable al mundo cautelar, y todos los recursos en materia cautelar deben oírse en un solo efecto.

Es cierto que la casación venezolana por auto de fecha 19 de diciembre de 1.968, que ratificó con jurisprudencia del 7 de Diciembre de 1.971_, señaló que las medidas preventivas, en cualesquiera de sus aspectos, eran objeto de casación de inmediato o recurrible en casación,

sin esperar las resultas finales del proceso, pero ello se realizó para la salvaguarda del derecho mismo y no por la afectación con lo denominado LO principal del pleito.

La medida preventiva, como se ha anotado por reputados autores, es la instrumentalidad hipotética del proceso por ser la mejor garantía de la eficacia procesal.

¿Puede separarse la ejecución de los asuntos incidentales referidos a las medidas cautelares, de aquello que constituye lo principal del pleito?.

Aún cuando la relación vincular de una cautela es indisoluble a la suerte de lo principal, mientras lo principal no ha sido decidido lo cautelar puede tener una provisoria existencia independiente, que se subsume nuevamente en la causa:

a) Cuando existe una decisión en el cuaderno principal atrayendo lo cautelar;

b) En el momento en que la sentencia sobre lo principal queda firme, pasada con autoridad de cosa juzgada;

c) Por desistimiento de la cautela por aquella parte que la solicitó;

d)Por ampliación o reducción de la cautela decretada;

e) Por decisiones judiciales declarando haber lugar a oposiciones e impugnaciones;

f) Por sustitución de la medida cautelar cuando se trate de acciones (y por tanto de procedimientos) personales y no reales.-

La independencia y autonomía provisoria de las incidencias cautelares se evidencia en la forma de oír los recursos, oposiciones, impugnaciones, etc. que contra su decreto, o cualquier otra decisión sobre ella se produzca, puesto que, los recursos deben ser oídos en un solo efecto, ya que lo decidido en el cuaderno de medidas, no puede afectar el objeto de la controversia.-

El carácter de instrumentalidad (ver cita de Calamandrei) implica que existe una relación de dependencia o subordinación de la cautela respecto a la resolución definitiva sobre el fondo del asunto en litigio; pues las medidas cautelares "carecen, en efecto, de un valor en si mismo consideradas, teniéndolo solo en relación a la cuestión principal que se discute en el proceso" (Serra y Ramos, Las Medidas Cautelares en el Proceso Civil).-

Cuando se apela de una sentencia definitiva y el expediente pasa a un Superior competente, éste asume plena jurisdicción sobre la causa y el asunto debatido, incluyéndose o conteniéndose todo lo relativo a la cuestión cautelar; de allí que cualquier decisión anterior, aún por otro Tribunal de este mismo grado y jerarquía, referida a la cuestión cautelar, queda atraída por la jurisdicción plena en la causa de ese Superior; y es por ello que puede dictaminar sobre la procedencia o no de la retracción cautelar si fuere el caso, o acometer cualquier asunto sobre la cautela decretada o no, sobre sus efectos, su oposición no decida en la instancia inferior, etc., porque las decisiones que sobre el asunto se hubiere tomado por otro Tribunal competente, no subordina el criterio de éste, ni la libertad, cobertura y autonomía en decidir sobre la causa y sus incidencias, con plena jurisdicción.

Toda resolución judicial tiene en si misma una naturaleza, en primer lugar declarativa, y, en segundo lugar un efecto ejecutivo que puede o no contener elementos coercitivos, sin que pueda pensarse que la materia cautelar se sustrae de ese principio, ya que el decreto cautelar es declarativo y su práctica es la ejecución de lo declarado.- Todo decreto cautelar es declarativo, pero las diferentes medidas tienen forma distinta de materializar o ejecutar aquel decreto. El embargo se materializa en el momento en que se cautela físicamente o con presencia del tribunal bines del demandado. La materialización no significa traslado sino el acto mediante el cual se determina lo embargado y se participa a un notificado, que puede o no ser el afectado judicial, de la cautela.

En materia de secuestro la situación es similar. En las prohibiciones d enajenar y gravar la materialización se produce con la llegada del oficio al registrador competente.-

En las cautelas innominadas la característica declarativa es la misma, pero la ejecuciòn tiene en cada medida un momento distinto y especial, que va desde la toma de conocimiento por el afectado o quien lo represente de la cautela decretada hasta la realización de un acto mediante el cual el Juez o un funcionario ad hoc (vg. El administrador judicial) hacen acto de presencia para notificar de la medida. -

Tales precisiones no son de orden filosófico puesto que tienen trascendencia práctica. Hemos visto ejecución de medida sin el decreto previo, lo cual vicia de nulidad la medida que se ejecuta, aunque quien lo ejecute sea el Juez competente o el funcionario ejecutor en su caso. También hemos visto requerimientos incidentales para que el tribunal declare la existencia fáctica de una cautela y hasta hemos visto una acción principal solo declarativa para que se declare una cautela y en esta última circunstancia se habló de la autonomía del proceso cautelar, de la acción cautelar, pero sin descartar tal opción en materia preventiva de cautelas preventivas, considero que no existe en nuestro derecho suficiente sustentación legal o doctrinal para admitir liberalmente una acción principal de cautela preventiva.-

Con **Manuel Serra Dominguez** (Las Medidas Cautelares en el Proceso Civil, 1974) consideramos que el proceso de declaración mas que ser un beneficio para el poseedor del derecho constituye un obstáculo que impide su inmediata realización, La forzoza dilación del proceso jurisdiccional puede impedir en ocasiones la propia efectividad del derecho y en todo caso contribuye a retrasarlo o hacerlo ilusorio. Las medidas cautelares intentan evitar los peligros inherentes a la imperfección del proceso jurisdiccional procurando garantizar ya desde el momento de la presentación de la demanda e incluso en algunos derechos con anterioridad

En materia de cautela ejecutiva y como resabio de la vieja Actio Judicati utilizada en el periodo formulario del derecho romano en la que el condenado al no cumplir voluntariamente lo ordenado en la sentencia podía ser compelido por esa acción al cumplimiento coercitivo, quedan todavía situaciones parecidas, como es el caso de las decisiones jurisdiccionales en materia inquilinaria cuando se trata del juicio dedesocupación seguido por el Decreto legislativo sobre Desalojo de Viviendas.

Debemos recordar que en el complejo mundo del Derecho Público, las teorías absolutistas se han derrumbado para dar paso a la interacción e interconexión funcional de la actividad

administrativa, permitiendo la existencia de actos propios, pero no privativos, de los diferentes poderes públicos y de sustancia meramente administrativa; por lo cual cada poder público puede emitir actos con competencia, pero de naturaleza distinta a aquella que le es propia, todo ello para mantener vigente y eficaz la universalidad del control a tenor de lo consagrado en el artículo 206 de la Constitución Nacional. Ello significa que se ha establecido una distinción entre las funciones o actividades del Estado y los actos dictados en ejercicio de la función, adoptándose una definición material de las funciones del Estado, basada en la naturaleza de la actividad estatal y no en la forma o el órgano del cual emana

El Poder Ejecutivo por antonomasia, emite manifestaciones de voluntad contenidas en actos administrativos, pero está facultado a su vez para poder emitir actos de naturaleza Jurisdiccional y normativa, todo ello dentro de la esfera de su competencia.

Una función Jurisdiccional emitida por el poder ejecutivo, es aquella emitida por los órganos Inquilinarios del Poder Ejecutivo, denominados actos cuasi-jurisdiccionales, que por el órgano que la emite, es un acto administrativo (de naturaleza orgánica), pero en su contenido, sustancia y teleología, tienen naturaleza jurisdiccional (función jurisdiccional). -

La conclusión es obvia: Las decisiones sobre desalojo, derecho de preferencia y reintegro, son actos administrativos cuasi-jurisdiccionales, o actos jurisdiccionales dictados por los órganos administrativos del poder Ejecutivo.-

En esta dirección la Corte primera de lo Contencioso Administrativo, en sentencia de fecha 20 de Diciembre de 1977 señaló: " la función jurisdiccional, si bien es una función propia de los órganos judiciales, no es una función privativa y exclusiva de los mismos, pues los órganos Estatales también la ejercen ...". La Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil comparte el anterior criterio cuando en fecha 10 de Enero de 1979, declaró que: " cuando la administración pública emite actos de sustancia jurisdiccional.....".

Con estos criterios, se generó la acción de ejecución por medio del cual, las decisiones emanan en primera instancia de la Dirección de Inquilinato del Ministerio de Fomento (hoy Ministerio de Industria y Comercio), o en su defecto de las Alcaldías del Interior del País, son conocidas en grado de instancia superior, por los Juzgados de Distrito en el interior del país, y por los Juzgados Superiores en lo Contencioso Administrativos en el Area Metropolitana de Caracas, a la vez que, las decisiones de estos Tribunales Contenciosos Administrativos, pueden ser recurridas por ante la Corte Primera de Contencioso Administrativo.-

Con esa doctrina y siendo fiel a los principios emitidos la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de fecha 8 de Noviembre de 1989, decretó la ejecutabilidad de las decisiones Inquilinarias, y señaló que la decisión o " el acto es así, un título legitimador de un derecho ", " pues al estar dotado de ejecutoriedad, el acto administrativo no requiere homologación de parte del juez. Su ejecución opera por su propia virtualidad y con los mismos efectos de una sentencia definitiva ". La Corte instó a los Tribunales para que procedieran a la ejecución de la sentencia inquilinaria.

El **artículo 524 del Código de Procedimiento Civil** es del tenor siguiente:

ARTICULO 524.- " *Cuando la sentencia haya quedado definitivamente firme, el tribunal, a petición de parte interesada, pondrá un decreto ordenando su ejecución. En dicho decreto el tribunal fijará un lapso que no será menor de tres días ni mayor de diez, para que el deudor efectúe el cumplimiento voluntario, y no podrá comenzarse la ejecución forzada hasta que haya transcurrido íntegramente dicho lapso sin que se hubiere cumplido voluntariamente la sentencia*.".

Con lo cual, queda determinado que las decisiones jurisdiccionales, al quedar firmes, tienen un lapso de ejecución voluntaria, luego de ello debe realizarse, la ejecución forzosa con la ejecutoriedad que ello supone.-

6. La provisionalidad de la medida cautelar se explica con las anotaciones que ya se han transcrito, pero importa definir en este numeral el significado de su finitud, con el fin de procedimiento cognoscitivo, es decir, cuál es el sentido que ella caduque sin haberse materializado sus efectos en favor del triunfador en la litis. Porque al pasar la sentencia de lo principal del pleito en autoridad de cosa juzgada, dícese que ya la medida cumplió su propósito, y no es así. Es entonces cuando la concretización se inicia en un proceso ejecutivo.

7. La ejecución de la medida cautelar no tiene sede específica. No tiene por que realizarse en sede jurisdiccional o en sede predeterminada. Ella al decretarse puede ejecutarse en cualquier lugar, dentro o fuera de la Circunscripción o del ámbito de competencia del órgano que la dictó, utilizando, cuando fuere posible la comisión en los términos y limitaciones con que lo consagra nuestro Código de Procedimiento Civil.

En la misma forma ella no tiene pre-determinación temporal u oportunidad especial para que proceda, pues durante todo el transcurso del juicio ella procede, requiriéndose sólo de una acción ejercida, de una presunción grave del derecho que se reclama, de un supuesto de procedencia (periculum in mora) o sustitutivamente de una caución. En cualquier estado y grado de la causa puede el Juez decretar medidas cautelares, siempre que el solicitante cumpla los extremos señalados.

Para lograr una definición mas acabada del extremo condicionante requerido por el artículo 585 de nuestra ley procesal referido a la presunción grave del derecho que se reclama, intentaremos ahondar en el significado real de la expresión, comenzando por el análisis de la institución de la presunción, dentro de lo que LUIS MUÑOZ SABATE (La Prueba de la Simulación. Semiótica de los negocios jurídicos simulados) denominó SEMIOTICA, entendida como la ciencia de los indicios, o también de los signos y síntomas, lo que logra el señalado autor acudiendo a la heurística o disciplina metodológica que tiende a la averiguación pre extraprocesal de los hechos para su alegación y probación. Ello, no obstante de los retractores de esta metodología.

Hemos señalado que la presunción es el medio probatorio que permite sacar o inferenciar de un hecho conocido uno desconocido o por conocer, es para Muñoz Sabate la inferencia lógica, el proceso discursivo que permite inducir o deducir de un dato otro dato, o de un hecho otro hecho, que en criterio de BONNIER la inducción que conduce del uno al otro es tal rápida que pasa desapercibida. Para Serra Domiguez(citado por Muñoz Sabate) es una actividad intelectual del juzgador que partiendo de un indicio, afirma un hecho

distinto, pero relacionado con el primero causal o, lógicamente, o mas bien la actividad intelectual probatoria realizada en la fase de fijación por la que se afirma un hecho distinto al afirmado por las partes instrumentales. Aunque muchos autores consideran que toda prueba lleva incito una presunción o dinámica inferencial, integrada por una gama de inducciones y deducciones mas o menos complejas (el mismo autor citado a quien seguiremos en esta parte del trabajo) solo nos atendremos al estudio de la presunción como medio de prueba; y en especial para efectos cautelares, con la calificación de grave en referencia vinculante al derecho subjetivo alegado. En esta dirección la presunción queda integrada por indicios que es una sustancia fáctica que en la litis opera accidentalmente de catalizador lógico al potenciar procesos inferenciales destinados a la fijación de los hechos controvertidos.

Se ha confundido los términos de presunción, indicio, conjetura, sospecha. adminículo etc.; pero, en materia civil, la presunción es el universo o el genero, en tanto que los indicios son las especies que se contienen en aquellas. El indicio es toda sustancia fáctica, cualquier dato de hecho, fuerte o débil, singular o plural que se incardine en el proceso civil, que provoca al juzgador y por tanto así lo piensa el proponente, una asociación de ideas encaminadas a la prueba de otro hecho.

La presunción o aquello que la integra o compone debe provocar una sensación de verdad, de que si no hubiere contienda, antagonismo, controversia, la propuesta que se trata de probar con ella parecería suficiente; pero en verdad NO ES SUFICIENTE. Se dice y el autos citado concurre en esa opción errada que la presunción actúa generalmente, por no decir siempre, sobre una base integrada por unas pluralidad de indicios, ya que uno solo de ellos no tendría casi nunca potencia argumental definitiva , al menos, claro está, en el plano consciente La potencia de los indicios es pues una potencia sindrómica y la estructura de la presunción deviene usualmente y por este mismo motivo bibásica, tribásica, o polibásica. No es definitivo a nuestra manera de ver, que la presunción tenga pluralidad de sus componentes porque la significación y trascendencia de uno, de la hipótesis de la presunción o de varios de ellos entrelazados y correlacionados son los que van a provocar esa sensación de verdad. No es una prueba de verdad, ni una plena prueba, ni tampoco, como dicen algunas sentencias una semiprueba, es una presunción con una teleología definida, suficiente y bastante para provocar esa sensación de verdad. Si es posible, en nuestro criterio, que una presunción, que un indicio tenga la potencia argumentativa y la sustancia suficiente para convencernos de la verdad de un alegato.

Nuestro citado autor expresa que los indicios tienen una característica AXIAL presuponiendo que es necesaria la concurrencia de variados, plurales y fundados indicios señalando que por si solos serían incapaces de inferir el thema, pero que sin ellos toda la restante masa indiciaria se desintegraría. El indicio en el criterio Carneluttiano tiene una naturaleza relativa y accidental, por lo que niega en consecuencia una consideración trascendente o sustancial

Cuando el componente de la presunción, que es el indicio, se presenta ante el juzgador este ve estimulado su pensamiento por lo que de lógico, mas que de psicológico, de ella se infiere. Presumir equivale al acto de pensar inteligentemente, mas sin embargo, la estructura de ese pensamiento, la forma de combinar los datos, en una palabra, la inferencia, todo eso

pertenece al dominio de la lógica (Muñoz Sabaté, ob. cit, pag 59). En términos mas jurídicos podríamos decir que nace en el juzgador un juicio de valor que va a condicionar un criterio que al momento de la decisión se presume ausente.

El Juez y el abogado venezolano sienten retracción por los indicios y por la presunción que de ellos deriva. Cuando se dicta un auto de detención fundado en plurales y concordados indicios de culpabilidad se entiende que el mundo psicológico del Juez ha estado influenciado por factores externos, por un estilo de comportamiento prejuicioso frente al hecho juzgado, por una obediencia muy subordinada frente a la opinión pública que ha extrovertido los hechos que se enjuician, por una intuición nacida al calor de la experiencia por ignorancia supina de la institución o por el poco bagaje jurídico sobre el derecho probatorio, pero casi nuca se piensa que ha habido un juicio de valor, de inteligencia racional y objetiva, de conclusiones lógicas en la decisión tomada.

El autor reseñado habla de la utilización de un efecto pantalla sobrepuesto y en vez de la presunción para justificar una decisión. En materia civil la presunción es recibida con la misma categorización e hipovaluaciòn, con la salvedad en materia cautelar en que con la exigencia del Fumus Boni Iuris o presunción grave del derecho reclamado, que se deriva, casi siempre, de la aportación probatoria inicial, se deciden o decretan actos de cautela en una relación causa a efecto entre lo presumido con las aportaciones probatorias y el telos de la acción perseguida. Aún en materia simulatoria la jurisprudencia ha venido de menos a mas para entender que el síndrome probatorio de las presunciones pueden hacer y en efecto hacen plena prueba del hecho simulatorio.

Entre las características de la presunción se habla que ella responde a fenómenos según la dirección y nivel en que se combinen los instrumentos y los indicios de unos y otros entre si (Muñoz Sabaté, ob. cit., pag 74). Se hablan de los fenómenos de acumulación y concatenación para señalar que la presunción siempre es axial, polibásica, colectiva y plural integrado por una seria de indicios que situados a un mismo nivel se interelacionan e interrefuerzan, de modo que la inferencia resultante viene a constituir no la suma de esos indicios, sino el producto de ellos y que el indicio conocido, visto y existente puede a su vez convertirse en dato instrumental fijativo de otro indicio. Esta concatenación final permite derivar presunción de la misma presunción por razón de lógica coherente y al obtener un dato de otro dato, un hecho de otro hecho, unos desconocido de uno conocido, significa que se ha llevado al mundo consciente del juzgador un juicio de valor que es una verdad hasta que se demuestre lo contrario.

Esta expresión final va a resultar a la postre muy importante al momento de determinar si existe o no una anticipación de opinión o una declaración adelantada del juzgador que le obligue a inhibirse a tenor de los dispositivos de esa institución (art. 82, ord 15 del CPC) , como quedó insólitamente planteado en la sentencia de la Casación venezolana, conocida en el medio forense como el caso café Fama deAmérica", que mediante una decisión de amparo consagra conceptos sobre la cautela que desdicen de la naturaleza cautelar y que mutan su existencia actual.

Las presunciones se han dividido en presunciones medio y presunciones de resultado la primera es un prueba que informa o nutre a otra prueba para que pruebe, que no demuestran

el thema de la prueba, sino otros themas o subthemas distintos relacionados con la Primera (M.S ob cit). Es una prueba instrumental, un facilitador que permite la relación, vinculación o concatenación. Son indicios que pueden ser autónomos o surgir de otra prueba, que por si solos no permiten su valoración. La prueba de resultado es aquella que permite inferir o deducir uno hecho o varios alegados y controvertidos, es la presunción propiamente dicha, tal como la conocemos y la hemos aplicado porque con ella se logra el convencimiento procesal de lo afirmado y fijado por las partes para que traduzca en un hecho cierto e inmutable por decisión de la jurisdicción.

La presunción, muchas veces, no es invocada como prueba por el litigante, ni se refiere a ella como resultado de sus propio acervo probatorio, porque la presunción se induce o se deduce, a veces, espontáneamente del propio acontecer procesal y al ser valorada el Juez no excede su misión ni extralimita su función porque ella ha surgido de la propia aportación probatoria de las partes, aunque no promovida o alegada como tal y es obligación del juzgador, en aras de la justicia y de la seguridad jurídica, valorar esa existencia de autos. En nuestra experiencia forense hemos detectado este genero de presunciones en situaciones de estar representada la parte demandada por un defensor ad litem, quien con un estereotipo genérico de "rechazo, niego y contradigo la demanda tanto en los hechos alegado como en el derecho deducido, mantiene la carga de la prueba en el actor (onus probandi) quien aporta su acopio probatorio para demostrar la verdad de los hechos alegados, que sin embargo en una labor de análisis (para no decir heurístico) se detectan presunciones que desfavorecen los derechos del actor proponente único de pruebas. También hemos observado presunciones deducidas e informadas por las partes en casos de rebeldía o confesiones ficta (expresión que se considera desafortunada porque el ficta viene de ficción y no hecho, como muchas veces se le ha traducido) y donde mas la provoca la propia parte es en la prueba testifical y con motivo del contrainterrogatorio.

Sobre este aspecto, nuestro citado autor al señalar que el indicio entre otras propiedades tiene la universalidad, la disjerarquia y la polivalencia, ha señalado que la disjerarquia metafóricamente permite considerar que los indicios son democráticos en tanto en cuanto su eficacia no depende de la persona o del tribunal que en un momento dado los haya aplicado ni del orden cronológico en que se han ido descubriendo. Ello posibilita que se exponga libremente por el investigador o el probatorista prescindiendo de toda ordenación jerárquica o temporal. Lo que caracteriza al indicio es su potencia lógica, lo que denominaremos logicidad, y esta circunstancia todos sabemos que se encontrará en función del thema litigioso (Muñoz Sabaté, ob. cit pag 105). En orden las propiedades señaladas debe decirse que la universalidad del indicio está determinado porque no sirven solo para un juicio determinado y específico sino para cualquier causa civil y que su polivalencia representa la capacidad del indicio para acodarse a varios themas, hecho o conducta.

Esta presunción, de la cual hemos hablado abundantemente, en materia cautelar requiere que sea GRAVE

8. La medida preventiva decretada en Venezuela puede ejecutarse fuera del país en los términos y condiciones con que en el país de origen se admita la práctica de esta medida o con las limitaciones de los tratados específicos de la República y de las normas del Código de Bustamante. Se atiende en este sentido a la teoría de la reciprocidad.

El 14 de julio de 1.971 la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia decidió que en nuestro ordenamiento legal no cabe ejecución de medidas preventivas mediante rogatorias internacionales de jueces extranjeros, requiriéndose, necesariamente, EXEQUATUR de la solicitud correspondiente (Juicio de Knittax Argentina S.A. contra la Rueca C.A.). En esa oportunidad señaló la Corte que las decisiones que acuerdan medidas cautelares o de ejecución, conllevan otras actuaciones judiciales, las cuales por su naturaleza no pueden calificarse de "actos de mera instrucción" y, por consiguiente, sólo serían ejecutables en Venezuela a solicitud de parte interesada y mediante el cumplimiento de los requisitos y con sujeción al procedimiento señalado por las leyes de la República.

Esta situación corresponde al Derecho Internacional Privado, para lo cual debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el art. 8 de nuestro Código procesal y, por la normativa consagrada en el Libro Tercero, título XlX del mismo Código.

9. La solicitud de una medida cautelar, previo el cumplimiento de los extremos legales, constituyen el ejercicio de un derecho consagrado por la Ley, por lo tanto es de suponerse que ellas por ser causa directa de daños y perjuicios, sólo venciendo en lo principal del pleito a quien solicitó la medida, demostrando que la demanda era, en alguna forma, temeraria, y, siendo que la cautela es INSTRUMENTAL de la demanda principal, la reclamación es más por el daño causado por la demanda en la que la medida sirvió a ella de instrumento para precaver, que por la propia medida, considerada en forma autónoma. Se entiende que cuando un Tribunal acuerda una medida y la decreta, ella se practica legal y lícitamente, y hasta tanto el juicio no termine, no cabe ninguna acción de daños y perjuicios.

No son los efectos del embargo los que causan los daños, sino el vencimiento en lo principal del pleito. No hay actuación dolosa ni culposa en quien lícita y legalmente obtiene una medida de embargo, máxima cuando ella es instrumental.

En todo caso, la acción que pueda inferirse por daños y perjuicios, tiene las siguientes características:

a) ella no puede ni debe proponerse como contrademanda utilizando la institución de la reconvención, porque en ese momento el demandado reconviniente no ha creado derechos a su favor ni se ha causado daño, puesto que ambos sobrevienen sólo cuando el solicitante y practicante de una medida son vencidos y condenados en costas.

b) tampoco puede intentarse una demanda de daños y perjuicios incidentalmente, como apéndice del juicio en que se produjo el daño (por haber sido condenado en costas el solicitante de una medida). Ella tiene que intentarse, en todo caso, en acción principal y en juicio separado y autónomo en el que la Certificación del anterior juicio con la característica de la condena en costas, sea el instrumento fundamental de la demanda.

c) La naturaleza de la acción de daños y perjuicios aún cuando el juicio en que se practicó la medida cautelar lo haya sido mercantil o de otra naturaleza distinta a la civil.

10.- La medida cautelar es instrumental (existen como consecuencia de un proceso vigente), como quedó plasmado, lo que significa, en primer lugar que atiende al principio de la jurisdiccionalidad, es decir que debe generarse, desarrollarse y extinguirse dentro de un proceso jurisdiccional, cuyo nacimiento deviene de una acción de parte. Ello también significa que la medida cautelar no es principal o que no existe la llamada acción cautelar principal; es decir que no existe una acción jurisdiccional única y exclusivamente tendiente a obtener una cautela, con lo cual agota la jurisdicción.

La jurisdiccionalidad implica que fuera de la función jurisdiccional del Estado no pueden existir medidas cautelares, por lo que las medidas garantizadoras y asegurativas de derechos que dicta la administración, además de seguir siendo un acto administrativo, son actos que aunque cautelan siguen teniendo naturaleza administrativa, revocable por la jurisdicción en vía contenciosa, porque el poder jurisdiccional es quien caracteriza y legitima los actos del Estado, como estado de derecho.

El proceso se caracteriza por tener una estructura de actos consecutivos, con formas procesales predeterminadas y preclusivas.

Se inicia de normal con la acción que contiene una pretensión, que a su vez contiene el derecho subjetivo material.

La expresión material de la acción ejercida es la demanda, y es a partir de ella que se construye toda la estructura procesal.

Nuestra ley procesal, por vía de excepción, permite variar la oportunidad de esos actos, como en el caso del retardo perjudicial. En otras opciones la ley crea los denominados procedimientos especiales que significan alteración de esa estructura ordinaria. Más, cuando se trata de medidas cautelares, ella siempre, para la mayoría de los autores patrios, es instrumental, o lo que es lo mismo, que no puede intentarse primero la acción cautelar y luego la demanda principal.

Hay quienes defienden esta acción cautelar basados en los principios generales del proceso y en el simple interés legítimo, contenido en los articulas iniciales del Código Procesal como ALI VENTURINI. Otros, entre quienes se encuentran quien suscribe este trabajo, creemos que, sí existe una acción cautelar principal, nominada y típica: LOS INTERDICTOS. Pero todavía la mayoría se arraiga al concepto axiomático de la instrumentalidad hipotética de la medida cautelar en forma absoluta, sin excepciones.

El principio establecido como característica de las medidas preventivas, supone que exista cuando menos la presunción grave del derecho que se reclama, o por el contrario, que la parte que la haya solicitado diere caución o garantía suficiente. La individual circunstancia que un pretendido poseedor de un derecho acuda a la vía jurisdiccional, reclamando la actitud legal correspondiente, no traduce que aquel pretendido derecho esté fundado en causa cierta, sean verdad los hechos que la conforman y tengan el fundamento legal correspondiente. Sólo la sentencia definitivamente firme, pasada con autoridad de cosa juzgada, es la que determina, desde el punto de vista de las leyes venezolanas, la existencia de aquel derecho y la razón de su fundamento. Por ello es necesario que para que la medida pueda decretarse, sin que cause perjuicio real, exista cuando menos la presunción grave del

derecho reclamado o el accionante diere caución o garantía suficientes. Presunción no significa prueba ni verdad, sólo inicio y posibilidad, pero ella permite atisbar en la inteligencia del juzgador que la acción no es de temeridad evidente, y que la intención no es lesionar la integridad personal del requerido, sino salvaguardar presuntos derechos del pretendiente, y aún, los del mismo demandado; ya que la obtención de una medida preventiva no está limitada ni privilegiada solamente al actor, sino que el propio demandado puede obtener contra su acreedor pretendiente, la medida cautelar que garantice los perjuicios que aquel proceso le pueda causar. Es más, la llamada presunción grave del derecho reclamado, no es una condición aislada, sino que en nuestras leyes, y en la mayoría de los códigos procesales, ella va acompañada de los supuestos que señalan para que cada medida preventiva, pueda ser decretada, con la casi universal excepción de estar fundada esa presunción grave en documento público o auténtico.

Es costumbre que, casi simultáneamente con el ejercicio de la acción se solicite y se obtenga el decreto de medida cautelar, sin que tal característica convertida en costumbre signifique que el decreto y práctica de la medida preventiva tengan oportunidades preclusivas. Ellas pueden ser dictadas, decretadas y ejecutadas en cualquier estado y grado de la causa, en cualquier momento del juicio, durante cualquier incidencia; contenidas solamente en el tiempo por el momento en que se haya dictado sentencia definitivamente firme, en que las medidas cautelares, precautelativa, se transforman en herramientas ejecutivas de corta acción, para que una sola de las partes, el triunfador, pueda obtener lo que en derecho le corresponde. No quiere ello decir que la medida cautelar es indefinida o infinita, pues, ella tiene limitación temporal en cuanto a la existencia del juicio mismo. Se extingue ipso jure en el momento en que se dicta la sentencia y ésta queda pasada con autoridad de cosa juzgada. Por otra parte las medidas cautelares son susceptibles de revocación, alteración, sustitución y extinción por vía de composición procesal.

Cada nación tiene su derecho, sus leyes, sus normas, sus reglamentos distintos o distinguidos de los que cualquier nación vecina o no, pueda poseer, son leyes que garantizan la dinámica social, el flujo de los hombres, la existencia de derechos y obligaciones, la libertad misma y el orden social y la paz. Pero por encima de este derecho positivo, específico y territorial, existen los valores que aún no compartidos, tienen que ser respetados, y surge así, el Derecho Internacional Público y Privado, las relaciones entre naciones y entre los ciudadanos de esas naciones, garantizándose, que el puro concepto o aun la más ambigua decisión del Estado a través de su órgano de cualquier nación, puede ser respetada y cumplida. Las medidas preventivas dictadas en garantía de los derechos de litigantes en una controversia cualquiera pueden ser ejecutadas y practicada en cualquier nación soberana del universo a través del mecanismo del derecho internacional privado, previo el cumplimiento de los requisitos de tal derecho y de los que le son propios a la nación donde deba ejecutarse. Así como las medidas preventivas no tienen oportunidades preclusivas, tampoco tienen espacio predeterminado, y la existencia de bienes patrimoniales en cualquier parte del orbe son la garantía que el propietario o tenedor de tales bienes ofrece a sus acreedores de cualquier parte del mundo. Una medida preventiva dictada por un Tribunal de Caracas puede ejecutarse en París o en Liverpool, como podría ejecutarse en Paraguaipoa o en San Fernando de Apure. Sólo así la medida cumplirá su misión elemental. Este principio, como todo, tiene sus excepciones que no vamos a analizar.

La ejecución de un decreto de medida preventiva, salvo por vía de excepción cuando así lo ordenen las leyes expresamente, pueden ser sustituidas. Por vía negativa digamos que las excepciones que determinan los bienes insustituibles en la práctica de una medida preventiva, tienen que estar determinados expresamente, en tanto que de no serlo, el patrimonio general constituye la garantía común de los acreedores. Cuando se ejerce una acción fundada en el dominio reservado, la medida de secuestro, que en principio debe garantizar aquella acción, está dirigida a un bien especificado, de la misma manera que el decreto de una medida de secuestro en materia inquilinaria está fijada a un específico y distinguido bien. La determinación absoluta del bien afectado por una medida preventiva constituye la excepción en tanto que el patrimonio general del requerido, deudor o demandado, si fuera el caso, es la prenda común de todos sus acreedores por cualquier causa y sin que ello signifique un desmedro de los privilegios que tratan nuestras leyes sustantivas.

La medida preventiva es una condición de existencia de un juicio y aún cuando autores como CHIOVENDA, señalan que el "poder jurídico de obtener una de estas resoluciones es una forma en sí misma de acción (acción aseguradora); y es pura acción, que no puede considerarse como accesoria del derecho garantizado porque existe como poder actual, todavía no se sabe si el derecho garantizado existe, y sin embargo, el demandado, no tiene ninguna obligación de cautela con anterioridad a la resolución del juez"; en nuestro Código Procesal no ha sido aceptada tal tesis, es más no aparecen ni siquiera en estado contemplativo, consideraciones acerca de acciones puras, y mucho menos, cuando se trata de medidas preventivas que tienen que estar condicionadas a que exista un derecho reclamado y una controversia planteada. Las medidas preventivas no constituyen un fin en sí mismas, sino que están ineluctablemente condenadas a facilitar las garantías que permitan el cumplimiento de la decisión jurisdiccional. Es lo que llamaría CARNELUTI la instrumentalidad hipotética del proceso.

En el estudio más a fondo de la medida preventiva surgen disquisiciones del orden teórico sobre la accesoriedad de estos instrumentos legales, pues señalan exégetas de la materia que algunas medidas calificadas como cautelares constituyen un fin en sí mismos y que por tanto no pueden tipificárseles dentro de los principios expuestos como es el caso de la llamada pensión de alimentos o de la litis expensas.

En el procedimiento ordinario de nuestro derecho procesal no aparece configurada como acción autónoma y por lo tanto un presunto acreedor no puede acudir a la vía jurisdiccional y ejercer la acción de embargo, de secuestro o de prohibición de enajenar y gravar bienes. En nuestro derecho procesal está condicionada a la existencia de un procedimiento natural, siempre y cuando se haya acompañado a la acción, elementos suficientes que constituyan presunción grave del derecho que se reclama.

NOTIFICACIÓN DEL AFECTADO. PLAZO

Para visualizar el material de estudio.

“Hacer clic en este enlace Presupuestos”

¿QUIÉN FIRMA LA CÉDULA?

Artículo 137 - firma de la cédula. La cédula será suscrita por el letrado patrocinante de la parte que tenga interés en la notificación, o por el síndico, tutor o curador ad litem, en su caso, quienes deberán aclarar su firma con el sello correspondiente. La presentación de la cédula en la presentación de la cédula en la Secretaría, importará la notificación de la parte patrocinada o representada.

Deberán ser firmadas por el secretario las cédulas que notifiquen providencias que dispongan sobre medidas cautelares o la entrega de bienes, y las que correspondan a actuaciones en que no intervenga letrado patrocinante.

El juez podrá ordenar que el secretario suscriba las cédulas cuando fuere conveniente por razones de urgencia o por el objeto de la providencia.

¿DESDE CUÁNDO SE CUENTA EL PLAZO DE TRES DÍAS?

Artículo 498 - Tramite. - En los casos en que se promoviere juicio sumarísimo, presentada la demanda, el juez, teniendo en cuenta la naturaleza de la cuestión y la prueba ofrecida, resolverá de oficio y como primer providencia si corresponde que la controversia se sustancie por esta clase de proceso. Si así lo decidiere, el tramite se ajustará a lo establecido para el proceso sumario, con estas modificaciones:

1) no serán admisibles excepciones de previo y especial pronunciamiento, ni reconvención.

2) todos los plazos serán de tres días, con excepción del de contestación de la demanda, y el otorgado para fundar la apelación y contestar el traslado del memorial, que serán de cinco días;

3) para la prueba que solo pueda producirse en audiencia, esta deberá ser señalada para dentro de los diez días de contestada la demanda o de vencido el plazo para hacerlo;

4) no procederá la presentación de alegatos;

5) sólo serán apelables la sentencia definitiva y las providencias que decreten o denieguen medidas precautorias. La apelación se concederá en relación, en efecto devolutivo, salvo cuando el cumplimiento de la sentencia pudiere ocasionar un perjuicio irreparable en cuyo caso se otorgará en efecto suspensivo;

6) en el supuesto del Artículo 321, inc. 28 la demanda rechazada, únicamente podrá reproducirse si tuviere lugar un nuevo acto, cuya reparación no pueda obtenerse por vía de ejecución de sentencia.

SENTENCIA Y RECURSOS ORDINARIOS

El recurso de apelación es un recurso ordinario que procede en materia contencioso administrativa contra las sentencias de primera instancia y contra cierto tipos de autos expedidos dentro de un proceso igualmente de primera instancia, a través de este recurso el superior jerárquico conoce el proceso y una vez estudiado puede tomar la posición de confirmar el fallo o el auto dependiendo el caso, adicionarlo o revocarlo.

El recurso de apelación procede contra los siguientes autos, siempre que sean dictados en primera instancia, ya sea por jueces o tribunales administrativos de conformidad con lo señalado en el artículo 243 del código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo:

1. El que rechace la demanda.
2. El que decrete una medida cautelar y el que resuelva los incidentes de responsabilidad y desacato en ese mismo trámite.
3. El que ponga fin al proceso.
4. El que apruebe conciliaciones extrajudiciales o judiciales, este recurso solo podrá ser interpuesto por el ministerio público.

Además de los autos mencionados existen otros que son susceptibles de apelación, pero solamente cuando sean dictados en primera instancia por los jueces administrativos, dentro de los cuales esta el que resuelva sobre la liquidación de una condena o liquide perjuicios, el que decreta nulidad procesal, el que niega la intervención de terceros, y por ultimo el que niegue el decreto o la practica de una prueba pedida oportunamente.

El tramite del recurso de apelación de autos va a depender del momento en que este se profiera y de la forma en que se efectúe su notificación; cuando el auto sea proferido en audiencia el recurso deberá presentarse en la misma diligencia y fundamentarse allí mismo, en ese mismo momento procesal se le debe dar a las demás partes traslado de este para que se manifiesten al respecto, el juez o magistrado según el caso debe manifestar la aceptación o la negativa del recurso en la misma diligencia.

Por otro lado cuando el auto se notifica por estado, se tienen tres días siguientes a la notificación para presentar el recurso y sustentarlo por escrito, a diferencia de lo que se manejaba antes de la expedición de la ley 1437 de 2011, ya que antes el recurso de apelación se podía sustentar ante el superior, de igual forma se le debe dar el traslado a la otra parte para que se pronuncie al respecto y el juez se debe pronunciar sobre la procedencia o no del recurso. Cuando se trata de apelación de sentencias el término para interponer y sustentar el recurso es de diez días siguientes a la notificación

REPOSICIÓN Y APELACIÓN

MEDIDAS CAUTELARES - Recurso de apelación contra auto que las decreta se decide en la sentencia de segunda instancia / ACCION POPULAR - Medidas cautelares / MEDIDAS CAUTELARES - Acción popular / MEDIDAS CAUTELARES EN ACCION POPULAR - Recursos / MEDIDAS CAUTELARES EN ACCION POPULAR - Prevención de un daño inminente

Sea lo primero advertir que al tenor del penúltimo inciso del artículo 354 del C. de P.C. en ésta providencia se resuelven los recursos de apelación interpuestos contra el auto que decretó medidas cautelares, y respecto de la sentencia de primera instancia. El artículo 25 de la Ley 472 de 1998 permite el decreto de medidas cautelares, de oficio o a petición de parte, antes de notificada la demanda o en cualquier estado del proceso, con el propósito de prevenir un daño inminente o para hacer cesar el que se hubiese causado. Además, el artículo 26, ibídem, señala que contra el auto que ordena las medidas cautelares proceden los recursos de reposición y apelación. Así mismo dispone que tales recursos se concederán en el efecto devolutivo. (…) Los documentos anteriores permiten inferir, en principio, la existencia de dificultades de alguna envergadura en el cruce peatonal de la avenida 127 frente a la Clínica Reina Sofía, incluso puestas de presente por la comunidad en repetidas ocasiones y de tiempo atrás, que eventualmente pueden comprometer de manera cierta los derechos colectivos de la comunidad. Por tanto, la decisión de adoptar medidas cautelares resulta de recibo dado el propósito que las caracteriza de prevenir un daño inminente.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL – ARTICULO 354 / LEY 472 DE 1998 – ARTICULO 25 / LEY 472 DE 1998 – ARTICULO 26

LEGITIMACION EN LA CAUSA ACTIVA - ACCION POPULAR / ACCION POPULAR - Puede ser ejercida por cualquier persona

En cuanto a la falta de legitimación por activa del actor por no pertenecer a la población discapacitada en beneficio de la cual solicita la construcción de rampas para acceder al paso peatonal, propuesta por el IDU, estima la Sala pertinente recordar que la acción popular puede ser ejercida por cualquier persona natural o jurídica, toda vez que el hecho de que el actor no haga parte de la población discapacitada no es óbice para que invoque la protección de los derechos colectivos. De acuerdo con lo precisado anteriormente, no prospera la excepción de falta de legitimación por activa propuesta por el IDU.

FUENTE FORMAL: LEY 472 DE 1998 – ARTICULO 12

NOTA DE RELATORIA: Sobre la legitimación en la causa por activa en la acción popular: Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 22 de enero de 2009, Rad. 2005-03006(AP), MP. María Claudia Rojas Lasso y sentencia 12 de marzo de 2009; Rad. 2005-03482, MP. María Claudia Rojas Lasso.

ACCION POPULAR - Intervención de terceros. Coadyuvancia / ACCION POPULAR - Adición de nuevas pretensiones a la demanda por terceros

En lo referente al coadyuvante y a su escrito, es oportuno precisar si la solicitud de adicionar la demanda por parte de terceros, es procedente en los procesos tramitados ante la jurisdicción contencioso administrativa. Sobre el contenido de dicho escrito, y específicamente, acerca de la solicitud de adicionar la demanda en sus pretensiones, observa la Sala que el citado coadyuvante, pretende agregar a la demanda la instalación de un CAI de Policía con el que se garantice la seguridad de los peatones y los habitantes del sector, amparando de ésta manera su derecho a la vida y a la propiedad. Al respecto, resalta la Sala que quien concurre al litigio después de haberse promovido la acción popular por diferente persona, sólo puede acogerse al proceso dentro de los términos en que ésta presenta la demanda. Se advierte que ningún tercero puede extenderse en la materia discutida, los móviles o las consecuencias del proceso. Es decir, es el actor, quien en la demanda fija el litigio, no el tercero. En vista de lo anterior, la Sala negará la solicitud del coadyuvante de adicionar las pretensiones de la demanda, toda vez que como se dijo antes a los coadyuvantes no les es dable modificar el litigio fijado por el actor en la demanda.

VULNERACION DE LA SEGURIDAD PUBLICA - Inexistencia de paso peatonal en la Clínica Reina Sofía. Hecho superado / VULNERACION AL GOCE DEL ESPACIO PUBLICO - Inexistencia de paso peatonal en la Clínica Reina Sofía. Hecho superado / HECHO SUPERADO - Incentivo

Estima la Sala que existió la vulneración de los derechos colectivos a la seguridad pública y al goce del espacio público, pues, aún cuando al momento de proferirse la presente sentencia ya la Administraron Distrital y las entidades demandadas realizaron todas las medidas necesarias para que cesara la vulneración, fue con ocasión de la presentación de la acción popular que se llevaron a cabo dichas adecuaciones. Recuerda la Sala que el paso peatonal a nivel que existía con anterioridad a la presente acción popular, en la vía en cuestión, fue instalado por la misma comunidad y no contaba con las medidas mínimas que garantizaran la segura movilidad de los transeúntes, hecho ante el cual las entidades demandadas asumieron una conducta negligente y omisiva, pues sus gestiones debieron orientarse a habilitar un paso peatonal ajustado a las normas del Código Nacional de Tránsito, semaforizado y con la señalización vial correspondiente. Ahora bien, sobre la existencia de la vulneración de los derechos colectivos y el cese de la misma, observa el Despacho que a folio 6 del expediente consta que la demanda fue presentada el día 22 de octubre de 2003. Posteriormente, según se infiere del memorial visible a folio 585 a 592 del cuaderno principal, de 30 de septiembre de 2009, la Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá, en calidad de parte demandada, certificó que ya fue instalado definitivamente desde el día 18 de febrero de 2009, un paso peatonal semaforizado en la Avenida Calle 127 entre carreras 29 y 32 (Reina Sofía). Lo anterior permite concluir a la Sala que existió vulneración al derecho colectivo y fue gracias a la gestión del actor popular que se dicto sentencia estimatoria de las pretensiones, con ocasión a la cual la Administración adoptó las citadas medidas, motivo suficiente para que la Sala considere que si existió vulneración de los derechos colectivos a la seguridad pública y al espacio público, y en consecuencia, debía reconocer el incentivo al actor popular.

AUSENCIA DE PUENTES PEATONALES - No conlleva por si misma violación del derecho a libre tránsito en condiciones seguras / DERECHOS COLECTIVOS - Ambito de protección / SEGURIDAD VIAL - Medidas para contrarrestar riesgos / PEATONES - Medidas de protección

En relación con el adelantamiento de obras civiles para pasos a desnivel la Sala ha dicho que la falta de puentes peatonales para cruzar vías públicas, no conlleva por sí misma la violación del derecho al libre tránsito peatonal en condiciones seguras, si en el lugar se cuenta con soluciones cercanas que lo garanticen. Se ha advertido igualmente que el ámbito de protección de los derechos colectivos no está dado por un único y específico medio a menos que se demuestre que los medios alternativos existentes son ineficaces y que la amenaza o el riesgo contingente están directamente asociados al medio faltante. De igual forma se ha puesto de manifiesto que en asuntos de seguridad vial, los medios de seguridad utilizados para contrarrestar los riesgos de accidentes de transeúntes y conductores no son imperativos y sólo se requiere que las medidas implementadas sean suficientes para proteger los derechos colectivos. Es así como en el caso de protección a los peatones, la construcción de un puente peatonal no es la única forma de amparar los derechos colectivos, pues, por ejemplo, la prolongación del separador y la señalización vial han sido medios aptos para evitar accidentes. De lo anterior se tiene que, en el caso objeto de estudio, no era procedente ordenar la construcción de un puente peatonal porque se cuenta con algunas señales, se ha ordenado en el fallo, la instalación, entre otras, de dispositivos para control de velocidad, la semaforización y la adopción de medidas de regulación del tránsito en la vía, previstas igualmente como alternativas idóneas para garantizar un tránsito peatonal y vehicular seguro.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la violación del derecho al libre tránsito peatonal en condiciones seguras por ausencia de puentes peatonales: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 23 de agosto de 2001, Rad. AP-2001-01136, MP Germán Rodríguez Villamizar. Sobre las medidas de protección a los peatones: Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 16 de mayo de 2007, Rad. AP-2004-00014, MP. Camilo Arciniegas Andrade.

ACCION POPULAR - Orden de gasto público / PRINCIPIO DE LEGALIDAD DEL GASTO PUBLICO - No se desconoce por órdenes de acción popular

Ahora bien, sobre la consideración de los apelantes, según la cual es necesario realizar las apropiaciones presupuestales para llevar a cabo el cumplimiento de la sentencia de primera instancia, ciertamente las obras públicas deben encontrar respaldo en el presupuesto y en los planes de ordenamiento y desarrollo. Pero ello no es óbice para dejar de amparar derechos colectivos amenazados o conculcados como consecuencia de la no ejecución de las mismas. Situaciones como la aquí planteada, generan la vulneración de derechos colectivos ante la que la intervención del Juez como ordenador de erogaciones públicas no contempladas en el presupuesto y en los planes de desarrollo de las entidades territoriales resulta razonable, pues va encaminada a la protección de los derechos e intereses colectivos conculcados, es decir, en dicho contexto no se configura por parte de la rama judicial el desconocimiento del principio de legalidad del gasto público. Así las cosas, la Sala en reiteradas oportunidades ha sostenido que las razones de orden económico o presupuestal no excusan a la administración del cumplimiento de sus obligaciones sobre todo cuando

está de por medio la satisfacción y garantía de derechos colectivos, como ocurre en este caso, siendo lo procedente que la autoridad pública efectúe las gestiones de todo orden, en especial las administrativas y financieras, indispensables para lograr los recursos necesarios con miras a que, dentro de un tiempo razonable, sin dilaciones injustificadas, se materialice la solución de las necesidades colectivas.

NOTA DE RELATORIA: Sobre las órdenes de gasto público en acción popular: Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 25 de octubre de 2001, Rad. 2000-0512(AP), MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

CONSEJO DE ESTADO

Sala de lo contencioso administrativo

SECCION PRIMERA

Consejero ponente: MARCO ANTONIO VELILLA MORENO

Bogotá, D.C. veintisiete (27) de mayo de dos mil diez (2010)

EXTRACTO JURISPRUDENCIAL – NUEVA LEGISLACIÓN.

El artículo 25 de la Ley 472 de 1998 permite el decreto de medidas cautelares, de oficio o a petición de parte, antes de notificada la demanda o en cualquier estado del proceso, con el propósito de prevenir un daño inminente o para hacer cesar el que se hubiese causado.

Además, el artículo 26, ibídem, señala que contra el auto que ordena las medidas cautelares proceden los recursos de reposición y apelación. Así mismo dispone que tales recursos se concederán en el efecto devolutivo.

También resulta menester recordar que la apelación, interpuesta en subsidio del recurso de reposición, recae solamente sobre las medidas cautelares decretadas en el numeral 1 y sus subdivisiones del auto de 19 de marzo de 2004, por cuanto el a-quo revocó, por vía de reposición, los numerales 2 y 3 del mismo proveído que contenían otras medidas cautelares.

Radicación número: 25000-23-27-000-2003-02137-01(AP)

Actor: JOAQUIN AUGUSTO BEDOYA RODRIGUEZ Y OTROS

Demandado: DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE PLANEACION DISTRITAL Y OTRO

Referencia: APELACION AUTO. ACCION POPULAR. ACUMULADO 25000-23-27-000-2003-02137-02

Se deciden los recursos de apelación, interpuestos por los apoderados de la Alcaldía Mayor de Bogotá y su Secretaría de Tránsito y Transporte, contra el auto proferido el 19 de marzo de 2004 por la Sección Cuarta, Subsección "B", del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante el cual se decretaron medidas cautelares; y por los apoderados de la Alcaldía Mayor de Bogotá, su Secretaría de Gobierno y el Instituto de Desarrollo Urbano-IDU, respecto de la sentencia proferida el 27 de enero de 2005 por esa misma Corporación Judicial que amparó los derechos colectivos y reconoció a los actores un incentivo equivalente a diez salarios mínimos legales mensuales.

I. ANTECEDENTES

I.1-. LA DEMANDA.

La abogada **DIANA MARCELA BEDOYA RODRIGUEZ**, en su propio nombre, y en representación de los señores **JOAQUIN AUGUSTO**, **LIBARDO BEDOYA RODRIGUEZ y ORESTES GUARIN RIVEROS**, presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en ejercicio de la **ACCION POPULAR** consagrada en el artículo 88 de la Carta Política, desarrollado por la Ley 472 de 1998, contra el **DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE PLANEACION DISTRITAL** y el **INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO IDU**, con el fin de obtener la protección de los derechos colectivos al goce de un ambiente sano, al espacio público, a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente, al acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública, y a la realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando disposiciones jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes.

I.2-. LOS HECHOS.

1º. En la carrera 31 No. 125ª - 23, frente a la Clínica Reina Sofía, no existe puente, sendero, ni semáforo peatonales que protejan la vida de la gran cantidad de personas que a diario atraviesan la calle 127 de norte a sur o viceversa, por lo que el sector se ha constituido en una zona de alto riesgo debido al elevado índice de accidentalidad.

2°. La vía pública no tiene una infraestructura adecuada para proteger la vida de los transeúntes, más aún si se tiene en cuenta que las calzadas de oriente a occidente y viceversa se encuentran divididas por un caño de aguas negras impidiéndole al peatón atravesarlas pues debe trasladarse al frente de la clínica Reina Sofía, donde termina el caño, dejando en su parte superior una pequeña zona en la cual los caminantes deben juntarse a esperar que disminuya la afluencia de vehículos para pasar de un lado a otro.

3°. La ubicación de la clínica en este sector agrava la situación porque se incrementa el número de personas que a diario transitan por ahí para tomar el puente que atraviesa la autopista norte, muchas de ellas de la tercera edad, con movilidad reducida o discapacidad sensorial, física o mental, que no pueden esquivar de la misma manera los vehículos que transitan con gran velocidad por la vía.

4°. El riesgo no solo lo corre el peatón sino también los conductores y pasajeros de los vehículos públicos y particulares que a diario se desplazan por el lugar, debido a que deben esquivar a las personas que se lanzan a la calle, de un lado y otro de la calzada, con el fin de atravesar la vía.

I.3-. ADMISIÓN DE LA DEMANDA, NOTIFICACIÓN Y COADYUVANCIA.

La demanda se admitió mediante auto de 24 de octubre de 2003 y se ordenó notificarla al Alcalde Mayor de Bogotá, D.C., al Director del Instituto de Desarrollo Urbano IDU, al Director del Departamento Administrativo de Planeación Distrital, y al Secretario de Tránsito y Transporte de Bogotá, D.C.

Posteriormente fue coadyuvada por el señor **YEZID LOZANO PUENTES** quien aportó pruebas y solicitó la práctica de otras, así como también que se ordenara la construcción de un CAI en el lugar de los hechos.

I.4. LAS PRETENSIONES.

Los actores pretenden:

"**1.** Que se ordene a los demandados a construir un puente o sendero peatonal, señalizarlo y semaforizarlo, tal y como lo establece la ley y los diferentes ordenamientos sobre planeación urbanística, para que se de cumplimiento a las normas de accesibilidad al espacio público, y el derecho a la libre circulación de las personas.

2. Que se ordene a los demandados al pago de las costas y multas que ordena la ley.

3. Que se ordene a los demandados al pago a favor de los demandantes de los incentivos previstos en la Ley 472 de 1998, art. 39 y 40."

II.- LAS CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

II.1. LA ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ D.C., se opuso a las pretensiones de la demanda, pues, a su juicio, no se encuentra acreditada en el expediente la vulneración de los derechos colectivos cuyo amparo solicitan los actores, y las conductas atribuidas a los demandados mal pueden enmarcarse dentro de potenciales o reales peligros amenazantes o lesivos de derechos colectivos.

Sostuvo que no ha incurrido en omisión alguna por cuanto existe señalización y mecanismos de seguridad para la regulación del tránsito en el lugar de los hechos, aparte de contar con la presencia de guías cívicos. Dejó en claro que, por el contrario, los conductores desatienden tanto las normas de tránsito como las normas de convivencia que imponen dar prelación al peatón, sin que exista la pretendida y absurda solución de situar un policía o un agente de la administración en cada calle para vigilar el comportamiento de los ciudadanos, o construir un puente peatonal en cada sector donde se presente un conflicto entre peatón y vehículo.

II.2. EL INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO – IDU, contestó la demanda y también se opuso a sus pretensiones.

Destacó que pese a la inexistencia de paso peatonal a desnivel o sendero semaforizado no se encuentra probado siquiera sumariamente por los actores que la vida de los transeúntes del sector se encuentre desprotegida.

Informó que la infraestructura existente permite cruces seguros a través de las zonas bajas del puente vehicular de la diagonal 127 y el semáforo de la diagonal 127 por avenida 19.

Puntualizó que el estudio de los cruces peatonales es una gestión que debe efectuarse no solo por él, sino de manera institucional en conjunto con la Secretaría de Tránsito y Transporte, y el Departamento Administrativo de Planeación.

Concluyó que no ha incurrido en hechos violatorios de derechos colectivos pues ha cumplido con todas las actuaciones y operaciones administrativas, las cuales deben estar acorde con los parámetros de priorización, planeación y disponibilidad del gasto, con lo que no se cuenta en este caso concreto, razón por la cual ha propuesto a los interesados y beneficiados directamente con la obra que colaboren de manera efectiva con la administración.

Con fundamento en lo anterior propuso la excepción de "Cumplimiento de las funciones de la entidad con arreglo a las limitaciones de orden presupuestal y planeación del gasto".

II.3. LA SECRETARÍA DE TRÁNSITO Y TRANSPORTE DE BOGOTÁ, afirmó que lejos de incurrir en la transgresión de derechos colectivos, está abogando por una mejor calidad de vida de los ciudadanos, a través de campañas publicitarias y pedagógicas, con la intervención coordinada de la Policía Metropolitana de Tránsito y los agentes bachilleres guías de tránsito, con miras a incentivar el respeto a las normas, en particular las que imponen prohibición a los peatones y limitaciones a peatones especiales, la obligación de transitar por carriles demarcados, el respeto a los conglomerados y a los derechos de los peatones, la observación de los límites de velocidad, etc.

II.4. LA CLÍNICA COLSÁNITAS, vinculada al proceso, manifestó que se dedica a realizar actividades para la salvaguarda de la salud de los pacientes que potencialmente llegan a su institución, razón por la cual no tiene responsabilidad alguna en los hechos, ni mucho menos frente a personas indeterminadas que transiten por la zona, pues a ella no le corresponde señalizar o semaforizar, ni siquiera prevenir accidentes.

Resaltó que los particulares no pueden recibir más cargas legales que las que le atribuye el legislador, y destacó el cumplimiento por su parte de las obligaciones correspondientes, tales como el pago de impuestos, tributaciones nacionales, distritales, cancelación de servicios, etc.

Planteó que el Distrito Capital no puede delegar en los particulares sus obligaciones, máxime cuando el artículo 3° del decreto Ley 1421 de 1993, dispone que a la Administración Distrital le corresponde cumplir las funciones y prestar los servicios a su cargo, promover el

desarrollo integral de su territorio y contribuir al mejoramiento de la calidad de vida de sus habitantes.

III. LA AUDIENCIA DE PACTO DE CUMPLIMIENTO

Se declaró fallida ante la ausencia de fórmula o proyecto de acuerdo. (Art. 27 literal b) Ley 472 de 1998).

IV. FUNDAMENTOS DE LAS DECISIONES APELADAS.

IV.1. EL AUTO APELADO.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante proveído del 19 de marzo de 2004, ordenó las siguientes medidas cautelares:

> "1. Ordenar a la **Alcaldía Mayor de Bogotá – Secretaría de Transito y Transporte de Bogotá D.C.,** para que dentro del término de 48 horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, proceda a:
>
> 1.1. De conformidad con la legislación vigente, impedir la detención o estacionamiento de vehículos en la Avenida 127 con carrera 31 frente a la Clínica Reina Sofía. Para tal efecto se deberá:
>
> 1.1.1. Implementar la señalización de prohibición en esa zona.
>
> 1.1.2. Disponer de la presencia de un agente de tránsito y de auxiliares de ser necesario, para velar por el cabal cumplimiento a esta orden e imponer las sanciones a que haya lugar.
>
> 1.2. Se establezca el paradero de buses, taxis y demás vehículos en la Avenida 127 entre carreras 29 y 30.
>
> 1.3. Se proceda a adecuar el sardinel y realizar la demarcación en forma provisional de los pasos peatonales (cebras) sobre la avenida 127 frente a la clínica Reina Sofía, en ambos costados.
>
> 1.4. Se entreguen circulares de estas medidas a las compañías de transporte público municipal que presten sus servicios en el Distrito Capital.
>
> 1.5. De las anteriores gestiones o actividades, deberá darse informe de su cumplimiento a esta corporación.
>
> "2. A la **Alcaldía Mayor de Bogotá – Instituto de Desarrollo Urbano IDU,** para que dentro del término de 48 horas contadas a partir de la notificación de este proveído, proceda a hacer los estudios para que en un lapso no superior a tres (3) meses, realice la construcción del paso peatonal sobre el canal ubicado en la Avenida 127 con carrera 31, atendiendo lo sugerido por la Secretaría de Tránsito y Transporte de Bogotá D.C., en el oficio No. ST-07-

04-5669-03 de 27 de octubre de 2003, una vez adecue el sardinel para el tránsito de los peatones de todo tipo.

Del cumplimiento de lo anterior se debe dar informe a esta Corporación en el término oportuno.

"3. A la **Alcaldía Mayor de Bogotá – Policía Metropolitana de Bogotá,** para que dentro del término de 48 horas contadas a partir de la notificación de este proveído, proceda a realizar los estudios y apropiaciones pertinentes tendientes a la construcción de un Centro de Atención Inmediata (CAI) que tienda a propender por la seguridad de esta zona de la ciudad.

Del cumplimiento de lo anterior, se deberá dar informe a esta Corporación en el término oportuno."

Decretó tales medidas cautelares por cuanto, de conformidad con el acervo probatorio, concluyó que los usuarios habituales de la zona, entre quienes figuran los enfermos atendidos en la Clínica Reina Sofía y en los consultorios adyacentes, los estudiantes de los colegios como el Italiano y la comunidad en general, se ven expuestos a un peligro latente al realizar el cruce en cuestión, lo que no solo conlleva un riesgo para su salud sino para la vida, tal como se desprende de los operativos adelantados en el lugar por algunos organismos del Estado.

De la decisión mayoritaria se apartó una de las integrantes de la Sala quien salvó su voto en relación con las ordenes impartidas en los numerales 2 y 3, al estimar que lejos de ser actos de aseguramiento para contrarrestar el peligro inmediato, como correspondería a una medida cautelar, resultan verdaderos actos definitivos no pertinentes en esta etapa del proceso, además de no consultar los principios de programación y planeación de la inversión pública.

Posteriormente por vía de reposición se revocaron los numerales 2 y 3.

IV.2. LA SENTENCIA APELADA.

Mediante sentencia del 27 de enero de 2005, la Sección Cuarta, Subsección "B", del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, accedió a la protección de los derechos colectivos invocados por los actores, al encontrar acreditado el peligro que afronta la comunidad al transitar por el lugar de los hechos, donde no se ha adaptado un paso peatonal seguro, y los existentes no ofrecen la seguridad requerida.

Encontró que adoptar en el sector soluciones como las expuestas por la Secretaría de Tránsito, no son suficientes para la seguridad de los peatones, ni son garantía de respeto y protección al goce del espacio público.

En consecuencia, resolvió:

"1. **ACCEDER** a la protección de los derechos colectivos invocados por la parte actora encabezada por el señor JOAQUIN AUGUSTO BEDOYA RODRIGUEZ Y OTROS, de conformidad con las razones expuestas en esta providencia.

COMO CONSECUENCIA DE LO ANTERIOR, SE ORDENA a Alcaldía Mayor de Bogotá, en coordinación con la Secretaría de Tránsito y Transporte de Bogotá y el Instituto de Desarrollo Urbano-IDU, para que en el término máximo de cuatro (4) meses proceda a iniciar los trámites necesarios para la construcción del puente peatonal elevado sobre la calle 127 con carrera 31.

En segundo lugar y mientras se concreta la anterior medida estas mismas entidades deberán, en el término de dos (2) meses, llevar a cabo las siguientes obras.

a) La adecuación del paso peatonal existente por debajo del puente de la calle 127 con autopista norte, con las medidas de seguridad necesarias, para lo cual se requiere la construcción o traslado de un CAI en el sector, cuya ubicación del mismo será determinada teniendo en cuanta el resultado de un estudio de seguridad en esta zona.

b) Del mismo modo la adecuación del paso peatonal de la avenida 19 sobre la calle 127. Y

c) Se estudie la posibilidad, de la construcción del puente a nivel sobre el caño de la 127 tal como lo considera la Secretaría de Tránsito del Distrito.

3. **EL COMITÉ** que verificará el cumplimiento de esta sentencia estará integrado por la PERSONERÍA Y LA CONTRALORÍA DISTRITALES DE BOGOTÁ, a quienes se le deberá informar la decisión adoptada por este Tribunal, a efectos de lo previsto en el inciso 6° del artículo 3° de la Ley 472 de 1998.

4. **INCENTIVO.** Fíjase en la suma de diez salarios mínimos legales mensuales a favor de la parte actora (a prorrata entre accionantes y coadyuvantes), con cargo a la Alcaldía Mayor de Bogotá, D.C.

5. **MANTÉNGANSE** las medidas cautelares que se hubieren tomado en la presente acción, hasta tanto se ponga en funcionamiento el puente a nivel o elevado.

(…)."

V.- FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS.

V.1. DE LA APELACIÓN INTERPUESTA CONTRA EL AUTO QUE DECRETÓ LAS MEDIDAS CAUTELARES.

Tanto la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C., como la Secretaría de Tránsito y Transporte del Distrito Capital, a través de sus respectivos apoderados, interpusieron los recursos de reposición y en subsidio apelación contra el auto que decretó las medidas cautelares.

V.1.1. LA ALCALDÍA planteó que en la demanda no se determina con precisión cual es hecho que hace impostergable el amparo decretado en la medida cautelar. Dijo, así mismo, que la providencia desconoce no solo la existencia de policía y CAI cercanos al lugar de la controversia sino también la programación de inversiones, el plan de ordenamiento territorial, el plan maestro y el de desarrollo, a los cuales se debe ajustar cualquier construcción de esta índole. Anotó que olvida igualmente el auto la improcedencia de la acción popular para la realización de obras públicas. Y, sostuvo que la medida cautelar desconoce competencias precisas en materia de seguridad, manejo de tránsito y señalización, lo que, en su criterio, la torna desproporcionada, causándose con ella mayores perjuicios.

V.1.2. LA SECRETARÍA DE TRÁNSITO Y TRANSPORTE DE BOGOTÁ, luego de referirse a la normatividad constitucional y legal que la faculta para regular la circulación de peatones, usuarios, pasajeros, conductores, motociclistas, ciclistas, agentes de tránsito en las vía públicas o privadas (artículo 3 Ley 769/2002), manifestó su desacuerdo con las medidas cautelares adoptadas, sobre las cuales dijo no ajustarse a la normativa reguladora de la materia y resultar contrarias a parámetros técnicos que no se deben ignorar.

Como consecuencia de lo anterior hizo las siguientes precisiones:

-La avenida 127 entre carreras 7 y 32 corresponde a la llamada Avenida Callejas, reglamentada como una vía arteria tipo V-2, donde está prohibido el estacionamiento (Código Nacional de Tránsito Terrestre, Ley 760/2002, art. 76), exceptuada de ser demarcada o señalizada tal prohibición, por mandato expreso del artículo 112, ibídem, así: "Se exceptúan de ser señalizadas o demarcadas todas aquellas zonas cuyas normas de prohibición o autorización están expresamente descritas en este código". De otra parte, el Plan de Ordenamiento Territorial consagró ciertas prohibiciones dirigidas a personas que parqueen en sitios no aptos para ello. Por tanto, no es aplicable la instalación de señales tipo SR-28 "prohibido parquear" en este tipo de vías.

-El Código Nacional de Tránsito establece todo lo relacionado para el cruce peatonal de vías y su señalización, en virtud del cual el peatón cruzará las vías vehiculares respetando las señales de tránsito y cerciorándose de que no existe peligro para hacerlo, es decir, solo puede cruzarlas por las zonas autorizadas, como puentes peatonales, pasos peatonales y bocacalles. También dispone que las demarcaciones de los pasos peatonales tipo cebra solo se implementan donde el peatón dispone de protección para atravesar las calles como es el caso de las intersecciones semaforizadas. Por tanto, la medida cautelar relacionada con estos aspectos no se ajusta a la normativa.

-En la avenida calle 127 con carreras 29, en el sentido de circulación vehicular oriente-occidente, se encuentra instalado un paradero tipo M-10, correspondiente al amoblamiento urbano de paraderos y según lo dispuesto en el Código Nacional de Tránsito. Por lo tanto, la medida cautelar está fuera de todo contexto técnico y jurídico al existir ya un paradero ajustado a la normatividad vigente.

Igualmente resaltó que, pese a haber acatado la orden impartida, debe manifestar que el mantener la ejecución de las medidas cautelares ordenadas contribuye generar mayores perjuicios a la comunidad de los que se quieren remediar. No obstante precisó la necesidad por parte del Instituto de Desarrollo Urbano de adoptar las medidas tendientes a la ejecución de un puente peatonal como medio de circulación que permita el fácil y seguro acceso entre las calzadas frente a la Clínica Reina Sofía.

V.2. DE LA APELACIÓN INTERPUESTA CONTRA LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

El Departamento Administrativo de Planeación Distrital, la Alcaldía Mayor de Bogotá, el Instituto de Desarrollo Urbano – IDU, y la Secretaría de Gobierno, apelaron la sentencia de primera instancia.

V.2.1. EL DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE PLANEACIÓN DISTRITAL, argumentó que la falta de señalización, semáforo, sendero o puente peatonal, no alcanza a configurar la vulneración de los derechos colectivos invocados por la parte actora, pues si ello fuera así habría que construirlos en cualquier parte donde a los ciudadanos se les antojara cruzar una calle en sitio no autorizado.

Resaltó que en modo alguno está demostrada su negligencia en la regulación, manejo y vigilancia del tránsito vehicular, sino que existen unos pasos seguros y autorizados, producto de previos estudios de tránsito y circulación, que quedan más lejos del frente de la Clínica Reina Sofía, no utilizados por los peatones.

Precisó que la gestión de la administración en sus funciones de planeación no puede ser suplida a voluntad de los particulares a través de acciones populares, y estimó que fallos como el apelado dejan en evidencia una clara labor de cooadministración, así como abierta la posibilidad para que se inicien acciones populares con miras a acelerar y obtener la ejecución de obras previamente dispuestas en el Plan de Ordenamiento Territorial, pasando por alto el orden de prioridades y violando la autonomía de los entes territoriales.

V.2.2. LA ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ D.C., alegó que desde tiempo atrás a la interposición de la demanda, la Secretaría de Tránsito, mediante auxiliares de tránsito, adelantaba operativos de control en el sector, lo mismo que el IDU, en cuanto se refiere a la programación de las obras de infraestructura.

Expuso que la decisión del a-quo va en contra del principio de legalidad del presupuesto público, pues ordena la ejecución en cuatro meses de una obra que si bien se encuentra programada para la vigencia 2004-2007, no cuenta con los recursos para su ejecución, ni aún se ha vencido el plazo para imputarle mora alguna.

Destacó que el actor no cumplió con la carga de la prueba, pues simplemente se limitó a denunciar hechos genéricos, sin aportar un medio de convencimiento.

V.2.3. EL INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO – IDU, aseveró que el a-quo no realizó un adecuado examen crítico de la prueba, a partir de la cual se puede concluir que la administración ha trabajado en la búsqueda de una solución al problema de la zona, con los inconvenientes presupuestales y técnicos existentes.

Argumentó que desconoció las labores que ha propuesto a la comunidad como medida alternativa de solución, así como los principios de anualidad, legalidad y planeación del gasto público, y la ausencia de interés jurídico por parte de los actores, pues no demostraron hacer parte del grupo de personas discapacitadas referidas en la acción popular. Además precisó que no existe evidencia sobre la real afectación colectiva del grupo de discapacitados, a partir de un estudio, reporte o queja de los mismos.

V.2.4. LA SECRETARÍA DE GOBIERNO DEL DISTRITO CAPITAL DE BOGOTÁ hizo ver su inconformidad con los numerales primero, segundo y cuarto de la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia.

Anotó que la construcción de puentes le corresponde al Instituto de Desarrollo Urbano, previa las apropiaciones presupuestales, los estudios técnicos pertinentes, y un cronograma de actividades, que el juez popular no puede desconocer. Subrayó que en el lugar de los hechos se ha dispuesto por parte de la Alcaldía Local de Usaquén en coordinación con la Secretaría de Tránsito de Bogotá, las medidas necesarias para mantener un operativo constante con policías de tránsito, sin que en las estadísticas figuren accidentes graves, aunque sí choques simples y atropelladas leves por imprudencia de los mismos peatones.

Expuso que la adecuación del paso peatonal por debajo del puente vehicular no es efectiva sino infructuosa porque con ello no se disminuye el riesgo que se pretende, pues el peatón debe caminar y devolverse hacia el oriente unas cinco cuadras, prefiriendo usar el paso peatonal de las cebras que existe frente a la Clínica Reina Sofía con la presencia de auxiliares de policía.

Manifestó que no le compete coordinar el adelantamiento de los trámites para la construcción de un puente cuya construcción ya está programada en un mediano plazo, ni el desplazamiento del CAI mencionado en el fallo. Agregó que el paso peatonal de la Avenida 19 con calle 127 está señalizado adecuadamente con semaforización y cebras, así como también que la construcción del puente peatonal debe sujetarse a estudios, compra de inmuebles y demás trámites pertinentes. Se opuso al reconocimiento de un incentivo económico a los actores y pidió que se analizara la responsabilidad del IDU en los hechos, a quien le compete realizar las obras ordenadas.

IV-. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Sea lo primero advertir que al tenor del penúltimo inciso del artículo 354[1] del C. de P.C. en ésta providencia se resuelven los recursos de apelación interpuestos contra el auto que decretó medidas cautelares, y respecto de la sentencia de primera instancia.

IV.1. EL AUTO QUE DECRETA MEDIDAS CAUTELARES.

El artículo 25 de la Ley 472 de 1998 permite el decreto de medidas cautelares, de oficio o a petición de parte, antes de notificada la demanda o en cualquier estado del proceso, con el propósito de prevenir un daño inminente o para hacer cesar el que se hubiese causado.

Además, el artículo 26, ibídem, señala que contra el auto que ordena las medidas cautelares proceden los recursos de reposición y apelación. Así mismo dispone que tales recursos se concederán en el efecto devolutivo.

También resulta menester recordar que la apelación, interpuesta en subsidio del recurso de reposición, recae solamente sobre las medidas cautelares decretadas en el numeral 1 y sus subdivisiones del auto de 19 de marzo de 2004, por cuanto el a-quo revocó, por vía de reposición, los numerales 2 y 3 del mismo proveído que contenían otras medidas cautelares.

A folios 138 del expediente obra certificación expedida por el Jefe de la Sección Investigaciones del C.T.I. de Cundinamarca, en el que se indica las distintas ordenes para establecer dispositivos de seguridad y plan presencia en la calle 122 con Autopista Norte a la calle 134 con Autopista sector de La Calleja.

A folio 145 y 146, ibídem, figura fotocopia del oficio No. ST-07-04-5669-03 del 27 de octubre de 2003 remitido por el subsecretario Técnico de la Secretaría de Tránsito y Transporte de la Alcaldía Distrital de Bogotá D.C. a la directora del Instituto de Desarrollo Urbano – IDU, donde le pone de presente las constantes solicitudes de la comunidad para la adopción de una solución al paso peatonal de la avenida calle 127 frente a la Clínica Reina Sofía. También le recuerda que dicha secretaría ya había recomendado la evaluación de una solución a desnivel dadas las características de tránsito de la zona.

Merece destacarse que en dicho oficio se sostiene que, previa la realización de una visita técnica, se comprobaron las siguientes condiciones del lugar:

"-Existe una restricción predial en el sector, que dificulta la implementación de una solución a desnivel.

-El volumen de peatones que cruzan la avenida 127 en el sector de la Clínica Reina Sofía, supera el umbral establecido por el IDU, para la implementación de las soluciones a desnivel. Esta información se remitió al Instituto de Desarrollo Urbano mediante comunicación ST-07-04-3691-03 de agosto 2003.

-Un número importante de peatones que cruzan la Avenida 127 son personas enfermas, para quienes el desplazamiento hacia las alternativas existentes en la zona implica recorridos importantes.

La solución intermedia que permite proveer un paso peatonal seguro a los usuarios del sector y generar la menor afectación para el tránsito, contempla la implementación de un paso peatonal a nivel, manejado mediante una intersección semaforizada, a la altura de la carrera 31 y la construcción de una estructura sobre el canal para complementar el paso, como se muestra en el esquema.

(…).

La Secretaría de Tránsito y Transporte considera viable esta solución, por lo cual dispone de los equipos para el amoblamiento semafórico y la implementación de señalización y demarcación requerida. (…)".

Los documentos anteriores permiten inferir, en principio, la existencia de dificultades de alguna envergadura en el cruce peatonal de la avenida 127 frente a la Clínica Reina Sofía, incluso puestas de presente por la comunidad en repetidas ocasiones y de tiempo atrás, que eventualmente pueden comprometer de manera cierta los derechos colectivos de la comunidad. Por tanto la decisión de adoptar medidas cautelares resulta de recibo dado el propósito que las caracteriza de prevenir un daño inminente.

Acerca de las órdenes impartidas como medidas cautelares, y frente a los reparos de los apelantes en el sentido de no venir ajustadas a la normatividad reguladora de la materia y resultar más perjudiciales, la Sala debe hacer notar que:

-La medida cautelar contenida en el numeral 1.1.1 de "Implementar la señalización de prohibición en esa zona", se ordenó bajo la condición de encontrar respaldo en la legislación vigente. Así lo entiende la Sala de la lectura de dicho numeral, del 1° y el 1.1 de los cuales se desprende, y en presencia del propósito preventivo de la medida a favor de los derechos colectivos de la comunidad. Por lo tanto, el cumplimiento de la materialización de la señalización o no, ya sería un asunto de valoración incidental.

-La medida dispuesta en el numeral 1.1.2 relacionada con la presencia de un agente de tránsito y de auxiliares de ser necesario, para velar por el cabal cumplimiento de la prohibición de estacionarse en la zona descrita en los hechos, en modo alguno resulta contraria al Código Nacional de Tránsito sino inherentes a las actividades de vigilancia y control que les son propias.

-La contenida en el numeral 1.2 referente al establecimiento de paraderos de buses, taxis y demás vehículos en la misma zona, tampoco resulta ajena a la normatividad reguladora de la materia que precisamente prevé la ubicación de los mismos, siendo distinto que ya exista uno de ellos en ese sector.

-La descrita en el numeral 1.4 sobre la entrega de circulares de estas medidas a las compañías de transporte público municipal que operen en el distrito capital resulta consecuente con el propósito y la eficiencia del servicio.

Acerca de la medida cautelar desarrollada en el numeral 1.3 del auto apelado que, entre otros aspectos, ordena la demarcación provisional de los pasos peatonales (cebras) sobre la avenida 127 frente a la Clínica Reina Sofía, en ambos costados, se observa que si bien se cita la Norma Técnica Colombiana 4695 a partir de la cual la Secretaría de Tránsito de Bogotá concluye que solo se puede demarcar los pasos peatonales tipo cebra en los lugares donde el peatón tenga protección para atravesar las calles, como en el caso de las intersecciones semaforizadas, la Secretaría de Tránsito no sustenta las razones por las cuales una demarcación provisional, es decir mientras se decide de fondo esta acción popular, ocasionaría más perjuicios que los beneficios perseguidos con esta orden temporal de protección. En consecuencia, se exhorta a dicha entidad a que conocedora de las causas no expresadas por ella las minimice por los medios a su alcance a fin de realizar la prevención pretendida.

Por lo anterior, se confirmará el auto apelado y así se hará constar en la parte resolutiva de este proveído.

IV.2. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

De conformidad con los hechos de la demanda, su contestación, la sentencia de primera instancia y los fundamentos de la apelación, corresponde a la Sala resolver los siguientes problemas jurídicos:

1. Determinar si existió vulneración de los derechos colectivos a l seguridad y al goce de un espacio público; y si con ocasión del ejercicio de la acción prevista en el artículo 88 de la Constitución Política, se superó el comportamiento activo u omisivo vulnerador de los derechos colectivos mencionados por el actor.

1. Establecer si la implementación de los pasos peatonales semaforizados y la instalación de señalización vial horizontal en la vía, constituyen medidas suficientes para estimar que la vulneración de los derechos e intereses colectivos invocados en la demanda ha cesado.

1. Si la orden impartida por el Tribunal de primera instancia de efectuar un puente peatonal y adecuar la citada vía para el paso peatonal a desnivel, constituye una vulneración del principio de legalidad del gasto público.

IV.2.1. PRUEBAS

En el expediente obran los siguientes elementos de juicio.

IV.2.1.1. Veinticuatro (24) fotografías allegadas por el actor, que dan cuenta del estado del paso peatonal y las condiciones de inseguridad que afrontan los peatones al momento de cruzar la vía.

IV.2.1.2. Memorando SO 08-346- por medio del cual la Subsecretario Operativo de la Oficina de Asuntos Judiciales de la Secretaría de Tránsito y Transporte de la Alcaldía Mayor de Bogotá informa al Subsecretario Jurídico de la misma entidad sobre las gestiones adelantadas por personal del Distrito Operativo durante el año 2003 y parte del año 2004, con actividades tendientes a la información de la normatividad a peatones y regulación de vehículos para el paso peatonal (folio 93, cuaderno de la demanda).

IV.2.1.3. Oficio No.094237 de 27 de octubre de 2003 mediante el cual el Subsecretario Técnico de la Secretaría de Tránsito y Transporte de la Alcaldía Mayor de Bogotá informa a la Directora del IDU sobre la posibilidad de dar una solución intermedia a la construcción de un paso peatonal a desnivel sobre la Avenida 127.

IV.2.1.4. Memorando SO 08-4091 a través del cual el Subsecretario Operativo de la Secretaría de Tránsito y Transporte de la Alcaldía Mayor de Bogotá, en cumplimiento del auto mediante el cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca decretó las medidas cautelares, solicita al Comandante de Policía Metropolitana de Tránsito la asignación de un Agente de Tránsito y de algunos Auxiliares, en la Avenida Calle 127 frente a la Clínica Reina Sofía con el objetivo de que velen por el cumplimiento de las normas de tránsito.

IV.2.1.5. Memorando Interno ST-07-04-1047-04 por medio del cual el Grupo de Planeación de Tránsito y Transporte de la Subsecretaría Técnica de la Secretaría de Tránsito y Transporte de Bogotá informa al Subsecretario Jurídico sobre las medidas cautelares que se adelantaran en la Calle 127.

IV.2.1.6. Inspección judicial que da cuenta de la insuficiente señalización en el cruce semaforizado, además de la inexistencia de baranda de protección hacia el caño. Asimismo el paso peatonal que se ha adecuado en frente del centro hospitalario no cuenta con rampas que permitan el acceso a personas discapacitadas.

IV.2.1.7. Memorando SDM-18854-09 con fecha 7 de abril de 2009 en el que se anexan 2 fotografías y mediante el cual la Directora de Control y Vigilancia del Tránsito de la Secretaría de Movilidad informa al Director de Asuntos Legales de dicha entidad sobre la implementación del paso peatonal semaforizado en la Avenida Calle 127 entre carreras 29 y 32, instalado definitivamente el día 18 de febrero de 2009.

IV.2.2. PRECISIÓN PRELIMINIR
FALTA DE LEGITIMACIÓN POR ACTIVA

En cuanto a la falta de legitimación por activa del actor por no pertenecer a la población discapacitada en beneficio de la cual solicita la construcción de rampas para acceder al paso peatonal, propuesta por el IDU, estima la Sala pertinente recordar que la acción popular puede ser ejercida por cualquier persona natural o jurídica, toda vez que el hecho de que el actor no haga parte de la población discapacitada no es óbice para que invoque la protección de los derechos colectivos.

En efecto, el artículo 12 de la Ley 472 de 1998, dispone quienes están legitimados para interponer la acción popular:

«Artículo 12. Titulares de las acciones. Podrán ejercitar las acciones populares:

1. Toda persona natural o jurídica.

2. Las organizaciones No Gubernamentales, las Organizaciones Populares, Cívicas o de índole similar.

3. Las entidades públicas que cumplan funciones de control, intervención o vigilancia, siempre que la amenaza o vulneración a los derechos e intereses colectivos no se haya originado en su acción u omisión.

4. El Procurador General de la Nación, el Defensor del Pueblo y los Personeros Distritales y municipales, en lo relacionado con su competencia.

5. Los alcaldes y demás servidores públicos que por razón de sus funciones deban promover la protección y defensa de estos derechos e intereses.»

Al respecto, la Sección Primera del Consejo de Estado, ha precisado el asunto de la siguiente forma:

"El hecho de que el actor no resida en el lugar de los hechos de la demanda no ha sido erigido por la ley en motivo de falta de legitimación para ejercer la acción popular. No acertó entonces el apoderado del Municipio al afirmar que no se encuentra legitimado el actor para ejercer la acción popular por no residir en el Municipio de Nechí.[2]

De acuerdo con lo precisado anteriormente, no prospera la excepción de falta de legitimación por activa propuesta por el IDU.

LA INTERVENCIÓN DE TERCEROS Y LA ADICIÓN DE NUEVAS PRETENSIONES A LA DEMANDA

En lo referente al coadyuvante y a su escrito, es oportuno precisar si la solicitud de adicionar la demanda por parte de terceros, es procedente en los procesos tramitados ante la jurisdicción contencioso administrativa.

Sobre el contenido de dicho escrito, y específicamente, acerca de la solicitud de adicionar la demanda en sus pretensiones, observa la Sala que el citado coadyuvante, pretende agregar a la demanda la instalación de un CAI de Policía con el que se garantice la seguridad de los peatones y los habitantes del sector, amparando de ésta manera su derecho a la vida y a la propiedad.

Al respecto, resalta la Sala que quien concurre al litigio después de haberse promovido la acción popular por diferente persona, sólo puede acogerse al proceso dentro de los términos en que ésta presenta la demanda. Se advierte que ningún tercero puede extenderse en la materia discutida, los móviles o las consecuencias del proceso. Es decir, es el actor, quien en la demanda fija el litigio, no el tercero.

En vista de lo anterior, la Sala negará la solicitud del coadyuvante de adicionar las pretensiones de la demanda, toda vez que como se dijo antes a los coadyuvantes no les es dable modificar el litigio fijado por el actor en la demanda.

IV.2.3. DECLARACIÓN DE EXISTENCIA DE LA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS COLECTIVOS A LA SEGURIDAD PÚBLICA Y AL GOCE DEL ESPACIO PÚBLICO

Estima la Sala que existió la vulneración de los derechos colectivos a la seguridad pública y al goce del espacio público, pues, aún cuando al momento de proferirse la presente sentencia ya la Administraron Distrital y las entidades demandadas realizaron todas las medidas necesarias para que cesara la vulneración, fue con ocasión de la presentación de la acción popular que se llevaron a cabo dichas adecuaciones.

Recuerda la Sala que el paso peatonal a nivel que existía con anterioridad a la presente acción popular, en la vía en cuestión, fue instalado por la misma comunidad y no contaba con las medidas mínimas que garantizaran la segura movilidad de los transeúntes, hecho ante el cual las entidades demandadas asumieron una conducta negligente y omisiva, pues sus gestiones debieron orientarse a habilitar un paso peatonal ajustado a las normas del Código Nacional de Tránsito, semaforizado y con la señalización vial correspondiente.

Ahora bien, sobre la existencia de la vulneración de los derechos colectivos y el cese de la misma, observa el Despacho que a folio 6 del expediente consta que la demanda fue presentada el día 22 de octubre de 2003.

Posteriormente, según se infiere del memorial visible a folio 585 a 592 del cuaderno principal, de 30 de septiembre de 2009, la Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá, en calidad de parte demandada, certificó que ya fue instalado definitivamente desde el día **18 de febrero de 2009, un paso peatonal semaforizado en la Avenida Calle 127 entre carreras 29 y 32 (Reina Sofía).**

Lo anterior permite concluir a la Sala que existió vulneración al derecho colectivo y fue gracias a la gestión del actor popular que se dicto sentencia estimatoria de las pretensiones, con ocasión a la cual la Administración adoptó las citadas medidas, motivo suficiente para que la Sala considere que si existió vulneración de los derechos colectivos a la seguridad pública y al espacio público, y en consecuencia, debía reconocer el incentivo al actor popular.

IV.2.4. IMPLEMENTACIÓN DE PASOS PEATONALES SEMAFORIZADOS Y LA INSTALACIÓN DE SEÑALIZACIÓN VIAL HORIZONTAL EN LA VÍA, COMO MEDIDAS SUFICIENTES PARA SUPERAR LA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS A LA SEGURIDAD Y AL DEL ESPACIO PÚBLICO.

En relación con el adelantamiento de obras civiles para pasos a desnivel la Sala ha dicho que la falta de puentes peatonales para cruzar vías públicas, no conlleva por sí misma la violación del derecho al libre tránsito peatonal en condiciones seguras, si en el lugar se cuenta con soluciones cercanas que lo garanticen.[3]

Se ha advertido igualmente que el ámbito de protección de los derechos colectivos no está dado por un único y específico medio a menos que se demuestre que los medios alternativos existentes son ineficaces y que la amenaza o el riesgo contingente están directamente asociados al medio faltante.

De igual forma se ha puesto de manifiesto que en asuntos de seguridad vial, los medios de seguridad utilizados para contrarrestar los riesgos de accidentes de transeúntes y conductores no son imperativos y sólo se requiere que las medidas implementadas sean suficientes para proteger los derechos colectivos.

Es así como en el caso de protección a los peatones, la construcción de un puente peatonal no es la única forma de amparar los derechos colectivos, pues, por ejemplo, la prolongación del separador y la señalización vial han sido medios aptos para evitar accidentes.[4]

De lo anterior se tiene que, en el caso objeto de estudio, no era procedente ordenar la construcción de un puente peatonal porque se cuenta con algunas señales, se ha ordenado en el fallo, la instalación, entre otras, de dispositivos para control de velocidad, la semaforización y la adopción de medidas de regulación del tránsito en la vía, previstas igualmente como alternativas idóneas para garantizar un tránsito peatonal y vehicular seguro.

Si bien la sentencia de primera instancia, en aras de amparar los derechos colectivos vulnerados, ordenó la construcción de un paso peatonal a desnivel, el lugar no es propicio

para adelantar dicha obra, toda vez que como lo preciso la Secretaría de Tránsito y Transporte de Bogotá en informe técnico, no existe el espacio necesario para ofrecer estabilidad y seguridad a la obra debido a las condiciones urbanísticas del sector, además no es posible respetar la distancia que impone la norma frente a los predios del sector.

Dicho lo anterior, y con fundamento en las pruebas, es necesario precisar que la adecuación del paso peatonal, semaforizado y ajustado a las normas técnicas para ello dispuestas, es la solución que además de implicar menores costos en comparación con la construcción de un paso peatonal a desnivel, permite establecer que la vulneración de los derechos colectivos amparados por el a-quo ha cesado.

En consecuencia, como quiera que las condiciones de movilidad peatonal fueron solucionadas con pasos peatonales a nivel semaforizados, la ausencia de puentes peatonales se encuentra justificada, toda vez que en el caso bajo estudio, en caso de decidir emprender la instalación de dicha estructura, sería imposible respetar la distancia mínima establecida por el Distrito para los pasos peatonales, semaforizados o puentes peatonales.

Ahora bien, aunque la orden impartida por el Tribunal de Primera Instancia con relación a la construcción de un paso peatonal a desnivel será revocada, resulta pertinente determinar la responsabilidad de las entidades demandadas frente a la construcción de puentes peatonales sobre canales, para lo cual es menester realizar las siguientes precisiones.

Por medio de Acuerdo No. 19 de 6 de octubre de 1972 el Concejo del Distrito Especial de Bogotá creó el Instituto de Desarrollo Urbano (IDU) para atender la ejecución de obras públicas de desarrollo urbanístico ordenadas dentro del Plan General de Desarrollo y los planes y programas sectoriales, así como las operaciones necesarias para la distribución, asignación y cobro de las contribuciones de valorización y de pavimentación. Para el cumplimiento del anterior cometido, el IDU tiene, entre otras, la siguiente función:

"1. Ejecutar obras de desarrollo urbanístico tales como apertura, ampliación, rectificación y pavimentación de vías públicas, ***construcción de puentes****, plazas cívicas, plazoletas, aparcaderos, parques y zonas verdes con sus instalaciones, servicios y obras complementarias[5].*

(…)." (Negrillas fuera del texto).

Posteriormente, el Decreto 980 de 10 de octubre de 1997[6] le asignó al IDU, entre otras, las funciones[7] de:

1. *"Realizar, directamente o por contrato, los proyectos, diseños y la construcción de las obras, en concordancia con el Plan de Desarrollo Económico y Social y de Obras Públicas del Distrito Capital.*

2. *Mantener actualizado el inventario sobre el estado de las vías, parques, puentes peatonales y vehiculares y suministrar la información al Departamento Administrativo de Planeación Distrital, las Localidades y organismos oficiales que la requieran. (…).*

La norma antes citada fue modificada mediante Decreto 759 de 4 de septiembre de 1998, el cual aclaró la asignación de una función y al respecto dispuso:

"Artículo 1°. Modificar el artículo tercero del Decreto 980 de 1997, el cual quedará así: Artículo 3°. En concordancia con lo dispuesto en el artículo 2° del Acuerdo 19 de 1972, el ***mantenimiento, rehabilitación, reparación, reconstrucción, pavimentación*** *de zonas de espacio público destinadas a la movilidad, tales como: vías,* ***puentes*** *vehiculares y* ***peatonales****, zonas verdes, zonas peatonales, andenes, monumentos públicos, separadores viales y obras complementarias estarán a cargo del Instituto de Desarrollo Urbano, así como la recepción e interventoría de las obras realizadas en zonas a desarrollar por urbanizadores o personas que adelanten loteos."*

Por su parte, el Decreto 279 de 9 de septiembre de 2003, por el cual se reglamentan los puentes peatonales en el Distrito Capital de Bogotá, desarrolla una serie de pautas relacionadas con su diseño y construcción, componentes básicos, diseños del puente peatonal tipo, distancia mínima entre uno y otro, factibilidad, prioridades para su construcción, en vías del plan vial arterial principal o en vías de la malla vial complementaria e intermedia o locales, competencia para autorizar su construcción, sostenibilidad, licencia para su construcción y demás condiciones para ello. Dicho decreto en el artículo 1°, al referirse a su ámbito de aplicación dispone:

"... regula las condiciones para conexión y circulación de peatones en las vías construidas mediante puentes, entre bienes de uso público y entre elementos de espacio público y espacio privado."

En virtud de lo anterior, la Sala revocará la orden impuesta en el numeral 1° de la parte resolutiva, en la que se impuso la construcción del puente peatonal sobre la calle 137 con carrera 31.

IV.2.5. LEGALIDAD DEL GASTO PÚBLICO

Ahora bien, sobre la consideración de los apelantes, según la cual es necesario realizar las apropiaciones presupuestales para llevar a cabo el cumplimiento de la sentencia de primera instancia, ciertamente las obras públicas deben encontrar respaldo en el presupuesto y en los planes de ordenamiento y desarrollo. Pero ello no es óbice para dejar de amparar derechos colectivos amenazados o conculcados como consecuencia de la no ejecución de las mismas.

Situaciones como la aquí planteada, generan la vulneración de derechos colectivos ante la que la intervención del Juez como ordenador de erogaciones públicas no contempladas en el presupuesto y en los planes de desarrollo de las entidades territoriales resulta razonable, pues va encaminada a la protección de los derechos e intereses colectivos conculcados, es decir, en dicho contexto no se configura por parte de la rama judicial el desconocimiento del principio de legalidad del gasto público.

Así las cosas, la Sala en reiteradas oportunidades ha sostenido que las razones de orden económico o presupuestal no excusan a la administración del cumplimiento de sus obligaciones sobre todo cuando está de por medio la satisfacción y garantía de derechos

colectivos, como ocurre en este caso, siendo lo procedente que la autoridad pública efectúe las gestiones de todo orden, en especial las administrativas y financieras, indispensables para lograr los recursos necesarios con miras a que, dentro de un tiempo razonable, sin dilaciones injustificadas, se materialice la solución de las necesidades colectivas.

Precisamente, en sentencia del 25 de octubre de 2001[8] se dispuso:

"Ahora, la falta de disponibilidad presupuestal y de existencia real de recursos no es, en manera alguna, argumento válido para destruir el acervo probatorio que sustenta el fallo del inferior y que se puntualiza en la indudable demostración de los hechos que sirvieron de fundamento al ejercicio de la acción popular.

Precisamente, en el fallo se ordena arbitrar esos recursos, lo cual confirma que la falta de los mismos sí se tuvo en cuenta, pero no para enervar la acción, sino para ordenar que se hagan los esfuerzos administrativos y financieros necesarios a fin de costear la obra que se ordena realizar."

COSTAS

El **proceso de medidas cautelares** presenta un problema de interpretación en cuanto a la posible imposición de costas procesales. Nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil prevé la **posibilidad de condena en costas** en estos procedimientos en tres situaciones:

> **1ª) Desestimación de la medida cautelar planteada por el demandante, previa vista judicial para la audiencia de ambos litigantes (736 LEC).**

En este caso nos encontramos con el supuesto previsto en los artículos 734 y 735 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que supone que se tendrá que celebrar una vista judicial en la que participarán tanto el demandante como el demandado. Será el juez, después de escuchar a las partes litigantes, el que tiene que decidir si concurren las circunstancias o requisitos para adoptar la medida solicitada por el demandante.

En caso de que la resolución judicial desestime la medida cautelar planteada, el artículo 736 de la LEC nos remite al artículo 394 del mismo texto legal en cuanto a costas procesales derivadas de ese incidente de medidas. Es por ello, y de conformidad con el principio de vencimiento objetivo (art. 394 LEC), por lo que si el juez no considera que se han acreditado por la parte demandante los requisitos necesarios para la adopción de la medida cautelar planteada, impondrá a ésta las costas procesales derivadas del incidente de medidas que ella misma ha promovido.

> **2ª) Alzamiento de la medida adoptada sin audiencia del demandado (art. 741.2 LEC).**

Es posible y así lo prevé la ley procesal civil en su artículo 733, que la medida sea adoptada sin oír al demandante cuando existan razones de urgencia o que la audiencia previa a la adopción de la medida pueda comprometer la finalidad de la misma. En estos casos, el demando al que afecta la medida cautelar podrá oponerse en el plazo de 20 días desde la notificación del auto que acuerda la medida.

En supuesto de que el demandado se oponga se celebrará una audiencia para oír a las partes, es decir, se seguirán los mismos trámites que en el supuesto anterior con la diferencia de que aquí se discutirá el mantenimiento de la medida cautelar o el alzamiento de la misma debido a que no concurren los requisitos para su mantenimiento.

Es en el caso en el que juez, después de escuchar al parte en la audiencia, decida acordar el alzamiento de la medida cautelar cuando impondrá las costas procesales a la parte demandante tal y como prevé el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

3º) Desestimación de la oposición al auto por la que se acordó la medida cautelar sin audiencia del demandado (741 LEC).

En este caso nos encontramos en el mismo supuesto que el caso anterior, con la diferencia de que aquí el juez mantiene la **medida cautelar acordada** *inaudita parte.* Y es en el mismo artículo que el supuesto anterior, es decir, en el art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en donde se prevé la condena en costas para el demandado que se ha opuesto a medida solicitada y acordada por el Juez y que después de haber sido escuchado en la audiencia (734 LEC) ha visto rechazadas sus pretensiones.

Hasta aquí no existe ningún problema sobre los criterios que debe seguir el juez a la hora de imponer las costas procesales derivadas de los incidentes de medidas cautelares. La **situación conflictiva** en cuanto a las **costas** en estos **procedimientos se produce en si cabría imponer las costas al demandado frente al que se ha acordado una medida cautelar después de haber sido escuchado y frente a la que se ha opuesto** (supuesto de los artículos 734 y 735 de la LEC). Nuestra ley procesal civil no prevé la condena en costas para estos casos, y es precisamente en esta falta de regulación donde surgen las diversas opiniones jurisprudenciales.

Podemos encontrar en la jurisprudencia menor **dos posiciones enfrentadas** entre sí. **Por un lado,** están los tribunales que consideran que aunque **la ley no prevé la condena en costas para estos casos, lo consideran un mero vacío legal** justificando la aplicación del régimen previsto en el 736 y 741 o las disposiciones generales del artículo 394 LEC y el principio de vencimiento objetivo. Es por lo que estos tribunales, consideran que se debe condenar en costas al demandado que se ha opuesto a la adopción de la medida en la audiencia y no se ha estimado su oposición.

En este sentido se han manifestado distintos tribunales como así podemos apreciar en resoluciones como por ejemplo: Auto de la Audiencia Provincial de Córdoba (Secc. 3ª) de 24 de enero de 2006, Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Secc. 5ª) de 13 de julio de 2007, Auto de la Audiencia Provincial de Castellón (Secc. 3ª) de 19 de noviembre de 2007, Auto de la Audiencia Provincial de Zamora (Secc. 1ª) de 4 de octubre de 2007 y Auto de la Audiencia Provincial de Baleares (Secc. 5ª) de 11 de junio de 2008.

Sin embargo, **otros tribunales** consideran que la falta de previsión legal para la condena del demandado**no se trata de un vacío legal, sino que considera que así lo quiso el legislador al distinguir diversos regímenes en cuanto a la imposición de las costas** procesales en los incidentes de medidas cautelares.

Esta posición doctrinal es defendida por diversos tribunales, y como ejemplo de ello véanse las siguientes resoluciones: Autos de la Audiencia Provincial Asturias (7ª) de 3/6/2005 y 30/11/2007 , de A Coruña 8/4/2008, Almería (1ª) de 10/5/2007 , Tarragona (1ª) de 14/6/2007 y (3ª) de 30/6/2008 , Cáceres (1ª) de 22/6/2007 , Granada (3ª) de 4/4/2008 , Rioja (1ª) de 15/2/2008 , Barcelona (1ª) de 02/6/2008 , Madrid (11ª) de 30/5/2008 , (21ª) de 3/6/2008 , (25ª) de 17/7/2008 , y junta de unificación de criterios de las Secciones Civiles de Madrid de 4/10/2007 , Burgos (3ª) de 5/6/2008 , Las Palmas (3ª) de 26/6/2008 y por último pero no por ello menos importante debido a que es muy ilustrativo el Auto de la AP de Barcelona de 2 de junio de 2008.

No soy quién para opinar sobre qué criterio es el correcto, sin embargo, permítaseme expresar que desde mi humilde punto de vista la posición más acorde con los principios de seguridad jurídica y de justicia, es la que considera que no cabría imponer costas al demandado en los incidentes de medidas cautelares delartículo 734 y 735 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Ello se debe a que estamos en sede de medidas cautelares donde no se hace un análisis sobre el fondo del asunto, sino que el juez realiza una apreciación conforme a los primeros datos sin tener a su disposición todas las pruebas que permitirán un análisis sobre el fondo.

CADUCIDAD Y MEDIDAS CAUTELARES

La Teoría Cautelar obedece a una sencilla y trascendente cuestión, adquiriendo suma importancia, en cuanto sería ideal que los conflictos de intereses obtengan una solución inmediata, sin embargo, como ello no resulta humanamente posible por la cantidad y complejidad de dichos conflictos y como, por otro lado, se encuentra vedada la posibilidad de autotutela, que conllevaría a nuestra destrucción como especie, por lo que se ha creado un cauce de soluciones, denominado **proceso judicial**, en él las partes en conflicto realizan una serie de actos bajo la dirección de un tercero - un Juez investido de Facultades por el Estado, que tiene como objetivo la obtención de una decisión definitiva (hetero composición).

Sin embargo, en el transcurso de esa discusión (litis) la relación material que motivó el proceso puede modificarse, a tal punto que la decisión final corra el riesgo de tonarse inocua. Es decir, aquella persona que recurrió al proceso, si bien obtiene una sentencia que en justicia declara el derecho a su favor. Corre el peligro de no poder concretar su pretensión debido a que la alteración de la relación material ha tornado irrealizable lo ordenado por el Juez().

Por más que una sentencia judicial le dé a razón a una parte, tal obtención habría sido inútil si, en el transcurso del proceso, se ha producido un daño irreparable, justamente para evitar casos como éste, el ordenamiento jurídico otorga al demandante la posibilidad de solicitar y obtener mecanismos que garanticen que lo que se ordene al final del proceso – en la eventualidad de que la sentencia resulte a su favor – sea perfectamente realizable,

En otras palabras, dicho ordenamiento prevé medios que aseguran la eficacia de la sentencia final y con ella la del proceso, ello se da a través de la **medida cautelar**(), la cual, para cumplir su finalidad, **deberá estar vigente hasta la culminación del proceso**.

Con ello el Juez habrá contribuido en relación a la expedición de la sentencia final a garantizar la eficacia de la prestación judicial

Queda definido por tanto, que nuestro objeto de estudio va a incidir en el análisis de la existencia de mecanismos que neutralizan la efectividad de la misma, como es el caso de la caducidad de la medida cautelar que más adelante in extenso desarrollamos.

Y es que verificada la expedición de la decisión de mérito que pone fin al proceso, de nada serviría una sentencia formalmente justa, es decir, realizada en base a un razonamiento jurídico impecable y sustentada en medios probatorios determinantes, si su contenido no es pasible **DE SER CONCRETADO EN LA REALIDAD**, es decir no sea realizable por causas y previsiones legales que entorpecen y atentan contra la justicia.

Pues resulta Injustificado que al cabo de un periodo considerable de tiempo y luego de un desgaste económico, psíquico o de otra índole, propio del indeseable drama que significa ser parte de un proceso judicial, el sujeto favorecido con la sentencia se ve afectado por factores externos que provocan la infructuosidad del proceso o la ejecución del mismo.

II.- PROCESO, CAUTELA Y EFICACIA.-

Resulta ser que **el proceso** () es básicamente un instrumento al servicio del hombre, el mismo que consta de un conjunto de actos preordenados lógicamente desde la interposición de actos de la demanda hasta la consecución de una solución justa, efectiva y rápida del conflicto.

En esta línea, la Teoría Cautelar cumple un rol importante, cual es **garantizar la realización material de la solución que pone fin al proceso**. Sin embargo, mantiene en su estructura algunas taras que hacen que su estudio constituya un reto difícil de superar a la fecha().

Al hablar de proceso cautelar se suele hacer mención, en la mayoría de casos, al mero procedimiento sobre el que se concreta aquella tutela. Cabe advertir, que el tema cautelar está colmado de imprecisiones y conceptos ambiguos que los juristas no se han preocupado de aclarar, ya sea por que los encontraban sobre entendidos o porque no le dieron la debida importancia.

Lo cierto es que su estudios adquiere una importancia que trasciende lo estrictamente jurídico al proteger la idoneidad de la prestación jurisdiccional y con ello la promoción de una sociedad justa y pacífica.

A diferencia de otros conceptos jurídicos, lo cautelar se encuentra en un primer orden para lograr tal finalidad, es por esta razón que consideramos que cualquier intento de investigación acerca de la efectividad del proceso deberá pasar, necesariamente, por sistematizar – hasta donde sea posible – la información jurídica que se obtenga de tal institución; también por estudiar sus alcances y limitaciones, su estructura y función, en fin, por desarrollar una teoría cautelar.

III.- CARACTERÍSTICAS DE LA MEDIDA CAUTELAR.-

Las características de la Medida Cautelar están expresamente establecidas por Código Procesal Civil en su articulo 612, donde se consigna que ella es **provisoria, instrumental y variable**.

3.1. PROVISORIA.- El maestro MONROY GÁLVEZ ()sostiene que esta característica es la más definitiva y propia de las medidas cautelares, y que la entendemos mejor si distinguimos los conceptos de **temporalidad y provisoriedad.** El primero es aquello que no dura siempre, vale decir tiene una duración limitada; en cambio, lo provisorio es aquello que esta destinado a durar hasta tanto no ocurra un hecho sucesivo y esperado.

En este sentido, el vocablo **provisorio incluye lo temporal**, precisamente la medida cautelar es temporal en cuanto asume las características de una cláusula **rebus sic stantibus**, dado que en cualquier momento pueden presentarse (probarse) hechos que persuadan al Juez de la sustitución o desaparición de la medida cautelar. Pero no solo es temporal, sino que además, la medida cautelar se encuentra permanentemente a la espera que cualquier decisión futura varié su estado.

A su turno Silvia BARONA VILLAR () afirma que las medidas cautelares no pretenden convertirse en definitivas, por lo que deben alzarse cuando en el proceso principal se halla llegado a una situación que haga inútil el aseguramiento, bien por el cumplimiento de la sentencia, bien por actuaciones en el proceso de ejecución que despojan de motivación el mantenimiento de las medidas.

Conforme a lo anotado, la provisoriedad de la medida cautelar deja claro que su permanencia y duración dependen de la suerte del proceso principal, por eso que si bien es cierto se dice que la principal objeción a la autonomía como característica de la teoría Cautelar , en cuanto no puede hablarse de autonomía del "proceso" cautelar, pues resulta obvio que la tramitación de una medida cautelar, si bien se efectúa en cuaderno separado, se encuentra plenamente ligada a la tramitación del proceso principal que intenta asegurar, sustenta tal posición sobre bases puramente legislativas y procedimentales, bajo la perspectiva indicada resulta indiscutible que el procedimiento cautelar no goce de autonomía.

Así, si el proceso principal resulta exitoso, obteniéndose sentencia favorable con la calidad de Cosa Juzgada, **la cautelar se consolida y se refunde en la sentencia misma**; en cambio, si el resultado es negativo por decisión judicial sobre el fondo o aun cuando no lo sea sobre él, no cabe duda que desaparecerá.

3.2. INSTRUMENTAL.- Acorde con la función y finalidad que le asigna la doctrina al proceso cautelar, y que es recogida por nuestro Código Procesal Civil, otra de sus características es **la instrumentalidad**, dado que no constituye un fin en sí mismo, sino que sirve para asegurar los derechos que se definen en el proceso principal.

Piero CALAMANDREI, citado por MONROY PALACIOS () , explica que "la tutela cautelar es, en relación a la derecho sustancial una tutela mediata: mas que a hacer justicia contribuye a garantizar el eficaz funcionamiento de la justicia. Si todas las providencias

jurisdiccionales son un instrumento del derecho sustancial que se actúa a través de ellas, en las providencias cautelares se encuentra una instrumentalidad cualificada, o sea, elevada, por así decirlo, al cuadrado; son en efecto de una manera inevitable, un medio predispuesto para el mayor éxito de la providencia definitiva, que a su vez es un medio para la actuación del derecho, esto es, son, en relación a la finalidad última de la función jurisdiccional, instrumento del instrumento.

Coincidiendo con la opinión anterior, Mauricio OTTOLENGHI (), explica la instrumentalidad así: *"Con el instituto cautelar se atiende mas que a la finalidad de actuar el derecho, a conseguir el efecto inmediato de asegurar la eficacia practica de las providencias definitivas; de tal manera que la tutela cautelar es con relación al derecho sustancial una tutela inmediata, puesto que más que hacer justicia, contribuye a garantizar el eficaz funcionamiento de esta"*.

En consecuencia, en virtud de esta característica toda medida cautelar es conducente a hacer viable y posible la tutela jurisdiccional efectiva que pudiera otorgarse en una sentencia favorable a dictarse en un proceso de cognición o ejecución

3.3. VARIABLE.- Con esta característica que da establecida que toda medida cautelar puede sufrir modificaciones o cambios, en cuanto a la forma, monto y bienes. En efecto la obtención de una medida cautelar no implica su invariabilidad, sino que ella puede ser modificada, sea a pedido del accionante o del afectado, supuestos que por lo demás son considerados por el Código Procesal Civil en el articulo 617° (). Véase que en todos los casos será el Juez quien finalmente decida al respecto, en razón del poder de cautela que la ley procesal confiere a este, facultándolo a conceder la medida adecuada al derecho que se pretende garantizar y a acceder o denegar el pedido de variación de la medida.

Las medidas cautelares pueden, entonces, no solo ser modificadas, sino también suprimidas, según el principio *rebus sic stantibus*, lo que ocurre cuando se modifica la situación de hecho que dio lugar a su obtención o concesión. De esta manera si el beneficiario de la medida cautelar no logra a través del proceso principal acreditar su derecho, es obvio que la medida puede ser suprimida y desaparecer, al contrario, si logra demostrar ese derecho, podría obtener incluso medidas cautelares adicionales que aseguren mejor ese derecho.

IV.- JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACION.-

Como es sabido, en nuestra Legislación Procesal, nunca antes las medidas Cautelares, denominadas **embargo** en el Código de Procedimientos Civiles ha estado sujeto a plazo alguno de caducidad, es recién con la dación del Código Procesal Civil, que se incorpora la institución de la caducidad de éstas, específicamente en el artículo 625° modificado por la ley N° 26639, que prescribe: *"Toda medida cautelar caduca a los dos años de consentida o ejecutoriada la decisión que amparó la pretensión garantizada con ésta. La caducidad opera de pleno derecho, siendo inimpugnables los actos procesales destinados a hacerla efectiva.*

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, toda medida cautelar caduca a los cinco años contados desde la fecha de su ejecución. Si el proceso principal no hubiera concluído, puede el Juez, a pedido de parte, disponer la reactualización de la medida. Esta decisión requiere de nueva ejecución cuando implica inscripción registral", por lo que cabe

formularnos la siguiente pregunta: **¿ Debe aplicarse algún plazo de caducidad a las medidas "cautelares" dictadas en ejecución de sentencia ?**., a modo de justificación de nuestra investigación, resulta interesante y oportuno advertir que ***la tutela cautelar puede haber sido concedida al servicio de un proceso de cognición o de un proceso de ejecución*** y la forma de operar de la tutela cautelar en ambos casos es distinta.

En el proceso de cognición la tutela cautelar cumple la función de servir como instrumento para garantizar la efectividad de la sentencia de fondo, sea ésta una sentencia meramente declarativa, constitutiva o de condena, lo que trae como consecuencia que normalmente la eficacia de la tutela cautelar perdurará hasta que sobrevenga dicha sentencia; a diferencia si la tutela cautelar ha sido concedida para garantizar la eficacia de las medidas ejecutivas a actuarse en el respectivo proceso ().

Pero sucede, como se ha indicado, que se encuentra previsto en el art. 625° del Código Procesal Civil, la caducidad de las medidas cautelar, con ello existe la posibilidad latente de que pierda sui eficacia (a decir de Eugenia Ariano "caducidad" en términos legales), sea en el plazo de cinco años, aún cuando el proceso al cual sirve no haya terminado, con lo cual se destruye la esencia instrumental de la tutela cautelar, haciendo depender su eficacia a un plazo.

Es de advertir que la Jurisprudencia Registral, se ha mantenido uniforme, viéndose inclusive condensada en un precedente de Observancia Obligatoria dictado por el Tribunal Registral del Norte, quien en su resolución N° 037-2002-ORLL/TRN del 11MAR2002, ratificado en el Segundo Pleno del Tribunal Registral de la SUNARP, realizado el 29 y 30 NOV 2002, dispuso como precedente lo siguiente: *" A las medidas dictadas en ejecución de sentencia bajo las normas del Código Procesal civil, se les aplica el plazo de caducidad de cinco años computados a partir de la fecha de su ejecución"*, indicando que la interpretación surge del propio texto del Arit.. 625° del CPC.

V.- NATURALEZA JURÍDICA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES DICTADAS ORDENADAS EN EJECUCIÓN DE SENTENCIA.-

Por las características ya detalladas de la medida cautelar, ésta ha sido diseñada como un instrumento de *"precaución"*, a favor de la parte accionante y que persigue no hacer ilusoria la ejecución del fallo definitivo

Las medidas cautelares se constituyen así en un instrumento eficaz que permiten salvaguardar el Interés del accionante que puede verse perjudicado con lo dilatado de todo proceso judicial. Las medidas cautelares, en consecuencia, fueron ordinariamente pensadas como mecanismos que debían ser dictadas antes de la sentrencia.

Sin embargo, ¿Qué sucede cuando la medida es dispuesta en ejecución de sentencia? ¿Seguirá acaso conservando su carácter "cautelar"?, Cabanellas() define el término cautelar como prevenir, adoptar precauciones, precaver, de lo que se colige que las medidas cautelares son siempre disposiciones que se adoptan para salvaguardar la eficacia de una futura decisión de fondo, a diferencia de una medida cautelar dictada en ejecución de sentencia().

En efecto, es lógico suponer que cuando una "medida cautelar" es ordenada en ejecución de sentencia, no conserva tal carácter cautelar, sino que busca la ejecución de la sentencia expedida, siendo esto así, el mandato dictado en ejecución de sentencia ya no podrá ser de ninguna manera "cautelar", sino que como bien lo ha establecido la Cuarta Sala del Tribunal Registral, con Sede en la ciudad de Trujillo, en la Resolución N° 206-2003-SUNARP-TR-T del cinco de diciembre del 2003, se trataría de "un mandato ejecutivo", pues lo que se persigue es simplemente ejecutar la sentencia, valga la redundancia ya expedida y no salvaguardar la eficacia de una decisión futura.

Valga la oportunidad para distinguir las "medidas cautelares" de las "medidas ejecutivas", empezaremos por los requisitos exigidos en toda medida cautelar como la verosimilitud del derecho invocado, el peligro en la demora y la contracautela, ya no son exigibles en las medidas ejecutivas, pues en estas últimas, no hay necesidad de la "apariencia en el derecho", sino que el derecho justamente está definido con la expedición de la sentencia, no existiendo en las medidas ejecutivas peligro en la demora, pues la sentencia es justamente la razón de la espera y ésta ya se dio, y por último la contracautela () tampoco resulta exigible por cuanto posibilidad de daño a irrogarse ni perjuicios, por cuanto el fallo ya se dio; por tanto se tiene que en las medidas ejecutivas no se exige sustentar ninguno de los requisitos detallados y resueltos líneas arriba.

VI.- PLAZOS DE CADUCIDAD PREVISTOS EN EL ART. 625° CODIGO PROCESAL CIVIL.

Por razones de interés público y de seguridad jurídica la ley ha establecido que las acciones, mediante las cuales se hacen valer derechos subjetivos, no son eternas, sino que tienen vida limitada, lo que ha dado nacimiento a la **prescripción extintiva** y a la **caducidad**, que constituyen instituciones jurídicas claramente diferenciadas, pues la primera se extingue solo la acción (Léase art. 1989° del Código Civil), en tanto la segunda se extingue además el derecho sustantivo mismo (art. 2003° del Código Civil); siendo esto así, estas instituciones del derecho traen consigo ciertas implicancias, que resulta oportuno mencionarlas y sobre todo analizarlas, ya que limitan o restringen derechos, esto con el decurso del tiempo, siendo que el cumplimiento del plazo establecido en la ley trae consigo efectos jurídicos.

Con lo antes indicado, pasamos de lleno a analizar lo que es materia de análisis, específicamente lo regulado por el artículo 625° del Código Procesal Civil en cuanto al plazo de la *"caducidad"* de las medidas cautelares, ya que la interpretación que debemos desarrollar, necesariamente debe ser restrictiva, ello en virtud y en principio por lo establecido en el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil(), que indica que toda disposición que restringe derechos no se aplica por analogía, siendo esto así, es de entender meridianamente que los plazos regulados solo son aplicables para los supuestos establecidos en ella (la norma), por tanto, el plazo de caducidad de las medidas cautelares, hace referencia a un plazo aplicable solo a las medidas que se dictan antes de la sentencia definitiva, lo que resulta plenamente acorde con lo establecido en el artículo 612° del Código Procesal Civil, que reza que "toda" medida cautelar importa un prejuzgamiento, es provisoria, instrumental y variable, por tanto el plazo establecido en el dispositivo legal materia de dilucidación solo es aplicable a las medidas cautelares que cuenten

necesariamente con estas cuatro características, y no para los casos de "mandatos ejecutivos", vale decir cuando ya se ha expedido sentencia.

Bajo el contexto esgrimido, traemos a colación una resolución expedida por el Sexto Juzgado Civil de la ciudad de Lima, que ante la solicitud de caducidad de una "medida cautelar" dictada luego de sentencia, presentada por la parte ejecutada y vencida, se resolvió de la siguiente manera:

RESOLUCION DE PRIMERA INSTANCIA EXP. N° 21119-1999/6° JECL

Resolución Número SEIS

Lima, diecisiete de diciembre del año dos mil dos.

Dado cuenta en la fecha; estando a lo que se expone: téngase por absuelto el trámite que se hace referencia en los términos que se exponen **y atendiendo: Primero:** Que, según lo establece el artículo 2004 del Código Civil los plazos de caducidad los fija la ley, sin admitir pacto en contrario; **Segundo:** que el artículo 625 del Código Procesal Civil señala que toda medida cautelar caduca a los dos años de consentida o ejecutoriada la decisión que amparó la pretensión; sin perjuicio de ello; también caduca a los cinco años contados desde la fecha de su ejecución; **Tercero:** Que, en ese sentido la norma adjetiva no señala los plazos procesales de caducidad de las medidas de embargo ordenadas en ejecución de sentencia; **Cuarto:** Que, en el caso de autos se advierte que la medida de embargo en forma de retención que se ordenara sobre los fondos y valores de la ejecutada Distribuidora Multigráfica S.A. fue ordenada en ejecución de sentencia; por consiguiente el pedido de caducidad peticionada por la emplazada deviene sin sustento legal; máxime que el Juez debe atender a que la finalidad concreta del proceso es resolver un conflicto de intereses, haciendo efectivos los derechos sustanciales y que su finalidad abstracta es lograr la paz social y en los de la materia se encuentra vigente la exigencia de pago por parte de la demandante contra la accionada; más aún que esta última no ha abonado monto alguno; por tales razones y de conformidad con lo establecido por el artículo 128° del Código Procesal Civil; se declara: **IMPROCEDENTE el pedido de CADUCIDAD** peticionado por la ejecutada; continuando la litis, según su estado; al primer otrosí: estando a lo que se expone y en ejecución procesal; previamente requiérase a la parte emplazada a fin de que dentro del plazo de tres días cumpla con abonar la suma señalada en sentencia; bajo apercibimiento de iniciarse la ejecución forzada; al segundo otrosí: téngase presente.

Dra. Rocío del Pilar Romero Zumaeta

Juez del 6° Juzgado Civil

Corte Superior de Jusiticia de Lima

De acuerdo a la resolución glosada, la Jueza rechaza la solicitud de caducidad amparándose en que la finalidad concreta de todo proceso es la de resolver un conflicto de intereses, haciendo efectivos los derechos sustanciales de las partes, y en el presente caso está vigente la exigencia de pago por parte del demandante, lo cual además se aúna al hecho que no existe norma legal que establezca el plazo de caducidad de los embargos trabados en ejecución de sentencia, por lo que el pedido del demandado carecería de sustento legal; pero

ante la interposición de apelación, la Cuarta Sala civil de Lima la revoca (por mayoría) la resolución de primera instancia, declarando fundado el pedido de caducidad de la medida cautelar, argumentando el plazo de caducidad para los embargos ordenados en ejecución de sentencia es de dos años contados a partir del momento en que queda consentida o ejecutoriada la sentencia, sentado con ello un precedente que se contradice incluso con criterios anteriormente establecidos con carácter de precedente de observancia obligatoria por parte del Tribunal Registral, para ilustrar lo sucedido plasmamos íntegramente la resolución del A Quem:

Resolución de Segunda Instancia

Corte Superior de Justicia de Lima

Cuarta Sala Civil

EXP. N° 1209-2003

Resolución

Lima, veintitrés de julio del dos mil tres.

AUTOS Y VISTOS; Y ATENDIENDO: PRIMERO: Que, en el presente proceso existiendo sentencia favorable como reza la resolución que ordena la medida cautelar obrante en copia a fojas ochenta y uno, deviene aplicable el plazo de dos años contados a partir del momento en que queda consentida o ejecutoriada dicha sentencia, a tenor de lo señalado en el primer párrafo del artículo 625 del Código procesal Civil; **SEGUNDO.-** Que, la sentencia que amparó la pretensión garantizada por la medida cautelar quedó consentida el dieciséis de diciembre de mil novecientos noventa y nueve como es de verse de la copia de fojas sesenta y uno, por tanto el plazo de caducidad venció el dieciséis de diciembre del dos mil uno; **TERCERO:** Que, deviene lógico aplicar el plazo más corto pues la inacción del peticionante de la medida cautelar se torna más evidente y por ende, sancionable con la caducidad, pues el caso de quien tiene sentencia favorable resulta distinto a aquel que tiene aún su proceso en trámite sin que se haya expedido sentencia; **CUARTO:** Que, por consiguiente la caducidad ha operado, pues aun cuando la finalidad del proceso se orienta a la resolución de un conflicto de intereses y el logro de la paz social, deben observarse las normas procesales de orden público que constituyen en su esencia una garantía para los justiciables, consideraciones por las cuales: **REVOCARON** la resolución número seis de fecha dieciséis de diciembre del dos mil dos, obrante a fojas ciento diecinueve que declaró improcedente la caducidad de la medida cautelar, y reformándola se declare fundada la caducidad de la medida cautelar, en los seguidos por Servicio Nacional de Adiestramiento en Trabajo Industrial con Distribuidora Multigráfica S.A. sobre Obligación de dar suma de dinero.

NIQUEN PERALTA

MENDOZA RODRIGUEZ

LOS FUNDAMENTOS DEL VOTO EN MINORIA DE LA SEÑORA VOCAL ARANDA RODRÍGUEZ SON COMO SIGUEN:

AUTOS Y VISTOS; Por sus fundamentos; **Y ATENDIENDO : PRIMERO:** Es materia de revisión por ante este Superior Colegiado, la resolución de fojas ciento diecinueve, número seis de fecha diecisiete de diciembre del año dos mil dos, que declara improcedente la caducidad de la medida cautelar solicitada por la demandada; **SEGUNDO:** El artículo 625° segundo párrafo preceptúa que toda medida cautelar caduca a los cinco años contados desde la fecha de su ejecución, siendo este supuesto normativo de excepción a lo dispuesto en el primer párrafo del artículo acotado; **TERCERO:** En el presente caso, conforme a la resolución que obra a fojas ochenta y uno, y siendo el estado del proceso el de ejecución de resolución judicial firme, con fecha dieciséis de febrero del dos mil, se dictó medida cautelar de embargo en forma de retención hasta por la suma de ocho mil quinientos dólares americanos, habiendo el banco de Crédito del Perú efectuado la retención hasta por la suma de mil novecientos cuarenta y siete punto diecisiete dólares americanos conforme al escrito de fojas ochenticinco, su fecha trece de marzo del dos mil, habiéndose ejecutado de esta forma la decisión cautelar ordenada en autos; **CUARTO:** En este sentido no ha transcurrido el plazo de cinco años que establece la norma invocada, consecuentemente la resolución impugnada se encuentra sujeta al mérito de lo actuado, según lo prevé el inciso tercero del artículo ciento veintidós del Código procesal Civil: **MI VOTO ES POR QUE SE CONFIRME** la resolución apelada que en copia corre a fojas ciento diecinueve, número seis, su fecha diecisiete de diciembre del dos mil, que declara IMPROCEDENTE la caducidad peticionada por la ejecutada , con lo demás que contiene; Hágase saber y los devolvieron.

Con ello, podemos afirmar lo siguiente: Que el artículo 625° del código procesal civil, materia de nuestro trabajo, solamente regula dos plazos:

El primero, que indica que toda medida cautelar caduca a los dos años de haber quedado consentida o ejecutoriada la sentencia emitida en el proceso, lo cual resulta justificable, pues dos años resulta más que suficientes para pedir la ejecución de una sentencia, y el no hacerlo hace presumir renuncia del derecho o pérdida de intereses en el mismo; mientras que el segundo plazo regulado, es aquel en el que toda medida cautelar también caduca a los cinco años de ejecutada.

Esto quiere decir que si después de ejecutada la medida cautelar no se emite sentencia definitiva en el plazo de cinco años, entonces la medida cautelar caduca de pleno derecho, lo cual sin embargo tendría una excepción, y es el hecho de que este plazo es reactualizable a pedido de la parte.

Por lo esgrimido se llega a determinar que el artículo 625° del código adjetivo, en absoluto regula plazo que pudiera ser aplicable a las medidas aplicables dictadas ene ejecución de sentencia, pues es expresa en indicar que sólo se aplica a las medidas propiamente "cautelares" y como ya hemos dejado en claro que una medida expedida luego de sentencia, no se trata de una cautelar sino una ejecutiva, no pudiendo con ello efectuar interpretación alguna, adicional a las establecidas taxativamente, en cuanto el artículo 2004° del Código Civil prohíbe que los plazos de caducidad sean aplicados a supuestos distintos para los que fueron establecidos legalmente, *per se* está prohibido mediante interpretación establecer nuevos supuestos de caducidad.

VII.- PROPUESTA DE MODIFICATORIA POR LA CERIAJUS.-

Uno de los proyectos de la CERIAJUS – Comisión de la Reforma Integral de la Administración de Justicia - CERIAJUS – busca que el plazo de extinción de las medidas cautelares (art. 625° del CPC) se aplique únicamente a aquellos procesos iniciados durante la vigencia del Código de Procedimientos Civiles de 1912, ***por lo que se pone en evidencia que ese era el sentido original del dispositivo y que fue un error que el Código procesal civil extendiera la aplicación de los plazos de extinción a todas las medidas cautelares***, esto es, no solo a las dictadas con el código anterior, dados los efectos negativos que se generaron. en tal sentido, y dada la función instrumental, una medida cautelar debe durar lo que sea necesario.

7.1. Proyecto 8. Modificación urgente al Código Procesal Civil: Modificación del artículo 625° del Código Procesal Civil: extinción de las medidas cautelares.

Fórmula normativa

La propuesta ha surgido de las discusiones generadas de la iniciativa de modificación legislativa propuesta por el Dr. Juan Monroy Gálvez () en el marco del trabajo realizado por el grupo Temático de Medidas Urgentes de la Comisión de Reformas Integral de la Administración de Justicia (CERIAJUS)

El artículo 625° del Código Procesal Civil es una norma de transición destinada a asegurar los problemas materiales producidos por medidas cautelares otorgadas bajo el régimen del Código de Procedimientos Civiles 1912.

Dichos procesos (en el Código de Procedimientos Civiles) tenían una duración que normalmente superaban los diez años. Producto de ello, los procesos caían en abandono u otros culminaban sin sentencia, así como aquellos que, con sentencia, permanecían inejecutables, eran archivados sin que se tenga en cuenta la eficacia de la medida cautelar dispuesta durante su desarrollo.

Esta situación generaba un serio problema, toda vez que, desaparecido el conflicto de intereses, resultaba sumamente gravoso ubicar muchos años después, los actuados judiciales para levantar una medida cautelar cuya eficacia y permanencia carecía de sentido, pero que igualmente causaba perjuicios sobre el demandado (por ejemplo: levantar un embargo sobre un inmueble).

El artículo 625° solucionó en su momento estos inconvenientes del Código de Procedimientos Civiles de 1912. Sin embargo, también es aplicado para los procesos iniciados por el Código Procesal Civil vigente. Esta última situación es técnicamente errónea toda vez que la eficacia temporal de una medida cautelar se debe mantener *-salvo los específicos mecanismos extintivos previstos por el Código* -hasta la obtención de una sentencia firme, en aquellos procesos que tienen una duración razonable o, en todo caso, no superior a cinco (5) años.

La propuesta es establecer claramente que el artículo 625° sólo es aplicable a los procesos iniciados con el Código de Procedimientos Civiles de 1912, siendo el objetivo el de uniformizar las causales de extinción de las medidas cautelares, evitando problemas

interpretativos innecesarios, como es el caso de las resoluciones judiciales detalladas anteriormente.

7.2. Efecto de la vigencia de la norma sobre la Legislación Nacional

La proposición legal plantea la modificación del articulo 625° del Código Procesal Civil, con la finalidad de que, en lo referido a medidas cautelares, el plazo de extinción de cinco años desde su ejecución se aplique solamente a aquellos procesos iniciados durante la vigencia del Código de Procedimientos de 1912.

Por otro lado, la modificación eliminará la posibilidad de problemas de interpretación en materia de extinción de medidas cautelares.

7.3. Análisis Costo Beneficio

La institución directamente involucrada es el Poder Judicial, al ser la institución encargada de declarar la extinción de las medidas cautelares recaídas en los procesos civiles. Esta propuesta legislativa no producirá afectación de sus recursos económicos, dado que la aprobación no requiere de acción o medida alguna para su implementación y puesta en práctica.

7.4. Fórmula legal

Texto del Proyecto

PROYECTO DE LEY QUE PROPONE MODIFICAR EL ARTÍCULO 625 DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

El congresista de la República que suscribe en el ejercicio de iniciativa legislativa conferido por artículo 107° de la Constitución Política del Estado, concordante con el artículo 22° del Reglamento del Congreso de la República, presenta el siguiente:

PROYECTO DE LEY

LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 625° DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

Artículo Único: Modifíquese el articulo 625° Código Procesal Civil en los siguientes términos:

Extinción de la medida cautelar concedida con el Código Derogado.-En los procesos iniciados con el Código de Procedimientos Civiles de 1912. la medida cautelar se extingue de pleno derecho a los cinco años contados desde su ejecución. Si el proceso principal no hubiera concluido, podrá el juez. A pedido de parte, disponer la reactualización de la medida. Esta decisión requiere de nueva ejecución cuando implica una inscripción registrar()

7.5. Premisa Explicación Necesaria

El proyecto como se habrá observado, propone modificar el artículo 615° CPC, pero quizá lo más importante de él esté en que a once años de vigencia del Código nos ha sido revelada su *ratio legis*, una razón que seguramente debe haber dejado boquiabierto a todo aquel que cayó bajo las garras .

7.6. Que contiene el art. 625° del Código Procersal Civil.

Lo primero que hay que aclarar es que el artículo 625 forma parte del texto original del código publicado el cuatro de marzo de mil novecientos noventidós y a lo largo de su vida no se le ha cambiado ninguna letra, ni un punto, no un coma, a diferencia de que muchos dispositivos que fueron modificados por el D.Ley N° 25940 del 10DIC1992,

La redacción es autoría sin que quepa duda alguna de la Comisión Revisora del Código procesal Civil,

El art. 615° CPC es una norma general que se infiere de su propia redacción, el uso de sus dos párrafos de *"toda medida cautelar"* parecería no dejar duda: se trataría de una disposición que vale para cualquier medida cautelar, a primera lectura esta disposición general parece establecer dos distintos plazos "fijos" de vigencia de "todas" las medidas cautelares uno de dos años, cuyo *dies a quo* sería el momento en el cual la sentencia cuya efectividad estaba enderezada a asegurar quedó firme, y otro, de cinco años, cuyo dies a quo sería el momento de su ejecución.

El primero, sería un plazo fatal, mientras que el segundo no, por cuanto sería posible (en caso de estar el proceso aún pendiente) pedir su prórroga mediante una "reactualización".

Sigue la Ley N° 26639 del 27JUN1996, tras la entrada de vigencia del CPC 1993, la primera duda se presentó era si el artículo 625° CPC era aplicable a la medidas cautelares, dictadas conforme al CPC de 1912, En realidad la duda no podía sino resolverse en un sentido negativo pues el CPC había sido clarísimo en su Quinta Disposición Transitoria: "Los procesos iniciados antes de la vigencia de este Código, continuarán su trámite según las normas procesales con las causales que se iniciaron. Los procesos que se inicien a partir de la vigencia de este Código, se tramitan conforme a sus disposiciones"

Ergo, no el más osado de los intérpretes podría haber siquiera pensado que el artículo 625° CPC de 1993, fuera aplicable a las "medidas" dictadas antes de su vigencia.

A llenar esta laguna proveyó la ley N° 26639, vigente desde 25SET1996, que hizo "caducables a plazo fijo las medidas dictadas antes de la vigencia del CPC de 1993, así su artículo 1 extiende los plazos de caducidad del art. 625° a todos los embargos y medidas cautelares dispuestas judicial o administrativamente incluso con anterioridad a la vigencia del CPC, ya sea que se trate de procesos concluidos o en trámite, mientras que en su artículo 2° establece que los embargos definitivos y otras medidas de ejecución trabados bajo las normas del Código de Procedimientos Civiles caducarán en el plazo de cinco años de ejecución, salvo que sean renovados

Ahora, si "toda medida cautelar" incluso las dictadas con el CPC1912, estarían sujetas a plazos "fijos" de vigencia, vencidos los cuales simplemente morirían. pero si no hubiera estado el art. 625° inserto al CPC a nadie se le habría ocurrido "extenderlo" a los embargos, sean preventivos y definitivos y otras medidas anteriores al CPC.

La ley 26639 amplió así el campo operativo del artículo 625° CPC, pero en nada contribuyó a resolver el problema aplicativo interpretativo que representaba para los jueces y más bien le extendió el problema a los Registros Públicos.

En efecto, el segundo párrafo del artículo 1° de la ley N° 26639 dispuso que tratándose de medidas inscritas, los asientos registrales serán cancelados a instancia del interesado con la presentación de una declaración jurada con firma legalizada por fedatario o Notario Público, en la que se indique la fecha del asiento de presentación que originó la anotación de la medida cautelar u el tiempo transcurrido, agregando que *"el registro cancelará el respectivo asiento con la sola verificación del tiempo transcurrido"*.

Por tanto, si antes para cancelar un asiento registral se precisaba de resolución judicial, ahora basta con presentar la solicitud de cancelación a los Registros Públicos, con lo buena parte del problema ha pasado de los jueces hacía los Registradores Públicos.

Para nadie debe ser una sorpresa que ***las medidas cautelares no deben ser eternas, por el simple motivo que ellas nacen con previsión para un fin***, o sea son de vida precaria e inestable, y están destinadas, tarde o temprano a expirar, no por nada se dice que son provisionales, ergo la caducidad es inherente a su esencia.

Sin embargo, esta "caducabilidad" no significa que las medidas cautelares estén sometidas a vigencias "fijas" y menos que nunca a plazos desligados de su función esencial cual es la de asegurar la efectividad de la tutela de fondo (declarativa o ejecutiva)

Y ese es el problema (no ciertamente - teórico) que entran los dos párrafos del articulo 625° CPC: estableciendo plazos fijos se termina desligando a las medidas cautelares de su función.

Así lo equivocado del primer párrafo del artículo 625° CPC no está tanto en que establezca un plazo "fijo" de caducidad (o sea de extinción) , sino en lo racional del mismo y, sobre todo del *dies ad quo* para su cómputo.

En efecto también el artículo 636° CPC establece un plazo fijo de vigencia para la medida cautelar *ante causam:* si no se interpone la demanda de fondo dentro de los 10 días de ejecutada, la medida caduca de pleno derecho"

En cambio primer párrafo del articulo 625° CPC es injustificable, pues al establecer un plazo de dos años que corre desde que la sentencia estimatoria quedo firme, nos hace tener la impresión de que la medida cautelar pueda seguir vigente por ese (largo) plazo sin que tenga ya un proceso de fondo al cual servir (o sea la desliga por largo tiempo de su función aseguratoria).

Pero, hay algo que resulta evidente: el articulo 625° CPC dice ser una disposición aplicable a toda medida cautelar", pero en realidad no lo es. Así: ¿puede acaso pensarse que una medida de asignación de alimentos (artículo 675° CPC) o, de suspensión de derechos y nombramiento de curador provisional durante el proceso de interdicción (artículos 683° y 567° CPC) o de suspensión de acuerdos sociales (artículo 145° LGS) pueda realmente seguir vigente después de la sentencia que declara fundada la demanda de alimentos, o la que declara la interdicción de un sujeto o la declara la nulidad del acuerdo social impugnado?, la razón nos dice que no, pues la sentencia de alimentos absorberá por completo la función que hasta ese momento estaba cumpliendo la asignación anticipada; la sentencia que declara la interdicción absorberá, igualmente, a la medida de "suspensión de derechos" y nombrará un curador al (ya) interdicto; la sentencia que declara la nulidad habrá

definitivamente eliminado la duda sobre la validez del acuerdo social efectos estaban (solo) suspendidos.

En estos casos la medida no sobrevive (no dos años sino) un día desde que la sentencia quedó firme, por lo que el primer párrafo del artículo 625° CPC no sólo es inaplicable sino inocuo, siendo por demás evidente que una vez firme la sentencia estimatoria de la demanda la medida ya no opera, sino que será la propia sentencia la que desplegará (establemente) sus efectos sobre la situación sustancial (*la res in iudicium deducta, ya res iudicata*)

Y eso revela que el primer párrafo del artículo 625° CPC tendrá el aspecto de una disposición general, pero en realidad no lo es, pues ella solo tiene sentido para "algunas" medidas cautelares: las que aseguran una *"futura ejecución forzada"* y no así aquellas que neutralizando meros peligros de tardanza, agotan por completo su función tras la emanación de la sentencia de fondo que las absorbe por completo.

VIII.- LA APLICACIÓN A TODOS LOS "EMBARGOS"

El art. 625° del CPC en su primer párrafo trae consigo un problema que es el que hace correr el plazo de "caducidad" de dos años desde que la sentencia quedó firme, sin tomar en cuenta para nada lo que puede haber pasado después de que esa sentencia se convirtió en *"título de ejecución"*, es decir, prescindiendo de que el vencedor haya instado o no la ejecución.

Para tener claro el panorama quizá convenga precisar el supuesto al cual se refiere el primer párrafo del artículo 625° CPC: debe tratarse de un embargo dictado antes de que la sentencia favorable al demandante (o al reconveniente) quede firme, no importando si dictada ante causam o pendente lite en primera instancia, en segunda, o durante la tramitación del recurso de casación. Y es en ese supuesto que el primer párrafo del artículo 625° comenzó a crear problemas interpretativos: si dentro del plazo de dos años el vencedor pide la ejecución de la sentencia, **¿Caduca el embargo o no?**.

Para algunos de acuerdo a lo previsto por el artículo 625° CPC – primer párrafo- existiendo sentencia en el proceso, la medida cautelar caduca a los dos años de consentida o ejecutoriada dicha decisión, que debe entenderse de dicho texto que el plazo procesal de caducidad contenido en esa norma opera – como castigo al acreedor negligente – cuando después de existir sentencia firme, deja transcurrir más de dos años sin pedir la ejecución.

ergo, según esta interpretación el primer párrafo del artículo 625° CPC, en buena cuenta, cuando existe un embargo cautelar dictado antes o durante el proceso declarativo, una vez que el actor obtiene sentencia a su favor, si no quiere ver su embargo "caducar" debe iniciar la ejecución en plazo de dos años. En el entretanto el embargo sigue con vida, si pide la ejecución dentro de ese plazo evita la caducidad del embargo, caso contrario "muere".

Existen otros de contraria opinión, indican que la caducidad es un modo de extinción de ciertos derechos en razón de la omisión de su ejercicio durante el tiempo prefijado por ley, que ese plazo tiene el carácter de fatal y una vez transcurrido, ocurra lo que ocurra, el derecho no podrá ser ejercitado, es decir la caducidad no podría evitarse.

IX.- EL PROBLEMA DE LA RENOVACIÓN: ¿RENOVACIÓN DE LA "ANOTACIÓN" O DE LA "MEDIDA"?.

Resulta importante hacer notar que la caducidad de cinco años indicada, puede evitarse a través de la "reactualización" o "renovación" de la "medida", respecto a esto cabe resaltar lo que ha establecido la jurisprudencia registral: "La reactualización de las medidas cautelares presupone lo siguiente: 1) Proceso principal concluido; 2) Que la medida cautelar se encuentre aún vigente; 3) Pedido de parte; 4) Mandato judicial disponiendo la reactualización; 5) Mandato judicial de inscripción (cuando la ejecución implica inscripción registral)" ().

Cabe resaltar que la jurisprudencia a nivel registral, considere erradamente que la "caducidad" de la medida cautelar resulta equivalente de la "caducidad" de la anotación preventiva, indicándose que una cosa es que caduque la anotación de la medida cautelar y otra la caducidad de la propia medida cautelar, puesto que la cancelación de la segunda automáticamente determina la cancelación de su anotación preventiva, resultando por demás redundante (obvio) que el segundo párrafo del artículo 615° del código adjetivo y el mismo artículo 2° de la Ley N° 26639 lo que se extingue es el embargo mismo y de carambola su anotación es registros.

CADUCIDAD PROPIA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES PREVIAS AL PROCESO

Caducidad de las medidas cautelares

El art. 207 del CPCCN señala que se producirá la caducidad de pleno derecho de las medidas cautelares que se hubieran ordenado y hecho efectivas antes del proceso, si tratándose de obligación exigible no se interpusiera demanda dentro de los diez días siguientes al de su traba, aunque la otra parte hubiera deducido recurso. Es decir que, cuando el derecho tutelado es exigible o a partir del momento en que adquiere tal calidad, el sólo transcurso del plazo, sin que se promueva el pertinente proceso, acarrea la extinción de la medida. No se requiere la petición de parte, ya que la cancelación viene impuesta por la ley y procede de oficio. Al mentado plazo de diez días se lo ha de computar a partir del momento en que se efectivice en su integralidad el acto precautorio o el conjunto de ellos si se hubiesen acumulado más de uno. Esta solución se justifica porque el transcurso del tiempo sin promover el pertinente proceso principal, demuestra la falta de interés o derecho en el peticionario, lo cual lleva a evitar que se mantenga indefinidamente una medida que en sí carece de finalidad y causa ataduras y perjuicios.47 La caducidad tiene como consecuencias el levantamiento de pleno derecho de la medida cautelar, y hace pasible a quien la hubiera obtenido del pago de costas, así como de los daños y perjuicios ocasionados a la destinataria. Además, tiene el efecto de impedir que se solicite de nuevo y por la misma causa. La demanda se hace pues, obligatoria en virtud de la norma cuando se trate de prestaciones exigibles.48

El art. 207 del mencionado cuerpo legal, prevé la posibilidad de enervar la caducidad de las inhibiciones y embargos si las partes interesadas, antes del vencimiento del plazo, solicitan la reinscripción pertinente en el proceso en el cual se decretaron.

INHIBICIONES Y EMBARGOS

La inhibición general de bienes es una medida cautelar que afecta a todos los bienes inmuebles y muebles registrables del deudor, por lo que se la considera una medida general, de la que se deja constancia con una anotación en el Registro de la Propiedad e impide al deudor enajenar sus inmuebles o gravarlos, a fin de garantizar el pago de sus deudas.

Es una medida subsidiaria, ya que el artículo 228 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina dice que procede cuando no pueda hacerse efectivo el embargo preventivo, por desconocerse los bienes del deudor o éstos no alcanzaran para cubrir la deuda. Si el deudor presentare bienes a embargo o diere caución suficiente se dejará sin efecto la inhibición general de bienes.

En la solicitud de inhibición, deberá consignarse el nombre y apellido del deudor, su domicilio, y demás datos que sirvan para su individualización, y otros requisitos que las leyes establezcan.

La inhibición no tiene preferencia temporal, como sucede con los embargos y las hipotecas, y tiene efecto desde su anotación en el Registro de la Propiedad.

La inscripción que dispone la inhibición no establece el monto, como sí se fija en otras medidas cautelares, según lo adeudado, y afecta en general a todos los bienes registrables. El Registro de la Propiedad, de acuerdo al artículo 30 de la ley 17.801 dispone que se deba llevar una sección especial para anotar tales inhibiciones, y establece para su vigencia un plazo de cinco años, al igual que para el embargo preventivo, pudiendo reinscribirse ante de su vencimiento.

Embargo Preventivo.

El embargo preventivo constituye la medida cautelar en cuya virtud se afectan o inmovilizan uno o varios bienes de quien es o ha de ser demandado en un proceso de conocimiento o en un proceso de ejecución a fin de asegurar la eficacia práctica de las sentencias que en tales procesos se dicten.

El embargo preventivo se puede tomar sobre cosas o biene individualizados o sobre universalidad de cosas.

Este tipo de medidas no implican que los bienes embargados queden fuera del comercio sino que los colocan en la situación de poder ser enejenados con autorización del juez que decretó la medida.

Inhibición general de Bienes.

Es la medida cautelar que impide la disposición de derechos sobre los bienes cuyo dominio conste en Registros Públicos y por tanto a pesar de la amplitud del concepto, sólo se aplica a los bienes inmuebles, muebles registrables y a los drechos reales sobre ellos. No es una medida contra la persona, sino una limitación de la facultad de disponer de ciertos bienes, en el sentido de que no puede constituir ningún escribano actos de disposición sobre ellos, sin orden judicial de levantamiento total o parcial.

Es una medida de garantía que funciona en resguardo de un mismo interés, cual es el de asegurar al acreedor la efectividad de su crédito. Procede el embargo, sobre los bienes inscriptos en los registros públicos que el acreedor conoce y la inhibición extiende la medida cautelar a los bienes inscriptos que el acreedor desconoce.

Para que proceda la inhibición bastará la manifestaicón del acreedor de que no conoce bienes de propiedad del deudor para denunciarlos a embargo, sin que corresponda justificación de su aserto.

La inhibición general de bienes es una medida destinada a impedir que el deudor disminuya su patrimonio , y no a que lo aumente con nuevas adquisiciones.

En atención a los daños que puede acarrear la inhibición general al limitar la disposicion de bienes, el deudor está habilitado para pedir su sustitución ofreciendo bienes a embargo o caución bastante. Los bienes ofrecidos deben ser suficientes en relación al crédito que se reclama y las costas del juicio.

LA CADUCIDAD DE LA INSCRIPCIÓN DEL EMBARGO EJECUTORIO

El embargo, la caducidad de su anotación registral inmobiliaria y el principio de rogación – Una interpretación jurisprudencial preocupante.

Por Emilio Esteban Popelka.

El aspecto procesal recursivo:

El fallo que comentamos, comienza diciendo que "**... el abogado apoderado del Bco. Río de la Plata S.A., interpone formal recurso de apelación conforme al art. 34 de la Ley 6964 contra la resolución de la Jefa del Reg. Pbco. de la ciudad de Nogoyá, pcia. de Entre Ríos, que rechazó el recurso de recalificación deducido".**

No surge del mismo, cual fue el fundamento del rechazo de la Sra. Jefa, ni qué suerte tuvo el recurso de apelación.

Si tenemos presente que este se dedujo, como se expresa, conforme al art. 34 de la Ley 6964, debió entonces seguir al mismo, el trámite del art. 35 y subsiguientes de la ley citada; vale decir, Resolución de la D.G.N.R.A y, si esta fuera denegatoria, planteado el correspondiente Recurso Jerárquico ante el P.E. y decidido en forma adversa al recurrente, recién allí quedar expedita la vía contencioso administrativa ante el STJ (art. 37)

Entendemos que si el rechazo hubiera adquirido firmeza, se tendría que haber devuelto el correspondiente escrito presentado por el abogado oportunamente y en la instancia pertinente, sin posibilidades de ser considerado luego de ello.

Sin embargo, aparentemente esto no ocurrió, por cuanto el S.T.J., en una especie de "Per - Saltun" (que no es tal), toma intervención, analiza y meritúa el recurso originariamente rechazado sin fundamentar su tratamiento.

Decimos que no hubo salteamiento por cuanto, de la pieza judicial surge que las actuaciones fueron elevadas por la D.G.N.R.A en virtud del art. 41 de la Ley 6964 (indudablemente ante una insistencia del Juez a – quo); de todos modos, creemos que hubiese sido saludable que el máximo tribunal analice la pertinencia y en su caso, modo de convivir en un mismo trámite, de las dos vías recursivas planteadas, aprovechando esta interesante oportunidad.

En efecto, el art. 41 de la ley 6964 prevé un procedimiento especial para el caso de devolución de documentos judiciales que el Registro observe por considerarlos con faltas subsanables o insubsanables. Este procedimiento, casi único en el país, ha evitado eventuales conflictos que frecuentemente se producen entre el Registro y el Poder Judicial en otras demarcaciones territoriales; a punto tal, que en más de una Reunión Nacional de Directores de Registros ha sido sugerido para su incorporación a las legislaciones provinciales que aún no cuenten con una disposición similar.

Por su parte, el art. 32 y sstes. de la citada ley, establece el procedimiento recursivo, en principio, para los demás documentos (Notariales, administrativos, etc.). Decimos "en principio" porque, al no disponer el art. 41 cit. que los documentos judiciales tendrán única y exclusivamente el procedimiento recursivo allí definido y, como contrapartida, facultar el art. 32 también citado, para recurrir la decisión del Registro a "el peticionante o interesado", cabría la posibilidad en el caso de los documentos judiciales, de que estos últimos (dentro de los cuales entendemos estarían por ejem. el acreedor embargante y/o el abogado interviniente) también puedan plantear el Recurso registral más allá de la insistencia o no del Sr. Juez con la pretendida registración observada y en ese caso – como aparentemente ocurrió en el del fallo que comentamos – coexistir ambos procedimientos.

Aunque reconocemos que la cuestión es discutible, nos inclinamos por esta posibilidad en aras de darle la mayor amplitud al principio de defensa.

De todos modos, cabe preguntarse que ocurriría si planteado un recurso por el art. 32 y transcurriendo el plazo respecto de este, el Juez insistiera en virtud del art. 41.

Esta hipótesis no está prevista en disposición legal alguna, pero consideramos que, al actuar en estos casos el Juez a instancia de parte, habría una especie de "renuncia" del interesado, a la prosecución del recurso del art. 32 que quedará de alguna manera subsumido en la insistencia del art. 41.

En esta línea de pensamiento, consideramos que a la inversa, producida la insistencia del Juez por el art. 41, ya no sería viable el recurso del art. 32.

Sería conveniente, que en una futura reforma y necesaria actualización de la Ley 6964, esta situación sea regulada de una manera más armónica y específica.

La cuestión resuelta:

Continúa diciendo el fallo: "**Ya en tren de resolver,... b) Según oficio de fecha 7/7/97 se decretó** (Registralmente interesa la fecha en que el oficio ingresó al Registro de la propiedad – arts. 19 y 40 Ley 17.801-) **embargo definitivo sobre el mismo inmueble**".

A los fines de evitar confusiones terminológicas, interpretamos que sería conveniente reservar el vocablo "definitivo" para el caso de las inscripciones o anotaciones registrales que adquieran ese carácter (art. 9 in fine Ley 17.801) y utilizar, en los casos de transformación del carácter procesal de una medida cautelar preventiva (art. 209 CPCN), el de ejecutivo (art. 531 Cod. Cit.) o ejecutorio (art. 502 mismo Cod.), según corresponda.[1]

Seguidamente, a nuestro criterio con acierto, considera el STJ que, "**... no se trata de un nuevo embargo sino de la transformación del anterior,...".**

Ahora bien, si esto es así, existe una disposición de la ley que es específicamente aplicable al caso y además, clarifica notablemente el asunto.

En efecto, se trata del art. 33 de la Ley 17.801, ubicado en el Capítulo VII, titulado INSCRIPCIONES Y ANOTACIONES PROVISIONALES, PREVENTIVAS Y NOTAS ACLARATORIAS; justamente de esto último estamos hablando.

Este artículo dispone: "..., el Registro practicará inscripciones y anotaciones...

El cumplimiento de condiciones suspensivas o resolutorias que resulten de los **documentos inscriptos, así como las modificaciones o aclaraciones que se instrumenten con relación a los mismos,** se harán constar en el folio respectivo por medio de notas aclaratorias, **cuando expresamente así se solicite.**" (El destacado nos pertenece). Como puede verse, se relaciona estrechamente con el art. 6 del mismo cuerpo legal y le agrega explícitamente, una nueva exigencia al principio de rogación, al requerir que la modificación sea expresamente solicitada; lo cual es congruente con todo el sistema y mantiene su armonía.

Entendemos que esta misma interpretación debe hacerse a los fines de considerar re – inscripto un embargo (o medida cautelar en general); ello por cuanto la re – inscripción significa también una modificación, no ya de la medida cautelar propiamente dicha, pero sí del plazo de caducidad de su anotación. Re – inscripción que debe hacerse indefectiblemente, a instancia de quien esté legitimado y de manera expresa.

No se nos escapa que puede haber quien piense, que esta disposición solamente se aplica a los documentos inscriptos que sean portantes de alguna condición (suspensiva o resolutoria), haciendo una interpretación literal de la norma; pero creemos que el espíritu de la Ley va mucho más halla, si tenemos una visión integral de la misma.

Continúa diciendo el fallo: "**Es innegable que la intención del legislador, tanto nacional como provincial al determinar un plazo de caducidad determinado es castigar la desidia o desinterés del acreedor."...**

En nuestra opinión, no ha sido esa la principal intención del legislador, aunque el plazo de caducidad sí es una carga, que perjudica a quien no lo haga renacer adecuadamente.

Más que castigar, el legislador ha querido regular la cuestión y crear las condiciones necesarias para instalar el orden y la seguridad jurídica. Para lograrlo, arbitrariamente se vale de la ficción legal de la caducidad de la anotación de la cautelar. Esfuerzo este del

legislador, que se vería desvirtuado si quedara librado el cómputo de ese plazo a criterios interpretativos tan disímiles.

En salvaguarda del principio registral de especialidad – en este caso en cuanto al derecho y su extensión temporal -, es necesario que este plazo resulte fácilmente comprobable para, de esta manera, evitar que se vulnere otro principio de rango o jerarquía superior como lo es el de prioridad; lo cual sin duda, en muchos casos, produciría daños patrimoniales a terceros que, a nuestro criterio injustamente, han sido impedidos de mejorar la posición registral de su derecho ante la inacción o acción inadecuada de un acreedor embargante que los precedía en el rango.

Debemos advertir que, justamente es esto lo que puede ocurrir con la interpretación que la jurisprudencia ha efectuado del tema, incluso, desde el Máximo Tribunal de Justicia de la Nación, lo cual es preocupante.

Así, el fallo afirma: "**...esa desidia o desinterés no se presume cuando, como lo ha dicho la Corte Suprema "... el titular del embargo lo mantiene vivo mediante la inscripción de la ampliación dispuesta por la autoridad judicial pertinente" (J. A. 1986 III, Pag. 591).**"

A nuestro criterio, el Registro NO presume, ni debe hacerlo, sino que debe atenerse estrictamente a la ley, en resguardo del principio de legalidad y de otros no menos importantes que del mismo derivan, relacionados íntimamente entre sí, como lo son el de prioridad, especialidad, rogación e imparcialidad. Para de esta forma, poder brindar a toda seguridad; los propios Registradores que deben operar con esa información, las partes (a quienes podríamos considerar "terceros desinteresados registrales" – embargado, embargante y Juez -) y, sobre todo, a los terceros interesados (acreedores de rango inferior, eventuales futuros titulares de derechos reales sobre el inmueble, etc.).

En cuanto a las "ampliaciones de embargos", en la provincia de Entre Ríos, existe la D.T.R. Nº 001/88, que reproduce lo resuelto en el Acuerdo del Excelentísimo Superior Tribunal de Justicia de la misma provincia, de fecha 17/06/88.

Pero esta Técnico Registral dispone que en estos casos, "... se deberán tomar como nuevos embargos formulándose el correspondiente asiento en tal sentido..." Haciendo una interpretación literal, parecería que estas ampliaciones quedarían totalmente desvinculadas del embargo que se ordena ampliar, recibiendo por ende – aparentemente, porque en la práctica no es así - un tratamiento registral totalmente independiente, dejando así subsistente la incertidumbre con respecto a la caducidad de una y otra anotación.

Frente a esta problemática originada en la falta de certeza en el modo de computar el inicio del plazo, proponemos al Registrador a modo de ejemplo lo siguiente:

Ante la orden de anotar la ampliación de un embargo ya registrado, al confeccionar el asiento colocar: como título, "Ampliación embargo b) 2)" (individualizándolo), el monto por el cual se amplía, los demás datos de estilo (Oficio, Juzgado, Nº de ingreso, fecha, etc.) y luego una nota del Registro que diga: "Se toma razón de la ampliación como nuevo embargo

en cuanto al monto y la prioridad (art. 19 Ley 17.801), manteniéndose el plazo original (art. 37 ley cit. y art. 115 ley. 6964) – Pasible de Recurso art. 32 L. 6964".

En el oficio diligenciado, debajo de la plancha (art. 28 ley 17.801), deberá hacerse la misma advertencia al Sr. Juez.

De esta manera, los terceros pueden conocer la situación claramente y el Juez o en su caso, las partes interesadas, podrán recurrir la decisión del Registro dentro de los términos legales que entendemos son los 15 días del art. 32 de la ley 6964 por dos razones: a) Porque no se trata de una inscripción provisional, ni de un rechazo a una orden concreta y específica del Juez, por lo que no sería de aplicación el art. 41 de la misma ley, ya que no podría haber una "insistencia" del magistrado y b) porque entendemos que, al no fijar el art. 41 un plazo determinado para la insistencia del juez, este se agotaría perdiendo la reserva de prioridad, en principio, recién a los 180 días – que es el caso de las inscripciones provisionales – al que se debería recurrir por analogía, ante la carencia de un plazo específico y nos parece éste, un tiempo demasiado largo para mantener sin definir una situación que es de sumo interés par el Registro, el Estado en forma derivada, los terceros usuarios interesados y el tráfico inmobiliario en general.

Resulta claro que sería conveniente, el dictado de una nueva D. T. R. en el sentido que venimos propiciando o, mejor aún, contemplarlo en la futura y seguramente próxima reforma de la ley 6964.

La provincia de Bs. As., respecto a la ampliación del monto, con buen criterio ha dictado la D. T. R. 6/88, la cual dispone expresamente que no se modifica el plazo de caducidad de la traba originaria, el que opera de pleno derecho.

Por otra parte, con respecto al re – inscripción de cautelares en esa misma provincia, la D. T. R. 3/91 establece que debe solicitarse dentro de los 180 días anteriores al vencimiento del plazo de caducidad, no tomándose razón de las que se soliciten faltando un plazo mayor. Esto, como una manera más de ordenar la vigencia de las medidas cautelares, dándole precisión a los plazos.

La contemporaneidad de las D.T.Rs. de ambas provincias - E. R. y Bs. As. - no es casual, obedece a la incidencia inflacionaria de ese momento frente al embargo y los conceptos e importes de los créditos que este garantizaba, lo que fue superado por el avance jurisprudencial que consideró resguardado por la cautelar no solo el monto de la obligación principal por el que se anotó la medida, sino también su actualización, intereses y costas del juicio, salvo en el caso de concurso (Conforme a lo dispuesto por los arts.214/5 del CPCCER) Tema este que lamentablemente ha sido reeditado en estos tiempos; pesificación, devaluación y Ley de Emergencia Nº 25.561 mediante.

Bueno sería saber qué consecuencias ha tenido la aplicación práctica de esta D. T. R. ante el fallo de la C.S.J.N. de fecha 06/08/85, que en autos "Guillermo A. c. Provincia de Santa Fe" resolvió exactamente lo contrario.

Cabe destacar, que como consecuencia de este fallo que condenó al Estado provincial a indemnizar daños y perjuicios al actor, la provincia de Santa Fe sancionó en fecha 23/11/95

la Ley 11.292 (Hoy vigente), la cual incorporó a la Ley 6435 el art. 65 Bis, disponiendo que ante cualquier modificación con relación a medidas cautelares ya anotadas (Incluyendo su toma a cargo), la caducidad se producirá a partir de la fecha de la toma de razón originaria.

Consideramos, que el fallo de la Suprema Corte – al igual que sus similares, el de la Sala Civil y Comercial Nº 2 de Tucumán que cita el del S.T.J.E.R. que estamos comentando y también este último - confunden el trámite registral con el procedimiento judicial, haciendo una interpretación analógica a la caducidad de instancia (arts. 310 y s.s. del CPCN, arts. 298 y s.s. del CPCCER); instituto de corte netamente procesal que, en nuestra opinión, no es aplicable al Derecho Registral.

En efecto, el art. 207 del CPCN en su último párrafo, claramente establece que: ..."Las inhibiciones y embargos **se extinguirán a los cinco años de la fecha de su anotación en el Registro** que corresponda, **salvo que a petición de parte se reinscribieran antes del vencimiento del plazo, por orden del juez** que entendió en el proceso." (El destacado nos pertenece).

El CPCCER reproduce casi textualmente este párrafo en la última parte de su art. 204.

Vale decir que, en principio, aún en el ámbito del D. Procesal la reinscripción de cautelares se produce "a instancia de parte"; de todos modos, y a los fines de evitar la caducidad de instancia (arts. 298 y s.s. CPCCER), es válido interpretar que un pedido de transformación de un embargo de preventivo a ejecutivo o, en su caso, a ejecutorio, o de ampliación del monto de uno ya anotado, la evite.

Pero esta necesaria "actividad de parte" cobra especial importancia en el ámbito del D. Registral, a través del Principio de Rogación o Instancia consagrado en el art. 6 de la Ley 17.801, que comienza diciendo: "**La situación registral sólo variará a petición de:** ..." (El destacado nos pertenece).

Este artículo se complementa y armoniza perfectamente para el caso, con el art. 33 de la misma ley [4]por ello, ambos deben interpretarse y aplicarse conjuntamente.

Además, obsérvese que los propios Códigos Procesales, al tratar la ampliación de las medidas cautelares [5]titulan el correspondiente artículo con el encabezado "Modificación" (arts. 203 CPCN y 200 CPCCER). Esto reafirma la postura que sustentamos en el sentido que debe aplicarse al caso el art. 33 in fine de la Ley 17.801 y, en consecuencia, atenerse el Registro estrictamente a lo expresamente solicitado.

Significa que el Registro **no actúa de oficio**, salvo contadas excepciones referidas principalmente a cuestiones internas, que no interfieren en los eventuales intereses contrapuestos de los terceros[6]

Es por ello que entendemos, que no se puede suplir la inacción del acreedor – que debió actuar en forma expresa, concreta, adecuada, conducente y sobre todo, acorde con las disposiciones legales vigentes - mediante una interpretación de su voluntad presunta y tácita. Trasladando, además, la responsabilidad de llevar a cabo esa suerte de interpretación no

reglada, al ámbito de los Registros, generando así unainseguridad jurídica sumamente peligrosa para los terceros interesados y sobre todo para el Estado.

En materia administrativa, a diferencia de lo que sucede en materia civil, la "incapacidad" es la regla y la capacidad es la excepción. Vale decir, quien cumple una función administrativa, para poder actuar legítima y eficazmente, debe contar previamente con una disposición legal que al efecto lo faculte.

Este principio general del derecho administrativo, es aún más fuerte en el derecho registral. El Registrador solo actúa en la medida en que la ley se lo permite u ordena (lo que constituye una parte del principio de legalidad). Y se potencia al extremo, al aplicarlo con relación al principio de instancia para casos como el del fallo que comentamos (arts. 6; 33; 37 Ley 17.801 y 115 Ley 6964).

En efecto, el Registrador prácticamente nunca actúa "de oficio" y debe atenerse a lo expresamente solicitado para, de esta manera mantener incólume otro principio básico que tal vez por obvio, no se mencione con mucha frecuencia, el de imparcialidad.

A su vez, lo que se solicita, también debe cumplir con otro principio fundamental del derecho registral, el de especialidad o determinación. Al respecto ha dicho la doctrina: "La rogatoria registral debe contener todos los elementos de juicio cuya importancia justifique su oportuna publificación, por lo cual la minuta o síntesis del documento portador de derechos no puede pecar por excesos **ni por defectos**, ya que ese elemento gráfico se transformará en asiento inscriptivo..." (el destacado es nuestro)[7].

Como puede observarse, los principios registrales[8]no están desvinculados unos de otros, sino por el contrario, están íntimamente relacionados y en la mayoría de los casos se integran entre sí armonizando todo el sistema.

Nuestra opinión

Por todo lo expresado, decimos que nos preocupa la Doctrina Judicial sentada por los fallos referidos, ya que han creado un precedente al que podríamos calificar de riesgoso, desde el punto de vista que seguidamente pondremos a consideración de los hombres y mujeres de derecho.

Sabido es que donde la ley no distingue, no debemos distinguir. Tampoco podemos hacerle decir a la norma lo que esta no dice.

Nos estamos refiriendo al art. 37 de la Ley 17.801. Entendemos que si el legislador hubiera querido para casos como el que nos ocupa, una solución como la resuelta en los fallos comentados, lo habría establecido expresamente.

Cabría preguntarse: ¿Qué sucedería con la modificación de una hipoteca inscripta, al solicitarse la registración de la ampliación o disminución de su monto? ; o de su plazo, en los casos que esto es considerado materia de registración? ; ¿Y en el de la cesión del crédito hipotecario con su garantía? ; ¿Y en el de la sustitución del deudor (delegación de deuda)? ; ¿Y con las anotaciones de los Boletos de Compraventa (para las legislaciones que lo admiten) y las sucesivas Cesiones de estos? (arts. 123 a 129 Ley 6964 de E. R.); ¿Y en

los casos en que se anoten modificaciones a un Leasig (Ley 25.248) registrado?; ¿Y en el del Derecho Real de Superficie Forestal (Ley 25.509)?

En todos estos casos, ¿Debemos considerar que existe una re – inscripción?; ¿Renacen los plazos que fijó la ley para su publicidad y oponibilidad a terceros? Si fuera así, ¿Desde qué fecha?

Si bien el Derecho no es una ciencia exacta y casi todo es opinable, creemos que el Registro debe funcionar como un mecanismo de relojería, el que no puede verse perturbado por cuestiones interpretativas libradas a la consideración del Registrador (que además no es solo uno), las partes de la relación jurídica a publicitar o el Juez.

El art. 37 de la Ley 17.801 es una norma de orden público, porque hay un interés de ese carácter comprometido en conocer con certeza cual es la situación jurídica de los inmuebles inscriptos en el Registro de la Propiedad.

El Registrador, hoy en día, al momento de tener que: expedir un certificado o informe (sobre todo cuando debe hacerlo sin fotocopia del folio real o matrícula) o tomar razón de algún otro documento[9]de los mencionados en el art. 2 de la Ley 17.801, ante situaciones como las del fallo que comentamos, se encuentra con la disyuntiva de:

- a) Considerar vigente la cautelar conforme a la doctrina judicial que sientan los fallos mencionados en este trabajo y, en tal caso, exponerse a un eventual reclamo judicial por parte de quienes se consideren perjudicados por la actitud asumida por el Registro (Como por ejemplo, posteriores embargantes y acreedores hipotecarios que habrían mejorado su posición registral con respecto a la prioridad); terceros adquirentes del dominio, de buena fe y a título oneroso (art. 1051 C.C.) que daban por caducada la anotación de la cautelar apoyándose en la fotocopia del folio real expedida con el certificado del Registro (art. 22 Ley 17.801); las partes de un negocio jurídico en gestación, que se frustra por la información que expidió el Registro; el Escribano autorizante, que debe asesorar adecuadamente a las partes y procurarles un documento válido que, cuando menos a una de ellas, le sirva de título suficiente para acreditar su derecho real. Es importante destacar que, en este aspecto, la doctrina y jurisprudencia mayoritaria interpretan que la obligación del profesional es de resultado, con las consabidas consecuencias que de ello se derivan; más aún, la orientación actual sobre esta responsabilidad civil, se dirige hacia el deber genérico de seguridad o garantía que al profesional es dable exigir, el que fue receptado por el Proyecto de Código Civil Unificado del año 1998 en su art. 1668 y sus correlativos 1076 y 2147.

- b) Considerar que la anotación de la medida cautelar caducó, conforme a la postura que propiciamos y, también así exponerse a una eventual demanda por indemnización de los daños que invoque haber sufrido el acreedor embargante, apoyándose en esta tendencia jurisprudencial que nos ocupa, ante el desplazamiento sufrido en cuanto a su prioridad registral en beneficio de los demás acreedores embargantes o hipotecarios o, directamente la esfumación de la garantía que

significaba para su crédito el inmueble embargado, por la transferencia que del mismo hizo su deudor y ahora ex – titular dominial.

A modo de conclusión

De las dos opciones, entendemos que la de mayor riesgo para el Registro y obviamente para el Estado (Arts. 43, 1.112 y 1.113 del C.C.), es la segunda (b) – considerando lo resuelto por los fallos citados – pero estamos convencidos de que es también la más ajustada a derecho y la que debe asumir en honor al Principio de Legalidad y los que del mismo derivan, rogación o instancia; especialidad; prioridad e imparcialidad.

Ello en aras de lograr el valor fundante y máximo del Derecho Registral, la Seguridad Jurídica; como instrumento necesario e indispensable para alcanzar la tan anhelada Paz Social.

(*) Este trabajo fue presentado en la XL Reunión Nacional de Directores de Registros de la Propiedad Inmueble – Paraná (E. Ríos) 2.003; publicado en "Jurisprudencia de Entre Ríos y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación" 2.002 - Nº 111, Delta Editora, Julio de 2.004 y en "Revista Notarial" 949, Año 110, septiembre – diciembre 2.004.- (De circulación nacional)

Cabe destacar que el mismo Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Entre Ríos, en Acuerdo General Nº 4/05 del 1-03-05. Punto 2º) en las actuaciones caratuladas: "DIRECCIÓN GRAL. DEL NOTARIADO, REGISTROS Y ARCHIVOS REF. JUZGADO CHAJARÍ S/ REINSCRIPCIÓN DE EMBARGO CUYA INSCRIPCIÓN SE ENCUENTRA CADUCA CON EFECTO RETROACTIVO..." Nº 10.770, donde se sometió a su consideración un caso exactamente igual al que originó el fallo anotado, resolvió en el sentido propiciado en la anotación. Entendemos que de esta manera se comienza a corregir una tendencia jurisprudencial errada que se venía produciendo en el país a partir del desafortunado fallo de la CSJN del año 1985, como consecuencia quizá de lo específico y poco difundido del tema, colocándola en la senda de la buena doctrina judicial y produciendo así un saludable aporte a la seguridad jurídica y la paz social.

EL EMBARGO Y SUS REGLAS COMO NORMA SUBSIDIARIA

En noviembre de 1991, el Gobierno británico del Sr. Major, tras el fracaso de sus anteriores intentos por frustrar el proyecto de Unión Económica y Monetaria -primero, la propuesta de competencia entre monedas y la creación de un "ecu duro" (*hard ecu*); más tarde, la consideración de la flexibilidad del mercado de trabajo y una baja tasa de paro como condiciones de ingreso en la unión monetaria-, cuando consideró inevitable la firma de un Tratado, propuso con astucia que, con posterioridad a su firma, todos los países tuvieran que manifestar de forma expresa su deseo de integrarse en la unión monetaria (*opting-in*). Tuvimos entonces un intenso debate entre esa regla y la contraria (*opting-out*) y acabó prevaleciendo esta última, de forma que el Tratado reconoció a aquellos países que lo deseaban la opción de excluirse de la moneda única, facultad que se reservaron y ejercieron Reino Unido y Dinamarca, y que Suecia utilizaría también, aun sin haberla pactado.

Reglas subsidiarias (*default rules*)

Con su propuesta de *opt-in* los británicos intentaron, pues, diseñar a su favor una de esas reglas que establecen lo que pasará si no se hace nada y se conocen en inglés como *default rules*(término que traduzco como "reglas subsidiarias", más arraigado en nuestro Derecho que el de "reglas por defecto").

Tales reglas subsidiarias o "dispositivas" no limitan la libertad, pues no son imperativas: el interesado, si lo desea, puede no seguirlas (como hacen, por ejemplo, en Estados Unidos la mayoría de las casadas cuando, de forma voluntaria y expresa, adoptan el apellido de su marido).

En la práctica, sin embargo, las reglas subsidiarias influyen mucho en las conductas, porque:

1. Seguirlas exige menos esfuerzo mental que apartarse de ellas;

2. Suelen verse como una recomendación implícita (*endorsement*), especialmente por quienes tienen poco tiempo, información o experiencia, o carecen de preferencias claras sobre la cuestión; y

3. Fijan a menudo un nivel de referencia o "statu quo", respecto al que la alternativa entraña a menudo una "pérdida" que suscita aversión (*loss aversion*).

Su influencia suele ilustrarse con los diferentes porcentajes de donación de órganos en dos países tan próximos como Austria y Alemania, 99% y 12 %, respectivamente, lo que cabe atribuir a que la ley austriaca presume el deseo de donar de los fallecidos, salvo que hubieran manifestado en vida lo contrario; mientras que en Alemania sólo se consideran donantes quien expresaron su deseo de serlo.

Por eso, en "***Nudge*" (2008),** los americanos Cass Sunstein y Richard Thaler recomiendan que quienes diseñan esas reglas -"*choice architects*"- adopten un "paternalismo libertario" (*libertarian paternalism*) que deje a la gente libertad para decidir, pero proteja los intereses de los ciudadanos poco informados.

[Sunstein ha desarrollado con posterioridad esas ideas en múltiples artículos, como Impersonal default rules, *Behavioral Economics and Paternalism* o *Deciding by default*].

Dividendos flexibles

Las empresas actúan, a menudo, como "arquitectos de las decisiones" de sus clientes o inversores, pues les ofrecen alternativas y formulan reglas contractuales que determinan qué ocurrirá si guardan silencio. Ejemplo típico son las prórrogas tácitas de contratos y suscripciones, sensata regla conocida como "tácita reconducción" en la legislación civil que, sin embargo, ha suscitado en Estados Unidos el justificado recelo de la *Federal Trade Comission* cuando las empresas abusan de ella y consideran como consentimiento del consumidor su mero silencio (*negative option marketing*).

En el ámbito del mercado de valores un claro ejemplo de "paternalismo libertario" son las recomendaciones de buen gobierno de las sociedades cotizadas, en las que se aplica una facultad de exclusión (*opt-out*) que consagra el principio de "cumplir o explicar".

Muchas sociedades cotizadas españolas han aprovechado ellas mismas la influencia de las reglas subsidiarias con la fórmula del "dividendo flexible" o *scrip dividend* ("dividendo en acciones" o, literalmente, "en papel"), que permite al inversor elegir entre tres fórmulas alternativas de retribución: 1. La obtención gratuita de nuevas acciones; 2. La obtención gratuita de derechos de suscripción, para su posterior venta en el mercado; 3. Un dividendo en efectivo (obtenido mediante la recompra por la propia sociedad, a un precio pre-establecido, de los derechos de suscripción otorgados).

Aunque esas reglas son en ocasiones complejas y distinguen entre tipos de accionistas (a título de ejemplo, puede verse el modelo "dividendo elección" del Banco de Santander), prima como regla subsidiaria, en caso de silencio del accionista, la obtención gratuita de nuevas acciones, lo que ha hecho que la mayoría de accionistas (en algunas sociedades, hasta el 90% del capital) opten por recibir acciones, en vez de efectivo. Es cierto que el "dividendo flexible" fue hijo de la crisis financiera y del deseo de las compañías de evitar las salidas de caja inherentes al pago de dividendos, no de un benevolente deseo de ampliar el elenco de alternativas ofrecidas a los inversores. Ahora bien, que algunos accionistas con paquetes significativos se aparten de la regla subsidiaria y cobren el dividendo en efectivo no demuestra necesariamente que la regla subsidiaria sea siempre desaconsejable para el pequeño accionista -como han señalado algunas críticas- sino que, como ya se indicó, tales reglas subsidiarias tienen más influencia psicológica sobre los indecisos y poco informados que sobre los especialistas o personas con preferencias bien definidas.

Planes de pensiones de empleo

Un diseño inteligente de reglas subsidiarias puede aumentar el ahorro a largo plazo de los trabajadores, como demostraron en 1998 Richard Thaler y Shlomo Benartzi en un célebre experimento con el programa "*Save More Tomorrow*" (SMT), que permitía que los trabajadores de una empresa americana se comprometieran, salvo decisión expresa en contrario, a convertir en contribuciones adicionales a su plan de pensiones colectivo sus futuros aumentos salariales, hasta alcanzar cierto porcentaje de su sueldo.

Tres décadas después de que el Gobierno británico del Sr. Major demostrara en la negociación de la unión monetaria la importancia de las reglas subsidiarias, el Gobierno presidido por el también conservador Sr. Cameron creó una unidad - el *Behavioral Insights Team*- que difunde y aplica en el sector público las enseñanzas de la Psicología Económica (*Behavioral Economics*). Una de sus iniciativas fue, precisamente, que la Ley de reforma de las pensiones de 2012 estableciera que todos los trabajadores británicos se integren automáticamente, a lo largo del período 2012-2018, en una plan de empleo de pensiones, en el que la aportación total acabará siendo del 8% de la remuneración del trabajador, con un 3% a cargo de la empresa. Los trabajadores pueden pedir su exclusión del plan (*opt-out*), pero las cifras preliminares indican que la inscripción automática ha elevado el porcentaje de participación en los planes de empleo.

El *Behavioral Insight Team* también ha colaborado con la Hacienda británica en el diseño de mensajes en los formularios de impuestos que estimulan el cumplimiento por los contribuyentes de sus obligaciones tributarias.

Como presidente de la Comisión Nacional del Mercado de Valores fracasé cuando quise que la institución prestara más atención a las enseñanzas de la Psicología Financiera (*Behavioral Finance*). Espero, sin embargo, que las autoridades españolas, viendo el ejemplo de las británicas, presten más atención a tales enseñanzas y, en especial, al buen diseño de las infinitas reglas subsidiarias que rigen la vida de los ciudadanos.

MEDIDAS CAUTELARES SOBRE BIENES

La prohibición de enajenar y gravar

Concepto
La prohibición de enajenar y gravar priva al demandado de la facultad de disponer de un bien inmueble, sin restringir el uso y disfrute, para asegurar la eventual ejecución del fallo.

Anticipa el resultado del juicio de resultar procedente la pretensión se convertirá en embargo ejecutivo, dirigido a la venta en pública subasta, o se ejecutará la sentencia que se dicte, mediante la entrega de la cosa.

En algunos casos no tiene la finalidad de asegurar la ejecución del fallo, sino fijar la legitimación

La prohibición de enajenar y gravar

Procedimiento
Ø Artículo 600 CPC.- Acordada la prohibición de enajenar y gravar, el Tribunal, sin pérdida de tiempo, oficiará al Registrador del lugar donde esté situado el inmueble o los inmuebles, para que no protocolice ningún documento en que de alguna manera se pretenda enajenarlos o gravarlos, insertando en su oficio los datos sobre situación y linderos que constaren en la petición.

Se considerarán radicalmente nulas y sin efecto la enajenación o el gravamen que se hubieren protocolizado después de decretada y comunicada al Registrador la prohibición de enajenar y gravar. El Registrador será responsable de los daños y perjuicios que ocasione la protocolización.

El embargo preventivo

Concepto
El embargo preventivo consiste en la aprehensión de un bien mueble propiedad del demandado y su entrega a un depositario, privando a su propietario del derecho al uso, disfrute y disposición del bien, con la finalidad de asegurarlo para su eventual ejecución

El embargo preventivo se convertirá en embargo ejecutivo, si la sentencia debe ser ejecutada mediante la venta en pública subasta

El embargo preventivo

Diferencias con el embargo ejecutivo

- El embargo preventivo se dirige a asegurar una eventual ejecución
- El embargo ejecutivo se dirige a satisfacer la ejecución
- Los embargos ejecutivos en los juicios ejecutivos
- El embargo preventivo puede ser levantado mediante caución
- El embargo ejecutivo no puede ser levantado mediante caución

Excepción en la vía ejecutiva

- Pueden ser objeto de embargo preventivo sólo bienes muebles
- Pueden ser objeto de embargo ejecutivo bienes muebles o inmuebles
- Al embargo preventivo pueden oponerse las partes y los terceros
- Al embargo ejecutivo sólo pueden oponerse los terceros

El embargo preventivo

Procedimiento

Ø Artículo 591 CPC.- A pedido de parte, el Juez se trasladará a la morada del deudor, o a los sitios o establecimientos donde se encuentren los bienes a embargarse, para ejecutar la medida. A tal fin, podrá ordenar la apertura de puertas y de cualesquiera depósitos o recipientes, y solicitar, cuando fuere necesario, el auxilio de la fuerza pública.

Una vez ejecutado el embargo mediante la desposesión, las cosas se pondrán en manos de un depositario

El secuestro

Concepto

El secuestro consiste en la privación de la posesión y libre disposición de una o varias cosas muebles o inmuebles materia de litigio para preservarlas, en manos de un depositario, a favor de quien resultare triunfador (Jiménez Salas).

A diferencia del embargo preventivo, que se ejecuta sobre bienes muebles que se individualizan al ser practicado, el secuestro recae sobre bienes muebles o inmuebles que generalmente están determinados

Casos en que procede

Artículo 599 CPC.- Se decretará el secuestro:

1° De la cosa mueble sobre la cual verse la demanda, cuando no tenga responsabilidad el demandado o se tema con fundamento que éste la oculte, enajene o deteriore.

2° De la cosa litigiosa, cuando sea dudosa su posesión.

3° De los bienes de la comunidad conyugal, o en su defecto del cónyuge administrador, que sean suficiente para cubrir aquéllos, cuando el cónyuge administrador malgaste los bienes de la comunidad.

4° De bienes suficientes de la herencia o, en su defecto, del demandado, cuando aquél a quien se haya privado de su legítima, la reclame de quienes hubieren tomado o tengan los bienes hereditarios.

5° De la cosa que el demandado haya comprado y esté gozando sin haber pagado su precio.

6° De la cosa litigiosa, cuando, dictada la sentencia definitiva contra el poseedor de ella, éste apelare sin dar fianza para responder de la misma cosa y sus frutos, aunque sea inmueble.

7° De la cosa arrendada, cuando el demandado lo fuere por falta de pago de pensiones de arrendamiento, por estar deteriorada la cosa, o por haber dejado de hacer las mejoras a que esté obligado según el Contrato.

En este caso el propietario, así como en vendedor en el caso del Ordinal 5° podrán exigir que se acuerde el depósito en ellos mismos, quedando afecta la cosa para responder respectivamente al arrendatario o al comprador, si hubiere lugar a ello.

Procedimiento
El secuestro en la Ley de Ventas con reserva de dominio y en el interdicto restitutorio En el secuestro, los bienes generalmente están individualizados desde que es decretado

El secuestro en sentido impropio

- El *secuestro de bienes de la comunidad conyugal*
- *El secuest*ro de bienes de la herencia

El secuestro se practica mediante el traslado del tribunal, la desposesión del propietario y la puesta en manos de un un depositario, para resguardar los bienes con miras a una eventual ejecución

Las medidas innominadas

Con estricta sujeción a los presupuestos, el Tribunal podrá acordar las providencias cautelares que considere adecuadas, cuando hubiere fundado temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra.

En estos casos para evitar el daño, el Tribunal podrá autorizar o prohibir la ejecución de determinados actos, y adoptar las providencias que tengan por objeto hacer cesar la continuidad de la lesión.

- Oposición a las medidas innominadas
- Levantamiento con caución, si el juez lo considera pertinente
- Embargo de Créditos

Artículo 593 CPC.- El embargo de créditos se efectuará mediante notificación que hará el Juez al deudor del crédito embargado, en la morada, oficina o negocio de éste. Si no se encontrare al deudor, la notificación se hará a cualquiera de las personas indicadas en el artículo 220, si se tratare de personas jurídicas. Si se tratare de personas naturales, la notificación se hará en persona que esté a su servicio o sea pariente del deudor, que se encuentre en su morada, oficina o negocio, dejándose constancia en el acta del nombre, apellido y cédula de identidad de la persona notificada.

Si se tratare de créditos o derechos litigiosos, bastará con dejar constancia del embargo en el expediente del juicio respectivo, mediante acta que suscribirán el Juez, el Secretario y los comparecientes.

Artículo 594 CPC.- Al momento del embargo del crédito, o dentro de los dos días siguientes, el deudor manifestará al Tribunal el monto exacto del crédito, la fecha en que debe hacerse el pago, la existencia de cesiones o de otros embargos, indicando también el nombre de los cesionarios y de los otros embargantes, y las fechas de notificación de las cesiones y embargos.
Si el deudor no hace la manifestación a que se refiere este artículo, quedará responsable por los daños y perjuicios que su omisión cause al embargante.

Prohibición constitucional del embargo de sueldos

Artículo 91 CRBV. Todo trabajador o trabajadora tiene derecho a un salario suficiente que le permita vivir con dignidad y cubrir para sí y su familia las necesidades básicas materiales, sociales e intelectuales. Se garantizará el pago de igual salario por igual trabajo y se fijará la participación que debe corresponder a los trabajadores y trabajadoras en el beneficio de la empresa. El salario es inembargable y se pagará periódica y oportunamente en moneda de curso legal, salvo la excepción de la obligación alimentaria, de conformidad con la ley. El Estado garantizará a los trabajadores y trabajadoras del sector público y del sector privado un salario mínimo vital que será ajustado cada año, tomando como una de las referencias el costo de la canasta básica. La Ley establecerá la forma y el procedimiento.

Disposiciones comunes

Decreto cautelar

Artículo 601.- Cuando el Tribunal encontrare deficiente la prueba producida para solicitar las medidas preventivas, mandará a ampliarla sobre el punto de la insuficiencia, determinándolo. Si por el contrario hallase bastante la prueba, decretará la medida solicitada y procederá a su ejecución. En ambos casos, dicho decreto deberá dictarse en el mismo día en que se haga la solicitud, y no tendrá apelación.

Oposición de parte a las medidas

Artículo 602.- Dentro del tercer día siguiente a la ejecución de la medida preventiva, si la parte contra quien obre estuviere ya citada; o dentro del tercer día siguiente a su citación, la parte contra quien obre la medida podrá oponerse a ella, exponiendo las razones o fundamentos que tuviere que alegar.

Haya habido o no oposición, se entenderá abierta una articulación de ocho días, para que los interesados promueven y hagan evacuar las pruebas que convengan a sus derechos. En los casos a que se refiere el artículo 590, no habrá oposición, ni la articulación de que trata este artículo, pero la parte podrá hacer suspender la medida, como se establece en el artículo 589.

Disposiciones comunes

Sentencia sobre la oposición

Artículo 603.- Dentro de dos días, a más tardar, de haber expirado el término probatorio, sentenciará el Tribunal la articulación. De la sentencia se oirá apelación en un solo efecto.

Sustanciación en cuaderno separado

Artículo 604.- Ni la articulación sobre estas medidas, ni la que origine la reclamación de terceros, suspenderán el curso de la demanda principal, a la cual se agregará el cuaderno separado de aquéllas, cuando se hayan terminado.

Los recursos interpuestos en el juicio principal no afectan el procedimiento cautelar

Artículo 606.- Si sentenciada en definitiva la causa, no se hubiere decidido todavía la articulación pendiente sobre las medidas decretadas, el Tribunal ante quien se haya promovido continuará conociendo de ella, aunque haya admitido antes apelación en ambos efectos o recurso de casación de la sentencia definitiva.

INVENTARIO

I. El beneficio de inventario

La muerte de una persona provoca el fenómeno de la transmisión hereditaria en la cual y como una de sus consecuencias, se produce la confusión de patrimonios del causante y sus herederos, de modo tal que aparece la llamada responsabilidad ultra vires que coloca a los segundos en el trance de responder con sus bienes, si los que deja el primero no alcanzan para cubrir las deudas que hubiese contraído en vida. Por lo demás, tal "ensamble" de bienes puede poner a los acreedores del difunto o a los de sus sucesores en situación de tener que compartir la masa resultante, beneficiándose o perjudicándose según el volumen que resulte como garantía común.

Sin embargo, y en tanto el nacimiento de tal responsabilidad se configure automáticamente, los perjuicios del sistema pesarán inexorablemente sobre el receptor de la herencia, con las consecuencias referidas para los acreedores.

En esa situación, cuando el derecho justiniano estableció el beneficio de inventario, se dio comienzo, al decir de la doctrina, a un "movimiento hacia la libertad"(1). Dicho beneficio fue receptado primero por los países de derecho consuetudinario; luego se vio plasmado en las Partidas de Alfonso el Sabio, después en el Código de Napoleón, para ser adoptado a posteriori por nuestro Código Civil con lo que quedamos definitivamente incorporados a una solución jurídica universal.

El beneficio de inventario no es sino el derecho del heredero, de hacer recuento de los bienes del causante para expresar con los resultados a la vista, su decisión de aceptar la herencia del caso, con la condición de no responder por el debe sino con el haber que reciba.

II. El sistema del Código Civil

Partiendo del principio general del art. 3311, conforme el cual la aceptación o denuncia de la herencia no puede hacerse sino después de la apertura de la sucesión, el Código Civil señala la existencia de diversas formas de admisión de aquélla, a saber: pura y simple, a la vez expresa o tácita y la realizada bajo el beneficio que estamos refiriendo; la expresa es la efectuada mediante forma instrumental por acto público o privado, judicial o extrajudicialmente, manifestándose la intención cierta de ser heredero; la tácita es el resultado de la realización de un acto que no hubiera podido ejecutarse legalmente, sino por propietarios de la herencia (arts. 3317 y 3319). Sin pretensión de agotar el tema, ni siquiera de referir la totalidad de soluciones y problemáticas resultantes del código, agregaremos que el heredero del plazo de veinte años desde que la sucesión se abrió, para elegir entre su aceptación y la renuncia (art. 3313), transcurrido el cual queda como aceptante salvo que otros herederos hubiesen manifestado su voluntad de aceptar (2); pero, los terceros interesados pueden exigir la aceptación o repudiación pasados los nueve días de llanto y luto (art. 3357), para ser realizada dentro del lapso de treinta días (art. 3314); en caso de inacción del heredero se lo tendrá por aceptante (3).

La aceptación bajo beneficio de inventario no se presume sino que ha de ser expresa y exclusivamente realizada por específica manifestación del heredero ante el juez que corresponda (art. 3363); el plazo para dicha exteriorización es el de diez días, pero se apuntaban en la jurisprudencia diametrales diferencias acerca del momento de iniciación de tal período. En esas condiciones, el heredero, por su aceptación bajo beneficio de inventario no pierde el derecho de propiedad sobre la herencia y se mantienen las obligaciones derivadas de aquella calidad (art. 3365). El heredero tiene tres meses para hacer el inventario --contados desde la apertura de la sucesión o desde que supo que se le difería-- y treinta para deliberar si acepta o la repudia, lapso que se inicia a continuación del anterior o desde que se facturó el inventario si ello ocurriera antes (art. 3366). Durante esos períodos los acreedores y legatarios no pueden demandar el pago de sus créditos y legados; pero sí entablar las acciones de dominio contra la sucesión (art. 3367); por su parte el heredero puede cobrar los créditos hereditarios. El inventario debe hacerse ante un escribano y dos testigos con citación de los legatarios y acreedores que se hubiesen presentado (art. 3370). Aceptada la herencia con tal beneficio, el heredero sólo queda obligado por las deudas y cargas de la sucesión hasta la concurrencia del valor de los bienes que ha recibido de la herencia, sin que su patrimonio se confunda con el del difunto, al tiempo que puede reclamar como cualquier otro acreedor, los créditos que tuviere contra la sucesión (art. 3371).

III. La reforma de la ley 17.711

La ley 17.711 (Adla, XXVIII-B, 1810) reformó sustancialmente el sistema, reemplazando el art. 3363 del Código Civil, que a partir de entonces tiene el siguiente texto: "Toda aceptación de herencia se presume efectuada bajo beneficio de inventario, cualquiera sea el tiempo en que se haga".

"La realización de actos prohibidos en este Código al heredero beneficiario importa la pérdida del beneficio". A la vez, el art. 3365 fue reformado quedando redactado en los siguientes términos: "El heredero perderá el beneficio si no hiciese el inventario dentro del plazo de tres meses contados desde que hubiese sido judicialmente intimado por parte interesada".

"Luego de hecho el inventario, el heredero gozará de un plazo de treinta días para renunciar a la herencia, vencido el cual se lo considerará aceptante beneficiario".

Por otra parte, se eliminó el art. 3367 de modo que la valla que por el mismo se imponía a acreedores y legatarios, ha desaparecido; el heredero que por imperio legal es tenido por aceptante beneficiario (salvo casos de renuncia o violación de las prohibiciones que a esa condición impone la norma) queda siempre protegido por el beneficio que se otorga y que rige tanto para los casos de aceptación expresa como tácita (4).

El art. 720 del Cód. Procesal originario, imponía al heredero que quisiera aceptar con beneficio de inventario, declararlo ante el juez del sucesorio en el plazo establecido por el código de fondo, computado desde el vencimiento de los nueve días subsiguientes a la muerte del causante; la ley 22.434 (Adla, XLI-B, 2822) perfeccionó el sistema eliminando tal disposición. De esa manera el heredero tiene todo el plazo marcado por el art. 3313 para aceptar o repudiar la herencia y si la acepta, cualquiera sea la manera en que lo haga, se le considerará beneficiario.

Empero, puede verse compelido por terceros legitimados a practicar el inventario. De esa suerte, se verá forzado a definir su postura frente a la herencia; si no lo factura, pierde el beneficio, aunque puede aceptarla sin esa ventaja o repudiarla(5); si lo practica pero luego permanece en pasividad sin renunciar a la herencia, se considerará que la aceptó con el beneficio en cuestión (6).

IV. El inventario en el sucesorio

Advertimos que la figura del inventario aparece en el sucesorio en las previsiones del art. 690 del Cód. Procesal; igualmente en la de los arts. 716 y sigts. de ese ordenamiento.

En el primer caso, obra como una medida asegurativa decretada a solicitud de parte interesada o de oficio; se resuelve sin sustanciar el pedido y su resultado no prejuzga sobre la propiedad de los bienes que individualiza o se ponen a resguardo, pues es simplemente precautorio (7); por definición y naturaleza, debe hacerse judicialmente.

Como todo inventario, es la actividad realizada por las partes o los auxiliares de justicia, destinada a establecer la sumatoria de bienes que componen el acervo hereditario al tiempo del fallecimiento del causante (8), pero el que nos ocupa, apunta no tanto a la compulsa sino al aseguramiento de cosas de modo de evitar que puedan desaparecer, destruirse o ser destruidas o disminuidas en su valor, ser transformadas o perderse. De ahí que fundamentalmente opere sobre muebles (dinero, títulos, acciones, joyas, etc.) o semovientes, ya que la registración asegura de por sí a los inmuebles, sin perjuicio de que puedan pedirse otras medidas para evitar que se produzcan actos de disposición.

Según el sistema de los arts. 716 y sigtes., el inventario tiene otras finalidades y por ende otras caracterizaciones: tiende a especificar, provisoria o definitivamente, la composición del acervo hereditario; podrá completarse con el establecimiento del quantum respectivo (arts. 722 a 725, Cód. Procesal), mediante la tasación. Apunta a dar a los herederos un correcto conocimiento de lo que reciben, útil por otra parte para una adecuada partición y distribución del debe; juega independientemente del beneficio de inventario pues podrá hacerse incluso si se hubiese perdido o renunciado o si se supiese a ciencia cierta que no hubiese deudas.

Denominaremos a éste, inventario determinativo; no solamente podrán pedir su fiscalización los herederos, sino también los acreedores de la herencia o del heredero (art. 716 inc. 3°, Cód. Procesal); también cuando se hubiese designado curador a la herencia (existiendo incapaces o ausentes, sin olvidar la hipótesis de herencia vacante) conforme el inc. 2° de dicha norma; por lo demás, en todo supuesto en que así lo disponga la ley (por ejemplo, el caso del albacea del art. 3857, Cód. Civil).

Por principio debe hacerse judicialmente según lo impone el art. 716 en su encabezamiento, pero mediando acuerdo de las partes y si hubiese incapaces del ministerio pupilar, podrá ser reemplazado por la denuncia de bienes, solución factible también si la aceptasen los acreedores (9).

Pero, junto al inventario determinativo encontramos al que denominamos beneficiario, que tiene por objeto permitir que el heredero haga uso del beneficio de inventario previsto en la ley de fondo.

Esta modalidad no solamente no es incompatible con la determinativa, sino que la comprende, ya que siempre tendrá que pasar por el establecimiento preciso del haber e ineludiblemente del debe, pues de ello depende la decisión del heredero y la posibilidad de discutir el acierto de las valuaciones que se practiquen y del listado de bienes que se consideren (10). La diferencia entre una y otra categoría radica en que solamente la pueden pretender los herederos que estén en condiciones de aceptar con beneficio. Obviamente que se distinguen en lo referente a sus consecuencias jurídicas pues pone en juego dicha ventaja hereditaria.

También aquí opera la posibilidad de sustituir el inventario por la denuncia de bienes, tal como se explicara antes; de la misma forma, el procedimiento previsto en los arts. 721 a 725.

V. Naturaleza jurídica del inventario

Es importante para establecer bajo qué requisitos y condiciones puede promoverse el pedido de factura de inventario en el sucesorio, determinar cuál es su naturaleza jurídica; intentaremos hacerlo, con especial referencia al beneficio que venimos tratando.

Vemos así que la doctrina ha caracterizado a dicho acto como una medida cautelar destinada a individualizar bienes para poder determinarlos y contar con ellos en otra actividad que surja del proceso (11).

Otra corriente lo considera un medio de prueba, relativo al acervo patrimonial o conjunto de bienes y derechos transmitidos, utilizable frente a terceros y eventualmente a

coherederos y legatarios(12) capaz de generar una presunción iuris tantum "de que los bienes consignados en él son los únicos que componen la masa hereditaria"(13).

Acerca de las medidas cautelares, podemos hacer dos enfoques: uno amplio y otro estricto. Con el primero, es factible incluir en tal concepto, a toda solución judicial que tienda a asegurar bienes, personas, elementos de juicio, o situaciones con trascendencia jurídica, como medio de evitar pérdidas, apropiaciones, cambios, modificaciones, alteraciones perjudiciales. En esa latitud, debemos recordar que es posible correlacionar las medidas cautelares no solamente con los procesos contenciosos sino también con los voluntarios(14). De allí que incluyamos en la categoría referida a la prueba anticipada, a ciertas medidas relativas a menores e incapaces y al que llamamos inventario asegurativo en el sucesorio.

Con sentido estricto, las medidas cautelares se dan con relación a un contradictorio y requieren de la clásica verosimilitud en el derecho, del peligro en la demora (en ciertos casos presumido por la ley si la obligación es ya exigible) y de la contra cautela. Apuntan a permitir la efectivización y vigencia real de la sentencia a dictarse.

Esos requisitos se reflejan de alguna manera y con modalidades propias en los casos correspondientes al enfoque amplio: la legitimación importará la verosimilitud según la situación de la que se trate (por ejemplo, la calidad de parte efectiva o posible permitirá solicitar prueba anticipada independientemente de la verosimilitud del derecho de fondo que pudiera debatirse; podrá no exigirse contracautela o ella resultaría directamente improcedente o por sistema se reducirá a una mínima expresión (15); podrá o no haber sustanciación previa al dictado pertinente).

Con el sentido de ceñimiento que mencionáramos, el inventario es el que se señala en el art. 221 del Cód. Procesal, o el que puede resultar de la condición genérica derivada del art. 232 de dicho código (16).

Desde ya que consideradas en sí mismas, las medidas cautelares con sentido estricto son netamente diferenciables de la prueba anticipada atento la provisoriedad y mutabilidad de aquéllas frente a la permanencia y "cristalización" de éstas (17).

Claro está que, especialmente con un enfoque amplio, será posible encontrar en la medida distintas finalidades de modo de poder combinarse quizá, con las de diligencias preliminares, o no poderse negar cierta faceta de prueba anticipada. Habrá que estar sin embargo a la naturaleza preponderante. Es lo que ocurre con el inventario asegurativo del sucesorio, que ya caracterizamos, cosa que no impide que según los casos, pueda servir de base al determinativo o al beneficiario, sin que por ello cambie su esencia inicial, aun cuando luego pueda tomar la que corresponda a estos últimos fenómenos.

Ya apuntando a tales modalidades visibles en aquel proceso voluntario-universal advertimos que no son medidas cautelares en sentido estricto, pero que sí lo son en sentido amplio (por ende sujetas a los presupuestos, requisitos y consecuencias propios de su especial configuración jurídica). Sin embargo, muestran su naturaleza compleja agregando a su función individualizadora-cautelar, la de ser diligencia preliminar destinada a proporcionar al heredero a base necesaria para expresar su postura ante el sucesorio si se trata de inventario beneficiario; a aquél y a los terceros para definir la legitimación pasiva adecuada

para todo reclamo provenga de las normas de fondo, de la condición de acreedor o de las reclamaciones previstas en la ley procesal; para más, la asimilación con las diligencias preliminares no puede ser total, pues si bien se disponen sin sustanciación previa (18) y para su admisibilidad requieren del aporte de probanzas sumarias destinadas a acreditar la "justicia" de la solicitud (art. 327, Cód. Procesal) (19) no conllevan una pretensión que pase por el pedido de declaración de mera certeza (20); en este último aspecto, se observa que los arts. 724 y 725 del Cód. Procesal, permiten por el contrario, introducir tales pretensiones por vía de impugnaciones y reclamaciones. Para colmo, el inventario genera cosa juzgada en cuanto se apruebe previa dilucidación de aquellas oposiciones y por lo menos un efecto preclusivo con relación a quienes participaron en el acto sin observarlo, aparte de la "confesión" o "admisión", significada por el aporte de datos necesarios para la elaboración respectiva.

Precisamente ese último aspecto parecería empalmar la cuestión con el pensamiento de quienes ven en el inventario un medio de prueba; pensamos sin embargo que esa naturaleza solamente se da de una manera residual y diluida en cuanto, como decimos, el acto contendrá manifestaciones o posturas de las partes intervinientes que luego pueden serles opuestas pero que en sí no constituyen el inventario sino uno de los elementos que lo conforman; el inventario, es tal en cuanto se lo aprueba judicialmente y hasta bien podría ocurrir que la inclusión de bienes o deudas expresada por un interesado resulte en definitiva descartada y torne inocua.

En cambio, la decisión firme que avala lo facturado, obliga como resultado de su propia fuerza a quienes participaron o fueron llamados a intervenir en el acto, impidiéndoles, como principio general, un cuestionamiento ulterior; naturalmente que tal decisorio no puede ser opuesto a los terceros que debiendo haber concurrido al evento procesal, no fueron notificados.

Es claro que éstos tendrán que probar el origen del bien, o su incorrecta valuación, o la vigencia del crédito del que se trate, pero ello como consecuencia de los principios de la carga de la prueba comunes a toda pretensión y no por el valor probatorio del inventario pues para tenerlo, debería serlo con el carácter de prueba legal de valor erga omnes y vemos que ninguna norma le asigna tal papel.

Pensamos también que el inventario no impedirá que quien no participó en su confección pueda embargar bienes relativos al mismo siempre que acredite la verosimilitud de su derecho, y que el heredero podrá levantar la medida oponiendo tal acto siempre que ello sea suficiente frente a los elementos de juicio aportados por quien logró la cautelar, de modo que tampoco se produce en el caso referido una inversión de la carga probatoria.

VI. Requisitos para solicitar inventario. El interés

Como quedara dicho, el inventario (determinativo y beneficiario) tiene una naturaleza jurídica compleja; ello hace que para solicitarlo se requieran los elementos propios de sus finalidades; es obvio que para ello, será necesario acreditar legitimación por un lado e interés por otro. El inventario apunta en definitiva a dar seguridad al conjunto de interesados, de modo que beneficia a todos; de ahí que el criterio de apreciación acerca de si se da o no la legitimación referida debe ser usado con razonable amplitud (21); no se requiere, por

ejemplo, que el acreedor que lo pretenda, se encuentre respaldado por una sentencia que otorgue certeza a su crédito (22).

En cuanto al interés, nos enfrentamos con una confusión o "simbiosis", pues va implícito en la legitimación al tiempo que opera como consecuencia directa de la misma y a la vez causa de su existencia. Tal como lo indica la doctrina y en el campo del inventario beneficiario, el solicitante legitimado como tal tiene un interés primordial consistente en establecer quién responderá y a quién debe reclamarse el cumplimiento de las obligaciones pertinentes, interés que en definitiva es común a los demás legitimados.

La relación perjuicio-beneficio resultante de la ausencia de inventario, está correlacionada igualmente con ese interés común; por otro lado y al no ser una medida cautelar en sentido estricto (sin perjuicio de serlo en sentido amplio) no se requiere demostrar el peligro en la demora y al no tener efectos que vayan más allá del enlistado de los bienes, no cabe dar garantía alguna para su realización.

VII. El caso comentado

A estar al texto del fallo emitido por la sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil en autos "Domínguez de Caramés Rosa s/ sucesión testamentaria", acreedores del causante por el rubro honorarios, pidieron se intimara al heredero a practicar inventario a los fines de definir si acepta o no la herencia bajo el beneficio correspondiente. No se aclara si se trata de honorarios regulados en juicio o todavía pendientes de regulación o resultantes de labor extrajudicial, pero para el caso es igual pues como hemos visto los acreedores no precisan de certeza judicial para promover el inventario.

El tribunal sostiene correctamente, que siendo el acreedor parte interesada, se presume un interés legítimo para que la medida proceda sin que sea menester acreditar que la falta de actividad del heredero, en esa dirección, pueda afectar por sí misma los derechos de los solicitantes.

El heredero invocó a favor de su oposición a ser intimado un precedente de la misma sala: se trata de lo resuelto en la causa "Dalces Vicente F. s/ sucesión" del 9 de marzo de 1972, que puede leerse en ED-42, 598 en texto completo según se cita en el fallo (en resumen LA LEY-150, 716, sum. 20.151).

Dicha sentencia es sumamente escueta y en su parte sustancial dice textualmente: "A los efectos del art. 3366 del Código Civil en su versión actual, debe considerarse parte interesada a toda persona que acredite que pueda ser afectada en sus derechos por no hacer los herederos el inventario a que se refiere dicha norma, toda vez que por el actual art. 3363 del Cód. citado, se presume la aceptación de la herencia bajo beneficio de inventario". El fallo gira en torno de la cita que realiza del trabajo de Héctor R. Goyena Copello, "El derecho sucesorio en la reforma civil" publicado en LA LEY-133, 1077 en el que ese autor dice que la intimación puede hacerla el tercer interesado (co-heredero, legatario de cuota, legatario de cosa cierta, acreedor hereditario "y todo aquel que demuestre que por el ocultamiento o desaparición de bienes susceptibles de inventario pueden verse disminuidos sus derechos"). De la literalidad del texto en cuestión, podría extraerse una conclusión favorable a la apelante: si la ley presume la aceptación beneficiaria, basta con ello para resguardar los

derechos de terceros; de ahí que la materialización del inventario sería exigible sólo si se demostrara que su ausencia es causal en sí de perjuicios concretos. Sin embargo esa interpretación cae por su base: es obvio que dicha presunción en nada asegura los derechos de terceros que no sabrán a quién dirigir sus reclamos, ya que la aceptación presunta conlleva un segundo paso ineludible que es el definir debe y haber para confirmar o no aquello que la ley toma como punto de partida. Es para nosotros claro que Goyena Copello usa la frase transcripta no con relación a todas las categorías que especifica sino como una generalización destinada a abarcar supuestos distintos de los que enumera, en los que la legitimación necesita para ser tal, de una demostración especial (23).

Especial para La Ley. Derechos reservados (ley 11.723).

(1) Juan C., "Derecho de las sucesiones", t. I, p. 271, 2ª ed. Bibliografía Argentina, 1952.

(2) Guillermo A., "Tratado de Derecho Civil. Sucesiones". Con la colaboración de Federico J.M. Peltzer, t. I, ps. 160 y 161, 5ª ed. actualizada, Ed. Abeledo-Perrot, 1980.

(3) cit. en nota anterior, p. 169.

(4) cit. en nota anterior, p. 238.

(5) cit. en nota anterior, p. 244.

(6) cit. en nota anterior, p. 245.

(7) Santiago C., "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y demás normas procesales vigentes. Comentado, anotado y concordado", t. III, p. 316, Ed. Astrea, 1973.

(8) inventario a la descripción que se hace de los bienes dejados por el causante con el objeto de individualizarlos y establecer su existencia al momento de su fallecimiento". Alsina, Hugo, "Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial", t. VI, p. 777, actualizado por Jesús Cuadrao, Ed. Ediar, 1963.

(9) no debe deducirse de ello"..."que el inventario tenga que ser hecho necesariamente con intervención de un escribano, porque si los herederos lo confeccionan de común acuerdo y le prestan su conformidad el asesor de menores, el representante del Consejo Nacional de Educación (ley 17.944) y el legatario en su caso, no hay razón para desconocer su validez, ya que los acreedores tienen el derecho de impugnarlo cuando se hubiese omitido algún bien". CUADRAO, Jesús, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado, y concordado", p. 933, 4ª ed. actualizada por Oscar J. Martínez. Ed. Depalma, 1987. "En ausencia de intimación de parte interesada, nada obsta a que el heredero realice por su propia iniciativa el inventario, ya que ello no contradice los intereses de terceros y permite consolidar el beneficio" MAFFIA, Jorge O., "Manual de Derecho Sucesorio", t. I, p. 195. Ed. Depalma, 1987.

(10) LASALA, José L., "Curso de Derecho Sucesorio", p. 222, Ed. Depalma, 1989.

(11) Enrique M., "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Anotado, concordado y comentado", t. II, p. 241, Ed. Abeledo-Perrot, 1988.

(12) inventario resulta ser un medio de prueba frente a terceros y, eventualmente coherederos y legatarios, del acervo patrimonial o conjunto de bienes y derechos transmitidos". ZANNONI, Eduardo A., "Los principios fundamentales del derecho sucesorio y el beneficio de inventario en la ley 17.711". LA LEY-142, 808. El autor se remite para avalar su opinión a la legislación comparada y transcribe al efecto el art. 1587 del Código Civil del Brasil que dice: "El heredero no responde por las obligaciones que sobrepasen las fuerzas de la herencia pero le incumbe, sin embargo la prueba del exceso, siempre que no exista inventario que no demuestre el valor de los bienes heredados".

(13) Llambías sostiene que el inventario prueba frente a acreedores y legatarios que los bienes consignados en él son los únicos componentes de la masa hereditaria, aunque agrega que aquel acto crea una presunción iuris tantum, que será desvirtuada por los acreedores sobre los que pesa la carga probatoria pertinente. LLAMBIAS, Jorge J., MENDEZ COSTA María J., "Código Civil anotado, Doctrina. Jurisprudencia", t. V-A, 208, Ed. Abeledo-Perrot, 1988. En esa misma tesitura PEREZ LASALA, José Luis, "Curso de Derecho Sucesorio", p. 223, Ed. Depalma, 1989, que explica: "El inventario sirve de medio de prueba ante acreedores y legatarios", "Sirve efectivamente para probar --salvo impugnación procedente-- frente a terceros cuáles son los bienes que componen el caudal relicto, los cuales quedan separados de los propios del heredero. El inventario libera así, al heredero de la obligación de probar, en el caso de ejecución dirigida contra sus bienes propios, la procedencia particular de tales bienes, puesto que no se hallan en el inventario. El inventario realizado con las prescripciones legales, crea una presunción iuris tantum de que los bienes consignados en él son los únicos que componen la masa hereditaria" "como consecuencia de ello, si el heredero aceptante, que no ha realizado inventario (ni ha sido intimado para ello), es demandado por alguna deuda hereditaria y se le embargó alguno de sus bienes particulares, necesitará probar que el bien no pertenece a la herencia. La vía procesal podrá ser la tercería de dominio, en la cual tendrá que probar la propiedad particular de tales bienes. Al contrario, si ha realizado el inventario y se pretende ejecutar alguno de sus bienes particulares, que no consten en dicho inventario, no necesitará probar nada y la pretensión del tercero deberá ser rechazada por el juez". Por su parte GOYENA COPELLO, Héctor R., "Tratado del Derecho Sucesorio", t. III, p. 163, Ed. LA LEY, 1975 entiende que el inventario crea a favor de quien lo realiza la presunción de su exactitud; el que impugna debe probar su irregularidad. Destacamos que en la doctrina extranjera, Rocco, le asigna carácter de medida cautelar y a la vez eficacia probatoria. (ROCCO, Ugo, "Tratado de Derecho Procesal Civil", t. V, p. 353, Temis-Bogotá, Ed. Depalma Buenos Aires, 1977).

(14) Francesco, "Instituciones del Derecho Procesal Civil", Traducción de la 5ª ed. italiana por Santiago Sentís Melendo, vol. I, p. 86, Ejea. 1973.

(15) ejemplo el que, bajo caución juratoria puede pedir el cónyuge supérstite. Ver Alsina Hugo, obra citada en nota, 8, p. 655 y jurisprudencia que cita.

(16) Suprema de Justicia de la Nación M-129 XXIII noviembre 13 de 1990/ Provincia de Mendoza c. Cía. Argentina de Teléfonos S.A. y otro s/ acción declarativa de certeza. El Derecho, Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Síntesis, diario del 25 de junio de 1991.

(17) Lino E., "Derecho Procesal Civil", t. IV, p. 13, Ed. Abeledo-Perrot, 1977; COLOMBO, Carlos J., "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Anotado y comentado", t. I, p. 526, 4ª ed. actualizada, Ed. Abeledo-Perrot, 1975.

(18) Lino E., obra citada, t. II, p. 46; FASSI, Santiago C., obra citada, t. I, p. 556.

(19) Leonardo J.-FENOCHIETTO, Carlos E., "Manual de Derecho Procesal", t. II, p. 58, Ed. LA LEY, 1970.

(20) Leonardo J., FENOCHIETTO, Carlos E., obra citada, t. II, p. 37.

(21) COSTA, obra citada, p. 185.

(22) LASALA, José L., obra citada, p. 213.

(23) el autor mencionado nos dice que los acreedores de la herencia, coherederos aceptantes y herederos de grado posterior, tienen un interés primordial en saber a quién deben exigir el cumplimiento de la obligación; en cambio, de los acreedores personales del interesado, expresa que "si los bienes personales del heredero no son suficientes, o existe la probabilidad de que no alcancen, la intimación es viable porque se justifica un interés lícito y actual". GOYENA COPELLO, Héctor R., "Tratado de Derecho de Sucesiones", ps. 76 a 79, Ed. LA LEY, 1975.

CONCEPTO Y OPORTUNIDAD

Para visualizar el material de estudio

"Hacer clic en el siguiente enlace: Concepto y oportunidad"

CLASES DE INVENTARIO

Para visualizar el material de estudio

"Hacer clic en el siguiente enlace: Clases de inventario"

CONTENIDO DEL INVENTARIO JURÍDICO

Para visualizar el material de estudio

"Hacer clic en el siguiente enlace: Contenido del inventario jurídico"

Anotación Litis

I.-Clasificación:

Las medidas cautelares, pueden clasificarse atendiendo a la materia sobre la cual se practican y luego subclasificarse de acuerdo con la finalidad que persiguen. Por ende, nos encontramos ante la siguiente clasificación:

a) Medidas cautelares para asegurar bienes: embargo preventivo; interventor recaudador; secuestro e inhibición general de bienes.

b) Medidas que tienen a mantener un statu quo respecto de bienes o de cosas: anotación de litis, prohibición de innovar, prohibición de contratar, intervención y administración judicial.

c) Medidas para asegurar personas: Unas tendientes a la guarda provisional de éstas y otras a la satisfacción de sus necesidades urgentes.

d) Medidas para asegurar elementos probatorios: todas aquellas que pueden ser solicitadas anticipadamente. (conf. Novellino Norberto J. "Embargo y desembargo y demás medidas cautelares". Bs As. Ed. Abeledo Perrot. 1984. 2ª ed. Actualizada, p. 27.)

Entre las mencionadas, la anotación de litis es una cautela que permite alertar sobre la existencia de un juicio, evitando que terceros que contratan sobre bienes registrables en él implicados puedan invocar buena fe frente a quien la obtuvo (conf. Dr. Eduardo N. de Lazzari, en su obra "Medidas Cautelares", Librería Editora Platense S.R.L., 2da. Edición). La anotación de litis cumple una función esencial de publicidad, sin restringir las facultades de disposición del dueño de la cosa a la que se refiere la medida. Es decir que solo previene al eventual adquirente del estado jurídico en que se halla el bien.

La medida cautelar en estudio, a diferencia de lo que ocurre con otras medidas precautorias -vgr. Embargo-, no exige tan rigurosa carga de admisibilidad, por ser menos graves sus consecuencias. Ello, ya que la anotación de la litis se requiere, precisamente, cuando el peticionante no cuenta con elementos de juicio suficientes para obtener la traba de un embargo.

II.- Concepto:

Un ensayo de la definición de anotación de litis, señalaría que es la medida cautelar que tiene por objeto asegurar la publicidad de los procesos relativos a bienes inmuebles o muebles registrables, frente a la eventualidad de que las sentencias que en ellos recaigan puedan ser opuestas a terceros adquirentes del bien litigioso o a cuyo favor se constituye un derecho real sobre éste. Como tal, participa de los presupuestos de las medidas precautorias en general, requiriendo para su procedencia la acreditación de la verosimilitud del derecho, peligro en la demora y contracautela.

A su vez, dice Carlos Eduardo Fenocchietto, en su obra "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, comentado, anotado y concordado con los códigos provinciales", que a la

anotación de litis "corresponde ubicarla dentro del capítulo denominado "anotaciones preventivas", tal como las designaba la derogada ley 1893 de organización de tribunales de la Capital Federal".

En el orden local, el art. 211 del Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires, señala que "Procede la anotación de litis cuando se dedujere una pretensión que pudiere tener como consecuencia la modificación de una inscripción en el Registro correspondiente y el derecho fuere verosímil. Cuando la demanda hubiere sido desestimada, esta medida se extinguirá con la terminación del juicio. Si la demanda hubiese sido admitida, se mantendrá hasta que la sentencia haya sido cumplida".

El art. 211 del Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires, como requisito ineludible, establece en forma específica la existencia de una pretensión que pudiere tener como consecuencia la modificación de una inscripción en el Registro de la Propiedad.

III.- Caracteres de la anotación de litis:

- El efecto es la publicidad del litigio, para que los terceros no puedan prevalerse en la presunción de buena fe y alegar con ulterioridad ignorancia del conflicto propuesto en la respectiva demanda. Así lo entendió la jurisprudencia al señalar que "La anotación preventiva de la litis es una medida cautelar que tiene por objeto asegurar la publicidad de los procesos relativos a bienes inmuebles para el supuesto de que las sentencias que en ellos se dicten puedan ser opuestas a terceros adquirentes del bien litigioso o a cuyo favor se constituya un derecho real sobre el, para que no puedan ampararse en la presunción de buena fe que, como principio general, instituye el art. 2362 Del código civil". (Cámara Civil y Comercial Federal Nº 3 (AMADEO - BONIFATI - BULYGIN) - 18/11/97. ESTADO NACIONAL MINISTERIO DE DEFENSA c/ SA LAS PIEDRAS S/INCIDENTE DE MEDIDA PRECAUTORIA. CAUSA N° 4109/97).

- Es una medida que no puede mantenerse sine die, pues ello provocaría un indebido perjuicio para el cautelado, por lo que debe fijarse un plazo prudencialmente estimado por el juez conforme a las particularidades de la cuestión motivante de la medida.

- A diferencia del embargo, la anotación de litis no impide la libre disposición del bien, que puede ser gravado o enajenado por el demandado. Es decir que esta medida procede en todo tipo de proceso que pueda ocasionar la modificación de una inscripción en el registro respectivo; no depende de la naturaleza de la acción, sino de la posibilidad de que el progreso de la misma pueda influir en la situación jurídica del bien registrable con relación a terceros.

- Como señalé anteriormente, los requisitos para su obtención deben apreciarse con menor rigor que cuando se trata de un embargo, pues la anotación de la litis se requiere, precisamente, cuando el peticionante no cuenta con elementos de juicio suficientes para obtener la traba de otra medida cautelar (embargo, inhibición general de bienes, etc.).

- La anotación de litis lleva ínsita la existencia de un proceso en el que se involucra el bien o bienes que se pretende cautelar. Mediante la presente medida lo que ordena la ley es la anotación de la demanda, que no supone imperiosamente la traba de la litis, no siendo el

mero estado de litigio sino los términos de aquélla los que advierten al tercero sobre las condiciones de la pretensión.

- No constituye una medida cautelar autónoma, toda vez que con ella se hace saber sobre la existencia de un litigio.

- No impide la transferencia del bien, pero sí puede incidir en su concreción o en la cotización, causándole perjuicio al vendedor. En consecuencia corresponde aplicar la caución real, como efectiva contracautela por las eventuales costas y los daños.

- Como consecuencia de la naturaleza cautelar de la anotación de litis, la desestimación de la demanda provoca su extinción, sin más, coetáneamente con la terminación del pleito. Sin embargo, en caso en que la demanda sea admitida se mantiene vigente hasta asegurar el efectivo cumplimiento de la sentencia.

- No otorga prioridades ni preferencias con relación a otros acreedores, en razón de que el efecto de la anotación de litis no tiene relación al orden de determinar cual de ellos percibirá prioritariamente su crédito, toda vez que dicha cuestión se resuelve a través del embargo (conf. art. 197 del C.C.A. y T. de la Ciudad de Buenos Aires y art. 218 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

- Es susceptible de ser anotada la litis en juicios de reivindicación, simulación, escrituración, colación, petición de herencia, interdictos, usucapión, etc.

- A diferencia de las restantes medidas cautelares, la anotación de litis posee formas autónomas. Si se desestima la demanda, la cautela concluye con la terminación del juicio. Si es admitida, la medida se mantiene hasta que se haya cumplido el decisorio.

IV.-Procedencia:

Existen posiciones encontradas en la jurisprudencia acerca del momento en que es procedente la anotación de litis. Por un lado se ha dicho que la misma solamente puede recabarse una vez deducida la demanda de fondo o simultáneamente con ésta, pero nunca en forma previa. Así lo entendió la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial, al señalar que: *"El art. 229 del C.P.C.C. exige implícitamente que existe una "demanda" promovida, pues de lo contrario no habría "litis" susceptible de ser anotada.- Insúa, Jorge Claudio s/ Medida cautelar. MAG. VOTANTES: Casarini - Lettieri – Macaya"*. Sin embargo, por otro lado se ha establecido que *"Si bien el art. 229 del C.P.C.C. dispone la procedencia de la anotación de litis cuando se dedujere una pretensión, tal enunciación es sólo descriptiva del contenido y finalidad de la pretensión, y no un supuesto de excepción al principio consagrado de modo uniforme por el art. 195 del ritual, que posibilita la obtención de medidas cautelares aún antes de promovida la acción principal."*

- La denominación correcta debiera ser "anotación de demanda", toda vez que no supone imperiosamente la traba de la litis, ni significa el mero estado del litigio, sino que son los fundamentos de la demanda (sujetos, objeto y causa) los que advierten e informan a terceros de la pretensión del actor y sus circunstancias.

- La verosimilitud en el derecho debe surgir de la documentación acompañada a la demanda. Sin perjuicio de ello, no se ha exigido una carga rigurosa de los recaudos de la cautela. Otro tanto ocurre respecto al peligro en la demora.

- La presente medida se extingue cuando la demanda hubiera sido desestimada y si existe transacción o conciliación. Asimismo, la medida se mantiene hasta el cumplimiento de la sentencia, si la misma estima la pretensión.

V.- Conclusión:

La inhibición general de bienes, al igual que las restantes medidas cautelares, deben ser aplicadas con un criterio amplio, con el objeto de evitar la frustración del derecho de las partes y el dictado de sentencias que podrían tornarse ineficaces. Esboza al respecto el Dr. Norberto Novellino, que "es preferible el exceso en acordarlas que la estrictez en negarlas…".

También ha argumentado en este mismo sentido, el Dr. Jorge Ramírez, quien expresa que *"las medidas cautelares tienden, más que a defender los derechos subjetivos, a garantizar la eficacia y seriedad de la función jurisdiccional…"*.

En definitiva podemos señalar que se trata de una medida cautelar, destinada a dar publicidad de la existencia de un proceso, susceptible de modificar una inscripción registral, no impidiendo la libre disponibilidad del bien en litigio.

REQUISITOS

Resaltan Requisitos para la Procedencia de la Anotación de Litis

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial explicó que la medida cautelar de anotación de litis tiene por objeto asegurar la publicidad de los procesos relativos a bienes inmuebles o muebles registrables, frente a la eventualidad de que las sentencias que en ellos recaigan hayan de ser opuestas a terceros adquirentes del bien litigioso o a cuyo favor se constituya un derecho real sobre éste.

En los autos caratulados "Cicchilli Oscar y otro c/ Quais S.A. s/ medida precautoria", la parte actora apeló la sentencia de primera instancia que había rechazado su pretensión cautelar orientada a suspender la decisión asamblearia que había aprobado el balance y los estados contables del ejercicio de la firma demandada y disponer la anotación de litis ante la Inspección General de Justicia (IGJ).

Los jueces que integran la Sala D señalaron que "como principio general, las decisiones asamblearias que aprueban los estados contables de un ejercicio no son susceptibles de ser suspendidas, puesto que se agotan con su resolución, sin que exista materia alguna que permita hablar de ejecución de la decisión respectiva".

Sentado ello, los camaristas explicaron que "el balance no es otra cosa que la descripción estática de la situación patrimonial de la sociedad en un momento determinado, siendo su objeto suministrar información contable a los interesados, determinando el resultado de un período y exponiendo la situación económica, financiera y patrimonial del ente".

Tras remarcar que “el deber de confeccionar anualmente el balance está íntimamente vinculado con el principio de solidaridad entre los ejercicios sociales, lo que significa que un balance carece de valor y de interés si no se lo compara con los balances precedentes”, los jueces sostuvieron que “para confeccionar los estados contables de determinado ejercicio se toman como punto de partida los resultados habidos en el ejercicio anterior”.

Según los jueces, lo señalado “lleva a concluir por la admisión de la suspensión cautelar en aquellos casos en que, o bien existen graves y manifiestas irregularidades que ponen en serio peligro la continuidad del giro social (extremos que en el caso, y como seguidamente se verá, no fueron demostrados), o bien cuando la resolución asamblearia que sirvió de antecedente se encuentra suspendida cautelarmente”.

Por otro lado, los magistrados recordaron que “las atribuciones judiciales para decretar la suspensión de una asamblea cuestionada se condicionan a la existencia de motivos graves y a la posibilidad de que se consumen hechos que causen perjuicios irreparables”.

En tal sentido, destacaron que “los "motivos graves" que autorizarían la suspensión (LSC 252) deben meritarse en función no sólo del perjuicio que podría ocasionar a terceros, sino fundamentalmente para el interés societario, que predomina sobre el particular del impugnante, debiendo rechazarse la solicitud cautelar cuando no se han indicado y menos aún demostrado, siquiera sumariamente, los concretos perjuicios que "para la sociedad" se seguirían en caso de no suspenderse la decisión asamblearia impugnada”.

En base a lo expuesto, la mencionada Sala sostuvo que en el presente caso no exsiten motivos “para modificar lo decidido, pues es claro que los argumentos expuestos en el memorial solo procuran el resguardo del interés individual del impugnante, pero no acreditan, siquiera precaria pero positivamente, la existencia de un peligro grave e inminente para la continuidad del giro social”, debido a que “las inconsistencias e irregularidades que se denuncian se remontarían al año 2005, y en ningún momento se informó ni acreditó -en rigor ni siquiera se invocó- que por motivo de ellas se hubiera alterado o perjudicado el desenvolvimiento comercial de la firma”.

En la sentencia del 10 de agosto del presente año, el tribunal resolvió que se encontraba incumplida la carga de demostrar la existencia de motivos graves que justifiquen la injerencia cautelar pretendida.

En cuanto a la anotación de litis, los camaristas explicaron que “la finalidad de la referida cautela es dar publicidad sobre la existencia de un litigio que puede llegar a modificar la inscripción registral de un bien, motivando de esa forma el cese de la presunción de buena fe de quien contratase sobre el mismo”.

En tal sentido, resaltaron que “esa medida procede cuando lo que se discute en el fondo es el derecho de propiedad: reivindicación, petición de herencia, simulación, revocatoria, tercería de dominio, nulidad de cuenta particionaria, etc. “, agregando que esa medida “tiene por objeto asegurar la publicidad de los procesos relativos a bienes inmuebles o muebles registrables, frente a la eventualidad de que las sentencias que en ellos recaigan hayan de ser opuestas a terceros adquirentes del bien litigioso o a cuyo favor se constituya un derecho real sobre éste”.

Sentado ello, los jueces concluyeron que en el presente caso "no surgiría prima facie conflicto alguno sobre la titularidad del paquete accionario que detenta la parte actora, es decir que la propiedad de esas acciones no parece constituir la materia litigiosa sobre la que versan estos actuados, lo que lleva a concluir que no existen motivos que justifiquen el dictado de la cautelar pretendida; y tampoco la requerida con apoyo en lo dispuesto por el artículo 232 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación ", por lo que rechazaron el recurso de apelación presentado.

CONTRACAUTELA

Explican Cómo Debe Graduarse la Caución Real al Disponer la Anotación de Litis

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial resolvió que si bien la anotación de litis no impide la disponibilidad de los bienes inmuebles de la sociedad, corresponde establecer un monto adecuado en concepto de caución real a fin de tutelar los intereses involucrados.

En el marco de la causa "Russo Fabian Luis c/ Baja Patagonia SRL y otros s/ ordinario", el accionante apeló la decisión del juez de primera instancia en cuanto le impuso una caución real de cincuenta mil pesos como presupuesto para disponerse la anotación de esta Litis en el Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Santa Cruz.

El recurrente consideró que la caución exigida sería desproporcionada e irrazonable al considerar que se encontraba suficientemente acreditada la verosimilitud del derecho. A ello, el apelante añadió que la cautelar no impedía la disponibilidad de los bienes inmuebles en cuestión sin que se advirtiera, en consecuencia, daño cierto, ni actual ni potencial, a la sociedad demandada y/o a terceros, circunstancia que determinaba que fuera dejada sin efecto la caución real sustituyéndola por una caución juratoria.

Al analizar el recurso planteado, los jueces que integran la Sala A señalaron que "la anotación de litis es una medida que tiene por objeto la publicidad de un pleito sobre un determinado bien registrable para que los terceros tomen conocimiento de su existencia, pero ello sin restringir las facultades de disposición a las cuales se refiere la medida".

En dicho marco conceptual, los camaristas remarcaron que dicha medida "tiene como propósito que aquéllos no puedan alegar buena fe en la eventual adquisición del bien objeto del litigio", aclarando que, a diferencia del embargo, no impide la libre disposición del bien que puede ser gravado o enajenado por el demandado.

Debido a que "la anotación de litis es una medida de peligro abstracto, y no es indispensable el periculum in mora, concreto", los jueces entendieron que al ser esta medida menos grave en sus efectos no exige tan rigurosa carga de admisibilidad.

Sentado ello, los camaristas tuvieron en cuenta que en el presente caso el accionante pretende la nulidad de cierta asamblea extraordinaria celebrada por la sociedad coaccionada, en la que se autorizó la venta a futuros de dos unidades funcionales de un inmueble de su propiedad.

En la sentencia del 5 de junio pasado, los magistrados entendieron que al constituir la anotación de Litis una medida precautoria, correspondía aplicarle la norma general del artículo 199 de la legislación adjetiva y exigirse contracautelar, debido a que "la caución juratoria requerida por el recurrente, sólo procede en los casos expresamente enumerados en dicha norma, ninguno de los cuales se configura en la especie".

Por otro lado, en cuanto a la monto de la contracautela, los jueces recordaron que "el Código de rito no fija cuál es la graduación que debe tener la caución real sino que deja esa cuestión a criterio del juez, quien debe merituar a esos fines la mayor o menor verosimilitud del derecho, la naturaleza de la pretensión, y la gravedad de la medida".

En base a ello, el tribunal consideró que el monto de la caución real fijado en la suma de cincuenta mil pesos resulta prima facie adecuado para tutelar los intereses involucrados, ya que "no puede afirmarse que no perjudique al destinatario de ella, pues es probable que el tercero que tenga conocimiento de su existencia, dificilmente adquiera alguno de los bienes sobre los cuales se ha ordenado la anotación", rechazando de este modo el recurso interpuesto.

EFECTOS ANOTACIÓN LITIS

He de comenzar diciendo que la anotación de litis es una medida cautelar que tiene por objeto, dar a publicidad un litigio que puede tener como consecuencia la modificación de una inscripción en el Registro de la Propiedad, ello con el fin de advertir a terceros sobre la existencia de un juicio respecto del bien involucrado, lo que hace cesar la presunción de buena fe de quienes contratasen con respecto al bien sobre el cual recae la cautelar (arg. art. 229 del C.P.C.C.).

La anotación de litis a diferencia del embargo, solo persigue la publicidad, como se dijo *ut supra*, en cambio el embargo hace a la indisponibilidad del bien sobre el cual recae, dicha diferencia hace también que los requisitos para su procedencia o mejor dicho admisibilidad, no sean tan rigurosos como para la traba del embargo así para la procedencia de la anotación de litis, es necesario que la pretensión de fondo pueda tener como consecuencia, la modificación de una inscripción en el Registro correspondiente, en cuanto a la verosimilitud del derecho, si bien debe contar con dicho presupuesto, no es tan exigente como para cuando se otorga un embargo, ello en razón de que la anotación de litis tiene efectos menos gravosos que el embargo, por ello los presupuestos de admisibilidad se ven atenuados. En igual sentido se manifiesta la jurisprudencia al decir: "La anotación de litis procede cuando se dedujere una pretensión que pudiere tener como consecuencia la modificación de una inscripción en el Registro correspondiente (art. 229 C.P.C.C.). En ese marco, es la cautela que permite alertar sobre la existencia de un juicio, evitando que terceros contraten sobre bienes registrables en él implicados puedan alegar ignorancia o ampararse en la presunción de buena fe frente a quien la obtuvo (art. 1051 C.C.). Cumple así una función esencial de publicidad, sin restringir las facultades de disposición del dueño de la cosa a la cual se refiere la medida. Para su admisión es menester la demostración *prima facie* de la verosimilitud del derecho (art. 229 citado), aunque manifiestamente atenuada tal carga, teniendo en cuenta que se trata de una medida cautelar menos grave en sus efectos que otras —vrg. el

embargo— que impiden la disponibilidad del bien" (CACiv. y Com. San Martín Sala II 12/09/2006 58.362 R.S.I. 256/06, JUBA B2003703).

Considerando los presupuestos básicos enunciados precedentemente, nos encontramos con que en los presentes autos, la pretensión de fondo, no conduce a la modificación registral del inmueble sobre el cual recayó la anotación de litis, muy por el contrario se están reclamando daños y perjuicios que no se relacionan con el inmueble en cuestión, de modo que se encuentra ausente el requisito de procedencia, que es que la pretensión de fondo se dirija a la modificación de una inscripción en el Registro de la Propiedad, ello sin perjuicio de que el actor pueda proteger su eventual crédito con otra cautelar que recaiga sobre algún bien del patrimonio del accionado. Es conteste la jurisprudencia cuando dice: "De acuerdo a lo dispuesto por el art. 229 del C.P.C.C. para la procedencia de la anotación de litis es menester como recaudo o presupuesto específico —fuera de los comunes a toda medida cautelar—, que la pretensión de fondo pueda tener como consecuencia la modificación de una inscripción en el Registro correspondiente. Que carece de sentido la anotación de litis en un proceso en el que se reclama el pago de una suma de dinero y no la entrega del inmueble. De ahí que las acciones personales, al no versar sobre el bien que se pretende cautelar, no autorizan en principio, la anotación de litis, desde que la posibilidad de que la acción pueda prosperar no se vincula a la situación jurídica de un inmueble sobre el cual recaería la medida. En función de ello, si en autos se reclama la rescisión del contrato y el cobro de una suma de dinero, se encuentra ausente el requisito imprescindible para la procedencia de la anotación de la litis (art. 229 C.P.C.C.)" (CA2ªCiv. y Com. La Plata Sala I 21/02/2008 109.470 R.S.I. 27-BI JUBA B256735).

Por otro lado no se puede pasar por alto, que la sentencia dictada por la a quo en la cual hace lugar a la medida cautelar en cuestión, no se encuentra debidamente fundada.

Por último y como dice Carlos Eduardo Fenochietto en su Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires 5ª edición Editorial Astrea pág. 285: "La anotación de litis requiere la existencia de un juicio que comprenda una cuestión litigiosa; la verosimilitud del derecho surgirá en la mayoría de los casos de los títulos y documentos que se acompañen al demandar, y si *prima facie* no resulta acreditado el derecho que se invoca, la medida no deberá ser concedida (CACiv. y Com. Junín 14/11/95 LLBA, 1996-483)", siendo que no resulta acreditado el derecho que se invoca, debe procederse a la revocación de la medida.

Por ello conforme lo expuesto, este Tribunal RESUELVE: HACER LUGAR al recurso de apelación interpuesto, debiendo en consecuencia procederse al levantamiento de la medida cautelar dispuesta en autos, sin perjuicio que la actora proteja su eventual crédito intentando que la cautela recaiga sobre algún bien del patrimonio de la accionada. IMPONER las costas de Alzada a la actora vencida (arg. art. 68 del CPCC). DIFERIR la regulación de honorarios para el momento procesal oportuno (art. 31 del Decreto Ley 8904/77).

CESACIÓN DE LA MEDIDA

Las medidas cautelares se caracterizan por su duración temporal, ya que subsistirán hasta el momento en que la sentencia definitiva se encuentre firme o mientras duren las circunstancias fácticas que las justificaron (rebus sic stantibus). La resolución que impone

una medida cautelar es esencialmente modificable en cualquier estado del juicio. El artículo 301 del CPC también señala como causal de cesación de una medida precautoria la rendición de caución suficiente. Entre nosotros, el artículo 301 del Código del ramo señala claramente este aspecto al decir "Todas estas medidas son esencialmente provisionales. En consecuencia, deberá hacerse cesar siempre que desaparezca el peligro que se ha procurado evita o se otorguen cauciones suficientes". Esta provisionalidad resulta lógica, como explica el profesor Rojas, ya que la finalidad de las medidas precautorias es asegurar efectivamente el resultado de la acción entablada. Y si concurren una de las dos situaciones que describe el artículo citado, no se ve inconveniente en decretar el alzamiento de aquellas, ya que la acción deducida no corre ningún riesgo 17.

Asimismo, procede el alzamiento de una medida cautelar, una vez firme la sentencia definitiva, ya que, si es favorable al demandado, la medida pierde toda justificación y en razón de su instrumentalidad ésta debe alzarse, y si al contrario, es favorable al actor, la medida ya cumplió su objetivo y deberá cesar, sin perjuicio de que ciertas medidas puedan solicitarse o mantenerse en la etapa de ejecución del fallo.

OTRAS NORMAS EN LAS QUE ESTÁ CONTENIDA O PROCEDE LA MEDIDA

De derecho estricto: Las normas cautelares son, por regla general, de interpretación restringida, por cuanto tienden a limitar o prohibir de una u otra forma, según su especie, las garantías personales (individuales, sociales, económicas y polí-ticas) que prevé la Constitución Nacional, teniendo sólo como fundamento un juicio conjetural basado en presunciones de hombre. Si bien el principio *in dubio pro reo* y de plenitud de la prueba para la estimación de la demanda (art. 254 CPC) es justificado en el juicio definitivo de cosa juzgada, no ocurre así en el que tiene carácter provisional revocable.

Pero, precisamente, la insuficiencia de la prueba y la falta del contradictorio en el conocimiento sumario inicial de la jurisdicción preventiva, deben atemperar la actuación judicial sin desmedrar la eficacia de la administración de justicia (Cf. *infra* No 34).

Es así como la CSJ ha establecido que "las medidas preventivas constituyen una limitación del derecho de propiedad. Todo lo que tienda a eliminar o suprimir esta limitación es de interpretación amplia, así como de interpretación estricta lo que tienda a acentuar la restricción y menoscabar la garantía de la propiedad. Las medidas preventivas son de derecho singular y como tales de interpretación restringida v su aplicación no puede alcanzar por analogía, a caso alguno que no se encuentre expresamente previsto por las disposiciones legales que las sanciona.

Esta nota característica de las medidas cautelas reside ahora fundamentalmente en el poder jurisdiccional del juez a los fines de la prudente determinación de lo equitativo en cada caso, y no en la taxatividad de las permisiones legales, pues, como veremos (Cf. *infra* N° 28), el nuevo Código de Procedimiento Civil ha conferido un poder cautelar general a la autoridad judicial atenido a su libre arbitrio. El carácter discrecional de las medidas cautelares, queda implícito en el parágrafo primero del art. 588 CPC, según el cual "el tribunal *podrá* autorizar o prohibir la ejecución de determinados actos, v adoptar las providencias que tengan por objeto hacer cesar la continuidad de la lesión". "Cuando la ley dice: 'el juez o tribunal puede

o podrá', se entiende que lo autoriza para obrar según su prudente arbitrio, consultando lo más equitativo o racional, en obsequio de la justicia y de la imparcialidad" (art. 23 CPC).

La jurisdicción de discrecionalidad, propiamente llamada jurisdicción de equidad tiene por objeto la razón de justicia del caso concreto (epiqueya), la solución satisfactoria, también en sede cautelar provisional, que el caso reclama. (Cf. *infra* N° 78 sobre la legalidad y legitimidad del acto discrecional). La limitación al derecho de propiedad o a cualquier otro derecho subjetivo, aun de rango constitucional, nunca será razón de peso para impedir que se adopten judicialmente, con la fundamentación probatoria nece-saria, las medidas conducentes a lograr la eficacia de la administración de justicia, entendiendo siempre que la prudencia exigida por el legislador apunta fundamentalmente a la proporcionalidad que debe haber entre el fin (la solución equitativa, aunque sea provisional-cautelar) y el medio utilizado (restricción o enervamiento de un derecho).

No puede limitarse el poder discrecional del juez en sede cautelar a los casos no tipificados por el legislador como medidas preventivas reglamentadas, porque la prohibición de interpretar extensiva o analógicamente los casos previstos por la ley, se fundamenta en la legalidad y no en la legitimidad (razón de equidad). De modo que el juez, en uso del poder discrecional cautelar, puede adaptar a casos distintos el *Wbestand* de una medida preventiva, mas no porque la interprete extensivamente, sino porque la utiliza como modelo o referencia para la solución del caso concreto (Cf. por ej. las dos soluciones concretas que proponemos *infra* núms. 39-a y 52-a).

EMBARGO

El embargo

Es una orden judicial que individualiza un bien determinado del deudor, afectándolo al pago del crédito en razón del cual se ha trabado el embargo.

El embargo sobre cosas inmuebles se trata mediante la anotación de la orden judicial en el registro de la propiedad.

En cambio, si lo embargado es una cosa mueble, el embargo practica por el secuestro de la cosa que es puesta bajo depósito judicial. Es bastante frecuente que se designe depositario al propio dueño, pero en ese caso queda modificado el título de la tenencia material, que ya no se

realiza en carácter de propietario, sino de depositario, con las responsabilidades consiguientes.

El embargo puede ser preventivo, ejecutivo y ejecutorio. Es embargo preventivo el que se traba para evitar que resulte ilusoria una futura sentencia judicial, e impide que el deudor, durante la tramitación de un pleito, se desprenda de bienes, y con ello se torne insolvente.

El embargo ejecutivo es el primer paso de la venta forzada de un bien del deudor, que con esa medida queda sometida a la disposición del juez quien establece, de acuerdo con las previsiones de la ley, las condiciones de la subasta, procede este embargo cuando el acreedor exhibe un título que trae aparejada ejecución, o cuenta con una sentencia de condena a su favor.

El embargo ejecutorio, finalmente, es el que resulta de la circunstancia de no haberse opuesto excepciones al progreso de la ejecución, o de haber sido ellas desestimadas por sentencia firme.

El embargo ejecutivo se convierte, pues, en ejecutorio, cuando se verifica cualquiera de las situaciones procedentemente mencionadas. De donde resulta, asimismo, que adquiriendo el embargo carácter ejecutorio por simple conversión, no es necesaria resolución judicial alguna que le confiera expresamente tal carácter.

Lo que interesa destacar es que al convertirse en ejecutorio, el embargo se transforma en definitivo. En efecto, mientras el

embargo preventivo y el embargo ejecutivo constituyen, aunque con distinto alcance, medidas provisonales, cuando el segundo se convierte en ejecutorio se procede inmediatamente al pago del acreedor o a la realización de los bienes respectivos mediante la venta judicial, según sea el caso.

Formas de practicar el embargo.

Las formas de practicar el embargo difieren según la naturaleza de los bienes sobre los cuales ha recaído la medida.

Tratándose de bienes inmuebles bastará previa denuncia del ejecutante y libramiento del correspondiente oficio, la anotación del embargo en el registro de la propiedad.

En ciertos casos como cuando existe peligro de que el deudor realice actos en detrimento del valor del inmueble (Ver Gr., Explotación abusiva de un bosque), la mediada puede complementarse mediante la designación de un depositario.

Si el embargo recae sobre bienes del ejecutado que se hallen en poder de un tercero (dinero efectivo, créditos, salarios, etcétera) corresponde notificar de la medida a aquel, personalmente o por cédula. Si el notificado del embargo pagase indebidamente al deudor embargado, el juez hará efectiva su responsabilidad en el mismo expediente por el trámite de los incidentes o del juicio sumario, según correspondiere, atendiendo a las circunstancias del caso.

El embargo de cosas muebles, en general, se practica

mediante depósito de ellas a la orden del juez. Si se tratase de dinero efectivo de valores se depositarán en el banco de depósitos judiciales.

El oficial de justicia dejará los bienes embargados en poder de un depositario provisional que podrá ser el deudor su resultare conveniente, salvo que aquellos se encontraren en poder de un tercero y éste requiere el nombramiento a su favor. Cuando las cosas embargadas fueren de difícil o costosa conservación o hubiese peligro de pérdida o desvalorización, el depositario deberá poner el hecho en conocimiento del juez o expresarlo ante el oficial de justicia.

En cuanto a los bienes muebles de la casa en que vive el embargado, cuando fuesen susceptibles de embargo, se acostumbra constituir a aquel en depositario, salvo que por circunstancias especiales no fuese posible.

El depositario de objetos embargados a la orden judicial deberá presentarlos a la brevedad de haber sido intimado judicialmente. No podrá eludir la entrega invocando el derecho de retención.

Si no lo hiciere, el juez remitirá los antecedentes al tribunal penal competente, con los alcances que autorice la ley del país.

El depositario, por lo demás, es responsable por los daños que sufrieran los bienes y por las pérdidas e intereses derivados del incumplimiento de la obligación impuesta. Tiene derecho al reintegro de los gastos efectuados. El embargo

puede practicarse aun cuando el deudor no se halle presente. Pero en este caso corresponde, además de dejar constancia en la diligencia, que se le notifique la medida dentro de los tres días siguiente al de la traba. Y en el supuesto de ignorarse su domicilio, se nombrará al defensor oficial, previa citación por edictos que se publicarán por una sola vez. Esta notificación tiene por objeto acordar al deudor la posibilidad de satisfacer la deuda o la de ejercer la facultad de impugnar la medida, en si misma o en sus alcances, sea interponiendo algún recurso o promoviendo incidente de sustitución, disminución o levantamiento del embargo la presencia del acreedor, en la diligencia, resulta innecesaria cuando aquél ha denunciado los bienes sobre los cuales ha de trabarse el embargo y la enunciación de estos consta en el mandamiento. En caso contrario, la presencia del acreedor es necesaria, en principio, por cuanto es el quien debe prestar conformidad con los bienes que ofrezca el deudor o, en defecto de ofrecimiento y de conformidad, formular la correspondiente denuncia. Pero no media inconveniente legal alguno en que, al no concurrir el acreedor, el oficial de justicia través embargo sobre los bienes que ofrezca el deudor, pues en tal caso cabe interpretar que aquel se halla conforme con el ofrecimiento.

Embargo en juicio ejecutivo

En el juicio ejecutivo, el embargo sobre bienes del deudor constituye una medida que es consecuencia inmediata del resultado negativo de la intimación de pago.

Se ha discutido, en la doctrina, si el embargo constituye o no un trámite esencial del juicio ejecutivo.

Algunos autores (Lascano, Molinario) se han pronunciado en sentido afirmativo, fundados, sustancialmente, en que siendo el juicio ejecutivo uno de los modos de la ejecución forzada, y debiendo disponer la sentencia, que en el se dicte, que se lleve a la ejecución adelante en todo o en parte, o su rechazo, en el de no haberse trabado embargo sobre los bienes del deudor el juicio carecería de razón de ser, pues la ejecución sólo puede ser llevada delante mediante la venta de los bienes embargados.

En cambio, la mayor parte de la doctrina y de los precedentes judiciales considera que el embargo no constituye un trámite esencial del juicio ejecutivo, y que se trata, por el contrario, de una garantía establecida en favor del acreedor, quien puede renunciar a ella y pedir directamente que se cite al efectuado para la defensa.

Esta última es, a nuestro juicio, la solución correcta, por cuanto el contenido positivo de la sentencia de remate, en el supuesto de no haber mediado embargo, significara un

pronunciamiento definitivo acerca de la efectiva existencia de un derecho de proceder ejecutivamente, pronunciamiento que permitirá, mediante los trámites propios de cumplimiento de la sentencia de remate, la inmediata realización de los bienes que eventualmente puedan embargarse.

El embargo preventivo

El embargo preventivo constituye la medida cautelar en cuya virtud se afectan e inmovilizan uno o varios bienes de quien es o ha de ser demandado en un proceso de conocimiento (ordinario, sumario, sumarísimo o especial) o en un proceso de ejecución, a fin de asegurar la eficacia práctica de las sentencias que en tales procesos se dictan.

Entre el embargo ejecutivo y el embargo preventivo median las siguientes diferencias, 1.) Mientras el primero procede solamente en el caso de demandarse el cobro de una suma de dinero, el segundo se halla autorizado para asegurar el cumplimiento tanto de obligaciones de dar sumas de dinero como de obligaciones consistentes en dar una cosa cierta y determinada, 2.) Si se trata de obligaciones de dar sumas de dinero, el embargo ejecutivo, además, se halla condicionado al requisito de que tales sumas sean líquidas o facilmente liquidables y exigibles, en tanto que no constituyen óbice para el otorgamiento del embargo preventivo ni la iliquidez del

crédito, ni la circunstancia de que este se encuentra sujeto a condición o pendiente de plazo, siempre que, en ambos casos, se demuestre la verosimilitud del derecho y, en el segundo, además, la inminencia de un perjuicio para el acreedor. 3.) A diferencia del embargo ejecutivo, el embargo preventivo siempre debe decretarse bajo la responsabilidad y caución del solicitante. Se limita a asegurar el ejercicio de la ejecución futura.

La finalidad de la tutela, parece innecesario decirlo, es la de afectar o inmovilizar bienes del deudor para asegurar el eventual resultado del juicio y cuya procedencia se admite ante la simple verosimilitud del derecho.

Mandamiento judicial de intimación de pago y embargo

Es el trámite inicial tipo en la ejecución de títulos ejecutivos extrajudiciales de obligaciones dinerarias. Si se trata de título judicial (sentencia de condena) se gestiona directamente el embargo u otra compulsoria que corresponda al tipo de sentencia.

La manda judicial contiene, en realidad, dos actos: uno, la intimación de pago, acto necesario e irrenunciable, toda vez que importa la citación a la defensa. Y otro, el embargo, que

sólo procede de resultar negativo el anterior; pues si el deudor paga ante el requerimiento judicial, resulta improcedente.

Presentada la demanda, si se trata de un título ejecutivo completo, o concluídas las diligencias preparatorias tendientes a la integración o formación del título, el juez examinará cuidadosamente el instrumento con que se deduce la ejecución, y si hallare que es de los legitimados por ley y que se encuentran cumplidos los presupuestos procesales, librara mandamiento de intimación de pago y embargo.

El juez puede denegar la ejecución si comprueba que el título acompañado no es de los que las leyes consideran como tales, o que es inhábil en razón de no documentar la existencia de una obligación ejecutable.

Tal examen, por otra parte, no es definitivo, pues puede volver a efectuarse antes de dictar la sentencia de remate.

El mandamiento tiene por fin primero y principal el requerimiento de pago y, subsidiariamente, a voluntad del ejecutante, la traba del embargo.

En el mandamiento debe constar.

La cantidad cuyo pago se exige al deudor, mas otra que el juez fija provisionalmente para responder a intereses y costas. También debe contener autorización para requerir el auxilio de la fuerza pública y allanar el domicilio del deudor en el caso en que este se resista a la diligencia. Asimismo, pueden individualizarse en el mandamiento los bienes sobre

los que se trabará el embargo.

La inhibición general de bienes

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

A diferencia del embargo, que recae sobre uno o mas bienes de deudor, sean muebles o inmuebles, la inhibición constituye una medida cautelar que se traduce en la interdicción de vender o gravar cualquier bien inmueble de que el deudor pueda ser propietario en el momento de anotarse la medida, o que adquiera en lo sucesivo, pues los escribanos no pueden, sin orden judicial, otorgar escrituras traslativas de dominio o de constitución de derechos reales cuando surge del certificado expedido por el riesgo de la propiedad, que existe anotada una inhibición respecto del titular del dominio.

La inhibición es una medida sucedánea del embargo, cuya procedencia se halla supeditada a la justificación del crédito en algunas de las formas que hemos analizado al referirnos

al embargo preventivo, y a la circunstancia de no conocerse bienes del deudor, o de ser estos insuficientes para cubrir el crédito reclamado. A estos efectos basta la afirmación que formule el solicitante de la medida.

La doctrina y la jurisprudencia consideran, en general, que esta medida sólo puede referirse a bienes inmuebles.

Sin embargo, ante la ausencia de una especifica prohibición legal, no mediaría inconveniente alguno en decretarla respecto de cualquier bien que se encuentre sometido a un adecuado régimen de registración y publicidad.

Frente a la inhibición judicial, se ha admitido la precedencia de la inhibición voluntaria, como medio de garantizar el cumplimiento de las obligaciones emergentes de un contrato (tal, por ejemplo, la que puede constituir el comprador en garantía del saldo de precio de la cosa comprada). La validez de esta clase de inhibición ha sido admitida en razón de no estar prohibida por la ley, ni efectuar la moral o las buenas costumbres.

La traba de una inhibición general de bienes no establece preferencia alguna de cobro frente a otros acreedores que, ulteriormente, inhibiesen al deudor, o embargasen bienes concretos que ellos conocieran. Esto es así porque la inhibición, a diferencia del embargo, no crea vinculación alguna entre el crédito que la origina y el o los bienes inmuebles que el deudor queda impedido de enajenar, a causa de aquella medida.

La inhibición funciona solo con respecto e inmuebles ubicados en la jurisdicción territorial del registro de la propiedad donde esta anotada. No impide al deudor disponer de sus cosas muebles, ni de los inmuebles ubicados en extraña jurisdicción.

Secuestro de cosas

No es necesario ensayar una definición de esta excepcional medida de garantía, desde que basta con aprender su concepto para llenar esa finalidad.

Consiste, esencialmente, en depositar por orden judicial la cosa litigiosa, sean bienes muebles, o semovientes, en manos de un tercero para asegurar la ejecución forzosa o establecer a quien pertenecen.

En sentido estricto, denomínase secuestró la medida cautelar en cuya virtud se desapodera a una persona de un bien, sobre el cual se litiga o se ha de litigar; o de un documento necesario para deducir una pretensión procesal.

Habida cuenta de que el secuestro es una cautela más rigurosa y de mucho más fuerza que el embargo, las distinciones entre uno y otro instituto son facilmente perceptibles, siendo la fundamental que el secuestro recae sobre bienes predeterminados, que motivan el litigio, en tanto que el embargo preventivo se traba sobre cualquiera que posea el deudor, salvo los expresamente excluidos por la ley y declarados inembargables.

En el embargo, el bien o los bienes quedan en manos del embargado, y, exceptuadas sus facultades de libre disposición, puede usar de ellos mientras no le sea prohibido.
En el secuestro, por tratarse del desapoderamiento de los bienes, estos quedan depositados en manos de un tercero, cuya designación la ley deja librada a elección del juez.
Por último, es de destacar que el secuestro comprende solo los bienes muebles y semovientes, excepción hecha de los que por su naturaleza son bienes inembargables. Se excluyen por supuesto los inmuebles, ya que su indisponibilidad -como lo anota Podetti- Se logra mediante la anotación del embargo, y su guarda y conservación, mediante el nombramiento de un interventor, que, en el caso, desempeña las funciones del secuestrario respecto a las cosas muebles.

A) TEORÍA GENERAL DEL EMBARGO

Cuando de un título ejecutivo se deriva el pago de cierta cantidad de dinero, el objetivo de la acción es conseguir esta cantidad para pagar al ejecutante. En la mayoría de las ocasiones se hace necesario agredir al patrimonio del ejecutado. Para afectar determinados bienes patrimoniales del ejecutado es necesario que se declare expresamente por el juez y, una vez declarado que los bienes pueden ser ejecutados, se continuará con la actividad ejecutiva hasta realizar los bienes y obtener la cantidad de dinero que se necesita. A esta afectación de bienes y derechos del patrimonio del deudor es a lo que se denomina embargo, y a la actividad ejecutiva posterior, consistente en realizar los bienes, se denomina apremio.

El embargo es el presupuesto indispensable del apremio, sólo que el embargo por sí mismo no tiene ninguna función. En realidad, el embargo consiste en la llamada traba de bienes o de derecho del patrimonio del deudor ejecutado. Esta traba tiene las siguientes características:

1º) Para afectar a los bienes patrimoniales del deudor es necesario una declaración expresa del juez. Se debe, además, aportar una serie de garantías y medidas complementarias que aseguren la eficacia del embargo frente a terceros.

2º) El embargo debe recaer siempre sobre un elemento del patrimonio del ejecutado. Este elemento debe ser susceptible de realización o venta. La realización del embargo puede consistir en la aprehensión física del bien o en una afectación jurídica.

3º) El embargo no limita la facultad dispositiva del deudor (sin entender incluida en ella la facultad de transmisión), ni expropia la titularidad del dueño de los bienes. De esta forma, el embargado conserva todas las facultades sobre el objeto litigioso, pero con su actividad no puede afectar ni a terceros ni al derecho del embargante.

4º) El que embarga no obtiene ningún tipo de derecho real sobre el objeto embargado. En este caso el embargo se limita a declarar que determinados bienes patrimoniales del deudor están sujetos a la ejecución y se atribuye al embargante un derecho a perseguir este elemento, aunque cambie su titular, junto a un derecho de prioridad para resarcirse con su valor económico que resulte de la realización del bien.

Como la finalidad del embargo es conseguir dinero o algo que pueda transformarse en dinero, lo cierto es que todo lo que tenga valor económico puede ser susceptible de embargo. Esto es lo que se conoce como embargabilidad de los bienes. La embargabilidad se configura en virtud de la concurrencia de determinadas circunstancias:

es necesario que el bien patrimonial sea alienable, que pertenezca al ejecutado, que no esté incurso en causa de inembargabilidad y que sea un bien preferentemente embargable.

1º) Alienabilidad: esta característica hace referencia a la actitud de los bienes patrimoniales que pretenden embargarse para cambiar de manos entendiéndose, por tanto, que solamente es embargable lo que luego puede ser objeto de enajenación o venta. Por este motivo se excluyen del embargo los siguientes bienes:

a) Los que no tienen un valor económico susceptible de realización.

b) Los bienes que sean de dominio público, tanto los destinados al uso público como los que pertenezcan privativamente al Estado. Dentro de este último grupo tenemos los bienes de dominio público de las CCAA, los que pertenecen a entidades locales y los lugares de culto que tienen asegurada su inviolabilidad.

c) Los bienes que estén ligados inescindiblemente a otros bienes y derechos inembargables.

d) Los bienes que la Ley prohibe su embargabilidad:

- El derecho de uso y habitación.

- El derecho de arrendamiento de viviendas o fincas rústicas.

- Los derechos de alimentos.

e) Los bienes de interés público:

- Bienes del patrimonio del Estado.

- Bienes patrimoniales de entidades locales.

- Bienes patrimoniales de las CCAA.

- Bienes del patrimonio nacional.

- Las explotaciones ferroviarias.

- Las concesiones de transporte por carretera.

- La propiedad forestal catalogada.

- Los montes vecinales en mano común.

2º) Que el objeto embargado pertenezca al patrimonio del ejecutado: es un presupuesto indispensable que el objeto sobre el que recae el embargo pertenezca al ejecutado ya que resulta imposible que el embargo recaiga sobre el patrimonio de un tercero.

El problema que surge con esta cuestión es determinar que nivel se exige para determinar si un bien pertenece o no al ejecutado. Si se exige un acreditamiento fehaciente, este motivo puede afectar, dificultar o frustrar el embargo. Pero tampoco es posible embargar todo lo que se encuentre en poder del ejecutado, porque puede tener en su patrimonio elementos que no le pertenezcan a él sino a otras personas. Por ello, en la práctica, cada juzgador actúa como entiende oportuno, sin existir un criterio fijo para todos.

Pero lo esencial es embargar el bien del deudor con independencia de su ubicación, lo cual permite afectar a determinados bienes o derechos del ejecutado que puedan estar en poder de terceros. También es posible que el embargo recaiga sobre siguientes bienes:

- Bienes gananciales, aunque la ejecución y el embargo tengan su origen en las deudas contraídas por uno sólo de los cónyuges.

- Bienes y derechos de los herederos, cuando el embargo tenga como origen las deudas contraídas por el causante.

En definitiva, la regla general es que siempre se van a embargar bienes que pertenezcan al deudor, pero con las excepciones que acabamos de comentar.

3º) Es necesario que el objeto no esté incurso en causa de inembargabilidad: la cuestión es puramente legislativa. El principio general es embargar todo lo que se pueda. Pero la Ley excluye algunos bienes atendiendo a determinados criterios de oportunidad y, así, existe lo que se llama inembargabilidad absoluta: el ajuar de la vivienda familiar, los instrumentos indispensables para el ejercicio de la profesión, son bienes que nunca podrán ser objeto de embargo. Pero junto a la inembargabilidad absoluta tenemos también la inembargabilidad parcial (art. 1451 LEC). De los bienes que resultan parcialmente inembargables cabe destacar el salario mínimo interprofesional.

4º) Prelación de los objetos embargables: la ejecución, aunque sea forzosa, se debe realizar a través de los cauces que resulten más efectivos para la propia actividad ejecutiva. En este sentido, la Ley establece un orden de prelación de los objetos embargables en referencia a su ejecución (art. 1447 LEC), prelación que, en definitiva, se puede resumir diciendo que se embargará siempre en primer lugar lo que tenga una venta más sencilla.

B) EL EMBARGO PREVENTIVO.-

Consiste en anticipar el embargo al momento inicial del pleito. De esta forma se garantiza la ejecución de la sentencia que se va a dictar en el juicio. Normalmente el embargo preventivo únicamente sirve para cuando el objeto del pleito es una cantidad de dinero, porque su actividad fundamental consiste en afectar determinados bienes patrimoniales del deudor, como ya sabemos, y obtener una cantidad que permita ejecutar la sentencia que se ha dictado.

Presenta una serie de presupuestos:

1º) Consiste o sirve únicamente para asegurar el cumplimiento de una sentencia en el caso de que exista una deuda. Por tanto, para solicitar el embargo preventivo es necesario que la presentación de un documento en el se certifique la existencia de la deuda. Si por alguna circunstancia no se puede acreditar por medio de documento, el juez debe exigir una fianza bastante para que se pueda responder de los posibles perjuicios y de las costas que pueda ocasionar el embargo. Además, el juez tiene libertad suficiente para determinar la cuantía de la fianza.

2º) Lo que se conoce como periculum in mora, esto es, se hace necesario que en el deudor concurran ciertos indicios que puedan hacer sospechar la intención de éste de sustraer determinados bienes a la ejecución de la sentencia.

3º) El deudor tendrá que hallarse en alguno de los siguientes supuestos:

a) Que sea un extranjero no naturalizado en España.

b) Aunque sea español o sea extranjero naturalizado en España, que no tenga domicilio conocido o un establecimiento donde poder exigirle el pago de las deudas.

c) Aun teniendo domicilio, que haya desaparecido del mismo y que no haya dejado al frente a ninguna persona a la que se le pueda notificar las deudas pendientes.

Como todas las medidas cautelares, el embargo preventivo depende de la existencia de un juicio posterior. Por este motivo, si se solicita el embargo antes de la tramitación o el inicio del pleito, una vez que se ha concedido el embargo preventivo se concederá un plazo de 20 días para presentar la demanda del juicio correspondiente.

Podemos encontrarnos con varias hipótesis de embargo preventivo:

1º) Embargo preventivo de bien inmueble: el embargo consiste simplemente en librar un mandamiento judicial al registrador de la propiedad para que extienda la correspondiente anotación preventiva.

2º) El embargo preventivo de bienes muebles, semovientes, efectos públicos y metálico: si se trata de un bien mueble o semoviente, se entregan los mismos a una persona que se responsabiliza de tenerlos a disposición judicial en cualquier momento. Si son efectos públicos o dinero, se consignan en un establecimiento destinado al efecto.

3º) Embargo preventivo de bienes que están en poder de terceros: simplemente se ordena al tercero que conserve el objeto a disposición del juzgado. Esta situación se pondrá en conocimiento de la persona contra la que se haya dictado el embargo.

4º) Embargo preventivo de créditos o derechos: pueden ser embargados tanto créditos como derechos que el deudor ostenta contra terceros y, para ello, se pone en conocimiento del tercero que se abstenga de efectuar pago alguno al deudor.

5º) Embargo preventivo en los juicios en rebeldía: presenta la misma tramitación que para el embargo preventivo.

6º) Embargo preventivo en ejecución de una sentencia de desahucio: se embarga y se retienen los bienes necesarios para cubrir el importe de las rentas o alquileres que debe el demandado. Este embargo será nulo de pleno derecho si en los 20 días siguientes el actor no entabla la correspondiente demanda.

7º) Embargo preventivo de buques: basta con que se alegue la deuda y la causa que la motiva. No es necesario justificarlo mediante documento alguno aunque, por supuesto, el juez exigirá la fianza correspondiente.

a) Procedimiento del embargo preventivo.-

Es competente para conocer del embargo preventivo el juez de 1ª instancia. Si la deuda no excede de 8.000 ptas., puede serlo el juez de paz siempre que se solicite el embargo al mismo tiempo que se propone la demanda. De no ser así, competente lo será el juez de 1ª instancia.

En cuanto a la competencia territorial corresponde al juez del lugar en el que resida el bien embargado. Cuando la diligencia de embargo sea tan urgente que su dilación en el tiempo pueda provocar perjuicios irreparables, no será necesario cumplimentar el requisito del reparto de asuntos. En estos casos es el juez decano quien se encargará de practicar el embargo.

Puede solicitarse con anterioridad a la presentación de la demanda. El que haya solicitado y obtenido el embargo debe pedir su ratificación en el juicio correspondiente, debiendo, además, entablar demanda en un plazo de 20 días desde que se concedió el embargo. Si transcurre dicho plazo sin entablar la respectiva demanda o sin solicitar la ratificación, el embargo queda nulo de pleno derecho y se deja sin efectos, siempre que lo solicite el demandado, sin dar audiencia al demandante.

Contra el auto que declara el embargo nulo se puede plantear el recurso de reposición y, si éste resulta negativo, el recurso de apelación en ambos efectos.

También se puede solicitar el embargo previo junto con la demanda mediante otrosí, así como una vez que ya se ha entablado demanda, formándose pieza separada en los autos.

Si el juez estima procedente la solicitud del acreedor, decretará o ejecutará el embargo preventivo y lo llevará a efecto sin oír al deudor y sin admitirle ningún recurso. Una vez concedido el embargo, es posible que, bien se produzca el alzamiento del mismo, bien que

se enerve (enervación del embargo preventivo). Ambos suponen poner fin a los efectos del embargo, pero presentan sus diferencias como es lógico:

a) *El alzamiento del embargo preventivo* tiene su origen en causas ajenas al deudor. Así, cuando por un auto firme se deje sin efecto el embargo, se condenará al actor en costas y se le obligará a indemnizar al demandado por los daños y perjuicios ocasionados. Cuando el embargo se deja nulo de pleno derecho, ya sea por no haberse ratificado en juicio, ya sea por no haber presentado demanda en el plazo correspondiente, mediante auto se ordena cancelar la fianza y se alzará el embargo, condenándose al acreedor al pago de las costas y a la indemnización por daños y perjuicios.

b) *La enervación* tiene su origen en una decisión del deudor. Éste siempre puede acabar con el embarga pagando o consignando las cantidades que se le exigen. Los ejecutores del embargo suspenden todas las diligencias hasta que el juez de 1ª instancia determine lo que estime más conveniente.

Por último, el actor, cuando se le deniegue un embargo, podrá plantear el recurso de reposición y, en el caso de resultar éste negativo, el recurso de apelación en ambos efectos.

C) OTRAS MEDIDAS CAUTELARES.-

a) Anotación preventiva de la demanda.-

1º) Concepto y clases.-

Es una de las medidas cautelares que se pueden dar en el proceso civil. Consiste en levantar asiento en un registro público para que quede constancia de la existencia de un juicio. Eso se produce porque lo lógico es que si existe un bien registrar que puede quedar afectado por la existencia de un litigio, para evitar problemas frente a terceros se registra también la demanda que de lugar al inicio del pleito. La constancia registral de cualquier demanda se denomina anotación preventiva de la demanda.

Tiene carácter potestativo y, como todas las medidas cautelares, presenta una vigencia limitada a la existencia del juicio. Existen tres clases de anotaciones preventivas de la demanda:

1º) Anotación preventiva de demanda de mera publicidad: no tiene naturaleza cautelar sino que presenta exclusivamente carácter informativo. Son cuatro los tipos de anotaciones que se pueden incluir en este supuesto:

a) Anotación de los procedimientos, de la ley y del reglamente del Registro Civil. Tienen carácter informativo.

b) Anotación preventiva de la solicitud de quiebra. Simplemente se está informando de que se va a iniciar un procedimiento de quiebra.

c) Anotación preventiva de la solicitud de suspensión de pagos.

d) Anotación preventiva de la demanda de nulidad, divorcio y separación matrimonial.

2º) Anotación preventiva de demanda de carácter cautelar:

a) Anotación preventiva de demanda en la que se ejercitan acciones reales sobre bienes muebles o inmuebles registrales.

b) Anotación preventiva de demanda en la que se ejercitan acciones personales de cualquier naturaleza, siempre que tengan naturaleza registral.

c) Anotación preventiva de demanda que tenga contenido puramente registral.

d) Anotación preventiva de demanda sobre incapacitación.

e) Anotación preventiva de demanda sobre impugnación de acuerdos sociales.

3º) Anotación preventiva de demanda como medida cautelar cuando cumpla todas las características propias de las medidas cautelares: presenta las características de instrumentalidad, temporalidad y anticipación de la ejecución.

Es necesario dos presupuestos esenciales para que exista anotación preventiva de demanda:

1º) Interposición previa de demanda.

2º) La demanda debe afectar a derechos o situaciones que ya estén registradas o sean susceptibles de registro. Si el objeto sobre el que recae el pleito no es siquiera susceptible de registro no cabe la posibilidad de anotar preventivamente la demanda.

El contenido de la demanda ha de tener una trascendencia registral, lo cual viene a significar que el derecho o el bien sobre el que recae han de existir en el juicio y susceptibles de registro.

Debe darse, además, un peligro para tercero porque la anotación preventiva de la demanda surte efectos siempre contra terceros. También para anotar preventivamente la demanda debe existir un principio de prueba suficiente. Por último, el juez casi siempre va a exigir una fianza para permitir la anotación preventiva de la demanda en un registro.

2º) Procedimiento de solicitud o anotación preventiva de la demanda.-

La solicitud siempre ha de realizarse a instancia de parte legítima y se puede realizar desde que se presenta la demanda, durante toda la tramitación del pleito. Si solicitamos la anotación preventiva junto a la demanda, se solicita mediante otrosí. Si se pide después de presentar la demanda, la solicitud se hará a través de escrito independiente.

Normalmente se concede la anotación preventiva sin dar audiencia al demandado, dictando el juez providencia en la que concederá o denegará la medida cautelar propuesta. Esta providencia es apelable en un sólo efecto y no cabe recurso de casación. Algunos procesalistas, sin embargo, entiende que previamente al recurso de apelación se debe plantear el recurso de reposición, afirmación esta que no está del todo clara.

Nunca se puede sustituir esta medida cautelar por una fianza, salvo que exista conformidad por parte del beneficiario de la medida cautelar.

3º) Duración, modificación y extinción.-

Esta medida cautelar dura mientras no se modifique o se extinga. Pero la regla general en este sentido es la que establece el art. 86 LH para las anotaciones preventivas en el Registro de la Propiedad. Por tanto, la anotación preventiva caduca a los 4 años de su fecha, aunque es posible prorrogarla por otros cuatro años.

La anotación preventiva de la demanda se puede modificar, extinguiéndose exclusivamente por cancelación, lo cual únicamente se concederá a través de mandamiento judicial en forma de providencia ejecutoria. Las causas de cancelación son las siguientes:

- Por alzamiento de la anotación.

- Nulidad de la anotación.

- Caducidad de la anotación.

- Por mutuo acuerdo de los interesados.

- Por terminación del pleito principal por sentencia, desistimiento, renuncia o caducidad.

b) Intervención judicial de bienes litigiosos.-

Se regula la forma de intervenir judicialmente determinados bienes u objetos que están afectados por la existencia de un juicio. Es una medida cautelar que esté pensada para conservar el patrimonio, la empresa o un bien inmueble mientras que se está tramitando un juicio que les afecta directamente.

Esta medida cautelar se lleva a cabo restringiendo las facultades del intervenido y, además, se deben controlar todos los actos que puedan afectar a su patrimonio. El intervenido conserva, sin embargo, todas las facultades de disposición y administración de los bienes de su patrimonio, pero debe poner en conocimiento de un interventor todos los actos que puedan afectar a su patrimonio y, en caso de que el interventor se oponga, deberá solicitar una licencia judicial.

Para la intervención judicial se tienen que cumplir cuatro supuestos o requisitos:

1º) Que se formule o se haya formulado una demanda.

2º) Que se ejercite una acción relativa al derecho de propiedad de la cosa litigiosa. Si ejercitamos otro tipo de acción no se puede plantear.

3º) Que la demanda se refiera a establecimientos industriales, fabriles, mercantiles o agrícolas.

4º) Que se presenten documentos justificativos del derecho deducido de la demanda.

Procedimiento. -

1º) La intervención judicial se solicita mediante otrosí en escrito de demanda o en un escrito independiente si ya se ha iniciado el pleito.

2º) Una vez solicitado, el juez cita a las partes para que comparezcan en un plazo de 9 días.

3º) habiendo comparecido se nombra un interventor.

4º) En las 24 horas siguientes a la comparecencia, el juez dicta auto declarando haber lugar o no a la intervención. Si no lo ha hecho con anterioridad, en este momento también se puede nombrar un interventor.

5º) Contra la decisión del juez en cuanto a la concesión de la medida cabe cualquier recurso ordinario salvo el recurso de casación.

6º) Una vez acordada la intervención se ejecutará.

Esta medida cautelar dura el tiempo que dure la tramitación del juicio principal. Una vez que se alza esta medida, el juez debe pronunciarse sobre las costas y, en su caso, sobre la indemnización de daños y perjuicios.

c) El depósito.-

Es una medida cautelar encaminada a la conservación de la cosa mueble. Este objeto se extrae de la posesión del demandado y se pone en posesión de una tercera persona denominada depositario, que debe tener la cosa mueble siempre a disposición judicial.

Presupuestos del depósito.-

1º) Exige la pendencia o la existencia simultánea o posterior de un juicio principal que afecte a la cosa mueble. En concreto el objeto del juicio será siempre una **acción real o mixta sobre los bienes muebles**.

2º) Como en las demás medidas cautelares, es necesario acreditar documentalmente la deuda en la misma forma en que se haría en un embargo preventivo.

3º) Debe haber indicios de un posible malbaratamiento de la cosa.

4º) Se puede exigir una fianza si la persona que solicita el depósito no acredita una responsabilidad o patrimonio suficiente.

Procedimiento.-

1º) Se puede solicitar con la tramitación de la demanda mediante otrosí, con posterioridad a la demanda mediante escrito independiente y antes de haberse interpuesto la demanda. En este último caso se concede un plazo de 30 días para que se inicie el pleito. De no iniciarse, el juez declarará el alzamiento de la medida cautelar.

2º) Se designa un depositario.

3º) El demandado se puede oponer a la medida cautelar a través de los recursos ordinarios.

4º) Cualquier utilización indebida de esta medida conllevará una indemnización de daños y perjuicios.

d) El secuestro.-

Es una medida cautelar encaminada a conservar una cosa específica, que puede ser mueble o inmueble. Es una medida similar al depósito, cuya única diferencia radica en que mientras el depósito, en la práctica, suele utilizarse para bienes muebles, el secuestro se utiliza normalmente para bienes inmuebles. En el secuestro el bien también se extrae del patrimonio del poseedor y se constituye un depósito.

El objeto principal del pleito debe ser siempre una cosa específica. Esta medida cautelar nunca se admite cuando un juicio recae sobre una obligación de hacer o de no hacer. Cabe tanto respecto de acciones reales y mixtas como respecto de acciones personales (cualquier tipo de acción).

Cuando el juez otorga el secuestro se designa un depositario que estará obligado a cumplir, respecto de los bienes, todas las obligaciones de un buen padre de familia

CONCEPTO. EFECTOS SOBRE EL BIEN EMBARGADO

El **bien de familia** es una institución jurídica del derecho de familia patrimonial y por lo tanto del derecho civil.

Consiste en la afectación de un inmueble urbano o rural a la satisfacción de las necesidades de sustento y de la vivienda del titular y su familia y, en consecuencia, se lo sustrae a las contingencias económicas que pudieran provocar, en lo sucesivo, su embargo o enajenación.

La finalidad del instituto es la protección de la familia, y su objetivo es doble: por un lado económico, tendiente a la conservación de una parte del patrimonio dentro del núcleo familiar; y por el otro social, en cuanto propende el mantenimiento de la familia bajo un mismo techo.

Efectos de la constitución

La constitución del bien de familia produce efectos a partir de su inscripción, los cuales perduran hasta tanto se produzca la desafectación.

Los efectos que produce la afectación respecto del inmueble son: inembargabilidad, inenajenabilidad e imprescriptibilidad:

- ***Inembargabilidad:*** Una vez afectado como bien de familia, el inmueble no puede ser embargado por los créditos nacidos con posterioridad a la fecha de inscripción en el registro. La ley prevé algunas excepciones, a saber: los créditos provenientes de impuestos o tasas que graven directamente el inmueble; los créditos derivados de gravámenes constituidos con la conformidad del cónyuge, o en su defecto con autorización judicial, si mediare causa grave o manifiesta utilidad para la familia; y los créditos nacidos con motivo de construcciones o mejoras introducidas en el inmueble. Los frutos que produzca el bien, serán embargables en cuanto no sean indispensables para satisfacer las necesidades de la familia, pero nunca podrá afectar el embargo más del 50 % de éstos; por el contrario, los productos son inembargables.

- ***Inenajenabilidad:*** El inmueble afectado al régimen del bien de familia, por regla, es inalienable, por acto entre vivos o de última voluntad. El bien no puede ser enajenado ni objeto de legados o mejoras testamentarias. En consecuencia, no puede ser vendido, donado, permutado, dado en pago, ni tampoco gravado con derechos reales, excepto en el caso especial previsto en el artículo 37. A pesar de que el inmueble resulta ser inenajenable, la regla no es absoluta, ya que en determinados supuestos la enajenación puede ser compulsiva, por ejemplo en el caso de expropiación por causa de utilidad pública o reivindicación de un tercero que acreditare tener mejor derecho que el constituyente, entre otros. El propietario puede enajenar libremente los frutos que produce el inmueble, ya que ninguna prohibición hay al respecto.
- ***Imprescriptibilidad:*** El dominio del inmueble afectado al régimen de la ley 14394, en principio, no podrá ser adquirido por un tercero por medio de laprescripción.

Vistos los artículos 575, 610, 613 y 659 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

1. Se debate en el presente recurso sobre la posibilidad de hacer constar al margen de una anotación preventiva de embargo, el exceso devengado durante la tramitación, en cuanto a intereses y costas, respecto de lo inicialmente anotado, y ello cuando existen otras anotaciones posteriores de embargo.

El Registrador entiende que «no es posible tal consignación marginal..., sin perjuicio de practicar por tales excesos una nueva anotación, pero con su actual rango registral».

2. El artículo 575 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que al despachar la ejecución, se fije provisionalmente una cantidad por intereses y costas que pueda devengarse durante la ejecución (que rio excederá del 30% del principal), y se prevé que esta cantidad pueda ampliarse posteriormente. En concordancia con ello, el artículo 613-4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil posibilita la consignación, al margen de la anotación, de estos incrementos de lo devengado por intereses y costas sobre lo inicialmente previsto.

3. La cuestión que surge ahora es determinar si la consignación marginal de estos excesos puede realizarse cuando sobre el bien embargado se han inscrito o anotado posteriormente otros derechos o gravámenes. La respuesta negativa se basaría en que frente a estos terceros, la responsabilidad del bien embargado queda limitada a la cantidad que en el momento de inscribir su adquisición constase en la anotación de aquel. Tal solución, sin embargo, no puede prosperar, y ello por las siguientes consideraciones, alguna de ellas claramente formuladas en el nuevo texto de la Ley de Enjuiciamiento Civil: 1) Que en ningún lugar de la Ley de Enjuiciamiento Civil —salvo en la hipótesis marginal del artículo 613-4 , que luego veremos—, se establece que la cantidad que figura en la anotación de embargo, significa el límite de responsabilidad a que quede afecto al bien embargado, frente a titulares posteriores de derechos sobre dicho bien; antes al contrario, la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil claramente establece, en el artículo 613-1.°, como regla básica, que el embargo atribuye al acreedor el derecho a cobrarse íntegramente con el precio de realización del bien trabado

y, en consecuencia, los adquieres posteriores de algún derecho sobre dicho bien, no pueden desconocer legítimamente tal alcance del embargo. 2) Siguiendo la línea del n.° 1 del artículo 613 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el número 2 de este mismo artículo establece que este derecho al cobro íntegro por el acreedor embargante no puede ser impedido por ningún otro acreedor que no haya sido declarado preferente en tercería de mejor derecho. 3) Que, además, el artículo 610 de la Ley, añade, en la misma línea, que el efecto del reembargo queda supeditado a la previa satisfacción del embargante anterior, de modo que ese segundo embargo en modo alguno puede menoscabar ese derecho al íntegro cobro por el acreedor embargante.

4. Así pues, si los demás acreedores del deudor embargado, en cuanto tales acreedores, no pueden impedir que el actor embargante se cobre íntegramente con cargo al bien trabado, si no interponen y triunfan en la correspondiente tercería de mejor derecho; y si claramente se establece que el reembargo no puede perjudicar de ningún modo al embargante anterior, no hay razón para que la extensión de anotación de embargo posterior impida reflejar en la anotación del primer embargo, ese exceso de lo ya devengado por intereses y costas sobre lo inicialmente previsto en la ejecución en que se acordó, pues, en definitiva se trata de desenvolver registralmente un derecho, el del cobro íntegro de ese primer embargante, que la Ley de Enjuiciamiento Civil le reconoce indubitadamente; y que lo confirma expresamente ante la existencia de otros probables acreedores y de otros posibles embargos posteriores.

5. La solución anterior es igualmente confirmada por el artículo 613-3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al que antes habíamos aludido. En efecto, este precepto si que establece una hipótesis en la que la cantidad que consta en la anotación de embargo opera como límite de responsabilidad del bien trabado; pero en cuanto se formula esa limitación como una excepción a la regla general de los 2 números anteriores del artículo 613 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en beneficio de un tercero muy concreto, y respecto un momento determinado, viene a confirmarse que para las demás hipótesis la regla es la contraria, esto es, que la cantidad que consta en la anotación de embargo no es limite de responsabilidad del bien trabado, sino que todo él queda afecto por el embargo al íntegro pago del crédito perseguido en el proceso en que se ordena la primera traba, tal como establece la regla señalada, regla que no por casualidad encabeza el propio artículo en que se contiene la excepción que ahora se comenta.

Nótese además que cuando el n.° 3 del artículo 613, habla de que la cantidad que consta en la anotación es limite de responsabilidad del bien trabado, lo hace solamente en beneficio de quién hubiera adquirido el bien trabado en otra ejecución (esto es, quedan excluidos los terceros poseedores que adquieren voluntariamente del deudor embargado); y aun frente a este rematante contemplado en el artículo 613-3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se precisa que el límite de responsabilidad será la cantidad que figure en la anotación al tiempo de la inscripción de tal transmisión forzosa, de modo que antes de esa inscripción (y, por tanto, después de la anotación del reembargo que dará lugar a esa enajenación-judicial), puede todavía consignarse en la anotación del primer embargo las variaciones de aquellas cantidades ahora cuestionadas.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la nota.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo civil de la capital de la Provincia del lugar donde radica el inmueble, en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, todo ello conforme a lo establecido en los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 26 de septiembre de 2003.—La Directora general, Ana López-Mo-nís Gallego. Sr. Registrador de la Propiedad de Alicante 3.

LÍMITES DIFUSOS DEL EMBARGO

Artículo 99 - efectos sobre el principal de la tercería de dominio.- Si la tercería fuese de dominio, consentida o ejecutoriada la orden de venta de los bienes, se suspenderá el procedimiento principal, a menos que se tratare de bienes sujetos a desvalorización o desaparición o que irrogaren excesivos gastos de conservación, en cuyo caso, el producto de la venta quedara afectado a las resultas de la tercería.

El tercerista podrá, en cualquier momento, obtener el levantamiento del embargo dando garantía suficiente de responder al crédito del embargante por capital, intereses y costas en caso de que no probare que los bienes embargados le pertenecen.

Embargo preventivo

Artículo 209 - procedencia.- Podrá pedir embargo preventivo el acreedor de deuda en dinero o en especie que se hallare en alguna de las condiciones siguientes:

1) que el deudor no tenga domicilio en la República;

2) que la existencia del crédito este demostrada con instrumento publico o privado atribuido al deudor, abonada la firma por información sumaria de dos testigos;

3) que fundándose la acción en un contrato bilateral, se justifique su existencia en la misma forma del inciso anterior, debiendo en este caso probarse además sumariamente el cumplimiento del contrato por parte del actor, salvo que este ofreciese cumplirlo, o que su obligación fuese a plazo;

4) que la deuda este justificada por libros de Comercio llevados en debida forma por el actor, o resulte de boleto de corredor de acuerdo con sus libros, en los casos en que puedan servir de prueba, o surja de la certificación realizada por contador publico Nacional en el supuesto de factura conformada;

5) que aun estando la deuda sujeta a condición o plazo, se acredite sumariamente que el deudor trata de enajenar, ocultar o transportar sus bienes, comprometiendo la garantía, o siempre que se justifique del mismo modo que por cualquier causa ha disminuido apreciablemente la solvencia del deudor, después de contraída la obligación.

Artículo 210 - otros casos.- Podrán igualmente pedir el embargo preventivo:

1) el coheredero, el condómino o el socio, sobre los bienes de la herencia, del condominio, o de la Sociedad si acreditaren la verosimilitud del derecho y el peligro de la demora;

2) el propietario o locatario principal de predios urbanos o rústicos, haya o no contrato de arrendamiento, respecto de las cosas afectadas a los privilegios que le reconoce la ley. Deberá acompañar a su petición el Título de propiedad o el contrato de locación, o intimar al locatario para que formule previamente las manifestaciones necesarias;

3) la persona a quien la ley reconoce privilegios sobre los bienes muebles o inmuebles, siempre que el crédito se justificare en la forma establecida en el Artículo 209, inc. 2.;

4) la persona que haya de demandar por acción reivindicatoria, petición de herencia, nulidad de testamento o simulación, respecto de la cosa demandada, mientras dure el juicio, y siempre que se presentaren documentos que hagan verosímil la pretensión deducida.

Artículo 211 - demanda por escrituración.- Cuando se demandare el cumplimiento de un contrato de compraventa, si el derecho fuese verosímil el adquirente podrá solicitar el embargo del bien objeto de aquél.

Artículo 212 - situaciones derivadas del proceso.- Además de los supuestos contemplados en los artículos anteriores, durante el proceso podrá decretarse el embargo preventivo:

1) en el caso del artículo 63;

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

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

Embargo ejecutivo

Artículo 213 - forma de la traba. En los casos en que deba efectuarse el embargo, se trabara en la forma prescrita para el juicio ejecutivo. Se limitara a los bienes necesarios para cubrir el crédito que se reclama y las costas.

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

Artículo 232 - medidas cautelares genéricas.- Fuera de los casos previstos en los artículos precedentes, quien tuviere fundado motivo para temer que durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derecho, este pudiere sufrir un perjuicio inminente o irreparable podrá solicitar las medidas urgentes que, según las circunstancias, fueren más aptas para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia.

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

Embargo ejecutorio

El embargo ejecutorio, finalmente, es el que resulta de la circunstancia de no haberse opuesto excepciones al progreso de la ejecución, o de haber sido ellas desestimadas por sentencia firme.

El embargo ejecutivo se convierte, pues, en ejecutorio, cuando se verifica cualquiera de las situaciones procedentemente mencionadas. De donde resulta, asimismo, que adquiriendo el embargo carácter ejecutorio por simple conversión, no es necesaria resolución judicial alguna que le confiera expresamente tal carácter.

Lo que interesa destacar es que al convertirse en ejecutorio, el embargo se transforma en definitivo. En efecto, mientras el embargo preventivo y el embargo ejecutivo constituyen, aunque con distinto alcance, medidas provisonales, cuando el segundo se convierte en ejecutorio se procede inmediatamente al pago del acreedor o a la realización de los bienes respectivos mediante la venta judicial, según sea el caso.

Embargos especiales

Para visualizar el material de estudio

"Hacer clic en el siguiente enlace: Embargos especiales"

El embargo por recaudación

La sección 207 de la Ley del Seguro Social (42 U.S.C. 407) protege los beneficios del Seguro Social de embargo, recaudación u otras retenciones por el gobierno federal, con excepción de:

- Para cumplir con sus obligaciones de manutención de hijos y pensión alimenticia bajo la sección 459 de la Ley del Seguro Social (42 U.S.C. 659);
- Para ciertas sanciones civiles bajo la Ley de Restitución Obligatoria de Víctimas (18 U.S.C. 3613);
- Con un Aviso de Embargo para cobrar impuestos federales atrasados bajo la Sección 6334 (c) del Código de Impuetos Internos;
- A través del Programa de Embargo de Pagos para recaudar impuestos federals atrasados reteniendo hasta al 15 por ciento de sus beneficios mensuales del Seguro Social hasta que su deuda sea pagada bajo la sección 1024 de la Ley de Alivio Tributario del 1997 (Ley Pública 105-34);
- Para retener y pagar otra agencia federal por una deauda no tributaria que le debe a esa agencia de acuerdo a la Ley de Mejoración de Colección de Deudas del 1996 (Ley Pública 104-134).

Puede pedirle al Seguro Social que retenga un por ciento de sus beneficios para pagar al Servicio de Impuestos Internos y asi cumplir con su obligación tributaria para este año.

Embargo, cumplimiento orden judicial

Concepto 2008037209-001 del 2 de julio de2008.

Síntesis: La obligación del banco que sea notificado de una orden expedida por la autoridad competente es observar los estrictos términos fijados en la misma, así se afecte con ella depósitos que gocen del beneficio de inembargabilidad.

En los eventos en que se decreten embargos sobre sumas legalmente inembargables o sin tener en cuenta los límites de inembargabilidad establecidos, el legitimado para solicitar el desembargo es el afectado por la orden que sea parte del proceso en el que se decretó la medida, en ningún caso las entidades bancarias receptoras de la orden, que no son parte del proceso.

«(…) consulta dirigida a conocer cómo debe proceder un establecimiento bancario si recibe un oficio de embargo sobre depósitos de ahorro en que no se determine si se debe observar el límite de inembargabilidad, "dada la ambigüedad ante la cual se encuentran las entidades financieras" destinatarias de tales medidas, teniendo en cuenta las instrucciones impartidas en la Circular Básica Jurídica y la doctrina de la Dirección Jurídica de esta Superintendencia.

En primer lugar, de manera amable manifestamos que la opinión expuesta en el oficio citado en su comunicación (radicación 2004028601-1 del 16 de septiembre de 2004) no contiene una interpretación que pueda generar incertidumbre o confusión respecto de las directrices expedidas por este Organismo en relación con la materia1, pues las mismas son suficientemente claras al señalar que las entidades vigiladas "deben dar debido y oportuno cumplimiento a las órdenes de embargo impartidas por los Despachos Judiciales" y que no siendo dichas instituciones parte en los procesos en donde aquellas se originan, "no tienen posibilidad, y aún menos obligación, de oponerse a tales órdenes".

Es en ese contexto, entonces, que debe entenderse la indicación relativa al procedimiento a seguir por parte de los establecimientos de crédito "a efectos de dar cumplimiento a las órdenes de embargo de las sumas depositadas en cuenta corriente y cuenta de ahorros cuando su cuantía no esté cobijada por el beneficio de inembargabilidad"2, expresión que de modo alguno autoriza a los bancos para desconocer los proveídos de los jueces que se hayan emitido en distinto orden.

De otra parte, cabe advertir que no es función de la Superintendencia Financiera el pronunciarse acerca de la lectura que debe darse a los proveídos de los jueces. Ello, por cuanto ese es un asunto propio de los despachos en donde se decretan las órdenes antedichas, pues es justamente a esas instancias a las que les corresponde determinar la procedencia de las medidas cautelares solicitadas por las partes para tales efectos y, al establecer su alcance, librar los oficios respectivos con las precisiones del caso.

Luego, debe reiterarse que la obligación del banco que sea notificado de una orden expedida por la autoridad competente es observar los estrictos términos fijados en la misma, así se afecte con ella depósitos que gocen del beneficio de inembargabilidad, como en distintas oportunidades lo ha destacado este Despacho. En el mismo sentido es de precisar que en los eventos en que se decreten embargos sobre sumas legalmente inembargables o sin tener en

cuenta los límites de inembargabilidad establecidos, el legitimado para solicitar el desembargo es el afectado por la orden que sea parte del proceso en el que se decretó la medida, en ningún caso las entidades bancarias receptoras de la orden, que no son parte del proceso.

DEPÓSITO DE LOS BIENES EMBARGADOS

LEY SOBRE DEPÓSITO JUDICIAL

CAPITULO I

Artículo 1. Todo lo relacionado con el Depósito Judicial y la actividad de los Depositarios, queda sujeto a las disposiciones de esta Ley, las del Código Civil y las del Código de Procedimiento Civil.

Artículo 2. El Depósito Judicial comprende la guarda, custodia, conservación, administración, defensa y manejo de aquellos bienes o derechos que hayan sido puestos bajo la posesión de un depositario, por orden de un Juez o de otra autoridad competente para decretar el secuestro, embargo, ocupación, comiso o depósito de bienes y roda actividad conexa o necesaria para el cumplimiento de esta función.

CAPITULO II

De los Requisitos exigidos para Ejercerlas Funciones de Depositario Judicial

Artículo 3. Para ejercer las funciones de Depositario Judicial se requerirá una autorización expedida por el Ministerio de Justicia, mediante resolución motivada siempre y cuando el solicitante haya cumplido con los requisitos exigidos por esta Ley.

Artículo 4. La autorización a que se refiere el artículo anterior sólo podrá ser otorgada a la persona natural o jurídica que llene los siguientes requisitos:

1. Tener a su disposición todo el personal, almacenes, transporte, y demás equipos necesarios para dar cabal cumplimiento a sus funciones definidas en el artículo 2 de esta Ley.

2. Constituir y mantener garantía suficiente prestada por un Banco o una Compañía de Seguros, para responder de todos los danos; perjuicios, o pérdidas que se causen por motivo, con ocasión o durante el depósito judicial, hasta el monto fijado por la presente Ley.

3. Constituir y mantener una póliza de seguros que cubra los riesgos de incendio, inundación y robo hasta el monto fijado por la presente Ley. En este caso el Depositario está en la obligación de presentar al Ministerio de justicia, con treinta (30) días de anticipación al vencimiento de la póliza, constancia de su renovación.

Parágrafo Primero. La persona interesada, a falta de las garantías indicadas en el Nunieral 2, podrá constituir o hacer constituir por ella, garantía hipotecaria por una cantidad equivalente a una ver v media del valor mínimo estipulado por la Ley, sobre inmuebles ubicados en el domicilio del interesado y cuyo precio real sea cuando o menos el doble de la garantía constituida.

Parágrafo Segundo. Las garantías deberán constituirse para responder en forma directa y solidaria a los perjudicados.

Parágrafo Tercero. El Ministerio de Justicia deberá exigir al depositario que eleve el monto de las garantías previstas en este artículo, en proporción al valor de todos los bienes de que haya sido puesto en posesión el depositario.

Artículo 5. Las garantías a que se refieren los ordinales 2 y 3 del artículo anterior, tendrán el monto que le señale el Ejecutivo Nacional a través del Ministerio de Justicia. Para los depositarios que vayan a actuar en el área metropolitana de la ciudad de Caracas y en la ciudad de Maracaibo, el monto inicial será de doscientos mil bolívares (Bs.200.000,00).

El Banco o la Compañía de Seguros garantes, notificarán porta vía más rápida y con treinta días de anticipación al Ministerio de Justicia, el vencimiento de la garantía constituida, a fin de que se resuelva lo conducente. Mientras no se haya hecho esta participación en tiempo hábil, el vencimiento de la garantía no será oponible a terceros.

Artículo 6. Los depositarios que se constituyan bajo la forma de Compañías Anónimas o de Responsabilidad Limitada, deberán llenar, además. los siguientes requisitos:

1. El objeto exclusivo de la sociedad será el ejercicio de las funciones de depósito judicial.

2. Las acciones de las compañías anónimas serán siempre nominativas no convertibles en acciones al portador y su cesión o traspaso así como las cuotas de las compañías de Responsabilidad Limitada deberá ser participado por los administradores Ministerio de Justicia y al correspondiente Registrador Mercantil dentro de los cinco (5) días siguientes al acto, indicando el nombre del cedente y los datos personales del cesionario.

Parágrafo Único. Tanto en las Compañías Anónimas como en las de Responsabilidad Limitada que se dediquen ala actividad de Depósito Judicial, será aplicable lo establecido en la segunda parte del artículo 313 del Código de Comercio.

Artículo 7. Quien aspire a obtenerla autorización a que se refiere el artículo 3 deberá dirigir una solicitud al Ministerio de Justicia, expresando en ella todos sus datos personales y acompañada de los siguientes recaudos:

1. Dos (2) cartas de referencia expedidas por comerciantes acreditados de la localidad y una expedida porta Cenara de Comercio, si la hubiere en la plaza.

2. Si el depositario fuere una compañía, presentará copia certificada de su acta constitutiva v estatutos sociales y los datos personales de todos sus administradores, apoderados y encargados del m anejo de los bienes depositados y copias auténticas de las actas y documentos en los males fueron designados o autorizados.

3. Certificado de solvencia del Impuesto sobre la Renta.

4. Certificado de antecedentes penales y policiales del depositario, si fuere una persona natural y de sus administradores, apoderados y encargados del m anejo de los bienes depositados, si los tuviere o si fuere una persona jurídica.

5. Una descripción detallada de los depósitos, almacenes, equipo, medios de transporte y personal de que dispone para el ejercicio de sus funciones.

6. Copia de los documentos que acrediten haber cumplido con todos los requisitos erigidos por esta Ley; y

7. Constancia de haber llenado las exigencias requeridas en el Capítulo IV de la presente Ley.

Artículo 8. Si la autorización fuere negada, el interesado podrá recurrir dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a su notificación para ante la Corte Suprema de Justicia.

El Ministerio de Justicia deberá remitir el expediente respectivo a la Corte Suprema de Justicia dentro de los diez (10) días continuos siguientes al vencimiento del término fijado para el recurso, si éste fuere anunciado.

La Corte Suprema de Justicia resolverá dentro del plazo de treinta (30) días hábiles, y su decisión agotará la vía administrativa.

CAPITULO III
De las Obligaciones de los Depositarios Judiciales

Artículo 9. Los Depositarios Judiciales están obligados a remitir al Ministerio de Justicia dentro de los seis (6) primeros días de cada mes, una relación detallada de los depósitos que se les hayan encomendado en el mes inmediatamente anterior, con especificación de los bienes depositados, su clase, su valor y el lugar en que fueron dejados o almacenados, sin perjuicio de lo establecido en los artículos 467 del Código de Procedimiento Civil y 12 de esta Ley.

También remitirán al mismo Despacho, y al correspondiente Registro Mercantil, cada vez que ocurran, cualesquiera modificaciones del Acta Constitutiva o Estatutos Sociales, si el depositario fuere una compañía, así como también los cambios en los administradores, mandatarios y personal encargado del manejo de los bienes depositados.

Artículo 10. En el acto en que el Juez ponga al depositario judicial en posesión de bienes, deberá hacer una estimación prudencial del valor de cada uno de ellos y los asentará en el acta respectiva. Con tal fin, podrá hacerse asesorar por un práctico.

Si se tratare de bienes no individualizables o de difícil individualización tales como géneros, granos, mercaderías de una misma clase o que suelen enajenarse en globo, la estimación se hará en atención a su cantidad, peso o volumen, según el caso.

Los interesados podrán objetar esta estimación y tal objeción se tramitará y decidirá siguiendo el procedimiento establecido en el artículo 386 del Código de Procedimiento Civil.

Artículo 11. E1 depositario trasladará a sus depósitos los bienes muebles inmediatamente después de haber sido puesto en posesión de ellos por la autoridad judicial. Sin embargo, a petición de la parte solicitante de la medida, el Tribunal acordara que los bienes permanezcan bajo la custodia y responsabilidad de la persona en cuyo poder se hallaban en el momento de practicarla, pero en este caso el Depositario Judicial que hubiere nombrado el Tribunal no responderá por esos bienes sino en caso de dolo o culpa cuando hubiere dejado de informar al Tribunal de la causa de cualquier hecho o circunstancia que pudiere afectarlos y del cual haya tenido conocimiento.

Parágrafo Único. Podrá asimismo el Tribunal nombrar como Depositario Judicial a la persona contra la cual se ejecute la medida, siempre que sean muebles u objetos de su habitación u hogar legalmente embargables, y que la medida sea de carácter preventivo.

Artículo 12. El Depositario Judicial está en la obligación de proveer a todo lo necesario para la conservación y administración de los bienes depositados, anticipando los gastos que fueren necesarios y dando cuenta al Tribunal de éstos dentro de los seis (6) primeros días de cada mes, mediante escrito que se agregará a los autos.

Parágrafo Único. Los gastos de transporte a los almacenes de depósito, así como los necesarios para la remoción de maquinarias adheridas a inmuebles o a otros muebles deberán ser adelantados o afianzados por el solicitante de la medida a petición del Depositario, y su monto será estimado provisionalmente por acuerdo de los interesados o en su defecto, por el Juez ejecutor.

Artículo 13. Terminado el depósito, el depositario tendrá derecho a que se paguen los emolumentos y tasas fijadas de conformidad con esta Ley a que se le reembolsen los gastos que hubiere hecho para la conservación, administración y defensa de los bienes depositados, que excedan de la simple, custodia, almacenamiento y manejo, y para ello tendrá acción contra la persona a cuya instancia se hubiere acordado el depósito.

Artículo 14. A los fines previstos en el artículo anterior, el depositario presentará su cuenta en el expediente respectivo a la parte obligada a pagarla, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la terminación del depósito.

La persona o personas obligadas a pagarlos emolumentos, tasas y gastos de depósito podrán objetar esta cuenta dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a su presentación en el expediente, y, si ninguna de ellas lo hiciere quedará firme y con fuera de sentencia ejecutoriada.

Parágrafo Único. Cuando el juicio se encuentre paralizado, haya terminado por sentencia o por cualquier otro acto equivalente, el lapso de objeción empezará a contarse a partir de la notificación de la parte que deba pagar.

Artículo 15. Si la cuenta fuere objetada, el Tribunal abrirá una articulación probatoria de ocho (8) días, y decidirá el noveno día en única instancia. Antes del día en que deba decidirse la articulación cualquier interesado podrá solicitar que la decisión se dicte con asociados, en cuyo caso el Tribunal fijará una hora de la segunda audiencia siguiente para proceder a su elección, siguiéndose en los demás las reglas del Código de Procedimiento Civil. Los candidatos asociados podrán ser comerciantes que cumplan los requisitos exigidos por el artículo 1083 del Código de Comercio.

En los juicios breves la articulación probatoria será de cuatro (4) días, y el Juez decidirá al quinto día, también en única instancia, sin que proceda la petición de asociados.

Artículo 16. E1 depositario tendrá derecho de retención sobre los bienes depositados hasta tanto le sean cancelada su cuenta, sólo cuando tales bienes hayan de ser entregados a la

parte que solicitó la medida que dio origen al depósito o a la persona que hubiere quedado obligada a pagarlos gastos de depósito.

Artículo 17. El depositario será responsable de todos los daños y perjuicios que sufran los bienes depositados mientras dure el depósito.

Si estuviere en mora en entregarlos bienes responderá aún en caso de fuerza mayor, caso fortuito o hecho de un tercero.

Artículo 18. Los Depositarios Judiciales podrán ejercer sus funciones por intermedio de apoderados suficientemente autorizados mediante un poder registrado.

La persona que actúe como apoderado de un Depositario Judicial, obliga a éste con su firma en todas las actuaciones relacionadas con las actividades específicas de depósito judicial.

Artículo 19. La revocatoria del poder otorgado por un Depositario Judicial se participará al Ministerio de Justicia, y no producirá efectos respecto de terceros sino después de publicado un aviso en dos (2) diarios de circulación nacional y en otro del domicilio del depositario si los hubiere.

CAPITULO IV
De las Condiciones Generales de los Depósitos Judiciales

Artículo 20. Los depósitos, locales, personal y equipo a que se refiere el ordinal 1 del artículo 4, deberán ser apropiados para el fin al cual se destinan y ofrecer las máximas condiciones de seguridad y preservación de los bienes que en ellos se hayan de depositar o manjar.

Para almacenaje se seguirán las técnicas usuales más convenientes.

Artículo 21. Las substancias inflamables o explosivas deberán ser depositadas separadamente de los demás bienes depositados, de modo que en caso de combustión o explosión, estos no resulten dañados o destruidos. El pago de las tarifas de almacenaje de estas substancias quedará regido por las condiciones y precios de mercado.

Se aplicarán en todo caso las disposiciones de la Ley sobre Armas y Explosivos y su Reglamento.

Artículo 22. Cuando los bienes depositados sean semovientes, el depósito podrá hacerse fuera de los locales del depositario silos de éste no fueren suficientes. En este caso los derechos de depósito se pagarán al precio de mercado, a menos que el Tribunal disponga de conformidad con la segunda parte del artículo 466 del Código de Procedimiento Civil.

Artículo 23. Cuando los bienes depositados fueren títulos que no requieran administración, moneda extranjera, alhajas, metales o piedras preciosas y bienes similares de mucho valor y poco volumen, el Tribunal podrá, a solicitud y por cuenta de alguna de las partes interesadas, guardarlas en una caja de seguridad o como valores en custodia en un Banco u otra empresa similar de reconocida solvencia. En todo caso, estos bienes serán guardados dentro de uno o varios sobres sellados y lacrados en los cuales se estamparán los nombres de las partes en el juicio la medida judicial que afecta a los bienes, el contenido del sobre, el nombre del

depositario o guardián designado para ellos y las demás circunstancias que el Tribunal estime conveniente.

Si se trata de sumas de dinero en efectivo, el Juez designará depositario a un Banco, preferentemente del Estado, o las depositará en la cuenta bancaria que lleve el Tribunal.

Artículo 24. Cualesquiera cantidades de dinero que sean producto de los bienes depositados, serán remitidas al Tribunal respectivo dentro de los tres (3) días siguientes a su percepción, a los fines previstos en la última parte del artículo anterior.

Sin embargo, si estas sumas provienen de intereses, rentas, retenciones u otros ingresos que deban cobrarse periódicamente, la remesa a que se refiere este artículo podrá hacerse dentro de los diez (10) primeros días de cada mes.

CAPITULO V
Fiscalización de los Depósitos Judiciales

Artículo 25. El Ministerio de Justicia designará una o más personas de reconocida probidad para ejercer las funciones de fiscales de depositarios judiciales.

Los fiscales de depositarios judiciales se encargarán de inspeccionar y vigilar las actividades de los depositarios. A tal efecto, periódicamente visitarán sus depósitos, almacenes, instalaciones y equipos revisando cuidadosamente el estado de éstos, así como también la contabilidad, los libros, comprobantes del depositario y los expedientes de los juicios en que actúen.

Parágrafo Único. El Ministro de Justicia podrá solicitar al Fiscal General de la República, que ordene a los fiscales del Ministerio Público ejercer las funciones de Fiscales de Depositarios Judiciales en aquellas jurisdicciones donde no los hubiere.

Artículo 26. Los depositarios y autoridades judiciales están en la obligación de prestar toda su colaboración a los Fiscales de Depositarios Judiciales en el ejercicio de sus funciones.

Artículo 27. En aquellas inspecciones en que se comprueben irregularidades, el Fiscal procederá a levantar un acta que firmarán tanto él como el depositario o su administrador, cuyo original se remitirá al Ministerio de Justicia para la imposición de las sanciones que requiera el caso.

CAPITULO VI
De la Cesación de las Funciones del Depositario Judicial

Artículo 28. El Ministerio de Justicia podrá revocar la autorización concedida al Depositario Judicial en los casos siguientes:

1. Cuando hubiere dejado de llenar alguno de los requisitos exigidos por los artículos 4, 5 y 6 de esta Ley;

2. En caso de cesación de pago o cuando hubiere temor fundado de que el Depositario Judicial pueda lesionar los intereses de los particulares o no pueda responder de los daños y

perjuicios que se causen con ocasión del depósito judicial y con arreglo a lo dispuesto en la presente Ley;

3. Cuando no cumpla con la orden de elevar el monto de la garantía a que se refieren los ordinales 2 y 3 del artículo 4 de esta Ley, dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha en que quede firme la resolución que así lo disponga.

Artículo 29. De la decisión del Ministerio de Justicia se podrá recurrir para ante la Corte Suprema de Justicia, dentro de los primeros diez (10) días hábiles subsiguientes ala publicación de la resolución ministerial, siguiéndose el procedimiento pautado en el artículo 8 de esta Ley.

El dictamen de la Corte Suprema de Justicia se publicará en la GACETA OFICIAL DE LA REPUBLICA DE VENEZUELA.

Parágrafo Único. Mientras se encuentre pendiente el recurso, el depositario no podrá hacerse cargo de ningún otro depósito.

Artículo 30. Firme la resolución que revoque la autorización concedida al depositario, todos los bienes que se le hubieren confiado con motivo de medidas judiciales, serán puestos a la mayor brevedad, en posesión de otro u otros depositarios autorizados, corriendo los gastos así ocasionados, por cuenta del depositario anterior. El Ministerio de Justicia podrá no obstante, y sin perjuicio de lo que decidan los Tribunales en cada caso en particular, tomar medidas distintas a las aquí indicadas, cuando lo considere necesario a la salvaguarda de los intereses representados en los bienes depositados.

Artículo 31. Una vez firme la revocatoria de la autorización, cuando la depositaria judicial sea una sociedad, el administrador o administradores deberán, dentro del lapso de quince (15) días, designar uno o más liquidadores haciendo la debida participación al Registro Mercantil de la jurisdicción, a cuyo efecto, y en todo lo que no contraviniere disposiciones de esta Ley, seguirán el procedimiento pautado por el Código de Comercio para la liquidación de las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada. Cuando la depositaria judicial sea una persona natural, ésta procederá a su liquidación dentro del término arriba indicado.

Transcurrido el lapso señalado, sin que los administradores o la persona natural, según sea el caso, cumplieren con la obligación aquí contenida, el Ministerio de Justicia procederá a solicitar del Tribunal competente, la liquidación que pudiere corresponder. Uno o varios Fiscales Judiciales, debidamente autorizados, procederán a supervisar la actuación del liquidador o liquidadores, y en los casos de quiebra, del Síndico.

CAPITULO VII
De los Derechos del Depositario

Artículo 32. Los emolumentos y tasas que correspondan al depositario y la forma de calcularlos, serán establecidas por el Ejecutivo Nacional mediante resoluciones que dictará el Ministerio de Justicia en el mes de enero de cada año.

Artículo 33. El depositario o el representante que asiste al acto en el cual el Juez le pone en posesión de los bienes, tiene derecho a recibir un emolumento que no excederá de diez bolívares (Bs. 10,00) por cada hora o fracción que dure la ejecución de la medida en los asuntos cuya cuantía no exceda de diez mil bolívares (Bs.10.000,00); de veinte bolívares (Bs. 20,00) en aquellos cuya cuantía sea superior.

Este anticipo será deducible de lo que deba pagarse el depositario en definitiva.

Artículo 34. Los depositarios percibirán los emolumentos a que se refieren los artículos anteriores, de la Oficina de Recaudación del Arancel Judicial o de quien haga sus veces, previo cumplimiento de lo establecido en los artículos 20, 21, 22 y 29 de la Ley de Arancel Judicial vigente.

CAPITULO VIII

Artículo 35. Cuando no hubiere en la localidad ningún depositario judicial autorizado, o los que hubieren rehusaren aceptar el cargo, el Juez podrá designar depositario provisional a cualquier otra persona de reconocida honestidad y solvencia a quien tomará juramento de cumplir bien y fielmente su cargo. También podrá, de oficio o a petición de una de las partes, exigirle que presente garantía suficiente para responder de sus obligaciones como depositario. El Tribunal, a la mayor brevedad posible, pondrá los bienes sobre los cuales ha recaído la medida, en posesión de un depositario judicial autorizado, aun cuando no preste sus servicios en la localidad.

Artículo 36. Los bienes sobre los cuales hayan sido practicadas medidas judiciales y puestos en posesión de un depositario judicial, no podrán ser trasladados fuera de la Circunscripción Judicial a la cual pertenezca el Tribunal que haya practicado la medida, a excepción de aquellos bienes sujetos a corrupción, y una vez que haya sido autorizada la venta de los mismos, a tenor de lo dispuesto en el artículo 460 del Código de Procedimiento Civil.

Artículo 37. En caso de que el depositario solicite del Tribunal autorización para vender los bienes depositados de conformidad con el artículo 483 del Código de Procedimiento Civil, éste notificará a las partes imponiéndolas del contenido de la solicitud y emplazándolas para que comparezcan a exponerlo que crean pertinente al respecto, dentro de las tres audiencias siguientes. Cuando la notificación no pudiere hacerse personalmente, se hará por carteles que se publicarán dos (2) veces con intervalos de tres (3) días, en un periódico 3e la localidad, de diaria circulación o, en su defecto, en un periódico de circulación nacional.

Caso de autorizarse la venta, el Juez nombrara un experto para que haga el avalúo de los bienes que vayan a venderse. Si del avalúo de los bienes apareciere que su valor excede de diez mil bolívares (Bs. 10.000,00), la venta no podrá efectuarse sino en la quinta audiencia

siguiente a la publicación que se haga de un cartel que llenará los requisitos exigidos por el Código de Procedimiento Civil para el último cartel del remate.

Parágrafo Único. Cuando el Juez lo considere oportuno, podía disponer que los objetos embargados sean confiados a un comisionista a Fin de que proceda aso venta. En la misma providencia nombrará un tasador que fijará el precio mínimo de la venta y el importe global hasta cuya obtención debe ejecutarse la venta.

El Juez puede imponer al comisionista una caución y, en todo caso venta sólo podrá hacerse al contado.

Artículo 38. Salvo lo dispuesto en el Parágrafo Único del artículo anterior, para la venta se observarán las formalidades establecidas en las Secciones 8 y 9, Título VII, Libro Segundo del Código de Procedimiento Civil, en cuanto fueron aplicables de conformidad con esta Ley.

CAPITULO IX
De las Sanciones

Artículo 39. Quien actuare como depositario judicial u ofreciere sus servicios cono tal sin estar autorizado en la forma establecida en esta Ley, será castigado con la pena prevista en el artículo 214 del Código Penal, salvo el caso del articulo 3 5 de esta Ley.

Igual pena se impondrá ala persona que se presente como representante o administrador de un depositario judicial, si la persona en nombre de la cual actúa no ha obtenido la autorización correspondiente o le tia sido revocado u si no tuviere el autor del hecho la representación que se atribuye o le hubiere sido revocada.

Artículo 40. Cualquiera que, sin ser depositario, se apropie para sí o para un tercer. enajene, grave, oculte, destruya o deprecie total o parcialmente cualesquiera bienes a sabiendas de que sobre ellos pesa una medida judicial, será castigado coma pena establecida en el ordinal 6 del articulo 465 del Código Penal.

Si el autor del hecho fuere el depositario judicial de los bienes, o su administrador, apoderado o encargado de su manejo, será castigado corno reo de apropiación indebida calificada.

En todo caso quedarán a salvo las disposiciones legales sobre la inexistencia de la enajenación o gravamen de bienes afectados por medidas judiciales.

Artículo 41. Cuando los bienes depositados fueren sustraídos, destruidos o deteriorados por negligencia del depositario éste será castigado con multa de cien a mil bolívares (Bs. 100,00 a Bs. 1.000,00) sin perjuicio de la responsabilidad civil a que haya lugar ni las sanciones aplicables a los autores de la sustracción, destrucción o deterioro.

Artículo 42. La infracción del artículo 9 de esta Ley, se castigará con malta de quinientos a mil quinientos bolívares (Bs. 5 00,00 a Bs. 1.500,00) por cada falta.

Artículo 43. La infracción de los artículos 21 y 22 se castigará con malta de cincuenta a quinientos bolívares (Bs. 5 0,00 a Bs. 5 00,00) además de los daños y perjuicios a que hubiere lugar.

Artículo 44. La infracción del artículo 24 de esta Ley se castigará con multa de quinientos a mil quinientos bolívares (Bs. 5 00,0 0 a Bs. 1.500), más un interés del uno por ciento mensual durante el tiempo en que el depositario estuviere en mora de cumplir esta obligación.

Estos intereses se abonarán al monto de la cantidad depositada.

Artículo 45. El depositario que fraudulentamente cobrare emolumentos o tasas, perderá los derechos de depósito que le correspondieren y deberá reintegrar todo lo que hubiere recibido.

Artículo 46. El depositario que percibiere cualesquiera cantidades de dinero por concepto de derechos de depósito sin dar cumplimiento a lo pautado en el artículo 34 de esta Ley, será castigado con multa de cien a quinientos bolívares (Bs. 1 00,00 a Bs. 5 00,00).

Artículo 47. Las multas a que se refiere este Capítulo, serán impuestas por el Ministerio de Justicia mediante resolución motivada respecto de la cual se aplicará lo establecido en el artículo 8, pero el recurso no se admitirá, en caso de multa, sin previo pago o afianzamiento de la misma.

Firme la resolución que imponga una multa, su producto ingresará al Fisco Nacional.

Artículo 48. En caso de reincidencia en la infracción, el Ministerio de Justicia podrá revocarla autorización concedida al depositario infractor en la forma prevista en el artículo 28 de la presente Ley.

Artículo 49. Las disposiciones de la presente Ley no son aplicables a la Nación, los Estados y las Municipalidades en los casos en que ejerzan funciones de depositarlos judiciales.

Las disposiciones de los Capítulos II, VI y VII no son aplicables a los Institutos Autónomos cuyas respectivas leyes los autoricen para actuar como depositarios judiciales.

Las disposiciones del Capítulo II de esta Ley, no son aplicables a los bancos legalmente establecidos en el país.

CAPITULO X
Disposiciones Transitorias y Finales

Artículo 50. Los depositarios judiciales que actualmente operan en el país deberán dar cumplimiento a todas las previsiones de esta Ley dentro del plazo de seis (6) meses a contar de la fecha de su publicación y los que no lo hicieren, quedarán impedidos para ejercer tales funciones.

Artículo 51. Mientras se dicta la resolución a que se refiere el artículo 32 de esta Ley, se aplicarán las tarifas establecidas en la Ley de Arancel Judicial y os usos del comercio.

EL EMBARGO EN EL JUICIO EJECUTIVO

Los autores no tienen una posición unánime respecto de la naturaleza del juicio ejecutivo en general, que son trasladables al juicio ejecutivo cambiario.

Algunos autores consideran al juicio ejecutivo como un proceso de conocimiento de estructura monitoria, que es seguido por una vía de ejecución.

En otra posición, el juicio ejecutivo se considera como un proceso de ejecución que contiene una fase de cognición.

Además, existen autores que prefieren una postura intermedia, que consiste en que no se trata ni de proceso de conocimiento ni de proceso de ejecución.

En el **proceso de conocimiento** se pretende una declaración de voluntad del órgano jurisdiccional. La pretensión procesal se satisface positivamente, declarando el tribunal aquello que el pretendiente solicita[3]. El proceso de conocimiento tiende a "*declarar lo que debe ser*". Si la pretensión es de condena, el proceso de conocimiento se constituye en aquél en que se construye el título de ejecución[5].

En el **proceso de ejecución** se pretende una actuación del tribunal, distinta del mero declarar, que provoque un cambio físico, real o material, con relación al antes existente. Se halla encaminado más hacia el obrar que hacia el decidir. La finalidad característica de este proceso consiste en procurar al titular del derecho subjetivo, la satisfacción sin o contra la voluntad del obligado. El proceso de ejecución tiende a "*obtener que sea lo que debe ser*". Ya no nos encontramos ante dos partes que disputan cuál de ellas tiene razón sino ante una parte que quiere tener una cosa y otra que no quiere darla. El tribunal, por lo tanto, se la quita a ésta para dársela a aquélla.

I. El juicio ejecutivo como proceso de conocimiento

En la doctrina nacional, se sostiene que el juicio ejecutivo es un proceso sumario de conocimiento, privilegiado por razones de fehaciencia. El juicio ejecutivo sería un proceso de conocimiento, limitado pero, de todos modos, de conocimiento.

En primer lugar, necesariamente, por el examen del título que efectúa preliminarmente el juez.

En segundo lugar, eventualmente, por el desarrollo de una etapa contradictoria, si se presentaran excepciones por el demandado.

Sólo cuando quede firme la sentencia dictada, sea porque no se opusieron excepciones o porque éstas fueron desechadas, es que nos encontramos frente a un verdadero proceso de ejecución. En puridad, **no se trataría de la ejecución de título valor sino de la sentencia que acogió la pretensión**. La llamada "*vía de apremio*" sería la etapa de ejecución de este proceso que se considera de conocimiento.

El título ejecutivo, con que se comienza el juicio ejecutivo, **no es un título de ejecución forzada**. El título de ejecución forzada se prepara en el devenir del juicio ejecutivo, sea por la ausencia de excepcionamiento, sea por la sentencia que rechaza las excepciones.

En el juicio ejecutivo el juez no decreta, como medida inicial del proceso, la venta de los bienes del deudor sino, simplemente, una **medida de carácter cautelar**[13]. El embargo del juicio ejecutivo, es una medida cautelar y no un acto de ejecución forzada. La ejecución forzada recién se daría cuando se haya dictado la sentencia y siempre que el juez no acoja las excepciones mandando levantar el embargo trabado

A esa sentencia se le atribuye carácter **declarativo**, en el entendido de que su principal objeto sería el de ratificar o desvirtuar la presunción de verdad que se atribuyó al crédito del ejecutante, al estimarlo bastante para dar base a la acción ejecutiva.

En este sentido, se señala que el CGP eliminó la referencia a la "*sentencia de remate*". Se trataría, según esta posición de una "*sentencia de condena*" y, por lo tanto, susceptible de ejecución forzada.

El posicionamiento general entre algunos procesalistas observa, además, que en nuestro CGP, el proceso ejecutivo se encuentra regulado en una sección del capítulo IV sobre los procesos de estructura monitoria, que integra, a su vez, el título IV, denominado "*Proceso de conocimiento*"].

II. El juicio ejecutivo como proceso de ejecución

En la doctrina extranjera son partidarios de considerar al proceso ejecutivo como proceso de ejecución Caravantes, Chiovenda y Plozl.

Para Caravantes, **el juicio ejecutivo no tiene por objeto declarar derechos dudosos o controvertidos**. Eso determina que en él "*se cierre la puerta todo lo posible a la oposición de la parte contraria, dirigiéndose rápidamente a dar cumplido efecto al derecho que se reclama, sin dar lugar a controversias propias de un juicio declarativo*".

Según Plozl, **el juez no trata de declarar (como haría en un proceso de cognición) si existe el derecho a realizar sino que da como declarada su existencia, y ordena, por eso, su realización forzosa**. La eventual oposición del deudor a la orden de pago, sería por consiguiente, un caso de verdadera "*oposición a la ejecución*", limitada dentro de un especial término preclusivo, transcurrido el cual, la orden de ejecución se convertiría en irrevocable, no porque el juez esté convencido del crédito que el actor alega, sino porque el deudor ha decaído en su derecho a oponerse a la ejecución iniciada.

Esta posición ha sido sustentada, también, en nuestra doctrina y jurisprudencia, sobre la base de diversos argumentos:

A. Nuestro legislador habría establecido una solución genérica para las ejecuciones, caracterizada por la inclusión de elementos de conocimiento en la vía de ejecución.

B. Desde el punto de vista de su estructura, se advierte que la primer sentencia en el proceso ejecutivo – sentencia definitiva sujeta a condición suspensiva - se dicta *inaudita altera pars*. En cambio, en los procesos de conocimiento, sea ordinarios o extraordinarios, la contraparte tiene la oportunidad de hacer valer sus argumentos antes del dictado de la sentencia.

Además, el proceso ejecutivo tiene la misma estructura que el de ejecución: demanda, providencia inicial que decretará el embargo y la notificación al ejecutado para que oponga sus defensas (pago e inhabilidad del título) dentro del plazo de 10 días.

C. El embargo no es una medida de garantía. Es un acto, el primero ostensible, de la ejecución.

D. Lo que se ejecuta no es la sentencia de remate. Se ejecuta un subrogado o sustituto de cosa juzgada.

E. En cuanto al objeto del proceso, mientras los procesos de conocimiento, se agotan en el dictado de la sentencia definitiva (se dice el derecho), el proceso ejecutivo tiene su fin, en el momento en que se satisface la pretensión del acreedor (sea a través del pago efectuado en forma voluntaria, o forzadamente en vía de apremio). El juicio ejecutivo es un proceso cuya decisión, nunca puede ser meramente declarativa, sino que está dirigida a la liquidación.

F. En cuanto a la finalidad del proceso. **En el proceso de conocimiento se busca determinar la verdad**. Por ello no hay limitación en las defensas que se pueden oponer. **En los procesos de ejecución la finalidad es satisfacer la pretensión del acreedor**, en virtud de la veracidad intrínseca al título que se presenta. Por ello se limitan las excepciones. Hay siempre algún grado de conocimiento, pero este es superficial. No se efectúa con la amplitud necesaria para obtener la certeza respecto al derecho esgrimido por el actor.

G. En diversos artículos el CGP considera, implícitamente, a este proceso como ejecución. Así, por ejemplo, el art. 354 se refiere a "*cuando se pida ejecución en cualquiera de los casos que la aparejan…*" o cuando dispone que "*si no considera bastante el documento declarará que no hay lugar a ejecución*". Asimismo, se refiere al "*ejecutado*" y al "*ejecutante*" (arts. 355 y 356).

Corresponde aclarar que, en esta postura, la vía de apremio no es un nuevo proceso sino una etapa del proceso ejecutivo. Consecuentemente, culminado el proceso ejecutivo, no se requiere ni previa intimación al deudor (art. 372.3), ni demanda de ejecución, ni nuevas medidas cautelares (art. 379.1), ni nuevo emplazamiento al deudor para la oposición de excepciones (art. 379.3). Esto es, en lugar de iniciar un proceso de ejecución, se va directamente a la vía de apremio.

La razón por la que se va directamente a la vía de apremio es que la petición de ejecución ya fue realizada en la demanda; si bien sujeta a condición suspensiva. Por ello en el petitorio del proceso ejecutivo se dice "*cítese de excepciones al demandado, mandando llevar adelante la ejecución, hasta hacerse efectiva la suma adeudada con sus intereses…*" Por lo tanto, una vez formado el título que habilita llevar adelante la ejecución, la petición realizada en la demanda, cobra eficacia actual.

Entender lo contrario supone que el acreedor, antes de hacer efectivo su crédito, tiene que realizar dos peticiones de ejecución en vía de apremio, dos intimaciones al pago; hay que citar en dos oportunidades al deudor a que en plazos de 10 días, pague u oponga excepciones, lo cual atenta contra la celeridad necesaria al proceso ejecutivo

El basamento normativo de esta opinión se encuentra en los arts. 354.4 y 357.1. En ambos artículos se establece que, si no se interpusieren excepciones, se irá directamente a la vía de apremio. No dicen esos artículos que se deba iniciar el proceso de ejecución.

III. El juicio ejecutivo como proceso sui generis

En esta posición, se observa que el juicio ejecutivo no corresponde exactamente ni a un proceso de conocimiento, ni a un proceso de ejecución. Si bien su finalidad directa e inmediata es la ejecución, al legislador le ha parecido que los títulos que le dan ingreso no proporcionan una certeza suficiente sobre la existencia del crédito. Por eso, el legislador incluye una fase en la cual el deudor es citado para oponer sus excepciones y la ejecución no continúa si el juez no se convence de la falta de fundamento de las mismas.

CRÉDITO ILÍQUIDO

Siendo la indemnización condicionante del desapropio (art. 17, Constitución nacional), representa la contrapartida del derecho real a adquirir por el Estado, dentro de una misma relación jurídica. El derecho al cobro del valor del objeto expropiado ha de calificarse como crédito ilíquido del expropiado que, a falta de acuerdo, sólo puede ser determinado por sentencia judicial. Es inexigible, por tanto, hasta que su valor no sea concretado en una suma de dinero líquida. Esta inexigibilidad hace que, entre tanto, aquel derecho no pueda extinguirse por prescripción, desde que ésta sólo propicia en el momento en que el crédito líquido se torna en cantidad cierta (del voto del doctor Domínguez).

DEMANDA POR ESCRITURACIÓN

Para que se concrete la escrituración es fundamental la intervención de un escribano, de modo que para que puedan aplicarse los efectos de la mora, es necesario que exista una citación por parte de éste, en la que fije con claridad cuándo se llevará a cabo el acto escriturario, todo lo cual hace que el mero transcurso del tiempo no produzca la mora.

Sumario:

1.-Cabe confirmar el rechazo de la demanda de escrituración, pues el carácter suspensivo del plazo establecido en el boleto de compraventa, la falta de fijación por el escribano de día y hora para la celebración de la escritura, y la inexistencia de citación a los contratantes, priva de efectos al mero transcurso del plazo a los fines de la constitución en mora de la compradora en la obligación a escriturar.

2.-Para que se concrete la escrituración es fundamental la intervención de un escribano, de modo que para que puedan aplicarse los efectos de la mora, es necesario que exista una citación por parte de éste, en la que fije con claridad la fecha y hora en que se llevará a cabo el acto escriturario, todo lo cual hace que el mero transcurso del tiempo no produzca la mora.

3.-La parte actora no acreditó haber puesto a disposición de la contraria o de la escribana el monto proporcional de los gastos para la confección del plano de subdivisión de propiedad horizontal, a lo cual se obligó en una cláusula del boleto de compraventa, por lo cual tampoco le asiste derecho para cuestionar el incumplimiento de su contrario, cuando ella no pagó ni ofreció pagar los gastos necesarios para confeccionar la referida documentación.

4.-Del entrecruce de las cartas documentos acompañadas no se advierte que la accionante haya ofrecido pagar a la demandada las sumas pesificadas con los coeficientes de actualización correspondientes (CER o CVS, según corresponda al caso concreto), con sus intereses, ello de conformidad con las leyes de emergencia económica a las que dice haberse acogido; a su vez, el requerimiento de la actora de que sea el juez quien determine el monto a abonar para cancelar el saldo de compra, cuando ni siquiera la propia interesada ha intentado consignar judicialmente la suma que consideró ajustada a su pretensión, resulta excesivo.

Fallo:

En la Ciudad de San Isidro, Provincia de Buenos Aires, a los .días de Octubre de 2013, se reúnen en Acuerdo los señores Jueces de la Sala Primera de la Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de San Isidro, Dres. Carlos Enrique Ribera y Hugo O.H. Llobera (artículos 36 y 48 de la ley 5.827), para dictar sentencia en el juicio: "CABRAL FLORC/ POGONZA DE GRZECH EVA ANGELICA S/ESCRITURACION" y habiéndose oportunamente practicado el sorteo pertinente (arts. 168 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y 263 del Código Procesal Civil y Comercial), resulta que debe observarse el siguiente orden: Dres.LLobera y Ribera, resolviéndose plantear y votar la siguiente:

CUESTIÓN

¿Es justa la sentencia apelada?

VOTACIÓN

A LA CUESTIÓN PLANTEADA EL DR. LLOBERA, DIJO:

I. La sentencia

La sentencia rechaza la demanda de escrituración más daños y perjuicios intentada por Flor Cabral contra Eva Angélica Pogonza de Grzech. El fundamento de la decisión radica en que la demandada no se encontraba en mora en el cumplimiento de su obligación y que la actora podía exigir el cumplimiento de su contraria, cuando no había cumplido con las obligaciones a su cargo, ni ofrecido pagar el saldo, ni someter su determinación a la decisión judicial. Impone las costas a la accionante vencida (fs. 223/232).

II. La apelación

La actora apela la sentencia (fs. 233), expresa agravios (fs. 242/259), los que no fueran contestados por la interesada.

III. Los agravios

a.El planteo

La actora fundamenta su recurso en las siguientes consideraciones:

Se ha desestimado la demanda con el argumento de no existir mora de la vendedora, cuando en ningún momento la demandada desconoció o negó que se encontraba en tal situación.

Conforme se desprende del boleto, las partes se comprometieron a escriturar en el plazo máximo de dos años, es decir, hasta el 22/1/2001.

El argumento por el cual la vendedora no cumplió con su obligación de escriturar porque existía una deuda pendiente de pago a su favor, no puede ser admitido, pues la aquella se obligó, sin condición alguna y cuya exigibilidad era anterior a la de su contraparte.

El fundamento del conflicto se encuentra en el incumplimiento de la demandada en escriturar la cosa a favor de la accionante en el tiempo previsto en el contrato.

No es cierto que la demandada no se haya obligado en los términos que su parte indica; si bien no existe una cláusula previa y accesoria de cumplir con el plano de propiedad horizontal, ello resulta obvio, pues no es posible escriturar si antes no se subdivide, gestión que debe efectuar el titular dominial.

Quedó acreditado que la demandada no realizó ninguna de las obligaciones a su cargo.

El Juez en forma arbitraria fijó una cronología, estableciendo que en primer lugar debe darse cumplimiento con el saldo del precio.

La demandada dejó evidenciada su voluntad de no cumplir y su intención resolutoria, al pretender dolarizar el saldo sin tener en cuenta las normas de emergencia económica que no cuestionó.

No es cierto que haya omitido la interpelación extrajudicial para escriturar; lo hizo, haciéndole saber a su contraparte que el plazo de escritura estaba vencido, inclusive remarcándole que no había efectuado ninguna tarea para subdividir el inmueble en propiedad horizontal; luego lo intimó para que concurriese a la escribanía munida de los elementos necesarios para escriturar, constituyéndola en mora el 22/12/2002; la demandada se limitó a responder intimando el pago de las cuotas impagas, sin cuestionar que el plazo deescrituración se encontraba vencido y que además, no concurrió a la escribanía.

No es cierto que su parte haya incumplido con las obligaciones a su cargo, al no haber ofrecido el pago de las sumas pesificadas más el CER, ni intimar recibir el pago.

No desconoce que existe un saldo de precio impago, que debe ser deducido de la multa en el momento de la escrituración.

El demandado no desconoció una oferta concreta de pago, ni adujo la inconstitucionalidad de las leyes de emergencia

El interponer demanda de escrituración, importa un ofrecimiento tácito de cumplir con las obligaciones a su cargo.

No se ha dictado resolución que indique el monto que debe abonar la actora a los fines de obtener la escritura, quedando a la deriva la forma de pago y obligando a las partes a iniciar otro juicio en violación al principio de economía procesal; en la sentencia, con el pretexto de no haber sido sometida la cuestión a determinación judicial, omitió expedirse al respecto.

Se practicó liquidación para compensar su deuda con la multa, la que no fue observada por su contraria, por lo que entiende, no puede desconocerse la compensación.

Se señala la mora de la parte actora por no abonar el saldo de precio, atento a que se minimiza el incumplimiento de la vendedora en otorgar la escritura.

No se ha aplicado al vendedor la multa pactada en el boleto al considerarse que no se encontraba en mora.

No es cierto que se haya pretendido la multa en dólares estadounidenses, cuando del escrito de demanda surge que el monto se encuentra calculado en pesos.

No se tuvo en cuenta la confesión ficta.

b. El análisis

i. ***Los antecedentes***

La actora inicia demanda por escrituración, más daños perjuicios contra la accionada; en su escrito inicial argumenta que:

con fecha 22 de enero de 1999 adquirió de la demandada un local en la suma de U$S 60.000, cuyo saldo de precio fue pactado en 59 cuotas mensuales y consecutivas de U$S 1.000.

se pactó que la escritura se otorgaría en el plazo máximo de dos años de firmado el boleto.

pagó en forma puntual, pero al llegar a la cuota 35, por la crisis económica que atravesaba el país, comenzó a abonar en pesos hasta la cuota 42 y que con posterioridad efectuó un pago de $ 2.000; no abonó ninguna otra cuota.

considera improcedente que la demandada le reclame el saldo de las cuotas atrasadas, pues ella se encuentra en mora en el otorgamiento de la escritura traslativa de dominio, como así también con los trámites para subdividir el inmueble en propiedad horizontal.

el 22 de octubre de 2010 intimó a la demandada a que se presente en la escribanía de Carmen Cecilia Picarelli Perrotta, munida de los elementos necesarios para escriturar, citación a la cual no concurrió.

ofrece el pago del saldo de precio, sujetándose a la legislación de emergencia y una vez descontada la multa prevista en el boleto de compraventa, cuya liquidación practica.

solicita que conforme lo pactado, se condene a la vendedora, no sólo a escriturar el bien, sino también, al pago de la multa por su incumplimiento.

A su turno, el demandado sostuvo que a partir de la pesificación, la actora dejó de cumplir tanto en pesos como en dólares y no afrontó los gastos de impuestos a que se había obligado a partir de la posesión del inmueble; tampoco abonó el pago proporcional de la confección y aprobación del plano.

De conformidad con la reseña expuesta y acorde ha quedado trabada la litis, entiendo que se advierte cuál ha sido el incumplimiento que la accionante le achaca al demandado.

i. ***La contratación***

El negocio jurídico anudado y reconocido por las partes, es una compraventa, de la cual se ha dicho que es el más importante y frecuente de todos los negocios jurídicos y constituye la fuente más copiosa de las obligaciones (Rezzónico, Luis María, "Estudio de los contratos en nuestro derecho civil", Buenos Aires, Depalma, 1967, p. 3); ha sido definido por nuestro Código Civil, aunque no con estos idénticos términos, como aquél contrato por el cual una de las partes se obliga a transferir a la otra la propiedad de una cosa y esta se obliga a recibirla y a pagar por ella un precio cierto en dinero (causas n° 101.087, 102.734 109.097).

Se desprende del boleto acompañado (fs. 4/5), suscripto el 22/1/1999, que Eva Angélica Pogonza de Grzech vendió a Flor Cabral un local con frente sobre la avenida Avellaneda n° 4682 y 4684, en la localidad de Virreyes, partido de San Fernando (Cláusula 1°); que el precio pactado fue de sesenta mil dólares estadounidenses (U$S 60.000), de los cuales la vendedora recibió un mil dólares, en el acto de la firma del boleto y el saldo en cincuenta y nueve cuotas iguales y consecutivas de un mil dólares estadounidenses cada una de ellas, venciendo la primera, el 22 de febrero de 1999 (Cláusula 2°).

En el acuerdo precitado se pactó que la escritura traslativa de dominio se otorgaría ante la escribana Carmen Cecilia Picarrelli Perrotta, en el plazo máximo de dos años, comprometiéndose las partes a presentarse para escriturar a la primera citación que les formulase la escribana designada (Cláusula 4°). Se convino que en el caso que la vendedora no cumpliera con las obligaciones que le impone el boleto y/o no se presentase a escriturar, la compradora podría optar por:a) dar por resuelta la operación, debiendo reintegrarle la vendedora el importe recibido, mas una suma igual en concepto de indemnización, b) exigir el cumplimiento del contrato pactándose una multa diaria de cien dólares estadounidenses, como cláusula penal por todo el tiempo que dure el incumplimiento (cláusula 5°). Asimismo, se estipuló que la compradora se haría cargo de los gastos proporcionales para la confección y aprobación del plano de subdivisión en Propiedad Horizontal, en el plazo máximo de dos años (Cláusula 6°).

iii. ***La obligación de escriturar.*** Particularidades en la constitución en mora.

La obligación de escriturar tiene características propias, ya que es inherente a ambos contratantes (doct. arts. 505, incs. 1º y 2º, 625, 1185, 1187 y conc. del Código Civil.; Belluscio, Augusto C. y colaboradores, "Código Civil." Tº III, p. 144; Llambías, Jorge. J., "Código Civil Anotado", Tº II-A, p. 384; Morello, Augusto M., "El boleto de compraventa inmobiliaria", p. 210, entre otros muchos). Tanto el vendedor como el comprador, asumen recíprocamente el carácter de deudor y acreedor; cada uno tiene una obligación principal respecto de l otro: el vendedor entregar la posesión y transferir el dominio; y el comprador pagar el precio.

En lo atinente a la obligación de escriturar, uno y otro revisten la condición de deudores recíprocos de una misma obligación de hacer, para la cual, ambos deben colaborar en miras a su mejor ejecución, haciendo lo posible para que se cumpla, tal como de buena fe debieron entenderlo al contratar.

Para su concreción, depende de modo fundamental de la intervención de un escribano, de modo que, para que puedan aplicarse los efectos de la mora, es necesario que exista una

citación por parte de éste, en la que fije con claridad la fecha y hora en que se llevará a cabo el acto escriturario, todo lo cual hace que el mero transcurso del tiempo no produzca la mora (CNCiv., Sala C, "Álvarez Ballve, Agustín c/ Shiliro José", L.L.1979-C-608, 35.243-S).

En este caso, en forma expresa se pactó que la escritura traslativa de dominio se otorgaría ante la escribana Carmen Cecilia Picarelli Perrota en el plazo máximo de años, comprometiéndose las partes a presentarse para escriturar a la primera citación que la escribana designada les formule (cláusula 4°).

A pesar de lo expresamente convenido por las partes, del intercambio de las cartas documentos (fs. 15/21 bis), no se advierte que el adquirente haya urgido a la escribana para que fijara fecha de escrituración, ni citación de notaria a las partes para que concurriesen a suscribir la escritura. En mi parecer la intimación que practicara la accionante a su contraparte no alcanza para ello (ver fs. 21 bis).

El carácter suspensivo del plazo establecido en el boleto de compraventa, la falta de fijación por el escribano de día y hora para la celebración de la escritura, y la inexistencia de citación a los contratantes, priva de efectos al mero transcurso del plazo a los fines de la constitución en mora de la compradora en la obligación a escriturar.

No puede haber mora si no están cumplidos los pasos necesarios para escriturar y si la parte interpelante no ha cumplido con la obligación a su cargo (Lorenzetti, Ricardo Luis, "Daños por el incumplimiento de la obligación de escriturar", en Revista de Derecho Privado y Comunitario, 200-3, Boleto de Compraventa, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2001, p. 169).

En consecuencia, con lo expuesto, no puede imputarse la mora al demandado, al no existir una concreta y real citación por la escribana al acto de escrituración.

iv.La falta de confección del plano de subdivisión de Propiedad Horizontal por el demandado.

Sostiene la requirente que, si bien no existe una cláusula expresa, previa y accesoria de cumplir con el plano de propiedad horizontal, ello resulta una obviedad, pues no se puede escriturar si no se subdivide primero, gestión que debe efectuar el titular dominial, en este caso el demandado; argumenta que éste incumplió con los deberes a su cargo.

Conforme lo que se desprende de la cláusula 6° del boleto, en la cual se pactó que la compradora se haría cargo de los gastos proporcionales para la confección y aprobación del plano de subdivisión en Propiedad Horizontal, corresponde interpretar que se hallaba pendiente su confección y aprobación. Esa carga le corresponde a quien es el titular del dominio, en este caso el vendedor, pues debe entregar la cosa que enajena en condiciones de ser transferida.

La ausencia de dicho plano, hubiera imposibilitado la concreción de la escritura, como un hecho imputable al accionado, lo cual en su caso debió ser asentado por la escribana en el momento de la escritura. Sin embargo, como se analizó, nada de esto sucedió, al no haber instado la accionante a la escribana a que cite a las partes para escriturar.

Sin perjuicio de ello, cabe destacar que la parte actora no acreditó haber puesto a disposición de la contraria o de la escribana el monto proporcional de los gastos para la confección del citado plano, a lo cual se obligó en la cláusula 6° del boleto de compraventa, por lo cual tampoco le asiste derecho para cuestionar el incumplimiento de su contrario, cuando ella no pagó ni ofreció pagar los gastos necesarios para confeccionar la referida documentación.

v. La conducta de la accionante

La actora no desconoce que existe un saldo de precio impago, el que pretende deducirlo de la multa que entiende es aplicable, conforme lo pactado en la cláusula Quinta del Boleto de compraventa.Asimismo sostiene que al interponer la demanda por escrituración, ello implica el ofrecimiento tácito de cumplir con las obligaciones a su cargo.

De conformidad con la cláusula 2° del boleto de compraventa, se pactó el pago de 59 cuotas iguales y consecutivas de un mil dólares estadounidenses cada una; la actora admite haber abonado hasta la cuota N° 34 en dicha moneda, pero al llegar a la cuota siguiente lo hizo en pesos y así sucedió con las restantes hasta la número 42; figura asimismo un pago posterior de dos mil pesos. Argumenta que no fue posible efectuar el pago de la manera pactada, por cuanto la realidad económica imperante y la legislación vigente habían modificado las circunstancias contratadas.

Del entrecruce de las cartas documentos acompañadas (fs. 15/21 bis), no advierto que la accionante haya ofrecido pagar a la demandada las sumas pesificadas con los coeficientes de actualización correspondientes (CER o CVS, según corresponda al caso concreto), con sus intereses, ello de conformidad con las leyes de emergencia económica a las que dice haberse acogido (ley 25.561 y Decreto 214/2002). Es más, en la carta documento de fs. 16, el demandado intima a la accionante a abonar lo adeudado, los intereses punitorios pactados, el CER y los gastos por la intervención letrada, la que mereció respuesta de la accionante rechazando la pretensión (fs. 20).

El requerimiento de la actora de que sea el Juez quien determine el monto a abonar para cancelar el saldo de compra, cuando ni siquiera la propia interesada ha intentado consignar judicialmente la suma que consideró ajustada a su pretensión, resulta excesivo.

El art. 1201 del Código Civil, establece que en los contratos bilaterales una de las partes no puede demandar el cumplimiento si no prueba haberlo cumplido u ofreciere cumplirlo.No es que exista una cronología, donde se requiere que primero se salde el precio adeudado, como fuera alegado por la recurrente, sino que para exigir la escrituración, debió haber acreditado que no tenía obligaciones pendientes a su cargo o bien poner éstas a disposición de su contraria. Además, no puede obligarse a la contraparte a aceptar pagos parciales toda vez que, en principio, el pago para tener efectos cancelatorios debe ser íntegro (art. 742 del Cód. Civil), circunstancia que, como se analizó, no se dieron en el caso.

vi. La aplicación de la multa como compensación del saldo de precio

La compensación es una de las formas de extinción de las obligaciones (art. 724 del Código Civil) que tiene lugar, según dispone el art. 818 del citado ordenamiento legal, cuando dos personas por derecho propio, reúnen la calidad de acreedor y deudor recíprocamente,

extinguiéndose con fuerza de pago las dos deudas hasta donde alcance la menor, desde el tiempo que ambas comenzaron a coexistir.

Conforme lo analizado, en el punto iii, el demandado no ha incurrido en mora en su obligación, por lo que mal puede aplicarse la multa dispuesta en la cláusula 5° del boleto de compraventa, lo que conlleva de modo inexorable a desestimar el planteo formulado. A mérito de ello, resulta inconducente analizar si el reclamo de la multa fue en dólares estadounidenses o en pesos.

vii. La confesión ficta del demandado

Ante la ausencia del demandado a absolver posiciones, a pesar de encontrarse debidamente notificado, se decretó su confesión ficta (fs. 171), a tenor del pliego obrante a fs. 170.

Ahora bien, para que la prueba confesional ficta adquiera validez plena, no es requisito ineludible que sea corroborada por otras probanzas; ello es así siempre que no existan otras pruebas que la desvirtúen, pues crea una situación desfavorable al absolvente, quien no obstante puede destruirla (Arazi, Roland – Fenochietto, Carlos Eduardo, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.", Bs.As., Astrea, 1983, T. II p.427; CNCiv., Sala C 24/4/1984, ED 110-469).

El art. 415 del C.P.C.C., al prescribir que para pronunciarse sobre el valor probatorio que acordará a esta prueba tan especial, el Juez deberá tener en cuenta "las circunstancias" de la causa, otorga una gran amplitud a la facultad de apreciación del Magistrado, que debe entenderse no sólo circunscripta al ámbito probatorio y aplicarse siempre en consonancia con la regla impuesta por el art. 384 del mismo Código (causa n° 86.374).

El valor probatorio de la confesional, debe apreciarse en su correlación con el resto de las pruebas atendiendo a las circunstancias de la causa, pues de lo contrario se haría prevalecer la ficción sobre la realidad y la decisión podría alejarse de la verdad material. Y ello no sólo en el ámbito de la confesión ficta, cuya virtualidad probatoria, no es de plena prueba (art. 417 del C.P.C.), sino también, en relación a la confesión expresa, de fuerza insuperable que la constituye en la probatio probatíssima (art. 421 del C.P.C.C.; conf. SCBA, causa n° 109.072, 12/12/2012).

En el caso de autos, conforme fuera trabada la litis y el entrecruce de las cartas documentos analizadas, en mi parecer existe prueba suficiente como para dejar de lado la prueba confesional ficta decretada a fs. 171.

c. La propuesta al Acuerdo

De conformidad con lo analizado y lo dispuesto por los arts. 1185, 1187, 1197, 1198, 1201 y concordantes del Código Civil, arts. 375, 384, 474, 510 y conc. del CPCC, propongo al Acuerdo confirmar el rechazo de demanda decidido en la instancia de origen.

SITUACIONES DERIVADAS DEL PROCESO

La resolución de la DGRN de 15 de enero de 2009 señala que deben distinguirse dos supuestos:

a. Aquellos que son apreciables de oficio por el Juez por estar basados en motivos de orden público y donde el Juez que ha intervenido es incompetente, o por falta de jurisdicción (por estar atribuido el asunto a un Juez o Tribunal de diversa índole), o por falta de competencia objetiva (al haber tenido lugar el procedimiento ante un Tribunal de la misma jurisdicción pero de distinto grado) o por falta de competencia funcional (a la que se refiere expresamente el art. 100 LH). Al ser en todos ellos la competencia un presupuesto esencial del proceso, su infracción puede provocar la nulidad del acto.

b. Aquellos otros supuestos de carácter dispositivo basados en motivos de orden privado, como son los de competencia territorial, donde quepa la sumisión de las partes a un determinado juzgado, bien expresa, bien tácitamente.

El Registrador puede alegar defecto en los supuestos del apartado a) y no admitir el mandado judicial. No así en los del apartado b), pues ello supondría erigir al Registrador en defensor de los intereses de las partes, que éstas pueden ejercitar en la forma que estimen oportuna.

En la nueva LEC se mantiene como norma general **el carácter dispositivo de las normas sobre competencia territorial** , exceptuando de esa disponibilidad las reglas atributivas de competencia territorial a las que la ley atribuye expresamente carácter imperativo (art. 54,1), siendo la falta de competencia territorial apreciable por el Juez (art. 58 LEC).

La LEC contiene varias normas sobre competencia: vg.: ejecución en general (art. 545); ejecución de bienes hipotecados (art. 684); medidas cautelares (art. 723 LEC); juicio cambiario (art.820), etc.

También la Legislación hipotecaria: cancelaciones (art. 84 y 100 LH); conversión de anotación en inscripción (art. 84 LH); expedientes de dominio (art. 201,1 LH); expedientes de liberación de gravámenes (art. 210,1 LH).

B. CONGRUENCIA DEL MANDATO CON EL PROCEDIMIENTO O JUICIO EN QUE SE HUBIERE DICTADO.

La resolución de 9 de julio de 2011 (y las numerosas que se citan en el vistos), dictada contra calificación denegatoria de la anotación de embargo acordada en procedimiento seguido contra la herencia yacente de los titulares registrales considera que la calificación por los Registradores del cumplimiento del tracto sucesivo no supone apreciar una eventual tramitación defectuosa (que no compete al Registrador), sino una inadecuación, en este caso, entre la resolución recaída y el procedimiento o juicio en que debería dictarse, que sí es materia a la que alcanza la potestad de calificación del Registrador.

C. FORMALIDADES EXTRÍNSECAS DE LOS DOCUMENTOS.

El artículo 98 del RH señala que: El Registrador considerará, conforme al art. 18 RH, como faltas de legalidad en las formas extrínsecas de los documentos en cuya virtud se solicite la inscripción:

- Las que afecten a la validez de los mismos, según las leyes que determinan las formas de los instrumentos.

- La no expresión, o la expresión sin la claridad suficiente, de las circunstancias que según la Ley y el Reglamento deben contener los asientos bajo pena de nulidad.

El art. 257 LH que: para que en virtud de resolución judicial pueda hacerse cualquier asiento en el Registro se expedirá por duplicado el mandamiento correspondiente, excepto cuando se trate de ejecutorias (vg. sentencia firme declarando la nulidad de una compraventa).

El art. 165 RH que: toda anotación preventiva que haya de practicarse por mandato judicial se verificará en virtud de presentación en el Registro de mandamiento en el que se insertará literalmente la resolución respectiva, con su fecha, y se hará constar, en su caso, que es firme.

Y el art. 206 LEC señala que revestirán la forma de auto las resoluciones que versen sobre anotaciones e inscripciones registrales.

No obstante, en esta materia la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, ha introducido modificaciones en la LEC, disponiendo ahora el art. 545,4 que corresponderá al Secretario Judicial la concreción de los bienes del ejecutado a los que ha de extenderse el despacho de la ejecución, la adopción de las medidas necesarias para la efectividad del despacho y las medidas ejecutivas que procedan.

Los decretos y los autos serán siempre motivados. Toda resolución incluirá la mención de lugar y fecha en que se adopte y si la misma es firme o si cabe algún recurso contra ella (art. 208 LEC).

En las resoluciones dictadas por los secretarios judiciales se indicará siempre el nombre del que la hubiese dictado, con extensión de su firma (art. 208 LEC).

Lo habitual en los procedimientos de ejecución de títulos judiciales y no judiciales (no en el juicio cambiario, ni en medidas cautelares) es el mandamiento expedido por el secretario en el que se refleja la fecha del auto por el que se despacha la ejecución y se inserta el decreto del Secretario acordando el embargo.

Dicho documento deberá estar autoliquidado del impuesto.

D. CIRCUNSTANCIAS QUE DEBERÁ CONTENER EL DOCUMENTO.

El art. 72 LH señala que: las anotaciones tendrán las **circunstancias que se exigen para las inscripciones en cuanto resulten de los documentos presentados.**

Los arts. 9 LH, 51 RH y 166 RH que: las anotaciones preventivas se practicarán en la misma forma que las inscripciones y contendrán las circunstancias determinadas en general para estás, haciendo constar, además, las siguientes:

- Art. 166,3 RH: importe que por principal y, cuando proceda, por intereses y costas se trate de asegurar y las circunstancias del que haya obtenido la providencia a su favor y aquél contra quien se haya dictado.

- Art. 166,12 RH: si se trata de anotaciones a cuyos titulares pueda resultar obligado que el Registrador haga comunicaciones, habrán de expresar, además de las circunstancias de identidad, el domicilio con las circunstancias que lo concreten, si consta en el título.

1 **. ANOTANTE:**

Es la persona a cuyo favor se despacha la ejecución: quien pide y obtiene -requisitos cumulativos- la ejecución por decisión del Juez (art. 538 LEC).

Art. 9 LH: ha de constar en el documento el nombre y apellidos, **DNI** (NIF, CIF O NIE si se trata de extranjeros) y el domicilio con las circunstancias que lo concreten.

La ron. de 11 de julio de 2011, citando los artículos 9, 18, 72, 75 y 254 de la LH y concordantes del RH, exige el N.I.F. del embargante como circunstancia necesaria para practicar la anotación.

No es compartida esta exigencia, sin embargo, por muchos Registradores.

La naturaleza del embargo (afección del bien a un proceso que no crea derecho real a favor del embargante) y el control judicial sobre la propia anotación (es él quien puede prorrogarla, modificarla o cancelarla, correspondiendo al anotante únicamente el impulso de la actividad judicial) hacen pensar que no es indispensable el NIF O CIF del embargante para que la anotación de embargo se practique en el Registro. Lo que importa es que esté bien identificado el procedimiento en el que se ordena el embargo.

El art. 72 LH, no hay que olvidarlo, exige la consignación en el asiento de anotación de las mismas circunstancias exigibles para la inscripción , si resultasen de los documentos presentados; pero de otro lado, la inexistencia de contraprestaciones, la exigencia de la presentación previa del documento en la oficina liquidadora y el nacimiento del hecho imponible con la práctica de la anotación en el Registro, deberían atenuar la exigencia de NIF o CIF en el momento de practicar la anotación, trasladándola, en su caso, a la oficina liquidadora del impuesto.

En cuanto al **domicilio** del anotante, el art. 166,12 del RH establece que la anotación habrá de expresar el domicilio con las circunstancias que lo concreten, si consta en el título.

Es responsabilidad del anotante que tal circunstancia conste en el mandamiento; la falta de consignación condicionará la forma de comunicación que, en su caso, haya de hacerle posteriormente el Registrador (art. 659, 660, 689 de la LEC), pero no afecta sustancialmente a la comunicación en sí. Por estas razones, tampoco se considera imprescindible la consignación del domicilio.

En caso de **pluralidad de anotantes** no ha de precisarse la cuota que a cada uno corresponde en el crédito (ron. 9/12/2010).

¿Cabe practicar anotación a favor de una Comunidad de Bienes?:

Si, pues el hecho de que el art. 21 LPH admita la Anotación de embargo a favor de la Comunidad de Propietarios, no excluye *per se* la anotación a favor de otras entidades sin personalidad jurídica siempre que actúen en el tráfico como sujetos diferenciados, se

encuentren identificados a efectos procesales (vg. con el N.I.F.) y se conozca o pueda conocerse por el Juez su composición (número de miembros y participación). En caso de adjudicación, el secretario habrá de precisar nombre y circunstancias de cada uno de los adjudicatarios y cuota que adquieren, pero en el *ínterin* este dato carece de relevancia. El art. 6 LEC reconoce con carácter general capacidad para ser parte a las entidades sin personalidad jurídica.

Precauciones aconsejables cuando la anotación haya de practicarse a favor de quien sea titular de una hipoteca inscrita sobre la finca:

Aunque se discute por algunos si cabe el embargo a favor del titular de la hipoteca por impago del préstamo (por innecesario y por poder dar lugar a confusión) lo admiten las rones. de 10 de diciembre de 1997 y 26 de julio de 1999 y el artículo 127 LH.

En estos casos es conveniente aclarar cual es el título en virtud del cual se despacha la ejecución. Si lo fuese la escritura de hipoteca, por ejercitarse la acción personal y la real en un procedimiento de ejecución ordinario, ha de hacerse constar así en el asiento de anotación y mediante nota al margen de la inscripción de hipoteca indicando que ésta ha entrado en fase de ejecución.

Cuando se expida la certificación de cargas se pondrá nota al margen de la inscripción de hipoteca y de la anotación de embargoy senotificará, en su caso, a los titulares de derechos inscritos entre ambos asientos.

Finalizada la ejecución, con el mandamiento se cancelará la hipoteca, la anotación de embargo y los asientos intermedios que corresponda. (Todo ello según ron. de 26 de julio de 1999).

Si, pese a la conveniencia de la aclaración, y dados los problemas que pueden plantearse, sobre todo si existen hipotecas o embargos intermedios, el anotante se niega a solicitar del Juzgado la adición referida, el Registrador no tiene más remedio que practicar la anotación. En este caso, se recomienda hacer una llamada de atención al margen de la anotación, con objeto de que, al solicitarse la certificación de cargas, sí quede aclarado necesariamente cual es el título por el que se despacha la ejecución, al efecto, si se ejecuta el préstamo garantizado con la hipoteca, de poner las notas marginales que correspondan y realizar las notificaciones necesarias para evitar nulidad de actuaciones en caso de existir titulares de derechos anotados o inscritos entre la hipoteca y el embargo.

2. PERSONA CONTRA LA QUE SE DESPACHA LA EJECUCIÓN -Art. 538 LEC- .

Normalmente quien aparezca como deudor en el título, pero también quien, sin figurar como deudor en el título ejecutivo, resulte ser propietario de los bienes especialmente afectos al pago de la deuda en cuya virtud se procede, siempre que tal afección derive de la ley o se acredite mediante documento fehaciente. La doctrina considera incluidos dentro de este apartado (**expansión subjetiva de la ejecución**) al hipotecante no deudor, al adquirente de bien perteneciente a una propiedad horizontal por los gastos de comunidad de la anualidad corriente y de la anterior, al tercer poseedor de bien hipotecado, etc.

Puede ocurrir también que el Juez disponga que determinados bienes se vean afectados por la ejecución, aunque pertenezcan a personas frente a las que no se despache la ejecución (son los supuestos que la doctrina llama de **expansión objetiva,** entre los que algún autor incluye el supuesto del art. 541 de la LEC). Tales personas podrán utilizar los medios de defensa que la ley concede al ejecutado.

El bien embargado deberá estar inscrito a favor de alguna de las personas anteriormente citadas (art. 20 LH). En caso contrario, procederá denegar la anotación, a salvo las excepciones contempladas por los artículos 20 LH y 105 RH.

No puede existir duda alguna sobre la identidad del ejecutado: en caso de discrepancia del NIF, CIF o NIE con el que conste en el Registro ha de suspenderse la anotación (reiteradas rones. de la DGRN, entre otras la de 17 de marzo de 2003).

En el supuesto de que exista cambio de denominación de la sociedad demandada, si el CIF coincide con el que figura en el Registro y la consulta al FLEI confirma el mero cambio de denominación, no debe suspenderse la anotación.

Si biológicamente, según los datos del Registro, es imposible que exista el ejecutado (por razón de la edad que el mismo tendría según aquellos): se denegará la anotación. No le alcanza la legitimación del art. 38 LH. La resolución que decreta el embargo es nula por haberse dictado en procedimiento seguido contra persona inexistente (ron. 24/07/2003).

Según reiteradas rones de la DGRN el criterio para apreciar las circunstancias relativas al nombre y apellidos ha de ser flexible, debiendo practicarse la anotación cuando de las pruebas presentadas se justifiquen razonablemente las diferencias con las que existan en el Registro.

Si el titular registral ha fallecido : la ron. de 9 de julio de 2011, distingue los siguientes supuestos: a) procesos ejecutivos por deudas del titular registral, fallecido antes o durante el procedimiento; b) procesos ejecutivos por deudas de los herederos ciertos y determinados del titular registral; c) procesos ejecutivos por deudas de herederos indeterminados -herencia yacente- del titular registral.

a) Para tomar anotación preventiva del embargo en caso de procesos ejecutivos por deudas del titular registral, fallecido durante el procedimiento, deberá acreditarse al Registrador que se demandó al titular registral, que ha fallecido y que se ha seguido la tramitación con sus herederos, por sucesión procesal conforme al artículo 16 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Si se ha producido el fallecimiento del titular registral antes de iniciado el procedimiento, y éste se sigue por deudas de aquél, además del fallecimiento deberá acreditarse al registrador, si los herederos fueran ciertos y determinados, que la demanda se ha dirigido contra éstos indicando sus circunstancias personales (artículo 166.1\"bo párrafo primero del Reglamento Hipotecario), sin que proceda en este caso aportar los títulos sucesorios. Si los herederos fueran indeterminados se abordará posteriormente la circunstancia relativa a la herencia yacente.

b) Si se ha producido el fallecimiento del titular registral antes de iniciado el procedimiento, y éste se sigue por deudas de herederos ciertos, determinados, además del fallecimiento deberá acreditarse al registrador, que la demanda se ha dirigido contra éstos indicando sus circunstancias personales y acompañando los títulos sucesorios y el certificado del Registro General de Actos de Última Voluntad (artículo 166.1\"bo párrafo segundo del Reglamento Hipotecario). En definitiva deberá acreditarse su condición de herederos del titular registral.

c) En caso de procesos ejecutivos por deudas del causante siendo sus herederos indeterminados, o por deudas de éstos herederos indeterminados -herencia yacente-, será preciso, para poder considerarse cumplimentado el tracto sucesivo, o bien que se acredite en el mandamiento que se ha dado emplazamiento a alguno de los posibles llamados a la herencia, o bien que se ha procedido al nombramiento judicial de un administrador de la herencia yacente.

Sobre esta materia, a consulta del Colegio de Registradores, la DGRN ha dictado la **resolución vinculante de 3 de octubre de 2011 que sigue** :

FUNDAMENTOS DE DERECHO . Tras un abundante "Vistos", el Centro Directivo reproduce lo que considera reiteración de su doctrina, ratificada por el Tribunal Supremo:

A) **Doctrina General** : Parte del **principio constitucional** de protección jurisdiccional de los derechos y de interdicción de la indefensión procesal, que limita los efectos de la cosa juzgada a quienes hayan sido parte en el procedimiento.

El **principio registral de tracto sucesivo** , muy relacionado con el anterior, impide dar cabida en el Registro a resoluciones judiciales que pudieran entrañar una indefensión procesal patente del titular registral, determinando el artículo 100 del Reglamento Hipotecario su ámbito de calificación.

Por ello, para que sea inscribible el título, el **titular registral** afectado, cuando no conste su consentimiento auténtico, al menos ha de resultar que **ha sido parte** o ha tenido la posibilidad de intervención, en el procedimiento determinante del asiento.

El registrador no puede calificar la legitimación pasiva desde el punto de vista procesal, ni tampoco la cumplimentación de los trámites seguidos en el procedimiento judicial -eventuales tramitaciones defectuosas-, pero **sí que ha de calificar el hecho de que quien aparece protegido por el Registro haya sido emplazado de forma legal en el procedimiento,** pues lo contrario implicaría una inadecuación entre la resolución recaída y el procedimiento o juicio en que debiera dictarse.

B) **Herencia yacente** . Pasa, seguidamente, a aplicar esta doctrina general a la herencia yacente. **Inicialmente** la DGRN tuvo un criterio más rígido **exigiendo el nombramiento judicial de un administrador** de la herencia yacente, en procedimientos judiciales seguidos contra **herederos indeterminados** del titular registral.

Posteriormente ha **aclarado** , para adaptarse a la jurisprudencia, que la exigencia de nombramiento de un defensor judicial de la**herencia yacente** no debe convertirse en una exigencia formal excesivamente gravosa, de manera que la suspensión de la inscripción por

falta de tracto sucesivo cuando no se haya verificado tal nombramiento, debe limitarse a aquéllos casos en que el**llamamiento a los herederos indeterminados sea puramente genérico y no considerarse defecto cuando la demanda se haya dirigido contra personas determinadas, como posibles herederos, y siempre que de los documentos presentados resulte que el juez ha considerado suficiente la legitimación pasiva de la herencia yacente.**

C) **Argumentos** . El **art. 795 LEC** , entre las medidas de aseguramiento del caudal hereditario en los procedimientos judiciales de división de herencia, prevé el nombramiento de un administrador judicial cuando fallecido el causante no conste la existencia de testamento ni de parientes de aquél. Por ser esta designación subsidiaria, considera razonable restringir la exigencia de nombramiento de administrador judicial, a efecto de calificación registral, a los supuestos de demandas a ignorados herederos y considerar suficiente el emplazamiento efectuado a personas determinadas como posibles llamados a la herencia.

La **propia doctrina jurisprudencial** considera que, para que esté correctamente entablada la legitimación pasiva, es preciso al menos que la demanda esté interpuesta contra algún llamado a la herencia que pueda actuar en interés de los demás y que no es suficiente el llamamiento genérico.

Mientras que para entablar acción en **beneficio** de la herencia yacente es preciso acreditar la condición de heredero, para interponer acciones contra la herencia yacente basta que el emplazado tenga un poder de actuación en el proceso en nombre de los ausentes o desconocidos.

CONCLUSIONES:

1ª. El emplazamiento en la **persona de un albacea o del administrador judicial de la herencia yacente** cumplirá con el tracto sucesivo.

2ª. Sólo será requisito inexcusable tal emplazamiento cuando el **llamamiento sea genérico, dirigiéndose la demanda contra herederos ignorados.**

3ª. **No será preciso** tal emplazamiento cuando se haya demandado a un posible heredero que pueda actuar en el proceso en nombre de los ausentes o desconocidos.

4ª. En definitiva, la **calificación del tracto sucesivo** se mantiene, no resultando suficiente el mero llamamiento genérico a ignorados herederos cuando cabe identificar a quienes sean los posibles herederos y no se ha nombrado administrador judicial de la herencia yacente.

Opina Pedro Ávila Navarro que "la resolución refunde bien la doctrina anterior; pero sigue sin aclarar qué quiere decir con ese heredero demandado nominativamente y que "pueda" actuar en el proceso en nombre de los ausentes o desconocidos; porque si el "que pueda" quiere decir que tenga un poder, entonces los otros herederos no serán "desconocidos", sino que resultarán de ese poder; y si no es necesario que lo tenga, se estaría en el caso de nulidad de la S. 07.04.1992, por no acreditarse, ni siquiera alegarse, que el emplazado tenga poder. Parece que la doctrina de la Dirección es dejar el asunto en manos de la Autoridad judicial, de manera que si se ha demandado a un heredero y el juez ha "considerado suficiente la

legitimación pasiva de la herencia yacente", eso bastará, sin necesidad de que el registrador pida el dudoso poder. Pero llegados a ese punto, **la duda está en si es necesaria una declaración expresa del juez en que dé** por suficiente la legitimación **pasiva** , o basta con que **el juez haya admitido la demanda contra un heredero y los demás desconocidos** . Parece que lo procedente es lo primero, ya que, en principio, las demandas deben admitirse siempre salvo casos muy concretos (arts. 403 y 439 LEC); la falta de legitimación pasiva deben alegarla las Partes como excepción procesal -falta de legitimación pasiva "ad processum", "ad causam" o falta de litisconsorcio pasivo necesario-, al inicio de la vista -verbal- o en la contestación de la demanda para luego tratarlo en la audiencia previa -ordinario-. Y si el Juez no puede apreciar de oficio la falta de legitimación pasiva, tampoco puede entenderse que la "haya considerado suficiente", si no lo hace expresamente.

3. PROCEDIMIENTO EN EL QUE SE DICTA (CAUSA que da lugar a la anotación -art. 72 LH-):

Títulos no judiciales : El artículo 42,2 de la Ley Hipotecaria dispone que podrá pedir anotación preventiva de su respectivo derecho en el Registro el que obtuviere a su favor **mandamiento de embargo que se haya hecho efectivo** en bienes inmuebles del deudor.

Cuando la ejecución no se funda en resoluciones del secretario, judiciales o arbitrales que obliguen a entregar cantidades determinadas de dinero (art. 580 LEC), despachada la ejecución, **ha de requerirse previamente de pago** al ejecutado y, sólo si éste no pagase en el acto, se procederá al embargo de sus bienes, salvo que a la demanda ejecutiva se hubiese acompañado acta notarial acreditativa de haberse realizado requerimiento de pago extrajudicialmente (art. 581 LEC).

Si el ejecutado no se encontrase en el domicilio que conste en el título ejecutivo, podrá practicarse el embargo si el ejecutante lo solicita (art. 582 LEC).

Efectuado el pago en el acto del requerimiento se dará por terminada la ejecución (Art. 583 LEC).

Por ello, hasta que no se lleve a efecto el requerimiento no podrá saberse el resultado de éste ni, en su caso, sí no pudo llevarse a efecto por ausencia del ejecutado.

El requerimiento de pago habrá de constar en el documento judicial o deducirse su realización de su contexto. En otro caso, habrá de suspenderse la anotación hasta que se adicione el mandamiento con la constancia del requerimiento.

Ejecución de **títulos judiciales o arbitrales:** no es menester acreditar el requerimiento de pago (580 LEC).

En los procedimientos de **ejecución provisional** tampoco ha de exigirse el requerimiento de pago, pues éste ya se ha producido con anterioridad y, precisamente por el impago, ha debido acudirse al Juzgado y dictar el Juez sentencia de condena (art. 580 LEC).

Medida cautelar : **embargo preventivo** : necesidad de audiencia del interesado salvo que se acrediten razones de urgencia o que la audiencia previa pueda comprometer el buen fin de la medida cautelar, razonándose así en el auto (733 LEC).

Juicio cambiario : **inmediato embargo preventivo** , por si el requerimiento de pago resulta fallido (821, 2ª LEC).

4. FINCA OBJETO DEL EMBARGO.

No ha de existir duda sobre su identidad. No es obligatoria la referencia catastral al no estar prevista para asientos de cancelación o anotación (art. 38 TR Ley Catastro 05/03/2004).

En caso de posibles discrepancias, si opera el principio de subrogación real la anotación se practicará sobre la finca que proceda: así ha declarado la DGRN que:

- Si se embargan fincas de origen de un proyecto reparcelatorio, puede practicarse la anotación sobre las fincas de resultado adjudicadas en equivalencia de aquellas (ron. de 3 de octubre de 2008).

- Si se embarga un solar y existe sobre el mismo declarada propiedad horizontal, se anotará el embargo sobre los departamentos que estén inscritos a favor del ejecutado (rones. de 29 de mayo de 1987 y 27 de abril de 2000).

Con arreglo a estos criterios, embargado el derecho hereditario de una persona, si al ordenarse la anotación ya se ha concretado dicho derecho sobre una finca concreta podrá anotarse el embargo sobre la finca adjudicada al heredero (ron. de 2 de diciembre de 2011).

Por otro lado, si se embargan varias fincas y se distribuye la responsabilidad entre ellas, se hará constar en el asiento (art. 167 RH); si no se distribuye la responsabilidad se hará constar así en los correspondientes asientos.

Embargándose varias fincas, el procurador puede solicitar que la anotación se haga únicamente sobre las que él determine. La anotación de embargo no es constitutiva (art. 587 LEC); el mandamiento para su anotación se expide sólo si el interesado lo insta (art. 629,1 LEC). Por lo mismo, puede desistir del asiento de presentación, total o parcialmente.

5. DERECHO OBJETO DE LA ANOTACIÓN.

Puede serlo el dominio de la total finca o participaciones indivisas del mismo.

Embargada una cuota indivisa de finca perteneciente a diversos propietarios, **¿como debe actuar el Registrador respecto de la anotación de embargo practicada cuando, durante la vigencia de ésta, tiene lugar la extinción del condominio?.**

Parece lo más razonable arrastrar la anotación únicamente sobre la porción que se adjudique al deudor (art. 399 CC). Este el criterio que sigue la ron. de 20 de febrero de 2012.

¿ Cabe anotar el embargo trabado sobre una participación indivisa de finca perteneciendo el pleno dominio al ejecutado?

Sin duda alguna. Los problemas podrán plantearse si con posterioridad se embarga de nuevo una participación indivisa y no la totalidad de la finca. Al ejecutante le convendrá en estos casos solicitar que el embargo recaiga sobre la participación indivisa no embargada anteriormente, parar evitar que la anotación del mismo sea cancelada por el principio de purga cuando se inscriba la adjudicación derivada del procedimiento anterior. Como pone de relieve la ron. de 3 de noviembre de 2011, una mayor precisión de la cuota posteriormente hipotecada (o embargada) sólo es exigible cuando la cuota lleve aparejada el uso de una porción concreta de la finca (art. 68 RH Y 53 RD 1093/1997), cuando se produce un problema de rango, o cuando la cuota está sujeta a un régimen jurídico especifico.

Anotada una demanda de nulidad de una inscripción de dominio , **podrá practicarse la anotación** del embargo acordada contra la persona que resultaría titular registral de la finca embargada para el caso de prosperar la anotación de demanda (ron. de 17 de octubre y 19 de noviembre de 2002).

Pueden ser objeto de anotación **derechos reales** . Vg. el crédito hipotecario o la facultad resolutoria de un vendedor.

Si el embargo recae sobre la nuda propiedad, al extinguirse el usufructo el embargo se expandirá al pleno dominio (por analogía con el 107, 2º LH).

El usufructo es a veces inembargable (vg. el derecho de viudedad aragonés: arts. 273 y 290 del Código del Derecho Foral de Aragón, aunque sí lo es dicho usufructo si se embarga conjuntamente con la nuda propiedad, art. 290,3 del citado código).

Si el usufructo fuese ganancial, para anotar el embargo, fallecido uno de los cónyuges, el procedimiento habrá de dirigirse contra el sobreviviente y los herederos del fallecido.

Si el usufructo está inscrito con carácter conjunto y sucesivo, es anotable el embargo recaído sobre el derecho de uno de los usufructuarios. Fallecido uno de los usufructuarios, podrá embargarse la totalidad del usufructo del sobreviviente sin contar con los herederos del fallecido.

¿Cabe practicar anotación sobre el crédito de un anotante?

El art. 592,2 LEC admite que los créditos puedan ser embargados. Si éstos están garantizados con hipoteca o con condición resolutoria el crédito es embargable; pero dada la naturaleza del embargo (afección del bien al proceso y no al crédito) y de que lo que accede al Registro es el embargo y no el crédito que lo motiva no parece posible anotar el embargo sobre el crédito anotado al carecer éste de naturaleza real y no crear a favor del embargante un derecho de tal índole. El titular de la anotación de embargo lo es realmente la autoridad judicial, a cuya disposición se encuentra la anotación de embargo. Y es que de admitirse dicha anotación ¿qué se subastaría en el proceso de ejecución?

6. CANTIDAD RECLAMADA.

El artículo 166,3 del RH exige la constancia del: principal y, cuando proceda, intereses y costas. La especificación de dichas cantidades es imprescindible según la ron 22 de septiembre de 2008.

Según los art. 549, 575 y 825 LEC, es necesario determinar el principal reclamado, los intereses remuneratorios y moratorios devengados más los intereses que se devenguen en el procedimiento y costas de éste (sin exceder del treinta por ciento de la cantidad reclamada, salvo la excepción prevista en el art. 575,1 párrafo segundo).

La cantidad inicial es determinada. La segunda de máximo.

Si han de vencer nuevos plazos de la obligación: podrá solicitarse la ampliación en la demanda ejecutiva, advirtiéndose al ejecutado que si no consigna las cantidades que vayan venciendo, se entenderá automáticamente ampliada la cantidad reclamada (art. 578 LEC).

En cuanto a la importancia de la cantidad que figure en el asiento de anotación debe señalarse que la cobertura actúa como límite únicamente respecto de adjudicatarios en una ejecución posterior: art. 613,3 LEC; en estos casos se tendrá en cuenta la cantidad que figure en el Registro en el momento en que el adjudicatario inscriba su derecho (rons. 4 de diciembre de 2003 y 12 de febrero de 2005).

7. ¿ES NECESARIO QUE LA RESOLUCIÓN SEA FIRME?

En materia de anotaciones, sólo se precisa la firmeza cuando la anotación haya de practicarse a favor del acreedor refaccionario si se opone a ella el titular de un derecho real anterior a la misma, al ser apelable la resolución en estos casos en ambos efectos (devolutivo y suspensivo) (art. 68,2 LH).

En los demás casos, siendo la resolución apelable únicamente en el efecto devolutivo, no es preciso que se indique que la resolución es firme.

En materia de inscripciones y cancelaciones, la resolución sí ha de ser firme. De los arts 82, 83 LH; 174 y 207 LH, y rones de 5 julio y 21 de noviembre de 2006 se infiere que sólo caben medidas de efectividad que no estén en contradicción con la provisionalidad de la resolución. Y según el art. 524,4 LEC mientras no sean firmes o, aún siéndolo, no hayan transcurrido los plazos para ejercitar la acción de rescisión de la sentencia dictada en rebeldía sólo procederá la anotación preventiva de las sentencias que dispongan o permitan la inscripción o cancelación de asientos registrales.

En estos casos no basta con la expresión: firme a efectos registrales , porque el concepto de firmeza es unitario (son resoluciones firmes aquellas contra las que no cabe recurso alguno, bien por no preverlo la Ley, bien porque, estando previsto, ha transcurrido el plazo legalmente fijado sin que ninguna de las partes lo haya presentado, bien porque haya sido desestimado definitivamente: art. 207,2 LEC.) según proclama la resolución de 21 de abril de 2005.

Si el documento indicase, firme que sea la resolución expídase testimonio de la misma y entre la fecha de aquella y la de expedición hubiese transcurrido el plazo previsto para el posible recurso, la resolución ha de considerarse ya firme a efectos del asiento que haya de practicarse en el Registro, según doctrina de la DGRN (ron. 8 de junio de 2009).

E. OBSTÁCULOS QUE PUEDEN SURGIR DEL REGISTRO.

1. Finca no inmatriculada :

Según el art. 140, 2 y 3 RH: se suspenderá la anotación y en su lugar se tomará, si se solicita, anotación de suspensión por defecto subsanable, siendo su plazo de duración el de 60 días, ampliable a 180 (art. 96 LH).

2. Finca inscrita a favor de persona distinta:

En principio se denegará la anotación (art. 20 LH); pero excepcionalmente cabe anotar en procedimientos criminales cuando a juicio del Juez existan indicios de que el verdadero titular sea el imputado, haciéndolo constar así en el mandamiento.

Los artículos 692,2 LEC y 105 RH permiten suspender y no denegar cuando la causahabiencia de la persona contra la que se despache la ejecución resulte del Registro o del título presentado.

Caso de existir presentados documentos contradictorios entre el del mandamiento que ordena el embargo y el del documento que remedie el tracto del mismo, véase ron. de 12 de noviembre de 2010 y la critica que de la misma hace Juan Sarmiento.

3. Art. 144 RH. Distinguiremos tres situaciones:

a. Sociedad conyugal no disuelta.

El acreedor ha de reclamar el pago de quien contrajo con él la deuda: uno o los dos cónyuges, salvo que, contraída solidariamente por ambos, el acreedor decida dirigir la acción sólo contra uno de ellos. En principio la presunción es de mancomunidad (art. 1137 CC).

Contraída la deuda por los dos cónyuges y dirigida la demanda contra ambos (no cabe despachar ejecución frente a la comunidad de gananciales, art. 541,1 LEC), puede el acreedor solicitar el embargo de bienes comunes o de bienes privativos de cualquier cónyuge indistintamente, porque la Ley no establece gradación de responsabilidad entre las distintas clases de bienes, sino la responsabilidad simultánea de todos ellos (art. 1362, 1369 y 1373 CC; art. 219,3 del Código Foral de Aragón.)

En estos casos la anotación del embargo en el Registro no ofrece problema alguno, sea cual sea la titularidad que el mismo proclame, pues se cumplen las exigencias del principio de tracto sucesivo al estar demandados los dos cónyuges.

Si la deuda la ha contraído sólo uno de los cónyuges el acreedor ha de dirigir la demanda contra él como deudor, pudiendo solicitar el embargo de bienes privativos del mismo o de bienes comunes indistintamente (art. 1365, 1368, 1369 y 1373 CC; art. 224,1 y 225 del Código Foral de Aragón).

El hecho de que el acreedor pueda solicitar el embargo de esa clase de bienes indistintamente, no quiere decir que el Juez vaya a decretarlo sin más. A falta de pacto entre acreedor y deudor, el art. 592 LEC establece que el Juez embargará bienes del ejecutado teniendo en cuenta la mayor facilidad de su enajenación y la menor onerosidad de ésta para el ejecutado; en su defecto la LEC fija un orden para el embargo de bienes.

Cuando la deuda la contrae uno sólo de los cónyuges, las exigencias para que el embargo se anote en el Registro varían en función de quien aparezca como titular del mismo en el Registro.

Distinguiremos por ello varios supuestos:

a . Bienes gananciales o presuntivamente gananciales.

Basta que uno de los cónyuges, sea o no el adquirente, aparezca demandado y que el embargo haya sido notificado al otro cónyuge para que la anotación de embargo se practique en el Registro (art. 144,1 RH). Ha de indicarse el nombre del cónyuge notificado (ron. de 5 de octubre de 2001) porque el 144,1 del RH pretende proteger los derechos del cónyuge que figure como tal en el Registro, no los del que lo sea en el momento de la traba.

Anotado el embargo sobre el bien ganancial o consorcial, si el cónyuge no deudor estima que de la deuda no deben responder los bienes comunes por ser privativa del cónyuge deudor, puede: o soportar la ejecución y no hacer nada; o tratar de demostrar en el procedimiento del art. 541 de la LEC que la deuda no debe ser soportada por el bien ganancial o consorcial.

Si el acreedor no demuestra que deba la sociedad conyugal soportarla, el cónyuge del ejecutado podrá pedir la disolución de la sociedad conyugal, suspendiéndose mientras tanto la ejecución.

En Aragón el cónyuge puede pedir la liquidación del consorcio sin disolución del mismo, al exclusivo fin de constatar el valor que ha de quedarle a salvo (art. 225 del Código del Derecho Foral de Aragón).

Realizada la división, el embargo se concretará sobre la participación adjudicada al cónyuge deudor mediante la correspondiente resolución y mandamiento.

b . Bienes inscritos en parte como gananciales o presuntivamente gananciales y en parte como privativos.

Si el cónyuge deudor es el titular de la participación privativa y contra él se ha dirigido la demanda habiéndose embargado la totalidad del bien, bastará que el embargo se haya notificado al otro cónyuge para que la anotación se practique sobre la totalidad del bien.

Por el contrario si la demanda se dirige -por ser él el deudor- contra el cónyuge no titular de la participación indivisa privativa, respecto de dicha participación no basta con la notificación del embargo al cónyuge titular de la misma, habiendo de denegarse la anotación respecto de dicha participación por exigencias del principio del tracto sucesivo.

c . Bienes inscritos con carácter privativo a favor de un cónyuge.

Basta que la demanda se dirija contra el titular registral, no siendo menester la notificación al cónyuge salvo cuando se trate de vivienda habitual de la familia (art. 144,2 RH).

b. Sociedad conyugal disuelta y no liquidada.

Disuelta la sociedad de gananciales, si no figura en el Registro su liquidación, el embargo será anotable si consta que la demanda se ha dirigido contra ambos cónyuges o sus herederos (art. 144,4 RH).

Es doctrina reiterada de la DGRN que, disuelta y no liquidada la sociedad conyugal, no corresponde a los cónyuges individualmente una cuota indivisa en todos y cada uno de los bienes que la integran y de la que puedan disponer separadamente, sino que su participación se predica globalmente respecto de la masa ganancial en cuanto patrimonio separado colectivo, con su propio ámbito de responsabilidad y con un régimen específico de gestión, disposición y liquidación que requiere la actuación conjunta de ambos cónyuges o sus herederos hasta que se produzca la división (entre otras las rones de 8 de julio de 1991, 28 de febrero de 1992 y 9 y 10 de octubre de 1998).

La legitimación pasiva que el art. 144,4 RH establece sólo tendrá lugar cuando se pretenda embargar la totalidad del bien; porque, lógicamente, no se veda la actuación dirigida particularmente contra un cónyuge o sus herederos por parte de sus acreedores privativos, si bien en estos casos el embargo, según la DGRN, habrá de pretenderse y decretarse sobre la cuota global que al cónyuge deudor o a sus herederos le corresponde sobre la masa de bienes (ron. de 23 de diciembre de 2002 entre otras).

c. Sociedad conyugal disuelta y liquidada.

En esta situación, el embargo será anotable si el bien ha sido adjudicado al cónyuge contra el que se dirige la demanda o la ejecución, o del mandamiento resulta la responsabilidad del bien por la deuda que motiva el embargo y consta la notificación del embargo al cónyuge titular, antes del otorgamiento de aquella (art. 144,4 RH).

Respecto de la nueva redacción de este precepto se ha pronunciado la ron de 18 de febrero de 2002, viniendo a sostener, sin prejuzgar sobre el acierto de la literalidad de aquella : 1º. Que la declaración de la ganancialidad de la deuda sólo puede realizarse en juicio declarativo seguido contra ambos esposos. 2º. Que no tiene sentido debatir sobre si la palabra aquella se refiere a la liquidación o a la ejecución, porque el precepto reglamentario no puede entenderse sino en conexión con la doctrina anterior, conforme a la cual cabe anotar el embargo sobre bienes exgananciales adjudicados al cónyuge no deudor en procedimiento dirigido contra el cónyuge deudor siempre que la traba y su notificación se hubiesen producido antes de que la disolución de gananciales hubiese producido efectos frente a terceros de buena fe, oponibilidad que se produce desde la constancia de la indicación de los capítulos en el Registro Civil o el folio particular de la finca en el Registro de la Propiedad. Doctrina confirmada asimismo por la ron de 18 de noviembre de 2010.

¿Cabe el embargo de un bien ganancial por razón de un crédito privativo de uno de los cónyuges?

La ron de 17 de agosto de 2010 lo admite en base a la autonomía de los patrimonios privativos respecto del ganancial; de la posibilidad de contratación entre los cónyuges; de la naturaleza del embargo (no es un derecho real en cosa ajena sino una medida cautelar); de la naturaleza

de la sociedad de gananciales (comunidad germánica o en mano común sin atribución de cuotas y sin posibilidad de pedir la división).

En derecho aragonés establece el art. 226,5 de su código que *el pago de las obligaciones existentes entre el patrimonio consorcial y los privativos, aunque válido en cualquier momento por acuerdo entre los cónyuges, solo puede exigirse antes de la liquidación de la comunidad cuando así se hubiera pactado o cuando medie justa causa. Es siempre causa justa la disposición abusiva de capital común en beneficio propio* .

Parece, pues, inexcusable el pronunciamiento judicial, en defecto de pacto, cuando los cónyuges tengan criterios contrapuestos.

5. Vivienda habitual de la familia .

Establece el art. 144,5 RH que cuando la Ley aplicable exija el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de derechos sobre la vivienda habitual de la familia, y este carácter constare en el Registro, será necesario para la anotación de embargo de vivienda perteneciente a uno sólo de los cónyuges que del mandamiento resulte que la vivienda no tiene aquél carácter o que el embargo ha sido notificado al cónyuge del titular embargado.

El citado artículo 144,5 se aplica asimismo cuando el dominio o el derecho de que se disponga pertenezca proindiviso a ambos cónyuges (ron de 7 de octubre de 1998).

El criterio seguido por la DGRN en cuanto a la exigencia del requisito de la notificación es restrictivo, salvo que de los asientos del Registro resulte que la vivienda tiene carácter familiar (rones de 13 de julio de 1998 y 23 de julio de 2011).

Dado el tenor del precepto, la exigencia de la notificación debe circunscribirse a las situaciones de conyugalidad, quedando excluidas de la protección las parejas de hecho.

En situaciones de proindivisión, debe excluirse la posibilidad de que la cuota de un partícipe atribuya derecho al uso total y exclusivo de la vivienda porque impediría a los otros partícipes utilizarla conforme a su destino; por lo que el carácter de vivienda habitual no cabe predicarse de las que ocupan simultáneamente las familias de tres condóminos (ron de 23 de julio de 2011).

F. INCIDENCIAS POSIBLES DESDE QUE SE PRACTICA LA ANOTACIÓN.

A. PRÓRROGA:

La anotación tiene una duración de 4 años, prorrogable por el plazo que el Juez determine (art. 86 LH). Si el Juez no indica plazo, habrá de entenderse prorrogada por cuatro años más.

Las practicadas antes del 8 de enero de 2001 que se encontrasen prorrogadas con anterioridad a dicha fecha tendrán una duración indefinida (art. 199 RH), pudiendo cancelarse transcurridos seis meses desde la finalización del procedimiento con resolución judicial firme (ron de 29 de mayo de 1998).

Computo: se incluyen completos el día en que se practica la anotación y el mismo día del término de la vigencia de ésta; es decir, si el asiento se practicó el uno de diciembre de dos mil cuatro la prórroga sería posible si el documento que la prorrogue tiene acceso al Registro durante las veinticuatro horas del día uno de diciembre de dos mil ocho si éste no es inhábil; si lo es, el dos de diciembre de dos mil ocho (rones de uno de diciembre de 1990 y 27 de abril de 2010)

El documento ha de tener acceso al Registro cuando el asiento esté aún vigente.

B. APRECIACIÓN DE TERCERÍA DE MEJOR DERECHO:

La Resolución de 23/04/1996 señala que: en principio no es imprescindible la constancia en el Registro. De hacerse, se haría constar mediante nota al margen de la anotación de embargo en cuyo procedimiento se haya apreciado.

C. AMPLIACIÓN DE EMBARGO (arts 578 y 613 LEC; y rones de 26/04/2003, 04/12/2003 y 12/02/2005):

El secretario, mediante decreto, puede acordarla cuando venzan nuevos plazos de la obligación o se incremente la cantidad reclamada por intereses o costas.

Se decretará con carácter automático si la ampliación se solicitó en la demanda ejecutiva. En otro caso solo se acordarán, si procede, cuando el ejecutante las solicite después de cada vencimiento que no hubiese sido atendido.

Se harán constar mediante nota al margen de la anotación de embargo aunque el dueño de la finca embargada ya no sea el mismo.

El plazo de vigencia de la anotación de embargo sigue siendo el mismo y también la prioridad que la misma tenía, salvo respecto de adquirente en ejecución posterior (613,3 LEC).

Distinto del supuesto de ampliación (que hace referencia a la misma finca embargada) es el de **mejora del embargo** que recae sobre fincas anteriormente no embargadas a resultas del procedimiento de ejecución de que se trate, cuando un cambio de las circunstancias (vg. apreciación de una tercería de dominio), permite dudar de la suficiencia de los bienes embargados, y en que se trata de una anotación totalmente nueva. La mejora del embargo la acuerda el Secretario mediante decreto (art. 612 LEC).

D. MINORACIÓN DE CARGAS (arts 666 y 657 LEC, y Ron de 21 de junio de 2005):

La vigente LEC establece en su artículo 666 que por el Secretario judicial, antes de la celebración de la subasta, se valoren los bienes descontando el importe de las cargas y derechos anteriores al gravamen por el que se despacha la ejecución. Si el valor de éstos iguala o excede del determinado para el bien, el secretario judicial dejará en suspenso la ejecución sobre ese bien.

Para facilitar dicha valoración, el art. 657 de la LEC establece que, a petición del ejecutante, se dirijan oficios al ejecutado y a los titulares de los créditos anteriores al que se ejecuta para que manifiesten el estado actual de los mismos. A la vista de la información recibida, si

hubiera conformidad sobre ello, el secretario a instancia del ejecutante, expedirá los mandamientos que procedan a los efectos previstos en el art. 144 LH. De existir disconformidad se prevé una vista ante el Tribunal, que finalizará mediante auto.

El art. 144 LH, desarrollado por el art. 240 RH, establece que no surtirán efectos frente a terceros, si no se hacen constar en el Registro por medio de los asientos que correspondan, los hechos o convenios que modifiquen o destruyan la eficacia de una obligación hipotecaria anterior.

Para llegar a la fase final de ese proceso, sin perjuicio del obligado acatamiento a las resoluciones judiciales, el Registrador, antes de practicar un asiento que suponga la merma o extinción de un derecho inscrito, debe tener la seguridad de que el titular registral afectado ha tenido la debida intervención en el procedimiento de que se trate.

A la vista de los preceptos citados y de la ron. de 21 de julio de 2005, del documento presentado deberá resultar la identidad de la entidad certificante, la suficiencia de las facultades representativas de quien haya actuado en su nombre, la conformidad de la parte ejecutada o el auto dictado en caso de disconformidad, y la identificación del crédito o préstamo (hipotecario o no) de que se trate.

El documento no será apto, en cualquier caso, para producir la cancelación de la hipoteca por ser necesario para ello escritura pública o sentencia judicial (art. 82 LH).

G. EXPEDICIÓN DE CERTIFICACIÓN DE TÍTULO Y CARGAS .

Se hará constar mediante nota al margen de la anotación de embargo de que se trate (art. 656 LEC). Si no constase anotación, no se hará constar la expedición de certificación (ron de 2 de marzo de 2010).

No es imprescindible que la certificación sea solicitada por el secretario del Juzgado; tras la reciente modificación de la LEC puede pedirla también el procurador facultado por el secretario (656 LEC), debiendo en tal caso hacerse constar la expedición mediante nota marginal.

En procedimientos de ejecución ordinarios no se considera trámite imprescindible la expedición de certificación. Esta publicidad supletoria solamente es imprescindible cuando se ejecuten bienes hipotecados (ron 25/11/2002).

La falta de comunicaciones a realizar por el Registrador o los defectos formales en las mismas no serán obstáculo para la inscripción a favor del adjudicatario (art. 660,2 LEC).

H. ADJUDICACIÓN DE LA FINCA

Título inscribible (art. 674 LEC): testimonio o certificación del Secretario del decreto firme de adjudicación, comprensivo de la resolución de aprobación, del remate, de la adjudicación al acreedor o de la transmisión por convenio de realización o por persona o entidad especializada en el que se exprese, en su caso, que se ha consignado el precio y demás circunstancias necesarias para la inscripción según la legislación hipotecaria (arts 9 LH y 51 RH).

Ese testimonio es título apto para inmatricular según la ron de 22 de febrero de 1999.

También para inscribir a favor del arrendatario que, previo requerimiento judicial, manifieste su voluntad de retraer y consigne el precio del remate, expidiéndose a su favor el correspondiente auto de adjudicación (ron 1 de octubre de 1999).

De existir tercer poseedor del dominio posterior a la anotación de embargo que se ejecuta es necesario cancelar ésta simultáneamente: así se manifiestan reiteradas rones de la Dirección General entre otras las de 30 de septiembre de 1999, 11 de noviembre de 2000 y 14 de junio de 2002.

En ejecuciones seguidas contra un cónyuge y los herederos del otro cabe inscribir sin previa liquidación de la sociedad conyugal: ron. de 20 de septiembre de 2002.

No representan obstáculo para la inscripción la existencia de prohibiciones de disponer anteriores cuando éstas deban limitarse al ámbito puramente personal del titular de la finca pues sólo la Ley puede establecer excepciones al art. 1911 del CC (ver ron de 22 de febrero de 1989).

Tampoco es obstáculo para la inscripción de la adjudicación que la finca embargada sea una vivienda de protección oficial (ron de 12 de diciembre de 2007), no exigiéndose autorización administrativa. No existe limitación para el precio a efectos de subasta. En Aragón, en estos casos, no existe derecho de preferente adquisición a favor de la CCA.

Todo ello sin perjuicio de que, como el régimen de protección subsiste, si el adjudicatario no reúne los requisitos exigidos para ser titular de vivienda protegida debe enajenarla al precio legalmente previsto a favor de quien sí reúna requisitos para ello exponiéndose, en caso contrario, a las sanciones previstas al efecto.

El decreto ha de ser firme : ver art 524,4 LEC y Ron. 21 de abril de 2005. No obstante la ron de 5 de junio de 1999 permitió la inscripción de una enajenación realizada en subasta en ejecución provisional de sentencia de condena dineraria.

Cuando se trate de vivienda o local de negocio o finca rústica, ha de hacerse constar la **libertad de arrendamientos** mediante instancia del adjudicatario o acta notarial, salvo que tal extremo resulte expresamente del documento judicial presentado.

En caso de subasta por lotes el art. 643,1 LEC la admite para bienes muebles, pero es aplicable también para inmuebles (655,2 LEC). La ron de 8 de enero de 2003 la rechazó por existir cargas dispares en las fincas adjudicadas, quizá no muy justificadamente porque ni el sobrante, ni su reparto, es objeto de calificación.

Cuando la **adjudicación** se realice en subasta **a favor de un tercer poseedor con título inscrito** en el Registro se plantea la situación problemática de los asientos a practicar y creo que, aunque se entienda que la adquisición del rematante no deriva de su derecho del tercer poseedor sino del ejecutado, es lo cierto que aquél ya adquirió la finca y que la subasta nada añade al dominio que el rematante ya tenía.

Parece lo más lógico respetar la titularidad existente y limitar el mandato judicial a la cancelación de los asientos posteriores, pero no a los recayentes sobre su dominio (embargos o hipotecas), practicados tras la inscripción inicial de su dominio.

Podrían producirse consecuencias perjudiciales en los supuestos en que el estado civil del tercer poseedor fuese diferente en el momento de su adquisición y en el de la adjudicación en subasta.

Situaciones que pueden darse en función de si la anotación de embargo está o no vigente:

1. anotación de embargo vigente:

a) Se presenta sólo testimonio de la adjudicación sin mandamiento cancelatorio (actitud ordinaria de los subasteros).

No hay problema salvo que exista una inscripción de dominio con posterioridad a la anotación de embargo, porque en tales casos se exige la previa o simultánea cancelación de la inscripción de dominio (rones de 30 de septiembre de 1999 y 11 de noviembre de 2000) .

Con la inscripción de la adquisición en plazo subsiste registralmente la preferencia derivada del procedimiento de ejecución. La cancelación de cargas posteriores podrá hacerse en cualquier momento (rones de 28 de julio de 1989, 15 de febrero de 2007 y 11 de diciembre de 2008).

b) Se presenta sólo mandamiento cancelatorio.

El Registrador advertirá al presentante del peligro que representa cancelar la anotación sin inscribir el dominio por la posible aparición de un tercero que adquiera del titular registral.

c) Se presentan ambos documentos, pero el de adjudicación tiene problemas: el Registrador debe entender implícitamente solicitado que la cancelación sea la última operación registral (ron DGRN 22/03/1993).

2. Anotación de embargo caducada.

En los asientos con vigencia temporalmente limitada la caducidad es radical y automática (reiteradas rones de la DGRN, entre otras, las de 8 de marzo de 1999, 17 de marzo de 1999, 16 de abril de 1999 y 8 de noviembre de 2000).

Podrá inscribirse la adjudicación si la finca sigue inscrita a favor del ejecutado, pero ya no pueden cancelarse los asientos posteriores a la anotación caducada porque la siguiente a ésta ha ganado rango preferente (rones de 26 de mayo de 2000, 11 de noviembre de 2000 y 28 de junio de 2001).

Para cancelar la que ha ganado prioridad, dice la DGRN, ha de seguirse el oportuno procedimiento judicial que determine la preferencia entre dichas anotaciones (rones de 13 de diciembre de 1996, 20 de octubre de 2005 y 11 de diciembre de 2006).

Si la finca no está inscrita a favor del ejecutado tampoco podrá inscribirse la adjudicación porque la inscripción de dominio posterior (tercer poseedor de finca embargada) se plenifica una vez caducada la anotación de embargo a la que estaba subordinada (rones de 27 de octubre de 1993, 20 de octubre de 2005 y 11 de diciembre de 2006).

La resolución de 11 de noviembre de 2000 ratifica estos criterios. Supuesto de hecho: extendida anotación de embargo, se inscribe una hipoteca; caducada la anotación de embargo se inscribe la adjudicación derivada del procedimiento y se deniega la cancelación de la hipoteca. El adjudicatario interpone demanda para que se cancele la hipoteca posterior y la anota. Presentados testimonio del auto de adjudicación y el mandamiento de cancelación dimanantes de la ejecución de la hipoteca, se deniega el despacho porque la inscripción de hipoteca, aunque no se encuentre cancelada, ha quedado privada de eficacia a consecuencia de la adjudicación anterior y carece de virtualidad suficiente para provocar la cancelación del adjudicatario del procedimiento de la anotación de embargo que, además, trae causa de un asiento anterior a la hipoteca y no afectado por ésta.

La DGRN aplica el criterio tradicional sin entrar a examinar si procede o no cancelar la anotación de demanda de la cancelación de hipoteca.

El criterio de la DGRN es muy controvertido. Quién anotó vigente la anotación de embargo, debe soportar las consecuencias. Al menos debe resultar decisivo que cuando la adjudicación se realice esté vigente la anotación de embargo. Sugiere Rivas Torralba: desvincular la anotación de embargo con la nota de expedición de certificación, de modo que ésta subsistiera hasta la terminación del procedimiento o entender que, extendida la nota, no quepa cancelar por caducidad la anotación de embargo (art. 131 LH).

I. CANCELACIÓN DE ASIENTOS POSTERIORES (arts 674,2 LEC y 175,2 RH):

No basta una diligencia de ordenación, sino que se requiere decreto del secretario según la ron de 22 de octubre de 2011.

Frente al recurso de la secretaria judicial que consideraba no exigible el decreto al no ser necesario motivar la resolución, entiende la DGRN que, pese al silencio del art. 674 del la LEC, que exige decreto para el remate o adjudicación, pero calla en cuanto a la resolución que pueda motivar el mandamiento de cancelación, el art. 206 LEC exige decreto cuando, con carácter general, sea preciso o conveniente razonar lo resuelto, bastando la diligencia de ordenación cuando la resolución tenga por objeto dar a los autos el curso que la ley establece.

Para la expedición de mandamiento cancelatorio ha de motivarse el acto, pues la operatividad del principio de purga no es automática, al exigir un acto de valoración previa por la autoridad judicial y, en su caso, la consignación del sobrante a favor de titulares de cargas posteriores, pudiendo existir asientos posteriores no cancelables, (vg. anotación de demanda en la que se inste la declaración de preferencia de un crédito).

La cancelación de asientos posteriores es un efecto impuesto por la Ley y aunque el art. 674 LEC no añade, como hace el art. 134 LH, la frase **sin excepción** , las consecuencias se entienden que deben ser las mismas.

Subsistirán, no obstante, según Rivas Torralba:

- Los asientos de rango registral preferente.

- Los que traigan causa de derechos inscritos o anotados con anterioridad a la anotación de embargo y no afectados por ésta (hipoteca, ejercicio de un derecho de opción o asiento derivado del ejercicio de una condición resolutoria).

- Los asientos que publiquen cualidades de la finca (excesos de cabida, obra nueva y propiedad horizontal, servidumbres, proyectos de equidistribución, etc).

- Derecho de uso de la vivienda inscrito con anterioridad a la anotación de embargo.

La cancelación se hará en virtud de mandamiento firme expedido a instancia del adquirente, con las circunstancias exigidas por la Ley Hipotecaria en el que se ordenará cancelar la anotación de que se trate y la de todas las inscripciones o anotaciones posteriores, incluso las verificadas después de la expedición de certificación (art. 674 LEC).

Ha de entenderse derogada la obligación de reseñar explícitamente el número o letra de la inscripción o anotación a cancelar (art. 233 RH) que, en la práctica, se omite en la generalidad de los mandamientos.

En el mandamiento se hará constar si el importe fue igual o inferior al total crédito del actor, que se consignó el sobrante, en su caso, a disposición de los interesados.

El sobrante queda fuera de la calificación del Registrador (ron 25 de marzo de 1998).

PROCEDIMIENTO PARA EL EMBARGO

Si has ganado una demanda, la corte te va a pagar automáticamente el dinero. La sentencia es simplemente una declaración de que el dinero es legalmente tuyo. Si el deudor del juicio se rehúsa a pagar el juicio de forma voluntaria, debes iniciar acciones legales para apoderarse de tus bienes. Si el deudor no tiene bienes, podrás obtener ningún bien de la sentencia.

Investigación

Antes de poder embargar los bienes del deudor, debes encontrarlos. Una forma de hacerlo es solicitar a la corte para que libre una citación exigiéndole al deudor que comparezca en una deposición. Tú, o tu abogado, pueden luego interrogarlo bajo juramento sobre la extensión y localización de sus activos. También le puedes exigir que traiga documentos, como registros bancarios, de los bienes. Otra forma para ubicar los bienes del deudor es contratar un investigador privado.

Perfección del procedimiento de embargo

Una vez que ubiques la propiedad del deudor, le puedes solicitar a la corte un resumen de la sentencia, que es un documento donde pone un gravamen sobre bienes inmuebles del demandado. Debes perfeccionar el gravamen mediante el registro con la oficina grabadora de la tierra del condado en cada condado donde sabes o sospechas que el deudor tiene una propiedad real. También puedes colocar un gravamen contra su propiedad personal pidiendo a la corte la presentación de una nota de gravamen. Puedes perfeccionar una nota

de embargo preventivo llevándole una copia del deudor y presentando una copia ante el secretario de estado.

Domesticación

Si tu investigación revela que el deudor no tiene suficientes bienes en el estado para cumplir con la sentencia, igualmente puedes buscar resarcimiento si tiene propiedades en otro estado. Los juicios civiles generalmente se llevan a cabo en cortes estatales; sin embargo, las cortes estatales no tienen jurisdicciones sobre bienes ubicados en otros estados. Afortunadamente, una corte fuera del estado puede domesticar un juicio civil realizado en otro estado si presentas una copia del juicio.

Ejecución

Una vez que has presentado gravámenes contra la propiedad personal del deudor y has domesticado cualquier gravamen contra propiedades fuera del estado, puedes pedir a la corte con jurisdicción sobre la propiedad del deudor para que libre un recurso de ejecución. Si la propiedad del deudor está ubicada en varios estados, deberás presentar diferentes peticiones en cada estado. Una vez que se libra la ejecución, puedes presentarla en la oficina del alguacil. Un oficial de policía entonces llevará a cabo el embargo de bienes del deudor (no podrás llevar a cabo tú mismo la incautación).

LA TRABA DEL EMBARGO

(Procedimiento Civil) , (Derecho Civil) , (Derecho Comercial) Medio de ejecución forzada por el cual un acreedor hace poner en manos de la justicia los bienes de su deudor, a fin de que se los haga vender en pública subasta y le paguen con lo que se obtenga. (Derecho Internacional Público) Io Prohibición impuesta por un Estado a los navios extranjeros de que abandonen sus puertos.

Prohibición de exportar ciertas mercaderías (en especial armas y municiones) hacia un Estado determinado.

Derecho Procesal

Según ANDRÉS DE LA OLIVA es el conjunto de actividades cuya principal finalidad es afectar bienes concretos del patrimonio del deudor a una concreta ejecución procesal frente a él dirigida.

El embargo requiere que previamente se haya despachado (es decir, ordenado judicialmente) la ejecución frente al deudor por una cantidad concreta de dinero. A su vez, el embargo es el presupuesto del resto de la actividad jurisdiccional de ejecución, que, en lo sucesivo, afectará sólo a los bienes del deudor sobre los que se ha trabado embargo, quedando el resto de su patrimonio ajeno a la misma.

Trabar embargo consiste, básicamente, en localizar y seleccionar unos determinados bienes del deudor, declarando que ellos serán los que, en su momento, sirvan para satisfacer las

costas del proceso de ejecución y el montante económico de la responsabilidad del deudor, cifrado en resolución judicial o en otro título con fuerza ejecutiva, como, por ejemplo, una letra de cambio (V. modificación del embargo).

Las actividades de instrucción en el proceso de ejecución se concentran en la figura procesal del embargo, de la misma manera que las actividades de instrucción en el proceso de cognición convergen en las alegaciones y las pruebas. Así como en el proceso de cognición el tribunal ha de emitir una declaración de voluntad y para ello son precisas las alegaciones y pruebas que fijan los datos procesales en que se basará la declaración judicial, en el proceso de ejecución el tribunal ha de realizar una operación material que modifique la situación a que se refiere el proceso. Y como tal modificación se proyectará sobre unos bienes, el embargo es el instrumento que permite afectarlos a las resultas del proceso; o, como también se ha dicho, el embargo es toda afectación de bienes a un proceso para facilitar al tribunal la satisfacción de la pretensión de ejecución que debe atender.

Ley de Enjuiciamiento civil, artículos 1.442 a 1.456.

Es una orden judicial que individualiza un bien determinado del deudor, afectándolo al pago del crédito en razón del cual se ha trabado el embargo.

El embargo sobre cosas inmuebles se trata mediante la anotación de la orden judicial en el registro de la propiedad.

En cambio, si lo embargado es una cosa mueble, el embargo practica por el secuestro de la cosa que es puesta bajodepósito judicial. Es bastante frecuente que se designe depositario al propio dueño, pero en ese caso queda modificado el título de la tenencia material, que ya no se realiza en carácter de propietario, sino de depositario, con las responsabilidades consiguientes.

El embargo puede ser preventivo, ejecutivo y ejecutorio. Es embargo preventivo el que se traba para evitar que resulte ilusoria una futura sentencia judicial, e impide que el deudor, durante la tramitación de un pleito, se desprenda de bienes, y con ello se torne insolvente.

El embargo ejecutivo es el primer paso de la venta forzada de un bien del deudor, que con esa medida queda sometida a la disposición del juez quien establece, de acuerdo con las previsiones de la ley, las condiciones de la subasta, procede este embargo cuando el acreedor exhibe un título que trae aparejada ejecución, o cuenta con una sentencia de condena a su favor.

El embargo ejecutorio, finalmente, es el que resulta de la circunstancia de no haberse opuesto excepciones al progreso de la ejecución, o de haber sido ellas desestimadas por sentencia firme.

El embargo ejecutivo se convierte, pues, en ejecutorio, cuando se verifica cualquiera de las situaciones procedentemente mencionadas. De donde resulta, asimismo, que adquiriendo el embargo carácter ejecutorio por simple conversión, no es necesaria resolución judicial alguna que le confiera expresamente tal carácter.

Lo que interesa destacar es que al convertirse en ejecutorio, el embargo se transforma en definitivo. En efecto, mientras el embargo preventivo y el embargo ejecutivo constituyen, aunque con distinto alcance, medidas provisonales, cuando el segundo se convierte en ejecutorio se procede inmediatamente al pago del acreedor o a la realización de los bienes respectivos mediante la venta judicial, según sea el caso.

Formas de practicar el embargo.

Las formas de practicar el embargo difieren según la naturaleza de los bienes sobre los cuales ha recaído la medida.

Tratándose de bienes inmuebles bastará previa denuncia del ejecutante y libramiento del correspondiente oficio, la anotación del embargo en el registro de la propiedad.

En ciertos casos como cuando existe peligro de que el deudor realice actos en detrimento del valor del inmueble (Ver Gr., Explotación abusiva de un bosque), la mediada puede complementarse mediante la designación de un depositario.

Si el embargo recae sobre bienes del ejecutado que se hallen en poder de un tercero (dinero efectivo, créditos, salarios, etcétera) corresponde notificar de la medida a aquel, personalmente o por cédula. Si el notificado del embargo pagase indebidamente al deudor embargado, el juez hará efectiva su responsabilidad en el mismo expediente por el trámite de los incidentes o del juicio sumario, según correspondiere, atendiendo a las circunstancias del caso.

El embargo de cosas muebles, en general, se practica mediante depósito de ellas a la orden del juez. Si se tratase de dinero efectivo de valores se depositarán en el banco de depósitos judiciales.

El oficial de justicia dejará los bienes embargados en poder de un depositario provisional que podrá ser el deudor su resultare conveniente, salvo que aquellos se encontraren en poder de un tercero y éste requiere el nombramiento a su favor. Cuando las cosas embargadas fueren de difícil o costosa conservación o hubiese peligro de pérdida o desvalorización, el depositario deberá poner el hecho en conocimiento del juez o expresarlo ante el oficial de justicia.

En cuanto a los bienes muebles de la casa en que vive el embargado, cuando fuesen susceptibles de embargo, se acostumbra constituir a aquel en depositario, salvo que por circunstancias especiales no fuese posible.

El depositario de objetos embargados a la orden judicial deberá presentarlos a la brevedad de haber sido intimado judicialmente. No podrá eludir la entrega invocando el derecho de retención.

Si no lo hiciere, el juez remitirá los antecedentes al tribunal penal competente, con los alcances que autorice la ley del país.

El depositario, por lo demás, es responsable por los daños que sufrieran los bienes y por las pérdidas e intereses derivados del incumplimiento de la obligación impuesta. Tiene derecho al reintegro de los gastos efectuados. El embargo puede practicarse aun cuando el deudor no se halle presente.

Pero en este caso:

corresponde, además de dejar constancia en la diligencia, que se le notifique la medida dentro de los tres días siguiente al de la traba. Y en el supuesto de ignorarse su domicilio, se nombrará al defensor oficial, previa citación por edictos que se publicarán por una sola vez. Esta notificación tiene por objeto acordar al deudor la posibilidad de satisfacer la deuda o la de ejercer la facultad de impugnar la medida, en si misma o en sus alcances, sea interponiendo algún recurso o promoviendo incidente de sustitución, disminución o levantamiento del embargo la presencia del acreedor, en la diligencia, resulta innecesaria cuando aquél ha denunciado los bienes sobre los cuales ha de trabarse el embargo y la enunciación de estos consta en el mandamiento. En caso contrario, la presencia del acreedor es necesaria, en principio, por cuanto es el quien debe prestar conformidad con los bienes que ofrezca el deudor o, en defecto de ofrecimiento y de conformidad, formular la correspondiente denuncia. Pero no media inconveniente legal alguno en que, al no concurrir el acreedor, el oficial de justicia través embargo sobre los bienes que ofrezca el deudor, pues en tal caso cabe interpretar que aquel se halla conforme con el ofrecimiento.

Con significados generales y arcaicos: impedimento, embaraza u obstáculo; y también incomodidad, molestia o daño. | En lenguaje jurídico, esta palabra posee diversas aplicaciones, según se refiera al Derecho POLÍTICO y al Marítimo, por un lado, o al Derecho Procesal Civil, Penal o Administrativo, por otra parte.

EJECUTIVO. Retención o apoderamiento que de los bienes del deudor se efectúa en el procedimiento ejecutivo, a fin de, con ellos o con el producto de la venta de los mismos, satisfacer la incumplida obligación a favor del acreedor que posea título con ejecución aparejada (v.). | PREVENTIVO. Medida procesal precautoria de carácter patrimonial que, a instancia de acreedor o actor, puede decretar un juez o tribunal sobre los bienes del deudor o demandado, para asegurar el cumplimiento de la obligación exigida y las resultas generales del juicio.

EMBARGO DE BIENES GANANCIALES

Embargo de bienes gananciales por deudas que sólo son responsabilidad de uno de los cónyuges.

Extracto del post: en esta entrada vamos a explicar las posibilidades de defensa que podemos desplegar cuando se procede al embargo de bienes gananciales del matrimonio cuando la deuda que provoca ese embargo es responsabilidad de uno de los cónyuges y no del matrimonio, esto es, cuando al deuda es privativa de uno de los cónyuges y no de la sociedad de gananciales que estos conforman al haber contraído matrimonio.

***. - Embargo de bienes gananciales y deuda privativa de uno de los cónyuges:**

Es un hecho que suele ocurrir en la práctica con cierta frecuencia, que uno de los cónyuges, casado en régimen de gananciales, contrae una serie de deudas de las que no debe responder dicha sociedad de gananciales, esto es, una deuda de la que debe responder sólo y exclusivamente quien la contrae y no el matrimonio en su conjunto y sin embargo se procede al embargo de bienes gananciales. Para que sea mas fácil de entender ponemos el siguiente ejemplo: si antes de contraer matrimonio, uno de los cónyuges es propietario de un bien inmueble que tiene una carga hipotecaria o cualquier otro tipo de carga, ese bien es privativo del cónyuge y no entra a formar parte de la sociedad de gananciales que se forma tras el matrimonio. Por ello la deuda es igualmente privativa de dicho cónyuge y no de la sociedad de gananciales.

Embargo de bienes gananciales y su defensa.

Embargo de bienes gananciales. Posibilidades de defensa del cónyuge no deudor.

Partiendo de lo anterior, podemos encontrarnos que la deuda privativa que hemos mencionado como ejemplo, sea reclamada en los Tribunales, y que como consecuencia de ello se proceda al embargo de bienes que forman parte de la sociedad de gananciales, es decir, bienes comunes del matrimonio. en estos casos ¿que podemos hacer?.

*.- Embargo de bienes gananciales y artículo 541 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: En este caso de embargo de bienes gananciales por deudas propias de uno de los cónyuges y por lo tanto de deudas por la que no deben responder los bienes gananciales del matrimonio, el artículo 541 de la Ley de Enjuiciamiento civil establece un mecanismo de protección de estos bienes que consiste en la posibilidad del cónyuge que no es deudor de personarse en el proceso en el cual se está reclamando la deuda que ha motivado el embargo de bienes gananciales y solicitar al juez encargado del caso la disolución de la sociedad conyugal. Es decir, solicitar al juez que se proceda a dividir los bienes comunes del matrimonio entre los cónyuges, para una vez divididos, se proceda a seguir el cobro de la deuda sólo contra los bienes del deudor y no del cónyuge que no es deudor.

En este caso el juez que conoce del procedimiento de embargo de bienes gananciales debe suspender el proceso de ejecución y abrir un incidente donde se ventilará esta disolución de la sociedad conyugal de gananciales. Una vez concluido el mismo, el proceso de ejecución seguirá solo y exclusivamente contra los bienes que hayan resultado adjudicados al cónyuge deudor y no contra los demás, quedando por ello a salvo los bienes de este cónyuge que no tiene porque soportar un embargo sobre sus bienes por deudas que no le corresponden.

MANDAMIENTO DE EMBARGO

(der. proc.) Orden judicial por la cual se dispone la anotación de uno o más bienes de una de las partes de un juicio para que eventualmente con su remate responda al pago de lo reclamado por la otra parte y de las costas judiciales, si así lo ordenare la condena. / Write, mandate.

Como ha quedado señalado, la ejecución de las sentencias de condena, ya sean de dar, hacer o no hacer, generalmente desembocan, directa o indirectamente , en el embargo de bienes

del condenado, para enajenarlo y con su propio producto pagar la cantidad a la que se haya condenado, la sentencia, los daños o los perjuicios que se ocasionen por su incumplimiento. Esto no significa que toda ejecución desemboque, siempre necesariamente, en el embargo. No llegan a éste, por ejemplo, la ejecución de las sentencias que ordenan la entrega de un bien inmueble o de una persona, el otorgamiento de una persona de un instrumento, la celebración de un acto jurídico y la división de una cosa común.

CONCEPTO

Es la afectación decretada por una autoridad competente sobre un bien o conjunto de bienes de propiedad privada, la cual tiene por objeto asegurar cautelarmente la eventual ejecución de una pretensión de condena que se plantea o planteará en juicio(embargo preventivo, cautelar o provisional), o bien satisfacer directamente una pretensión ejecutiva(embargo definitivo, ejecutivo o apremiativo).

Esta afectación se puede llevar a cabo de diversas maneras . En primer lugar se pueden realizar, mediante el simple señalamiento, en diligencia judicial, del bien embargado y la anotación de dicho bien en el Registro Público de la Propiedad, como lo prevé el artículo ---- del CPCEM para los inmuebles"De todo embargo de bienes raíces se tomará razón en el Registro Público de la Propiedad, librándose al efecto, por duplicado copia certificada de la diligencia de embargo; En segundo lugar, la afectación que el embargo implica puede llevar a cabo mediante el secuestro o deposito del bien sobre el que cae. Esta es la forma de afectación más frecuente. En este sentido se dispone que "De todo secuestro se tendrá como depositario a la persona que nombre el acreedor, bajo su responsabilidad, mediante formal inventario".

En tercer lugar la afectación del embargo se puede concretar cuando recae sobre un crédito, a la **notificación** al deudor de la orden para que se retenga la cantidad o cantidades correspondientes a disposición del juzgado, apercibido de doble pago en caso de desobediencia; y al acreedor contra el que se haya dictado el embargo, para que no disponga del crédito afectado, apercibido de que en caso de desobediencia, se le aplicaran las sanciones correspondientes de acuerdo al CPCEM.

En todo caso, el bien o los bienes embargados deben ser propiedad privada, estar dentro de comercio jurídico y no ser bienes que la ley señale como inembargables. Además debe basarse en una resolución de autoridad competente . Por ser un acto de autoridad que interfiere de manera evidente en la esfera de derecho o intereses jurídicos de una persona, el embargo se debe realizar mediante un mandamiento escrito , que funde y motive la causa legal del procedimiento tal como lo ordena el artículo 16 de la Constitución.

En fin los órganos jurisdiccionales pueden decretar dos tipos de embargo, el **provisional**, como una medida cautelar, y el **definitivo**, como una medida directamente ejecutiva dentro del procedimiento de la vía de apremio.

BIENES EN PODER DE TERCEROS

En la siguiente investigación trataremos de manera suscita sobre el Embargo Retentivo el cual consiste en el procedimiento mediante el cual un acreedor intercepta sumas de dinero o cosas mobiliarias debidas a su deudor por una tercera persona, y se hace pagar sobre el valor de los bienes embargados las deudas que tiene el embargado.

Hablaremos ampliamente de la autorización del Juez para trabar el embargo retentivo, así como cuál es el juez competente para autorizar dicho embargo, tanto en lo que tiene que ver con la competencia de atribución como la competencia territorial. Conoceremos y analizaremos el papel que desempeña el tercero embargado en el procedimiento de embargo retentivo, así como quiénes pueden ser éstos terceros embargados y los incidentes que éstos pueden presentar al momento del embargo. Otro aspecto de suma importancia a tratar en este trabajo es el Acta de Embargo, que es un acto de alguacil notificado por el persiguiente al tercero embargado, en virtud del cual le expresa su formal oposición a la entrega de los valores o los bienes que detenta a favor del deudor, como también de las menciones que debe contener dicha acta.

El embargo retentivo

1.1.-DEFINICIONES

El embargo retentivo es "el procedimiento mediante el cual un acreedor intercepta sumas de dinero o cosas mobiliarias debidas a su deudor por una tercera persona, y se hace pagar sobre el valor de los bienes embargados". (PEREZ MENDEZ, Artagnan. Procedimiento Civil, Tomo III, p.142.). Suele definirse también como el procedimiento ejecutorio mediante el cual "un acreedor prohíbe al deudor de su deudor liberarse en manos de este último, y solicita de la justicia que ordene le sean atribuidos el dinero o el valor de los objetos mobiliarios venidos a ser indisponibles en manos del deudor de su deudor". (TAVAREZ, Froilán. Elementos de Der. Proc. Civil Dominicano. P.208).

1.2.-ACEPCION LEGAL DEL EMBARGO RETENTIVO

El Código de Procedimiento Civil, en su artículo 557, dispone muy claramente que "todo acreedor puede, en virtud de título auténtico o bajo firma privada, embargar retentivamente en poder de un tercero, las sumas o efectos pertenecientes a su deudor, u oponerse a que se le entreguen a éste". De acuerdo a esta definición, en el embargo retentivo (u oposición) intervienen tres partes: a) el acreedor (el que persigue el cobro de la deuda); b) el deudor (el que ha asumido la obligación); c) el embargado (aquel que tiene en su poder bienes pertenecientes al deudor. El embargado es un "deudor del deudor" y se le denomina, a los efectos del embargo retentivo, el "tercero embargado".

1.3.-REGULACIÓN LEGAL

El embargo retentivo en sentido general, está previsto y tipificado en los artículos 557 y siguientes del Código de Procedimiento Civil; así como por otras disposiciones que contemplan embargos retentivos de naturaleza especial, previstas en el Código Civil, en el Código Laboral y en Leyes Especiales, que en la presente entrega sólo trataremos de manera muy superficial; haciendo énfasis en el embargo retentivo practicado en manos de los bancos comerciales, estudio que nos ocupa para esta edición.

1.4.-CARACTERISTICAS DEL EMBARGO RETENTIVO

La doctrina se ha mostrado de acuerdo en considerar al embargo retentivo como un embargo dual, en el sentido de que tiene una primera fase conservatoria (caracterizada por el pedimento de autorización para embargar que realiza el persiguiente, así como por la necesidad de la demanda en validez) y una segunda fase ejecutoria en virtud de la cual los bienes embargados, luego de llenar los procedimientos deley son puestos a la venta en pública subasta. Es decir, en la primera fase el persiguiente simplemente comunica al tercero embargado su oposición formal a que le sean entregadas las sumas o los valores o los bienes que detenta, y que pertenecen o le serán entregados al deudor. Entonces, usualmente se considera que a partir de la validez del embargo (para unos con la citación a la demanda en validez, para otros con la sentencia de validación), el persiguiente convierte su acción en una puramente ejecutoria, tendente a la expropiación y venta de los bienes embargados. Para la jurisprudencia dominicana, la doble naturaleza del embargo retentivo es un hecho incontrovertible, decidiendo además que la fase ejecutoria del procedimiento se inicia por efecto de la sentencia de validación. (Suprema Corte de Justicia. B.J. No.300, 23 de junio de 1935, p.254).

1.5.-SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS ENTRE EL EMBARGO RETENTIVO Y OTROS EMBARGOS CON LOS EMBARGOS EJECUTIVO Y CONSER-VATORIO

El embargo retentivo y el embargo ejecutivo se asemejan en que ambos recaen sobre objetos muebles y sumas de dinero, pero difieren substancialmente en el procedimiento que debe seguirse en uno y otro caso.

-1ero. En el embargo retentivo se ejecuta la traba en manos de un tercero, deudor del deudor, porque este tercero embargado tiene bajo su control los bienes o las sumas de dinero pertenecientes al deudor: no es posible embargar retentivamente al deudor mismo, pues él debe ser objeto de embargo ejecutivo ya que de nada sirve impedirle que se entregue a sí mismo las cosas o el dinero que ya posee.

-2do.De la misma manera, no es posible embargar ejecutivamente a un tercero que detenta sumas de dinero o bienes muebles propiedad del deudor, en razón de que este embargo no puede efectuarse sino sobre los bienes muebles propiedad del deudor y encontrados en su poder.

-3ero.Igualmente, cabe puntualizar que el embargo ejecutivo es un procedimiento avalado por un título ejecutorio -esto es, que no admite discusión en su validez, en principio- y por tanto, es un procedimiento que concede al acreedor la necesaria celeridad y protección de su crédito. El embargo retentivo, sin embargo, es un procedimiento concebido para favorecer al acreedor que puede o no tener título ejecutorio, cuyo deudor ha depositado en manos de un tercero determinados bienes o sumas de dinero y que, por la misma relación entre ellos, resulta preferible oponerse a que se le entreguen al deudor hasta que el tribunal apoderado y competente decida al respecto.

-Con el Embargo de Rentas

Fonéticamente son muy parecidos y, de hecho, guardan otras semejanzas substanciales. La renta se ha definido de la siguiente forma: es la suma debida como contraprestación de una

concesión, uso del dominio público o servicio público; sinónimo de derecho en los censos de las explotaciones vitícolas, o en su acepción más común, la renta se considera como el producto periódico que el prestatario de uncapital o el adquiriente de un bien se comprometen a pagar a cambio de ese capital o ese bien. No obstante, el embargo de rentas se define como un procedimiento destinado a indisponer la renta constituida a perpetuidad, a favor de un particular, mediante un capital determinado proveniente del precio de la venta de un inmueble o la cesión de valores inmobiliarios, o a cualquier otro título oneroso o gratuito. En consecuencia, el embargo de rentas y el embargo retentivo se diferencian en que en el primero el persiguiente no se hace pagar en manos del tercer embargado, sino que procede a vender judicialmente el derecho al cobro de la renta.

-Con el Embargo en Reivindicación.

La diferencia entre ambos procedimientos es evidente: quien embarga en reivindicación lo único que pretende es que se le devuelva la posesión de un mueble. El acreedor del embargo en reivindicación no pretende sino recuperar la posesión de un mueble, ya sea porque le pertenece o ya sea porque estuvo a su cuidado en calidad de prenda.

1.6.-BIENES QUE PUEDEN EMBARGARSE RETENTIVAMENTE

El artículo 557 del Código de Procedimiento Civil define lo que puede embargarse retentivamente: sumas o efectos pertenecientes al deudor.

"Sumas o efectos" es lo mismo que decir cantidades de dinero, valores y/o bienes muebles. Pero esas sumas o efectos no pueden exceder el doble de las acreencias, ni es posible efectuarlo en las condiciones que a seguidas citamos:

1.7.-BIENES QUE NO PUEDEN EMBARGARSE RETENTIVAMENTE

A) No es posible embargar retentivamente en manos de personas que no detenten las sumas, los valores o los bienes en base un mandato, o en calidad de depositarios. Por eso, no pueden embargarse los empleados del deudor, pues ellos no reúnen esas características, que sí poseen, por ejemplo, los comisionistas y los depositarios.

B) No es posible embargar retentivamente a los deudores de una asociación o sociedad con personalidad jurídica: el deudor no es el deudor de uno de los miembros, sino de todos los miembros de esa asociación o sociedad.

C) No pueden embargarse los sueldos, las pensiones, subvenciones y jubilaciones debidos por el Estado, sus organismos autónomos o los municipios, ni los cheques expedidos por dicho concepto. Tampoco pueden embargarse retentivamente los ahorros obligatorios como consecuencia de disposiciones legales o administrativas, realizados por los funcionarios o empleados de esas entidades en bancos establecidos en el país, todo de acuerdo con las prescripciones del artículo 580 del Código de Procedimiento Civil.

D) No pueden embargarse retentivamente las cosas que la ley prohíbe que se embarguen; ni los suministros adjudicados por la justicia para alimentos; ni en los casos en que la ley prevé excepciones, como sucede con los representantes diplomáticos.

E) Tampoco pueden ser embargadas retentivamente las cosas que el testador o el donante ha declarado que no pueden embargarse; ni las sumas y pensiones para alimentos, aunque el testamento o la donación no los declaren exceptuados de embargo. Estas últimas prohibiciones previstas por el artículo 581 del Código de Procedimiento Civil, sufren las limitaciones previstas por el artículo 582 del mismo Código.

F) No puede embargarse retentivamente al deudor quebrado, pues la sentencia que declara la quiebra suprime las persecuciones. Por último, el embargo retentivo no puede aplicarse sobre los inmuebles.

1.8.-QUIENES PUEDEN SER ACREEDORES EN EL EMBARGO RETENTIVO.

Todos aquellos acreedores poseedores de un título auténtico o bajo firma privada, e incluso podría intentarse el embargo retentivo sin posesión de título, para lo cual requiere el permiso del juez. (Suprema Corte de Justicia. 8 de junio de 1928, B.J. 215, p.3.). Puede tratarse de un acreedor privilegiado, hipotecario o quirografario. El acreedor puede ser, asimismo, un menor emancipado. El menor provisto de consultor judicial necesita la asistencia de su consultor para intentar la demanda en validez; que constituye uno de los pasos más importante en el proceso de embargo retentivo.

1.9.-TITULOS QUE PERMITEN PRACTICAR EL EMBARGO RETENTIVO

Los títulos que permiten este embargo son los siguientes: a) título autentico o bajo firma privada, b) acta notarial, c) sentencia condenatoria; d) pagaré, e) letra de cambio aceptada, f) póliza de seguro, y g) testamento.

En consecuencia, el persiguiente intenta el embargo retentivo en el caso de que su deudor lo sea de sumas de dinero en poder de un tercero, o aun de cosas muebles debidas por un tercero al deudor. Si las cosas debidas se encuentran en poder de un tercero, se imponen consideraciones de cuidado: se ha sugerido la posibilidad de un embargo ejecutivo sobre la base de las disposiciones de los artículos 601 y 602 del Código de Procedimiento Civil, aunque parece haber consenso en el hecho de que este tipo de embargo es más bien de tipo retentivo.

1.10.-JURISDICCION COMPETENTE

En los términos del artículo 558 del Código de Procedimiento Civil, el juez competente es el del domicilio del deudor o el del domicilio del tercer embargado, en cuanto a la territorialidad. En cuanto a la competencia de atribución lo es el juez de Primera Instancia, sin importar el monto del crédito y ni siquiera si dicho crédito es de naturaleza comercial. El Juzgado de Paz puede conocer los embargos retentivos u oposiciones en las materias de su competencia. Por ejemplo: cuando interviene sentencia del juzgado de paz; como en el caso de la condenación al pago de alquileres vencidos y dejados de pagar.

1.11.-JURISDICCION COMPETENTE EN LOS CASOS DE LOS DISTRI-TOS JUDICIALES DE SANTO DOMINGO Y SANTIAGO.

Cabe puntualizar que en lo concerniente a los distritos judiciales de Santo Domingo y Santiago, la competencia estará regida por la ley 50-00, de fecha 26-7-2000, que establece

para ambas demarcaciones judiciales un nuevo sistema de apoderamiento; refundiendo las cámaras civiles y penales en una sola por cada jurisdicción o tribunal, con un Juez Presidente en lo civil y otro en lo penal que a su vez mediante un sistema computarizado aleatorio se encargarán de asignar a lo demás jueces los diferentes expedientes que le sean sometidos. (Ver en legislación anexa Ley 50-00).

1.12.-EL CREDITO EN EL EMBARGO RETENTIVO

En cuando al crédito, ya sabemos que "para que sea posible una medida de ejecución, es necesario un crédito: él constituye la causa de la medida, su razón de ser". (GERMAN MEJIA, Dr. Mariano. Las Vías de Ejecución en la R.D. p.186.). Es necesario, por demás, que el crédito posea una expresión pecuniaria. y en consecuencia conjugar las condiciones previstas por la ley de ser cierto, liquido y exigible:

-***La Certidumbre*.** Es necesario que el crédito tenga una existencia comprobada, pues por una apariencia dudosa o seriamente discutible puede declararse nulo el embargo. Según esto, un crédito eventual no puede fundamentar el embargo retentivo, ni un crédito contestado, ni un crédito sujeto a condición -cuando menos hasta que la condición se haya cumplido.

-***La Liquidez*.** Es una característica de presencia obligada al momento de la ejecución, pues en los términos del artículo 559 del Código de Procedimiento Civil "si el acto se hiciere por permiso del juez, el auto enunciará la cantidad por la cual deba hacerse el embargo retentivo u oposición", tratándose, entonces, de una evaluación provisional realizada por el magistrado. Esto sucede cuando el acreedor no está provisto de título, porque si lo tiene, es innecesario evaluar el crédito, "aunque el juez puede modificar el monto, una vez que haya conocido la demanda al fondo o en validez del embargo". (GERMAN MEJIA, Dr. Mariano. Op. Cit. p.159.).

-***La Exigibilidad*.** Como hemos dicho, tanto en el embargo ejecutivo como en el retentivo el crédito debe ser a término: si se intenta antes del término, el acreedor sólo puede demandar las cuotas vencidas. (TAVAREZ, Froilán. Op. Cit. p.219). Por demás, las condiciones de exigibilidad del crédito en el embargo retentivo mantienen las características enunciadas por el Código de Procedimiento Civil que en su artículo 551 establece lo siguiente: No podrá procederse a ningún embargo de bienes mobiliarios o inmobiliarios sino en virtud de un título ejecutorio y por cosas líquidas y ciertas. Si la deuda exigible no es de suma en metálico, se sobreseerá, después del embargo, en los procedimientos ulteriores, hasta que se haya hecho la liquidación de la deuda.

1.13.-EL DEUDOR EN EL EMBARGO RETENTIVO

El embargo retentivo puede practicarse contra el deudor, y contra sus causahabientes universales o a título universal. Cuando un tercero asume las obligaciones que incumben al deudor condenado, él puede ser embargado en virtud de la sentencia condenatoria que se pronuncie sobre dicho deudor. El deudor en el embargo retentivo es aquel que tiene la obligación a su cargo, y que ha dispuesto en manos de un tercero de ciertos bienes o sumas de dinero que le pertenecen o le deben ser entregados, sobre los cuales el acreedor efectúa

la traba. Dentro de esta categoría caben inclusive los deudores de una sucesión indivisa, pues el acreedor puede trabar la parte de la misma correspondiente a su deudor.

1.14.-CONCEPTO DE TERCERO EMBARGADO

El tercero embargado es aquella parte en el proceso de embargo que no tiene deudas con el acreedor, pero sí tiene en sus manos valores o bienes que pertenecen o que debe entregar a dicho deudor; sin mantener con el deudor una relación de subordinación. Estas características no son provistas por la doctrina ni por la legislación, sino por la jurisprudencia (Suprema Corte de Justicia, 27 de mayo de 1966. B.J.666, p.816). De esta forma, se ha establecido que las condiciones del tercero embargado son dos: en primer lugar, el tercero embargado debe tener poder propio, es decir, un poder tal que le permita retener los bienes o valores que detenta a nombre de o para entregar al deudor. En segundo lugar, y como un desprendimiento de ese poder propio, el tercero embargado se caracteriza por carecer de lazos de subordinación respecto al deudor: el tercero embargado no es un empleado, ni trabaja a cuenta del deudor.

1.15.-PROCEDIMIENTO PARA REALIZAR EL EMBARGO RETENTIVO

Esquemáticamente, el procedimiento de embargo retentivo atraviesa las siguientes etapas:

***-La Solicitud de la Autorización*.** Si el persiguiente está provisto de título ejecutorio, no necesita autorización del juez para intentar el embargo. Pero si el acreedor no está provisto de título, acude por ante el juez para que le autorice a trabar el embargo, en los términos del artículo 558 del Código de Procedimiento Civil. Esta solicitud se realiza a través de un requerimiento suscrito por abogado, acompañado de losdocumentos que pueden permitir al juez realizar la evaluación del crédito. Es decir, se eleva instancia al juez del domicilio del deudor o del tercero embargado, previa constitución de abogado, y se aportan los documentos que permitan realizar la evaluación provisional, si el crédito no está liquidado. Entonces el magistrado debe decidir sobre la medida evaluando de manera provisional el crédito.

***-El Auto del Juez*.** Es la autorización para embargar, que el juez puede conceder o negar. Este auto u ordenanza no se pronuncia sobre la forma ni el fondo de la medida, ni sobre la competencia del tribunal. Simplemente es una autorización concedida por el juez, en atención a los documentos probatorios remitidos por el persiguiente. Recursos posibles en caso de que el juez rechace dar la autorización.- Se admite que, en caso de rechazo por parte del juez, se permita la apelación. La jurisprudencia francesa señala al respecto que al ser el recurso de apelación una vía ordinaria, solo puede ser cerrada si un texto la prohíbe expresamente. (J. Vincent et Prevault. No.267-214).

***-El Acta de Embargo*.** El persiguiente no comunica mandamiento de pago a su deudor, sino que notifica al tercero embargado sobre la medida de ejecución.

El acta de embargo es un acto de alguacil notificado por el persiguiente al tercero embargado, en virtud del cual le expresa su formal oposición a la entrega de los valores o los bienes que detenta a favor del deudor, y en los términos del artículo 559 del código de procedimiento civil la notificación de embargo o acta de embargo deberá contener las siguientes menciones:

a) Enunciación del título que ampara el crédito, si existe, o copia del auto que lo avala, si es con autorización del juez.

b) Especificación de las sumas por las cuales se efectúa el embargo.

c) Elección de domicilio en la jurisdicción del tribunal donde reside el embargado o el tercero embargado.

d) Generales del persiguiente, el deudor y el tercero embargado.

e) Prohibición expresa al tercero embargado de desapoderarse de los bienes o los valores que detenta.

Efectos del Acta de Embargo. El acta de embargo inmoviliza los bienes o las sumas y valores en manos del tercero embargado, a cargo de las cuales se prohíbe efectuar cualquier operación a favor del deudor, hasta una suma equivalente al doble de las reclamaciones. Si las sumas embargadas exceden esa cantidad, el tercero embargado puede disponer de ellas a favor del deudor. El acta de embargo interrumpe la prescripción que corría a favor del tercero embargado, y el crédito embargado es puesto en manos de la justicia.

-La Denuncia del Embargo. Ocho días después de la notificación del acta de embargo, más los plazos en razón de la distancia que sean necesarios, en atención a los términos del artículo 563 del Código de Procedimiento Civil, el persiguiente notifica al deudor un acto de alguacil encabezado por el acta de embargo notificada al tercero embargado, haciéndole saber al deudor que el embargo se ha efectuado.

Efectos de la Denuncia del Embargo. Su efecto único es el de llevar a conocimiento del embargado la realización de la traba.

-La Citación en Validez. Entonces procederá a citar al deudor para que asista a la demanda en validez, que será efectuada por ante el tribunal que autorizó la medida, y esta citación se efectúa a través de un emplazamiento que contiene las enunciaciones comunes a los actos de alguacil. En la audiencia que al efecto es celebrada, el persiguiente solicita al juez la validación del embargo y la condenación del demandado al pago del crédito en principal, intereses y costas.

Efectos de la Citación en Validez. La demanda en validez pone en manos del tribunal la decisión sobre el procedimiento retentivo, en cuanto al monto del crédito y en cuanto al mismo procedimiento retentivo. Si el embargo es declarado válido, se procede al remate y distribución de su producto de acuerdo con las reglas que regulan la distribución a prorrata. Si es declarado nulo, el embargo es asimismo anulado.

-Contradenuncia de la Demanda. Es el acto de procedimiento mediante el cual el persiguiente comunica al tercero embargado que ha hecho del conocimiento del deudor embargado, la realización del embargo, afectando los bienes y créditos de éste en manos de aquel que ha demandado la validez de la medida practicada. Este paso procedimental se lleva a cabo por medio de un acto de alguacil notificado al tercero embargado, a persona o a domicilio. En la notificación de la demanda en validez, el plazo puede ser aumentado en razón de la distancia conforme a los artículos 73 y 1033 del Código de Procedimiento Civil.

A diferencia de la denuncia y demanda en validez, el hecho de abstenerse de llevarlo a cabo en el plazo indicado no tiene como sanción la nulidad del procedimiento, sino la posibilidad de declarar válidos los pagos hechos por el tercero embargado al deudor perseguido.

-La Declaración Afirmativa. En el caso de que el tercero embargado sea una institución bancaria, y este es el caso más común en el embargo retentivo, el persiguiente lo que ha hecho es notificar su oposición de pago a todos los bancos de la República, aunque no todos tengan en su poder sumas de dinero o bienes pertenecientes al deudor, o que le serían entregados. Por eso, el persiguiente debe citar en validez, para que concurran ante el tribunal los posibles detentadores de sumas, valores o bienes por cuenta del deudor, y declaren allí si efectivamente tienen en su poder esas sumas o bienes, o si definitivamente no los poseen. Esta citación sólo puede producirse una vez que el persiguiente ha sido favorecido con la sentencia de validación del embargo retentivo. El persiguiente cita al tercero embargado mediante acto de alguacil emplazándolo, y éste deberá declarar lo que corresponda de forma personal o por medio de apoderado especial, por ante la secretaría del tribunal. Su declaración contendrá las causas de la deuda que mantiene el tercero embargado con el deudor, su importe, los pagos que han sido realizados o las causas de liberación, o si ya ha sido efectuado algún embargo retentivo u oposición en sus manos. La falta de declaración por el tercero embargado o el hecho de no anexar a la declaración los documentos justificativos, hará que el tercero embargado sea declarado deudor puro y simple de las causas del embargo. El tercero embargado puede declarar que no es deudor del deudor, en cuyo caso el tribunal puede aceptarlo o exigirle la prueba de su negativa.

Efectos de la Declaración Afirmativa. Con la Declaración Afirmativa.- Se determina si el tercero embargado es realmente deudor del embargado.

-La Sentencia que Valida el Embargo Retentivo. Ciertos autores enseñan que se trata de una indicación de pago sui generis, produciendo una delegación imperfecta a favor del embargante. Según esta opinión, el embargado continúa siendo el deudor del ejecutante, y si el tercero es insolvente, el embargante puede perseguir al embargado para el cobro de su acreencia. La jurisprudencia francesa ha adoptado otro criterio jurídico aceptado por la mayoría de la doctrina, consignando que la sentencia de validez tiene por efecto desapoderar al deudor de las sumas embargadas retentivamente. (JORGE BLANCO, Dr. Salvador. Op. Cit. p.174.

La sentencia de validez no libera de su obligación de pagar al embargado, y mientras el tercero no haya efectuado el pago de la totalidad de lo debido, la diferencia queda a cargo del embargado. Las relaciones entre el persiguiente y el tercero embargado presentan algunas dificultades, pues para algunos autores la sentencia es una indicación de pago, es decir que el tercero embargado puede arreglárselas directamente con el persiguiente, pero que este último no se ha convertido en su acreedor. Para otros, la sentencia opera un transporte del crédito en provecho del persiguiente y en perjuicio del tercero embargado. En esta situación, el tercero embargado deja de ser deudor del embargado y se convierte en deudor del persiguiente.

La ventaja del segundo criterio expuesto es que le confiere al embargante el derecho exclusivo sobre la suma que el tercero debía sin tener el concurso de los demás acreedores que no habrían notificado oposición, sino después de la sentencia de validación.

1.16.-EFECTOS DEL EMBARGO RETENTIVO

a) El embargo retentivo inmoviliza el crédito embargado.

b) Constituye un impedimento incluso para los créditos futuros que el tercero embargado detente a nombre del embargado.

1.17.-LOS INCIDENTES EN EL EMBARGO RETENTIVO

Los incidentes pueden provenir del embargado, en ocasión de perseguir el levantamiento o la reducción del embargo.

***-Levantamiento del Embargo*.** El levantamiento del embargo retentivo puede ser amigable o judicial: El levantamiento amigable, no está sujeto a reglas específicas, opera por el libre juego de voluntades y puede incluso quedar plasmado hasta en una carta, siempre que al tercero embargado se le haga constar fehacientemente la liberación de su compromiso con el persiguiente. En este caso el tercero embargado tiene el legitimo derecho a procurar de las partes por cualquier medio las garantías necesarias de que no va incurrir en responsabilidad alguna con las partes.

El levantamiento judicial se puede perseguir alegando irregularidad del procedimiento. El mismo implica la intervención del tribunal. Esto puede lograrse mediante la interposición de una demanda en acción principal o reconvencionalmente en el curso de la demanda en validez.

Jurisdicción competente en caso de levantamiento judicial del embargo retentivo.- Se admite que en el embargo retentivo practicado sin título, el Juez de los referimientos es competente para pronunciar el levantamiento. Cuando la existencia del título ni su validez son contestados, el tribunal competente es el de derecho común, con exclusión del juez de los referimientos. En cuanto a la competencia de atribución para el levantamiento del embargo, corresponde al juez de Primera Instancia, a pesar de que la competencia de atribución no es de orden público. En cuanto a la competencia territorial, dependerá del tribunal donde se haya radicado o se pretenda introducir la demanda en validez. La sentencia de levantamiento del tribunal apoderado tomará en cuenta los alegatos del demandante, o sea, del embargado que persigue el levantamiento, decidiendo por medio de sentencia sujeta a los recursos ordinarios.

Posibilidades del embargado para solicitar el levantamiento del embargo.- El embargado dispone de tres vías diferentes para solicitar el levantamiento del embargo:

a) Por acto de abogado a abogado, en forma de demanda incidental propuesta contra la demanda en validez.

b) Por la vía de los referimientos.

c) Por vía de acción principal, notificando al persiguiente en el domicilio de elección.

-***Reducción del embargo.*** La reducción del embargo puede resultar del límite de la indisponibilidad de los bienes en manos del tercer embargado. Asimismo, los incidentes pueden provenir de otros acreedores, provocando una situación similar a la de "embargo sobre embargo", ocurrencia que podría suceder cuando varios acreedores, separadamente, traban embargos retentivos. En lo relativo a la competencia los criterios aplicados para el levantamiento del embargo serán los mismos a ser utilizados para la reducción del embargo, esto es, a la disminución en el monto de la traba.

-***Concurso de Varios Embargos.*** Un mismo deudor puede tener varios acreedores, y esos acreedores pueden intentar el embargo retentivo sucesivamente. El embargo retentivo no crea ningún privilegio en provecho del primer embargante, y es por ello que, después del primer embargo, pueden surgir otros. En este caso, se procederá a la distribución a prorrata si los fondos no son suficientes como para satisfacer a todos los acreedores. En caso de que los fondos sean suficientes se concurrirá a la distribución del precio entre todos, hasta el total de sus acreencias. Si los demás acreedores intervienen después de la sentencia en validez, quedan excluidos. La jurisprudencia ha sostenido que la suma embargada retentivamente está afectada de indisponibilidad por los embargos retentivos practicados con anterioridad a la sentencia en validez: Los bienes del deudor son prenda común de los acreedores, y el precio debe distribuirse entre ellos a menos que existan causas legítimas de preferencia. La regla de que el primer embargo retentivo no atribuye ningún privilegio al primer persiguiente sufre dos excepciones:

a) La jurisprudencia ha decidido que después de la sentencia de validación los posteriores embargos son nulos, pues recaerían sobre un crédito del cual el deudor no es titular.

b) Cuando el deudor demanda el levantamiento parcial del embargo, el primer embargante goza de privilegio sobre el valor consignado.

-***Cesión de Crédito.*** Puede presentarse, y usualmente la doctrina lo analiza de esta manera, en dos alternativas: el caso de un solo embargo seguido de la cesión de crédito, y el caso de la cesión entre varios embargos retentivos. En el primer caso se soluciona examinando las causas del embargo: si son inferiores al valor del crédito embargado el cesionario tiene derecho a percibir el exceso sobre las causas del embargo. En el segundo caso, es lógico que el crédito se divida a prorrata entre el primer embargante y el cesionario del crédito, excluyendo a los embargantes posteriores de la cesión puesto que su intervención se produjo después que el crédito saliera del patrimonio del deudor.

1.18.-LA FIANZA Y LA OPERACIÓN DE CUENTAS EMBARGADAS RE-TENTIVAMENTE

A pesar de haberse trabado un embargo retentivo, la cuenta puede continuar sus operaciones normales; siempre y cuando a requerimiento del deudor una compañía de seguros ofrezca garantías de que el saldo de la cuenta por el monto de las acreencias, estará disponible el día que se le requiera. La fianza puede ser prestada por cualquier persona o empresa de reconocida solvencia.

1.19-EMBARGO RETENTIVO SOBRE SÍ MISMO

-Concepto.

No constituye un procedimiento establecido por el derecho común o previsto en leyes especiales, pero como la ley tampoco lo prohíbe, es posible que entre dos personas con deudas mutuas, una de ellas decida embargarse retentivamente, es decir, auto bloquear en sus mismas manos los fondos de su propiedad, con la finalidad de hacerse pagar de lo que el mismo le adeuda al embargado.

El embargo retentivo sobre sí mismo en principio consagrado por la doctrina. La Suprema Corte de Justicia también lo ha aceptado, sosteniendo que la validez del embargo retentivo sobre sí mismo está supeditada a que la compensación no sea posible, por no recaer ambos créditos sobre sumas de dinero o sobre cosas fungibles. Este criterio jurisprudencial fue impuesto por sentencia del 5 de octubre de 1960, B.J. 603, p.2024.

1.20.-EMBARGO RETENTIVO PREVISTO POR EL CODIGO LABORAL

El embargo retentivo consignado en los artículos 663 y siguientes del Código de Trabajo de la República Dominicana (Ley 16-92 del 29 de Mayo de 1992), faculta a empleadores y trabajadores provistos de un titulo ejecutorio, de una sentencia (aun apelada), o con la autorización del juez competente, a trabar embargo retentivo sobre los bienes de su deudor. Este procedimiento de embargo retentivo laboral se efectúa como en materia sumaria, lo cual está previsto por el Código de Trabajo. Sin embargo, debe tenerse presente que este procedimiento se encuentra sometido supletoriamente a las prescripciones del derecho común, en cuanto no colida o sea incompatible con las normas y principios que rigen el procedimiento laboral vigente.

-***Procedimiento*:** Los actos procesales a ejecutar para practicar el embargo retentivo del código laboral van a depender de las características del título o de la sentencia que posea el persiguiente a saber:

1ero. En el caso de que el persiguiente no posea un titulo ejecutorio, deberá elevar una instancia al tribunal de trabajo competente solicitándole la autorización a embargar. En caso de ser ponderada y acogida su solicitud: el Juez autorizara por auto el que se traben medidas conservatorias conjuntamente con la fijación de la audiencia para validar el embargo.

2do. En el caso de que el persiguiente haya obtenido una sentencia del tribunal de primer grado que ha sido apelada, se seguirá el mismo procedimiento, en razón de la característica sumaria presente en la materia laboral.

3ero. En caso de que el persiguiente haya trabado previamente el embargo retentivo, y obtenga sentencia irrevocable con autoridad de la cosa juzgada; Solo tendrá que solicitar al tribunal que dicto la sentencia copia certificada de dicha sentencia y presentarla al tercero embargado para que este pague en manos del ejecutante el importe de las condenaciones.

En este procedimiento no se admiten nulidades de procedimiento a partir de que se iniciado la ejecución de la sentencia, estando el embargo retentivo sometido a las reglas del derecho común del doble grado de jurisdicción y en consecuencia al recurso extraordinario de la casación y la única actuación procesal contemplada lo es por parte del Juez de los Referimientos (papel desempeñado por el Presidente de la Corte de Trabajo), sea para prevenir un daño inminente o para hacer cesar una perturbación manifiestamente ilícita.

Con la salvedad de que la competencia para conocer del fondo del asunto corresponde al tribunal que dicto la sentencia.

La ejecución podrá ser suspendida o paralizada a petición del ejecutante de conformidad con el (art.664 cod.de trabajo)

El ejecutante después de haber iniciado el procedimiento de embargo; Deberá darle seguimiento puntual al mismo, en razón de que el código de trabajo establece en su Artículo 665.- Que si ha "transcurrido un mes sin que el ejecutante haya intimado la continuación del procedimiento, el tribunal requerirá a éste que manifieste, en término de cinco días, si la ejecución ha de seguir adelante y solicite lo que a su derecho convenga, con la advertencia de que transcurrido este último plazo se archivarán provisional o definitivamente las actuaciones del caso".

1.21.-EL REFERIMIENTO

-Concepto: El referimiento es un procedimiento en virtud del cual, ante la urgencia de proteger un derecho o de hacer cesar una perturbación manifiestamente ilícita, se obtiene del Presidente del Tribunal apoderado una decisión de carácter provisional que tienda a asegurar el derecho amenazado. Es decir, se acude a los referimientos para prevenir un daño inminente o para hacer cesar una turbación manifiestamente ilícita, sin que la decisión influya en el fondo del asunto.

-***Características:*** Existen dos características resultan principales y diferenciadas en cuanto al ejercicio de este procedimiento: la rapidez y la provisionalidad de la decisión. El procedimiento en materia de referimiento resulta simple como una forma de abreviar los plazos propios del procedimiento ordinario. Es, sin duda alguna, un procedimiento sumario, excepcional, que permite a un juez único dar una decisión provisional, en materia contenciosa.

-***Regulación Legal:*** El referimiento está consignado en el Código de Procedimiento Civil, y sus modificaciones contenidas en los artículos 101 hasta el 112, de la Ley 834, del 15 de julio del año 1978.

-***Finalidad del Referimiento*****:** La decisión en referimiento, no ataca el fondo de lo principal: sólo trata de proteger los derechos amenazados, pues está concebido estrictamente como un medio para asegurar intereses presentes y casos de urgencia.

-***La Ordenanza de Referimiento:*** La ordenanza de referimiento es una decisión provisional rendida a solicitud de una parte, la otra presente o citada en los casos en que la ley confiere a un juez que no está apoderado de lo principal el poder de ordenar inmediatamente las medidas necesarias. En tal sentido la decisión del Juez de los Referimientos se denomina "Ordenanza de Referimiento". Una vez evacuada por el Juez, la parte interesada puede recurrirla por ante el mismo Juez que dictó el auto u ordenanza, aunque la ordenanza se ejecutará cobre minuta y no obstante cualquier recurso. La ordenanza de referimiento, no ataca lo principal ni estatuye sobre el fondo, es ejecutoria provisionalmente sin fianza, a menos que el juez haya ordenado que se preste una, y su ejecución tiene lugar a la vista de la minuta. No es posible la oposición a la ordenanza de referimiento, que sólo puede ser

atacada en apelación, en el plazo de quince días. La sentencia en referimiento Tiene fuerza de cosa juzgada y no es susceptible de ningún recurso que suspenda su ejecución.

El referimiento por sus características de urgencia y celeridad, constituye hoy día, la medida más socorrida por los abogados Para enfrentar los efectos o la traba de los diferentes embargos; Así como para evitar la inminente ejecución de una sentencia condenatoria en materia civil, comercial y laboral etc…Rendida por los tribunales de la República.

***-Procedimiento*:** La demanda es llevada por vía de citación a una audiencia, que se celebrará a este efecto el día y hora habituales de los referimientos. Si a juicio del juez el caso sometido requiere toda la celebridad posible, puede conocer el referimiento aún los días feriados, de descanso e incluso en su domicilio, con las puertas abiertas. El Juez se asegurará que haya transcurrido un tiempo suficiente entre la citación y la audiencia para que la parte citada haya podido preparar su defensa.

1.22.-LOS PODERES DEL JUEZ PRESIDENTE EN MATERIA DE REFERIMIENTO

En todos los casos de urgencia, el presidente del Tribunal de Primera Instancia puede ordenar en referimiento todas las medidas que no colindan con ninguna contestación seria o que justifique la existencia de un diferendo.

BIENES EMBARGABLES

I. Sobre los bienes embargados

La presente publicación tiene por objeto explicar brevemente cuál es la situación jurídica de los bienes embargados, junto con reproducir dos normas legales de nuestro ordenamiento jurídico: el artículo 1618 del Código Civil y el artículo 445 del Código de Procedimiento Civil; ambas disposiciones señalan qué bienes son inembargables en Chile.

Una de las dudas más angustiantes frente a un embargo de bienes, y más aún si éste se ha producido erróneamente por deudas ajenas, es qué sucede realmente con las cosas embargadas, ya que según hemos podido comprobar reiteradamente en nuestro servicio de Consultoría Online, se suele confundir un embargo de bienes con momentos del juicio ejecutivo, como el retiro y remate de las especies. Esta confusión es absolutamente excusable y deriva del natural desconocimiento técnico jurídico de aquellas personas demandadas en un juicio ejecutivo, por lo que es de esperar que esta publicación ayude un poco a esclarecer el estado de las cosas.

El embargo de bienes, en estricto rigor, implica solamente un cambio jurídico, sin que las cosas se vean afectadas materialmente en las primeras etapas del juicio.

a) Situación jurídica de las cosas embargadas

Una vez que se ha decretado el embargo de ciertos bienes del deudor, el dominio de aquéllos no se ve alterado en su titularidad, es decir, las cosas embargadas siguen perteneciendo al deudor ejecutado. Sin embargo, estas cosas salen inmediatamente del tráfico jurídico, por

lo que el deudor no podrá enajenarlas en modo alguno, perdiendo una importante facultad del derecho de dominio: disponer jurídicamente de las cosas. Sobre el particular, el artículo 1464 del Código Civil dispone: "Hay un objeto ilícito en la enajenación: [...] 3º De las cosas embargadas por decreto judicial, a menos que el juez lo autorice o el acreedor consienta en ello". Conforme a esta norma, resulta claro que la única excepción a este efecto connatural al embargo, sacar las cosas del tráfico jurídico, depende de la autorización del juez o del consentimiento del acreedor ejecutante.

b) El deudor como depositario

Resulta muy común que cuando se decreta un embargo de bienes se designe al mismo deudor como depositario de las cosas embargadas durante la tramitación del juicio ejecutivo; así, lo señalado acerca de que el embargo es una situación marcadamente jurídica y no fáctica, se ve reafirmada. En efecto, la situación material probablemente no cambiará para el deudor embargado, ya que una vez decretada la medida judicial es muy factible que él mismo quede como depositario de los bienes, quedando éstos bajo su cuidado hasta que pague la deuda o se decrete el retiro y remate de las especies.

c) Responsabilidad del dueño de los bienes embargados

En este punto corresponde señalar la responsabilidad que cabe al dueño respecto de las cosas embargadas, ya que si las destruye fraudulentamente, incluso habría responsabilidad penal por este hecho de conformidad al artículo 469 Nº 6 del Código Penal, que dispone "Se impondrá respectivamente el máximum de las penas señaladas en el artículo 467: [estas son las penas del delito de estafa] [...] 6º. Al dueño de la cosa embargada, o a cualquier otro que, teniendo noticia del embargo, hubiere destruido fraudulentamente los objetos en que se ha hecho la traba". En virtud de lo anterior, el deudor siempre deberá tener sumo cuidado en la conservación de las cosas embargadas, especialmente si es él quien obra como depositario de las mismas.

BIENES INEMBARGABLES

II. Bienes inembargables

a) Artículo 1618 del Código Civil

"La cesión comprenderá todos los bienes, derechos y acciones del deudor, excepto los no embargables.

No son embargables:

- 1. Las dos terceras partes del salario de los empleados en servicio público, siempre que ellas no excedan de noventa centésimos de escudo; si exceden, no serán embargables los dos tercios de esta suma, ni la mitad del exceso.
- 2. La misma regla se aplica a los montepíos, a todas las pensiones remuneratorias del estado, y a las pensiones alimenticias forzosas;
- 3. El lecho del deudor, el de su cónyuge, los de los hijos que viven con él y a sus expensas, y la ropa necesaria para el abrigo de todas estas personas;

- 4. Los libros relativos a la profesión del deudor hasta el valor de veinte centésimos de escudo y a elección del mismo deudor;
- 5. Las máquinas e instrumentos de que se sirve el deudor para la enseñanza de alguna ciencia o arte hasta dicho valor y sujetos a la misma elección;
- 6. Los uniformes y equipos de los militares, según su arma y grado;
- 7. Los utensilios del deudor artesano o trabajador del campo, necesarios para su trabajo individual;
- 8. Los artículos de alimento y combustible que existan en poder del deudor, hasta concurrencia de lo necesario para el consumo de la familia durante un mes;
- 9. La propiedad de los objetos que el deudor posee fiduciariamente;
- 10. Los derechos cuyo ejercicio es enteramente personal, como los de uso y habitación;
- 11. Los bienes raíces donados o legados con la expresión de no embargables, siempre que se haya hecho constar su valor al tiempo de la entrega por tasación aprobada judicialmente; pero podrán embargarse por el valor adicional que después adquirieren"

b) Artículo 445 del Código de Procedimiento Civil

"No son embargables:

- 1. Los sueldos, las gratificaciones y las pensiones de gracia, jubilación, retiro y montepío que pagan el Estado y las Municipalidades.

Sin embargo, tratándose de deudas que provengan de pensiones alimenticias decretadas judicialmente, podrá embargarse hasta el cincuenta por ciento de las prestaciones que reciba el alimentante en conformidad al inciso anterior;

- 2. Las remuneraciones de los empleados y obreros en la forma que determinan los artículos 40 y 153 del Código del Trabajo;
- 3. Las pensiones alimenticias forzosas;
- 4. Las rentas periódicas que el deudor cobre de una fundación o que deba a la liberalidad de un tercero, en la parte que estas rentas sean absolutamente necesarias para sustentar la vida del deudor, de su cónyuge y de los hijos que viven con él y a sus expensas;
- 5. Los fondos que gocen de este beneficio, en conformidad a la Ley Orgánica del Banco del Estado de Chile y en las condiciones que ella determine;
- 6. Las pólizas de seguro sobre la vida y las sumas que, en cumplimiento de lo convenido en ellas, pague el asegurador.

Pero, en este último caso, será embargable el valor de las primas pagadas por el que tomó la póliza;

- 7. Las sumas que se paguen a los empresarios de obras públicas durante la ejecución de los trabajos. Esta disposición no tendrá efecto respecto de lo que se adeude a los artífices u obreros por sus salarios insolutos y de los créditos de los proveedores en razón de los materiales u otros artículos suministrados para la construcción de dichas obras;

- 8. El bien raíz que el deudor ocupa con su familia, siempre que no tenga un avalúo fiscal superior a cincuenta unidades tributarias mensuales o que se trate de una vivienda de emergencia, y sus ampliaciones, a que se refiere el artículo 5 del decreto ley No. 2.552, de 1979; los muebles de dormitorio, de comedor y de cocina de uso familiar y la ropa necesaria para el abrigo del deudor, su cónyuge y los hijos que viven a sus expensas.

La inembargabilidad establecida en el inciso precedente no regirá para los bienes raíces respecto de los juicios en que sean parte el Fisco, las Cajas de Previsión y demás organismos regidos por la ley del Ministerio de la Vivienda y Urbanismo;

- 9. Los libros relativos a la profesión del deudor hasta el valor de cincuenta unidades tributarias mensuales y a elección del mismo deudor;

- 10. Las máquinas e instrumentos de que se sirve el deudor para la enseñanza de alguna ciencia o arte, hasta dicho valor y sujetos a la misma elección;

- 11. Los uniformes y equipos de los militares, según su arma y grado;

- 12. Los objetos indispensables al ejercicio personal del arte u oficio de los artistas, artesanos y obreros de fábrica; y los aperos, animales de labor y material de cultivo necesarios al labrador o trabajador de campo para la explotación agrícola, hasta la suma de cincuenta unidades tributarias mensuales y a elección del mismo deudor;

- 13. Los utensilios caseros y de cocina, y los artículos de alimento y combustibles que existan en poder del deudor, hasta concurrencia de lo necesario para el consumo de la familia durante un mes;

- 14. La propiedad de los objetos que el deudor posee fiduciariamente;

- 15. Los derechos cuyo ejercicio es enteramente personal, como los de uso y habitación;

- 16. Los bienes raíces donados o legados con la expresión de no embargables, siempre que se haya hecho constar su valor al tiempo de la entrega por tasación aprobada judicialmente; pero podrán embargarse por el valor adicional que después adquieran;

- 17. Los bienes destinados a un servicio que no pueda paralizarse sin perjuicio del tránsito o de la higiene pública, como los ferrocarriles, empresas de agua potable o

desagüe de las ciudades, etc.; pero podrá embargarse la renta líquida que produzcan, observándose en este caso lo dispuesto en el artículo anterior; y

- 18. Los demás bienes que leyes especiales prohíban embargar.

Son nulos y de ningún valor los contratos que tengan por objeto la cesión, donación o transferencia en cualquier forma, ya sea a título gratuito u oneroso, de las rentas expresadas en el número 1 de este artículo o de alguna parte de ellas".

INTERDICCIÓN DE SALIDA

Interdicción de salida. Improcedencia. Relación entre el crédito reclamado y el valor del buque.

A los efectos de la procedencia o no de la interdicción de salida, es necesario tener en cuenta la relación entre el monto que se reclama y el valor del buque. Resultando mayor el de éste , tal situación determina la eficacia de la garantía. Cabe recordar que en este tema debe prevalecer un criterio restrictivo por lo que corresponde demostrar de manera fehaciente la necesidad de dictarse tal prohibición, independientemente, claro está, de la no discutida admisibilidad del embargo.

*CNAT **Sala I** Expte n° 86/04 sent. int. 54105 12/3/04 "Caetano, Jorge c/ Ferrylíneas Argentinas SA y otro s/ medida cautelar".*

Interdicción de salida. Improcedencia. Necesidad de demostrar la ineficacia del embargo.

Cuando no se ha brindado ningún elemento objetivo que permita afirmar la ineficacia del embargo decretado, corresponde desestimar la interdicción de salida pretendida. Ello así, por cuanto es necesario tener en cuenta los perjuicios que irrogaría la paralización de las actividades mercantiles del buque y el carácter meramente preventivo de la medida cautelar en cuestión.

*CNAT **Sala de feria** Expte n° 125/02 sent. 4 15/1/01 " Miste, Sebastián y otros c/ Arkopesca SA s/ medida cautelar" (Guibourg.- Rodríguez.- Simon.-)*

Interdicción de salida. Improcedencia. Buque de bandera nacional. Suficiencia del embargo.

En un buque de bandera nacional, el simple embargo basta para asegurar el crédito. Una interdicción de salida en una nave de matrícula nacional impone demostrar un riesgo cabal que justifique tal prohibición. Especialmente si se tiene en cuenta el criterio restrictivo con que debe examinarse un requerimiento que pretenda impedir la navegación de una nave de bandera nacional.

*CNAT **Sala X** Expte n° 10311/97 sent. int. 2035 31/10/97 "Vega Lorenzo, Osvaldo c/ La Naviera Línea Argentina de Navegación Marítima y Fluvial SA s/ despido" (C.- Sc.-)*

Interdicción de salida. Procedencia. Verosimilitud del derecho invocado.

Cuando surge de las pruebas acompañadas (en el caso fotocopias de las libretas de embarque cuya autenticidad declaró bajo juramento el letrado apoderado de los actores y de la testimonial rendida) la verosimilitud del derecho invocado, en atención al carácter provisional que poseen las medidas cautelares, las particulares características de la actividad marítima y teniendo en cuenta que el buque en cuestión, donde se desarrollaban las tareas, posee bandera de conveniencia liberiana, que se encuentra en el puerto de Buenos Aires en condiciones de zarpar y que no se conocen otros bienes de la empresa demandada, correspondería decretar el embargo preventivo solicitado, que en el caso, trae aparejada la interdicción de salida, de acuerdo a lo normado en el art. 539 de la ley 20094. (Del dictamen de la Subprocuradora Gral del Trabajo Dra Kunath n° 18973 del 18/1/96 al que adhiere la Sala).

*CNAT **Sala de Feria** Expte n° 5/96 sent.9 22/1/96 "Perez Gaona, Gustavo y otros c/ Buque Tenque Francisco S. de bandera liberiana Marimar SA s/ medida cautelar"*

Interdicción de salida. Procedencia. Embargo ejecutivo.

Cuando se está en presencia de un crédito ya exigible, sin la interdicción de salida, la medida cautelar no puede cumplir su finalidad, a menos que la parte demandada ofreciera, y la contraria aceptase, la sustitución del buque de referencia por otro bien embargable.

*CNAT **Sala III** Expte n° 26174/90 sent. 69266 24/4/95 "Eulogio Ramirez, Jorge c/ Pionera SA s/ despido" (G.- E.-)*

Interdicción de salida. Levantamiento. Caución.

En este caso la apelante no pretende el levantamiento del embargo, sino simplemente la posibilidad de participar de la campaña pesquera por vía del levantamiento de la interdicción de salida. El art. 204 del CPCCN autoriza a los magistrados, para evitar perjuicios o gravámenes innecesarios, disponer una medida precautoria distinta a la solicitada o bien limitarla. Así, como la autorización del levantamiento de la interdicción de salida, en este caso, pareciera aconsejable, y siendo facultad de este Tribunal hacerlo, a fin de que los créditos queden suficientemente garantizados, correspondería el levantamiento solicitado previa caución juratoria otorgada por el representante legal de la empresa que hace el pedido.

*CNAT **Sala de Feria** Expte n° 8/00 sent. int. 5 20/1/00 "Canigia, Ernesto c/ Gablli SA s/ cobro de salarios" (Guibourg.- Simon.-)*

Interdicción de salida. Improcedencia. Derechos garantizados por el embargo.

No corresponde decretar la interdicción de salida del buque en cuestión, dado que tratándose de una medida extrema y excepcional, de los testimonios aportados a la causa no surge acreditada la situación de insolvencia que justificaría una medida tan extrema. Por otra parte, con el embargo decretado estarían garantizados los presuntos derechos de los peticionantes.

Juzgado de feria (JNT 22) *Sent. Int. 21 1/8/01 "Falcone, Claudia y otros c/ Fast Ferry SA y otro s/ medida cautelar".*

LA INTERDICCIÓN DE SALIDA DE PERSONAS

MIGRACIONES

Disposición 914/2011

Elimínanse del Registro Nacional de Aptitud Migratoria todos los asientos de prohibiciones de salida del país existentes, dispuestas por jueces en materia concursal y dictadas en los términos de la Ley N° 19.551.

Bs. As., 31/3/2011

VISTO el Expediente Nº S02:0007576/2010 del registro de la DIRECCION NACIONAL DE MIGRACIONES, organismo descentralizado actuante en la órbita del MINISTERIO DEL INTERIOR, y

CONSIDERANDO:

Que se ha detectado que en los registros informáticos del Organismo, relativos a la entrada y salida de personas del país, existen asientos de restricciones de salida de muy antigua data, que fueran impuestas por jueces actuantes en procesos concursales.

Que tales prohibiciones generan en la práctica gran cantidad de inconvenientes, debido a que muchas personas recién toman conocimiento de su existencia al momento de presentarse ante las oficinas migratorias para ausentarse del país.

Que, en consecuencia, razones operativas y de mejor servicio imponen la necesidad de dar de baja tales asientos restrictivos, luego de operado su plazo legal de vigencia.

Que los cambios producidos en la legislación concursal, con relación a la prohibición de salida del país de las personas concursadas, de los administradores de las sociedades concursadas, de los fallidos y de los administradores de las sociedades declaradas en quiebra, hacen factible que se proceda a dar de baja las interdicciones asentadas en los registros luego de transcurrido un cierto tiempo.

Que el artículo 26 de la derogada Ley de Concursos Nº 19.551, entre los efectos personales del concurso preventivo, preveía: *"El concursado y, en su caso, los administradores y socios con responsabilidad ilimitada de la sociedad concursada, no pueden viajar al exterior sin previa autorización especial, concedida en cada caso por el juez del concurso. Se aplica el artículo 107"*.

Que, en correspondencia con tal disposición, el artículo 107 de la norma, referido a los efectos personales de la quiebra, establecía: *"Tanto el fallido como sus administradores no pueden ausentarse del país, sino en las condiciones del artículo 26. La autorización judicial es*

otorgada cuando la presencia de ellos no sea requerida para el trámite del concurso o en casos de urgente y justificada necesidad…".

Que, en dicho régimen, tanto la resolución de apertura del concurso, como la sentencia de quiebra, imponían que se efectuaran las comunicaciones necesarias para asegurar el cumplimiento de los artículos 26 y 107, respectivamente (conforme artículos 14 inciso 7 y 95 inciso 8).

Que la doctrina en general se mostró crítica respecto de tales disposiciones, sobre todo en lo relativo a la asimilación de situaciones entre concursado y fallido.

Que también se objetó que la Ley de Concursos no establecía la duración de tales medidas.

Que sobre este último punto se generaron grandes polémicas, lo que determinó que la CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL DE LA CAPITAL FEDERAL sometiera la cuestión a plenario en autos "Industrias R.A.B.S.A." del 22-5-85 (LL, 1988- D-441), donde se señaló que la prohibición existente por aquellos tiempos *"no subsiste necesariamente hasta la finalización del concurso preventivo"*.

Que la Ley de Concursos y Quiebras actualmente vigente, Nº 24.522, modificó el referido régimen.

Que el actual artículo 25 dispone: *"El concursado y, en su caso, los administradores y socios con responsabilidad ilimitada de la sociedad concursada, no pueden viajar al exterior sin previa comunicación al juez del concurso, haciendo saber el plazo de la ausencia, el que no podrá ser superior a 40 (cuarenta) días corridos. En caso de ausencia por plazos mayores, deberá requerir autorización judicial"*.

Que el actual régimen habilita al concursado (y administradores de la sociedad concursada) a salir del país libremente, cuando la ausencia no supere los CUARENTA (40) días, con el solo recaudo del aviso previo. En cambio, lo obliga a solicitar autorización al Tribunal, en los casos en que la permanencia en el exterior supere ese tiempo.

Que, en correspondencia con los referidos cambios, el actual artículo 14, referido al contenido de la resolución de apertura del concurso, ya no prevé que deban cursarse comunicaciones para asegurar la restricción de salida del país, porque la prohibición automática de la Ley Nº 19.551 se ha eliminado.

Que no obstante lo expuesto, es de destacar que el juez del concurso podrá excepcionalmente negar la autorización de salida y, en ese caso, cursar las comunicaciones de rigor para hacer cumplir la prohibición.

Que en materia de quiebra, el nuevo artículo 103, relativo a los efectos personales de la sentencia declarativa, establece: *"Hasta la presentación del informe general, el fallido y sus administradores no pueden ausentarse del país sin autorización judicial concedida en cada caso, la que deberá ser otorgada cuando su presencia no sea requerida a los efectos del artículo 102, o en casos de necesidad y urgencia evidentes… Por resolución fundada el juez puede extender la interdicción de salida del país respecto de personas determinadas, por un plazo que*

no puede exceder de 6 (seis) meses contados a partir de la fecha fijada para la presentación del informe...".

Que del texto del artículo se desprende claramente que la duración de la interdicción de salida que recaiga sobre el fallido (o los administradores de la sociedad fallida) no podrá extenderse más allá del momento de presentación del informe general del síndico y que sólo por razones excepcionales, podrá extenderse su vigencia.

Que, toda vez que el juez del concurso también puede, en casos excepcionales, establecer restricciones de salida del país respecto del concursado (o administradores de la sociedad concursada), se impone determinar cuál es la vigencia de tal medida, toda vez que el artículo 25 de la Ley Nº 24.522 nada dice al respecto.

Que la analogía de situaciones hace aplicable al caso las previsiones del artículo 103, con lo cual la prohibición se extendería hasta el momento de la presentación del informe general del síndico y, excepcionalmente, podría ser ampliada por seis meses más, a contar desde la referida fecha.

Que, establecido este punto, debe conocerse cuándo es el momento de presentación del informe general del síndico en el concurso preventivo.

Que el inciso 9º del artículo 14 de la Ley Nº 24.522, refiere que la resolución de apertura del concurso debe establecer las fechas en que el síndico deberá presentar el informe individual de los créditos y el informe general, razón por la cual el juez actuante se encuentra en condiciones de señalar en la comunicación que curse a las autoridades, cuál es la vigencia de la medida restrictiva de la libertad ambulatoria que impone.

Que en materia de quiebras la fecha para la presentación del informe general del síndico es establecida en la sentencia declarativa (conforme artículos 88 y 200 Ley Nº 24.522), razón por la cual el juez también se encuentra en condiciones de indicar el plazo de vigencia de la restricción de salida del país en la comunicación que curse a las autoridades.

Que si el juez, en uso de las facultades excepcionales que el artículo 103 le brinda, decidiera extender por SEIS (6) meses la vigencia de la prohibición, también se hallaría en condiciones de establecer en las comunicaciones que cursare el plazo de vigencia de la medida restrictiva.

Que, en orden a lo precedente, resulta claro que cualquier medida restrictiva de la libertad ambulatoria de las personas, dispuesta por el juez concursal en correspondencia con lo establecido en los artículos 25 y 103, debe expresar claramente cuál es su término de vigencia.

Que corresponde determinar el temperamento a adoptar respecto de las interdicciones de salida que se encuentran asentadas en los registros informáticos de la DIRECCION NACIONAL DE MIGRACIONES.

Que si se parte de la base de que las medidas que imponen restricciones a la salida del país de personas están contenidas en la resolución de apertura del concurso o en el auto declarativo de la quiebra, y se computan los tiempos de los actos procesales que van desde dichas sentencias hasta la presentación del informe general del síndico y se adiciona el plazo de seis meses de extensión excepcional de la medida restrictiva que prevé el artículo 103 de

la ley, se puede concluir que, en ningún caso, la prohibición de salida del país de la persona de que se trate podría exceder de DIECIOCHO (18) meses, a contar desde la recepción de la comunicación del juzgado.

Que resulta procedente eliminar del Registro Nacional de Aptitud Migratoria de la DIRECCION NACIONAL DE MIGRACIONES todos los asientos de prohibiciones de salida del país existentes, dispuestas por jueces con competencia en materia concursal, y dictadas en los términos de los artículos 26 y 107 de la Ley Nº 19.551 o de los artículos 25 y 103 de la Ley Nº 24.522, sea que la medida haya sido comunicada en forma directa a este Organismo o a alguna de las Policías Migratorias Auxiliares.

Que la DIRECCION GENERAL TECNICA JURIDICA ha tomado la intervención que le compete, de conformidad con lo establecido por el artículo 7 inciso d) de la Ley Nº 19.549.

Que la presente medida se dicta en virtud de las atribuciones conferidas por el Decreto Nº 1410 de fecha 3 de diciembre de 1996, el artículo 29 de la Ley Nº 25.565 y el Decreto Nº 180 del 27 de diciembre de 2007.

Por ello,

EL DIRECTOR NACIONAL DE MIGRACIONES

DISPONE:

Artículo 1º — Elimínanse del Registro Nacional de Aptitud Migratoria de la DIRECCION NACIONAL DE MIGRACIONES todos los asientos de prohibiciones de salida del país existentes, dispuestas por jueces con competencia en materia concursal, y dictadas en los términos de los artículos 26 y 107 de la Ley Nº 19.551 o de los artículos 25 y 103 de la Ley Nº 24.522, cuya vigencia exceda los DIECIOCHO (18) meses contados desde la recepción de la comunicación, sea que la medida haya sido comunicada en forma directa a este Organismo o a alguna de las Policías Migratorias Auxiliares.

Art. 2º — Instrúyase a las distintas áreas del Organismo para que, en caso de recibirse una comunicación judicial en que se impongan prohibiciones de salida del país de personas en los términos de los artículos 25 y 103 de la Ley Nº 24.522, donde no se especifique el término de duración de tales medidas, se requiera por escrito al juzgado actuante, la necesidad de que se exprese la fecha de finalización de la prohibición; ello, sin perjuicio de tomarse razón en forma provisoria de la restricción ordenada.

Art. 3º — A partir del dictado de la presente, todas las restricciones de salida del país de las personas concursadas, de los administradores de las sociedades concursadas, de los fallidos y de los administradores de las sociedades declaradas en quiebra deberán ser eliminadas del Registro Nacional de Aptitud Migratoria a los CIENTO OCHENTA (180) días desde que fueran comunicadas, salvo indicación expresa de la autoridad judicial que establezca otra fecha de caducidad.

Art. 4º — No serán admitidas órdenes restrictivas por término indefinido, siendo imprescindible indicar fecha exacta de caducidad.

Art. 5º — De no indicarse plazo alguno, regirá lo dispuesto en el artículo 3º de la presente.

Art. 6º — Regístrese, comuníquese, publíquese, dése a la DIRECCION NACIONAL DEL REGISTRO OFICIAL y archívese. — Martín A. Arias Duval.

LA INTERDICCIÓN DE SALIDA DE COSAS

Propiedad del buque.

Todos los actos constitutivos, traslativos o extintivos de dominio sobre un buque mayor o sobre una de sus parte pro indivisa, así también todos los derechos reales (sobre buque mayor) se debe materializar sobre instrumento público o privado a fin de ser oponible a tercero deben ser inscriptos en el registro nacional de buques.

En cambio en los buques menores basta con un instrumento privado con firma certificada. Es necesaria la inscripción en el registro para que pueda ser oponible. Art. 159. - Todos los actos constitutivos, traslativos o extintivos de la propiedad o de otros derechos reales sobre buques menores de diez (10) toneladas de arqueo total, o sobre una o más de sus partes en copropiedad naval, deben hacerse por instrumento privado con las firmas de los otorgantes certificadas, e inscribirse en el Registro Nacional de Buques. Sólo producen efectos con relación a terceros desde la fecha de su inscripción.

La reglamentación determinará los casos en que procederá la exención de los requisitos previstos en esta ley.

Modos de adquisición:

- prescripción.
- Compra venta
- Construcción
- Abandono: puede ser a favor del E o la aseguradora.

Compraventa:

Es el contrato en virtud del cual una de las partes se obliga a transmitir la propiedad de un buque a cambio de un precio en dinero. Se permite el pacto de retorventa.. Art. 161. - Los buques pueden ser vendidos con pacto de retroventa o de reventa

Prescripción adquisitiva:

Forma de adquirir derechos por el transcurso del tiempo.

--requiere buena fé.

--justo título

--posesión interrumpida por 3 años si falta la buena fé o justo título por 10 años. Art. 162. - La adquisición de un buque con buena fe y justo título, prescribe la propiedad por la

posesión continua de tres (3) años. Si faltase alguna de las referidas condiciones, la prescripción se opera a los diez (10) años.

Construcción:

Tiene aspectos de derecho público y privado.

La construcción debe ser denunciada ante autoridad y cumplir con los reglamentos de prefectura.

Aspectos en derecho privado debe formalizarse por escrito, para ser oponible a tercero debe ser inscripto.

Abandono.

La ley establece al propietario la obligatoriedad de remoción de buques y restos náuticos y cosas arrojadas a aguas navegables. Opera a efectos de limitar la responsabilidad, una de las formas es presentarse ante la autoridad ofreciendo el abandono y la autoridad puede aceptarlo o no cuando haya dolo o culpa grave.

Otra forma la presunción del abandono puede suceder que sean un obstáculo para la navegación, en estos casos la autoridad intima al propietario para que entre 2 a 5 meses remueva los restos náuticos. Si no lo hace se presume el abandono a favor del Estado sin perjuicio que de quedar un remanente genera la carga al propietario.

Puede pasar que sea inminente la remoción ej. En la entrada de un canal.

La autoridad los remueve de oficio y le notifica al propietario a fin que ejerza el abandono a favor del Estado. Art. 16. - En los puertos y canales está prohibido arrojar a las aguas objetos o sustancias de cualquier clase.

La autoridad competente puede extender esta prohibición a otras zonas donde lo exigiere el interés público.

Las pertenencias de los buques o artefactos navales, mercaderías, materiales y, en general, **cualquier cosa arrojada o caída a las aguas de puertos o canales, deben ser extraídos por los propietarios o armadores de aquéllos, o por sus representantes, dentro del plazo que al efecto fije la autoridad marítima. Cuando no se cumpla en tiempo con dicha obligación y el objeto sumergido, a juicio de la autoridad marítima, constituya un obstáculo o un peligro para la navegación, dicha autoridad puede proceder de oficio a la extracción, con carga a los responsables.** Si éstos no abonaren el importe de los gastos realizados, dentro del plazo fijado, la autoridad marítima debe depositar lo extraído o removido en la aduana más próxima para su venta en pública subasta. Cuando el producido de la venta no alcance a cubrir los gastos de extracción o de remoción de una cosa arrojada o caída por negligencia los responsables quedan obligados por el monto de la diferencia. Si lo recaudado superare los gastos efectuados, incluyendo los derechos aduaneros, cuando corresponda abonarlos, la diferencia se depositará a la orden del juez competente, quien procederá en la forma que se dispone en el Título III, Capítulo III, Sección 3ª.

Art. 17. - Los buques, artefactos navales y aeronaves y sus restos náufragos, de bandera nacional o extranjera, que se hallen hundidos o varados en aguas jurisdiccionales argentinas y constituyan un obstáculo o peligro para la navegación marítima o fluvial, deben ser extraídos, removidos o demolidos en la forma y condiciones siguientes:

a)**La autoridad marítima intimara su extracción, remoción o demolición al propietario o representante legal, fijando plazo para su iniciación, que no será menor de dos (2) meses ni mayor de cinco (5), así como el tiempo total de su ejecución, contemplando las condiciones y particularidades del caso;**

b)Si vencido el plazo fijado, la extracción, remoción o demolición no se hubiera producido, se considerará que el buque, artefacto naval y aeronave o sus restos náufragos han sido abandonados al Estado nacional, realizándose las correspondientes anotaciones de transferencia de dominio;

c)Si iniciados los trabajos de extracción, remoción o demolición dentro del plazo fijado, ellos son abandonados o no se finalizan en término, la autoridad marítima puede, previa resolución fundada, otorgar un nuevo plazo. En caso de no hacerlo se procederá conforme al inciso anterior.

En todos los casos, el propietario o su representante legal, que se sienta afectado, puede recurrir por ante la Cámara Federal competente dentro del plazo de cinco (5) días de notificada la resolución de la autoridad marítima. Cuando se trate de buques, artefactos navales y aeronaves de bandera extranjera o de sus restos náufragos, sean sus propietarios personas jurídicas o físicas, argentinas o extranjeras, se dará también aviso al consulado que tenga a su cargo la representación de los intereses del estado de la bandera.

Art. 18. - **Cuando se trate de buques, artefactos navales y aeronaves de bandera no identificada y propiedad desconocida,** o de sus restos náufragos, se aplican las disposiciones del artículo precedente, realizándose la intimación a que se refiere el inciso a) de dicho artículo **por medio de edictos,** los **cuales se publicarán en el Boletín Oficial y en el diario de mayor difusión de la zona donde aquellos se hallen ubicados**. La publicación se hará por un plazo no mayor de diez (10) días, fijado por la autoridad marítima de acuerdo con la importancia del obstáculo que deba ser extraído, removido o demolido.

Si sólo se conoce la bandera del buque, artefacto naval y aeronave o de sus restos náufragos, además de la publicación por edictos, **se deberá efectuar el aviso al consulado**, previsto en el último párrafo del artículo 17.

Art. 19**.- El propietario, armador o explotador de un buque, artefacto naval, aeronave o de sus restos náufragos hundidos o varados en aguas jurisdiccionales argentinas, puede limitar su responsabilidad por los gastos de extracción o remoción haciendo abandono de aquéllos a favor del Estado**, quien dispondrá de ellos de acuerdo con lo establecido en esta Sección.

El abandono al Estado a que se refiere el párrafo precedente debe hacerse mediante declaración practicada ante la autoridad marítima por su propietario o representante

debidamente autorizado, manifestando su voluntad de desprenderse de la propiedad y haciendo entrega del título correspondiente.

No se puede invocar el abandono frente al Estado como limitación de responsabilidad, ni éste está obligado a admitirlo, cuando el propietario o armador hayan incurrido en dolo o actuado en conciencia temeraria de que el daño podría producirse, y como consecuencia de ello se ocasionaren graves perjuicios.

Los buques, artefactos navales y aeronaves o sus restos náufragos que hubieren pasado al dominio del Estado, pueden ser ofrecidos en venta mediante licitación pública por la autoridad marítima, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 2.

Art. 20. - El abandono de los buques, artefactos navales y aeronaves, hundidos o varados, o de sus restos náufragos, o de cualquier cosa arrojada o caída en aguas de puertos o canales navegables, a favor del Estado y aceptado por éste, no compromete su responsabilidad sino hasta el valor excedente que resulte, deducidos los gastos de extracción o de remoción de la cosa abandonada.

El abandono al Estado, sea voluntario o en virtud de lo dispuesto en los artículos 17 y 18, no es incompatible con la limitación de responsabilidad frente a los acreedores establecida en el Título III, Capítulo I, Sección 4ª de esta ley, y los terceros reclamantes pueden ejercitar sus derechos sobre el buque, artefacto naval, aeronave o sus restos náufragos.

Art. 22. - No están comprendidos en las disposiciones de los artículos 17 y 18 los buques, artefactos navales y aeronaves, o sus restos náufragos, de bandera nacional, extranjera o no identificada, o de propiedad argentina, extranjera o desconocida, que constituyan un obstáculo o peligro insalvable para la navegación marítima o fluvial, de naturaleza tal que su extracción, remoción o demolición deba ser inmediata, según resolución fundada de la autoridad marítima.

El organismo estatal competente debe proceder de oficio a efectuar los estudios y trabajos necesarios para realizar la extracción, remoción o demolición inmediata del obstáculo, con cargo a los propietarios o a sus representantes legales, siempre que no hagan uso del derecho de abandono.

Cuando los buques, artefactos navales y aeronaves, o sus restos náufragos, sean de bandera extranjera, se debe efectuar previamente el aviso al consulado previsto en el último párrafo del artículo 17.

Art. 23. - Si los propietarios o representantes legales del buque, artefacto naval o aeronave, o sus restos náufragos, no abonan el importe de los gastos realizados, dentro del plazo que fije la autoridad marítima, ésta debe depositar lo extraído o removido en la aduana más próxima para su venta en pública subasta. Cuando el producido de la venta no alcance a cubrir los gastos de extracción o remoción, los responsables quedan obligados por el monto de la diferencia. Si lo recaudado supera los gastos efectuados, incluyendo derechos aduaneros, si corresponde abonarlos, la diferencia se debe depositar a la orden del juez competente, quien procederá en la forma que se dispone en el Título III, Capítulo III, Sección 3ª.

Art. 24. - En los casos de los artículos precedentes, cuando el buque, artefacto naval y aeronave, o sus restos náufragos, tengan relación con un proceso civil o penal, antes de toda actuación se debe recabar la autorización del magistrado que interviene en la causa. No obstante ello, la autoridad marítima puede proceder en la forma prevista en el artículo 22, dando aviso al juez interviniente.

Copropiedad naval:

Condominio sobre un buque. La decisión de la mayoría afecta a la minoría. Están resguardados los derechos de las minorías. En caso que la minoría pida reparación y la mayoría diga no la minoría puede pedir una pericia, si es a la inversa la minoría tiene derecho a que se le compre su parte el precio fijado judicialmente.

En caso de venta la minoría puede exigir la venta en subasta pública.

En caso inverso la minoría puede solicitar una pericia para determinar la innavegabilidad. Derecho de opción a los propietarios por el término de 3 días. Art. 52. - Para inscribir un buque o artefacto naval en la matrícula nacional debe acreditarse:

a)El cumplimiento de las exigencias reglamentarias sobre construcción y condiciones de navegabilidad e idoneidad del buque o artefacto naval;

b)Que su propietario está domiciliado en el país y si se trata de una copropiedad naval, que la mayoría de los copropietarios cuyos derechos sobre el buque o artefacto naval exceden la mitad del valor de éstos, reúnen la misma condición;

c)Si fuere titular de la propiedad una sociedad, que ésta se haya constituido de acuerdo con las leyes de la Nación, o que habiéndose constituido en el extranjero, tenga en la República sucursal, asiento o cualquier otra especie de representación permanente, de acuerdo con lo dispuesto en la ley respectiva.

Art. 53. - Si el buque o artefacto naval se hubiese construido en el extranjero debe presentarse, además, el pasavante de navegación expedido por la autoridad consular argentina, y si hubiese estado inscripto en un registro extranjero también el cese de bandera. Este no se requiere cuando el buque extranjero sea vendido judicialmente por orden de los tribunales del país. El otorgamiento del pasavante de navegación confiere los derechos del artículo 51 en forma provisional y en los términos y condiciones de su concesión.

Art. 164. - La copropiedad naval se rige por las disposiciones del condominio en todo lo que no esté modificado en esta Sección. Las mismas disposiciones se aplicarán a la copropiedad de artefactos navales.

Art. 165. - Las decisiones de la mayoría computadas de acuerdo con el valor de la parte que cada copropietario tiene en el buque, obligan a la minoría. La mayoría puede estar constituida por un (1) solo copropietario. En caso de empate el tribunal competente decidirá en forma sumaria.

Art. 166. - Cuando el buque, a juicio de la mayoría, necesitare reparación, la minoría estará obligada a aceptar esa decisión, salvo su derecho a transferir las partes respectivas a los otros copropietarios, al precio que se fijare judicialmente, o a solicitar la venta en pública subasta.

Art. 167. - Si la minoría entiende que el buque necesita reparación y la mayoría se opone, aquélla tiene derecho a exigir que se practique una pericia judicial. Si de la pericia surge que la reparación es necesaria, están obligados a contribuir a ella todos los copropietarios.

Art. 168. - Si uno (1) de los copropietarios decide enajenar su parte a un tercero, debe hacerlo saber a los restantes, quienes dentro del tercer (3) día pueden manifestar su voluntad de adquirirla, consignando judicial o extrajudicialmente el precio ofrecido por aquél. Vencido el plazo sin que se exteriorice la manifestación y consignación, el copropietario puede disponer libremente de su parte.

Art. 169. - Si la mayoría resuelve vender el buque, la minoría puede exigir que la venta se haga en remate público.

Si la minoría solicita la venta por innavegabilidad del buque o por otras razones graves o de urgencia para los intereses comunes, y la mayoría se opone, el tribunal competente decidirá en forma sumaria.

El embargo:

--embargo ejecutivo

--embargo preventivo

el embargo preventivo trae aparejado la indisponibilidad jurídica del bien.

Esta medida en navegación esta "interdicción de navegar"persigue la indisponibilidad física.

El embargo preventivo la ley lo regula distinto si es argentino o extranjero. Los barcos argentinos se van a poder embargar en el puerto donde el propietario tenga un domicilio y por créditos privilegiados en cualquier punto del país y este embargo preventivo no acarrea la interdicción de navegar . En barcos extranjeros cuando los créditos sean privilegiados, también cuando el crédito sea originado por la actividad del buque.

Créditos privilegiados o deudas contraídas en el territorio nacional ya sea por ese buque o por otro del mismo propietario, en cualquier punto del país.

Se formaliza por oficio del juez a la autoridad marítima que debe informárselo a los registros, está previsto la contracautela o la fianza.

Buques inembargables

Puede ser Inembargabilidad---a--absoluta

---b--relativa

a—para los barcos públicos

b- en guerra y transporte de tropas.

b—los barcos privados del E (nacional, provincial o municipal)son inembargables cuando el E renuncia a ampararse en el beneficio de limitación de responsabilidad.

Otro caso son los barcos cargados y prontos a zarpar, salvo que el crédito provenga del aprovisionamiento o que su posterior o que sea la carga.

Publicidad:

- Todos los actos se deben inscribir sean buques mayores o menores.
- La caducidad opera a los 5 años.
- Las hipotecas 3 años.

SECUESTRO

Artículo 221 - procedencia.- Procederá el secuestro de los bienes muebles o semovientes objetos del juicio cuando el embargo no asegurare por si sólo el derecho invocado por el solicitante, siempre que se presenten instrumentos que hagan verosímil el derecho cuya efectividad de quiere garantizar. Procederá. Asimismo, con igual condición, toda vez que sea indispensable proveer a la guarda o conservación de cosas para asegurar el resultado de la sentencia definitiva.

El juez designará depositario a la institución oficial o persona que mejor convenga; fijara su remuneración y ordenara el inventario, si fuese indispensable.

Concepto

Ø El secuestro consiste en la privación de la posesión y libre disposición de una o varias cosas muebles o inmuebles materia de litigio para preservarlas, en manos de un depositario, a favor de quien resultare triunfador (Jiménez Salas

Ø A diferencia del embargo preventivo, que se ejecuta sobre bienes muebles que se individualizan al ser practicado, el secuestro recae sobre bienes muebles o inmuebles que generalmente están determinados

Casos en que procede

Ø Artículo 599 CPC.- Se decretará el secuestro:

1° De la cosa mueble sobre la cual verse la demanda, cuando no tenga responsabilidad el demandado o se tema con fundamento que éste la oculte, enajene o deteriore.

2° De la cosa litigiosa, cuando sea dudosa su posesión.

3° De los bienes de la comunidad conyugal, o en su defecto del cónyuge administrador, que sean suficiente para cubrir aquéllos, cuando el cónyuge administrador malgaste los bienes de la comunidad.

4° De bienes suficientes de la herencia o, en su defecto, del demandado, cuando aquél a quien se haya privado de su legítima, la reclame de quienes hubieren tomado o tengan los bienes hereditarios.

5° De la cosa que el demandado haya comprado y esté gozando sin haber pagado su precio.

6° De la cosa litigiosa, cuando, dictada la sentencia definitiva contra el poseedor de ella, éste apelare sin dar fianza para responder de la misma cosa y sus frutos, aunque sea inmueble.

7° De la cosa arrendada, cuando el demandado lo fuere por falta de pago de pensiones de arrendamiento, por estar deteriorada la cosa, o por haber dejado de hacer las mejoras a que esté obligado según el Contrato.

En este caso el propietario, así como en vendedor en el caso del Ordinal 5° podrán exigir que se acuerde el depósito en ellos mismos, quedando afecta la cosa para responder respectivamente al arrendatario o al comprador, si hubiere lugar a ello.

Procedimiento

Ø El secuestro en la Ley de Ventas con reserva de dominio y en el interdicto restitutorio

Ø En el secuestro, los bienes generalmente están individualizados desde que es decretado

Ø El secuestro en sentido impropio

El secuestro de bienes de la comunidad conyugal

El secuestro de bienes de la herencia

Ø El secuestro se practica mediante el traslado del tribunal, la desposesión del propietario y la puesta en manos de un un depositario, para resguardar los bienes con miras a una eventual ejecución

Las medidas innominadas

Ø Con estricta sujeción a los presupuestos, el Tribunal podrá acordar las providencias cautelares que considere adecuadas, cuando hubiere fundado temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra

Ø En estos casos para evitar el daño, el Tribunal podrá autorizar o prohibir la ejecución de determinados actos, y adoptar las providencias que tengan por objeto hacer cesar la continuidad de la lesión

Ø Oposición a las medidas innominadas

Ø Levantamiento con caución, si el juez lo considera pertinente

PRESUNCIÓN DE PROPIEDAD

Se denomina **presunción**, en Derecho, a una ficción jurídica a través de la cual se establece un mecanismo legal automático, que considera que un determinado hecho, o un determinado acontecimiento, se entiende probado simplemente por darse los presupuestos para ello. La presunción de hechos y derechos, faculta a los sujetos a cuyo favor se da, a prescindir de la prueba de aquello que se presume cierto *ope legis*. Todo esto favorece de entrada a una de las partes del juicio(el que se beneficia de la presunción) que normalmente es el que se encuentra en una posición defensiva, y cuya *verdad formal* presumida, tendrá que ser destruida aportando para ello pruebas en contra, por quien sostenga otra verdad distinta a la presumida. (Por ejemplo, en los hijos nacidos constante el matrimonio, se presume la paternidad del marido, o los bienes muebles se presume que pertenecen a aquel que los tenga en posesión).

La necesidad de establecer presunciones va en lógica con la seguridad jurídica. Normalmente se establece que la persona que alega algo en un juicio debe probarlo, pero también se establecen presunciones específicas que derivan directamente de la ley.

Algunas presunciones derivan de derechos fundamentales acogidos dentro de la norma y de la seguridad jurídica, como por ejemplo la presunción de inocencia, que es la base de todo el Derecho penal. Otras presunciones derivan de la necesidad que estima el legislador de favorecer a una de las partes en un juicio, dada su particular posición de debilidad. En esos casos, traspasa la carga de la prueba a la otra parte, favoreciendo a la parte *débil* en caso de un posible litigio.

Hay que destacar la clara diferencia de las presunciones con la ficción jurídica, que es el nombre que recibe el procedimiento de la técnica jurídica mediante el cual, por ley, se toma por verdadero un hecho que no existe, o que podría existir, pero se desconoce, para fundamentar en él un derecho, que deja de ser ficción para conformar una realidad jurídica.

Una presunción *iuris tantum* es aquella que se establece por ley y que admite prueba en contra, es decir, permite probar la inexistencia de un hecho o derecho, a diferencia de las presunciones *iuris et de iure* de pleno y absoluto derecho, presunción que no admite prueba en contra, o dicho de otra forma, no es un valor consagrado, absoluto, sino que es un «juicio hipotético», que puede ser invertido acreditando que un acto es ilegítimo.

La mayoría de presunciones que se encuentran en derecho son *iuris tantum* como por ejemplo: la presunción de legalidad de los actos administrativos, que pueden ser desvirtuados por el interesado demostrando que los mismos violan el orden jurídico. En algunos ordenamientos se les denomina *presunciones simplemente legales*.

Aplicaciones

Cuando la ley quiere asignar la carga de la prueba a alguien en particular en un litigio concreto, establece una presunción *iuris tantum*. Con ello, obliga a la persona que quiere vencer esa presunción a aportar las pruebas suficientes como para demostrar su falsedad.

Ejemplos:

- La ley entiende que quien tiene la posesión de un bien se presume que es su propietario, alguien que quiera demostrar que la propiedad le pertenece deberá probarlo (con documentos, testigos, etc.).

- Las Huelgas Abusivas (en la legislación española): Aunque en principio hay un amplio reconocimiento del derecho de huelga, el legislador ha descartado aquellas modalidades de huelga que conllevan abuso o desproporción en los sacrificios mutuos de las partes, y que suponen un daño desmesurado para el destinatario de la medida de presión. Por ello se han declarado «actos ilícitos o abusivos» diversas modalidades de huelga. Si los huelguistas prueban la inexistencia de ese abuso la huelga no será ilegal (presunción *iuris tantum*).

Una presunción absoluta, de hecho y de derecho, o *iuris et de iure* es aquella que se establece por ley y que no admite prueba en contrario, es decir, no permite probar que el hecho o situación que se presume es falso, a diferencia de las presunciones relativas, de ley, de solo derecho, o *iuris tantum* que se considera verdadero hasta que no se demuestre lo contrario.

Las presunciones *iuris et de iure* en derecho son excepcionales.

En algunos ordenamientos se les denomina *presunciones de derecho*.

Aplicaciones

La ley sólo utiliza este tipo de presunciones para casos muy particulares. Algunos ejemplos son:

- En algunos ordenamientos, las actas judiciales emitidas bajo la fe del Secretario Judicial gozan de valor probatorio pleno, esto es, son ciertas en todo su contenido *iuris et de iure*.

- En el ordenamiento jurídico colombiano, existe una presunción de Derecho según la cual los menores de 14 años no tienen la madurez suficiente para tomar decisiones concernientes a su vida sexual. Esta presunción no admite prueba en contrario, por lo que se trata de una del tipo iuris et de iure.

3. Intervención judicial. Reglas generales

INTERVENCIÓN JUDICIAL.

Cuando en una sociedad existen problemas internos, lo lógico es que los socios se reúnan y traten en principio de poner fin amigablemente a dichas diferencias, sea mediante la vía de las reuniones de directorios, las asambleas, etc. De no ser ello posible, habrá que recurrir a la vía judicial, exponiendo el problema y solicitando las medidas necesarias en defensa de su razón y derecho. Dentro de esas medidas, es posible solicitar la intervención judicial de la sociedad.

Como se trata de una medida cautelar, debe reunir los requisitos propios de éstas: verosimilitud del derecho invocado, el peligro en la demora y la prestación de contracautela. Sus caracteres específicos son la accesoriedad a la acción de remoción del órgano de administración y el agotamiento de la vía intra societaria.

Para la procedencia de la medida el socio deberá acreditar:

1. la calidad de socio (mediante el contrato social, las acciones u otros documentos)
2. que agotó la vía societaria (vía intra societaria)
3. que ha promovido la acción de remoción de los administradores (se puede pedir previamente o juntamente con la acción principal de remoción). Es decir que la intervención en sí misma no constituye el centro de la acción judicial, sino que es sólo un aspecto dentro del juicio de remoción de los administradores; y, fundamentalmente, deberá probar que existe un peligro grave para la sociedad y su continuación.

Los supuestos en que es viable solicitar esta medida son variados:

- cuando el administrador ha abandonado sus funciones;
- cuando ha incurrido en abuso de autoridad arrogándose poderes que corresponden a la reunión de socios o asamblea;
- cuando la sociedad no lleva una contabilidad regular, no se realizan balances ni distribuyen utilidades;
- cuando no se cita a reunión de socios o a la asamblea, al menos una vez al año.

Si el pedido es aceptado por el juez, la intervención podrá consistir en la:

- designación de un mero veedor,
- designación de uno o varios coadministradores;
- designación de uno o varios administradores.

El juez fijará la misión que deberán cumplir y las atribuciones que les asigne de acuerdo con sus funciones, sin poder ser mayores que las otorgadas a los administradores por esta ley o el contrato social. Precisará el término de la intervención, el que sólo puede ser prorrogado mediante información sumaria de su necesidad.

El proceso cautelar es para tratar de impedir que el derecho cuyo reconocimiento se pretende obtener a través de un proceso, pierda su eficacia, esto es por ejemplo que desaparezca el patrimonio del presunto deudor. El juez tendrá que decidir si el que solicita la medida presento los presupuestos suficientes para acceder a la petición**.**

Falta de otra medida eficaz

Es una medida cautelar en cuya virtud una persona designada por el juez, en calidad de auxiliar externo de la justicia, interfiere en la actividad económica de una persona física o jurídica, para asegurar la ejecución forzosa o para impedir que se produzca alteración en el estado de los bienes.

De este concepto, se deducen claramente las dos finalidades principales que le caben a la intervención judicial, dándonos al mismo tiempo, la procedencia en que su aplicación es posible por parte del juez:

1. Su función se limitará exclusivamente a la recaudación de la parte embargada, sin injerencia alguna en la administración. El juez determinará el monto de la recaudación, que no podrá exceder el 50% de las entradas brutas; su importe deberá ser depositado a la orden del Juzgado dentro del plazo que este determine.

Se trata de una medida cautelar, complementaria en este caso, en la disuelta con anterioridad (el embargo), que debe ser solicitada por el acreedor, debiendo recaer únicamente sobre los bienes productores de las rentas o frutos. Se destaca muy especialmente que tal intervención en forma alguna entraña injerencia en la "administración" del patrimonio o entidad deudora.

REQUISITOS GENERALES DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Se dice –en general y desde el principio– que una acción es admisible o inadmisible si permite o no la averiguación del contenido de la controversia sometida a consideración del tribunal. En cambio, se dice que es procedente o improcedente cuando, en razón de su contenido, resulta apropiada o no para obtener una decisión favorable.

A los fines de este trabajo se asume, en particular, que la admisibilidad de las medidas cautelares está condicionada por el cumplimiento de requisitos generales: oportunidad, objeto, competencia del órgano y contracautela (2); mientras que su procedencia (o fundabilidad) está condicionada por requisitos específicos y particulares. Los específicos son la verosimilitud de un derecho (3) y el peligro en que éste se encuentra de no ser satisfecho (4). Y los segundos, los particulares, dependen de la medida que se solicite.

En el capítulo siguiente se examinarán, brevemente, estos requisitos.

II.- Requisitos de las medidas cautelares:

a) Requisitos generales:

1. Oportunidad: Las medidas cautelares pueden ser solicitadas antes o después de deducida la demanda (ver art. 195, C.P.C.C.). Nada impide, sin embargo, que sean solicitadas, también, en forma simultánea a su interposición.

2: Objeto: Se debe expresar el derecho que se pretende asegurar, la medida cautelar que se pide y la disposición de la ley en que se funda. Además, se deben cumplir los requisitos específicos y particulares de la medida peticionada (art. 195, párr. 2°, C.P.C.C.).

La Corte Suprema tiene dicho que "todo sujeto que pretenda la tutela anticipada proveniente de una medida precautoria debe acreditar 'prima facie' la existencia de la verosimilitud en el derecho invocado y el peligro irreparable en la demora" (in re "Provincia de Neuquén", sentencia del 21 de marzo de 2006, Fallos 329:803).

3. Trámite: Las medidas cautelares deben dictarse inaudita parte. Tramitarán en expediente separado que, para evitar su frustración, permanecerá reservado hasta tanto sean efectivas. Si fuera necesario se agregarán copias de las actuaciones principales (arts. 197 y 198, párr. 1°, C.P.C.C.).

Si el afectado no tomó conocimiento de la medida con motivo de su ejecución, se deberá notificar personalmente o por cédula dentro de los 3 días de haberse hecho efectiva. El beneficiario, de otra manera, deberá responder por los perjuicios que deriven de la demora (art. 198, párr. 2°, en relación con el art. 135, inc. 18 del C.P.C.C.).

4. Competencia: El juez competente para dictar la medida cautelar es el que debe conocer en el proceso principal (art. 6°, inc. 4°, C.P.C.C.). No obstante, por la finalidad asegurativa del instituto, será válida la medida adoptada por un juez incompetente. Esto no implica prórroga de la competencia. Luego de dictada-trabada la medida, se deberá remitir las actuaciones al juez competente (art. 196, C.P.C.C.).

5. Responsabilidad y caución: Las medidas sólo se decretan bajo responsabilidad del peticionante, quien debe prestar caución suficiente para atender las costas y eventuales perjuicios que pudiera ocasionar a la contraria su petición sin derecho (v. arts. 199 y 208, C.P.C.C.).

En ese orden, el juez puede (debe) graduar la calidad y el monto de esa caución atendiendo el mayor o menor grado de verosimilitud del derecho invocado, la gravedad de la medida solicitada y el valor del bien inmovilizado. La Corte Suprema ha considerado, incluso, que no es necesaria la contracautela cuando el solicitante "ha justificado ser reconocidamente abonada en los términos previstos en el art. 200, inc 1°, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación" (5); o goza del "beneficio provisional de litigar sin gastos" (6).

La contraparte, una vez hecha efectiva la medida, podrá acreditar sumariamente (7) que la caución decretada no alcanza para cubrir los eventuales daños que pudieran ocasionarse. En este caso, el juez deberá resolver previo traslado a la otra parte; esta resolución queda notificada por ministerio de ley (art. 201, C.P.C.C.).

Sin perjuicio de ello, en casos específicos, el peticionante de la medida asegurativa está eximido de prestar contracautela (art. 200, C.P.C.C.). Por ejemplo, cuando: 1) Fuere la Nación, una provincia, una de sus reparticiones, una municipalidad o persona que justifique ser reconocidamente abonada; y 2) Actuare con beneficio de litigar sin gastos.

6. Recursos e incidentes: La resolución que admita o deniegue una medida cautelar será recurrible con las siguientes precisiones (v. art. 198, párr. final, C.P.C.C.): será admisible tanto el recurso de reposición (8), con o sin apelación en subsidio (arts. 238 y 241, inc. 1°, C.P.C.C.), como el recurso de apelación directo (art. 242). En caso de que se admita la medida, la apelación se otorgará con efecto devolutivo (art. 198 en relación con los arts. 243 y 250 del C.P.C.C.).

En cuanto al recurso extraordinario la Corte Suprema tiene dicho, por ejemplo, que es "inadmisible" cuando se deduce contra "la decisión que hizo lugar a la medida cautelar que solicitó la empresa actora... hasta tanto se dicte sentencia definitiva..., pues tal remedio no procede respecto de decisiones tomadas en el marco de actuaciones de tal naturaleza, al no verificarse el recaudo de impugnarse una sentencia definitiva o equiparable a tal, sin que se observe ninguna de las razones que justifiquen hacer excepción a dicho principio" (9).

También tiene dicho la Corte Nacional que "cabe desestimar los recursos extraordinarios interpuestos contra la sentencia que hizo lugar a la medida cautelar y ordenó al Estado Nacional que, hasta tanto se dilucidara la cuestión de fondo, se abstuviera de autorizar o realizar cualquier acto que implique admitir la transferencia de una licencia radial, pues no se ha demostrado la existencia de dos requisitos tradicionalmente exigidos por la jurisprudencia del Tribunal para equiparar a sentencia definitiva una medida cautelar, esto es, que medie cuestión federal bastante conjuntamente con un agravio que, por su magnitud y por las circunstancias de hecho, resulte irreparable" (10).

Por último, ningún incidente planteado por el destinatario de la medida podrá detener su cumplimiento (art. 198, párr. 1°); en todo caso, si se considera que su otorgamiento o

ejecución genera un "agravio", la imposición sería apelable. Esto es terminante y conforme al instituto que se analiza.

***Complemento*:**

Artículo 585 de código de procedimiento civil venezolano.

Las medidas preventivas establecidas en este Título las decretará el Juez, sólo cuando exista riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo y siempre que se acompañe un medio de prueba que constituya presunción grave de esta circunstancia y del derecho que se reclama.

Estan presentes dos requisitos que son la presuncion de la existencia del derecho que se reclama y dos la presunción grave que quede ilusoria la ejecución de la sentencia (Fallo, condena). Estos dos requisitos deben demostrarse con un medio de prueba.

DISPOSICIONES COMUNES A TODOS LOS TIPOS DE INTERVENCIÓN

Criterio General

Cualquiera sea la fuente legal de la intervención judicial y en cuanto fuere compatible con la respectiva regulación:

a. tratándose de una medida cautelar, excepcional, resulta prudente la limitación del Código al criterio del juez, dándole carácter restrictivo; la sentencia que determine la intervención deberá contener, como mínimo, los elementos indicados en el Art. 161º del CPCC de la Nación en cuanto se refiere a las sentencias interlocutorias:

    - Lugar y fecha de su dictado
    - Los fundamentos,
    - La decisión expresa, positiva y precisa de las cuestiones planteadas,
    - El pronunciamiento sobre todas las cosas
    - La firma del juez.

a. No hay en el Código exigencia de título universitario alguno para la designación del interventor y/o administrador, sino que deberá poseer los conocimientos suficientes para desempeñarlo "atento a la naturaleza de los bienes o actividades en que intervendrá". Deberá ser una persona ajena a la sociedad o asociación intervenida.

b. El juez en la misma resolución que lo designe, deberá establecer la "misión que debe cumplir". Como toda medida cautelar debe ser limitada temporalmente, por lo que el juez también fijará el plazo de duración en que el interventor debe cumplir su cometido. En principio, este plazo es improrrogable, pudiendo ampliarlo el juez mediante resolución fundada.

c) Idoneidad del interventor

El interventor está en la capacidad de:

1) desempeñar personalmente el cargo con arreglo a las directivas que le imparta el juez;

2) presentar los informes periódicos que disponga el juzgado y uno final, al concluir su cometido;

3) evitar la adopción de medidas que no sean estrictamente necesarias para el cumplimiento de su función que comprometan su imparcialidad respecto de las partes interesadas o puedan producirles daño o menoscabo.

El interventor que no cumpliere eficazmente su cometido podrá ser removido de oficio; si mediare pedido de parte, se dará traslado a las demás y al interventor.

CONTRACAUTELA

Es el medio de asegurar al afectado (la entidad intervenida) por la medida cautelar, la efectividad del resarcimiento de todos los daños sufridos por la sociedad, si el derecho del peticionante no existiera o no llegara a acreditarse satisfactoriamente. Se funda en el principio de igualdad ante la ley, pues la medida cautelar debe ser doble, es decir, ampara a una y otra parte.

Es una figura que hace que el actor deba garantizar el daño potencial emergente de la medida cautelar que pide.

El concepto es dar una caución suficiente por los daños que se puedan originar en la aplicación de una m.c. que finalmente resulte innecesaria.

La garantía que se exige puede consistir en un depósito previo de sumas de dinero, dejar ciertos bienes, una caución real o personal, fianza, etc.

En el momento que se pide la m.c. no existe certeza que el derecho que prende el actor sea sentenciado favorablemente. Entonces, el código prevé la situación que una m.c. aplicada, posteriormente resulte ser inadecuada o mal pedida para el derecho que se iba a dilucidar. Si la medida cautelar se puso en funcionamiento y finalmente luego del proceso el sujeto a quién se le aplicó no resulta condenado la m.c. resultó ser improcedente, innecesaria. A consecuencia de la aplicación de la m.c. el demandado pudo haber sufrido daños o perjuicios económicos sin ser culpable.

Entonces debe existir una garantía para estos casos y el demandado en lugar de hacer una contrademanda se cobra directamente de la contracautela sin tener que hacer un juicio aparte.
Ejemplo: el actor solicita la intervención judicial de un negocio, el juez concede la medida y revisan los fondos del local, inspeccionan el lugar, etc. Sucede que los clientes que estaban comprando se quedan con una mala impresión del negocio y piensan en no volver por un tiempo. Este perjuicio económico que sufrió el demandado es resarcido con la contracautela.

GATOS EXTRAORDINARIOS

El interventor puede autorizar un solo tipo de gastos: los ordinarios, es decir, los vinculados con la operatoria normal y habitual del negocio intervenido, sin necesidad de requerir autorización judicial previa. En cuanto a los denominados "extraordinarios" ajenos a la habitualidad referida, el interventor deberá pedir autorización al juez y este antes de concederla correrá traslado a las partes. Para el supuesto de gastos extraordinarios de imperiosa urgencia, el interventor puede autorizarlos, pero deberá informar al juez dentro del plazo de tres (3) días de su ocurrencia.

NOMBRAMIENTO DE AUXILIARES

El cumplimiento de las gestiones del interventor puede requerir la colaboración de algunos empleados o auxiliares, pero solamente podrán designarse con la conformidad del juzgado, y su retribución integrará la cuenta de gastos del interventor.

Sin perjuicio de las instrucciones y facultades que el juez determine, el CPCC de la Nación en su Art. 226º, lo determina con carácter general.

Hemos visto que el interventor es una auxiliar externo del juez, por lo tanto su ejercicio es de carácter personal e indelegable. Pero acontece a menudo que la complejidad y cuantía de su tarea haga necesario la contratación de persona auxiliar, cuyo costo, naturalmente, deberá ser soportado por la entidad intervenida. En estos casos el interventor no podrá nombrarlos sin previa y expresa autorización del juez.

INTERVENTOR RECAUDADOR

Naturaleza

A pedido del acreedor y a falta de otra medida cautelar eficaz o como complemento de la dispuesta, podrá designarse a un interventor recaudador, si aquella debiere recaer sobre bienes productores de rentas o frutos. Su función se limitará exclusivamente a la recaudación de la parte embargada, sin injerencia alguna en la administración. El juez determinará el monto de la recaudación, que no podrá exceder del 50% de las entradas brutas; su importe deberá ser depositado a la orden del juzgado dentro del plazo que éste determine."

La designación de un interventor recaudador es, en general, una medida complementaria de un embargo, y que a su vez debió haber recaído sobre ingresos que se perciben en forma sucesiva (tales como honorarios profesionales, alquileres, etc.). Asimismo, constituye requisito para su procedencia que el destinatario del embargo no haya cumplido con la intimación respecto del depósito de las sumas embargadas.

El incumplimiento injustificado del depósito hace incurrir al recaudador en responsabilidad penal (en este sentido, el Art. 249º del Código Penal, señala que será reprimido con multa e inhabilitación de un mes a un año el funcionario público que ilegalmente omitiere, rehusare hacer o retardare algún acto de su oficio).

Por su parte, y en lo que hace a la recaudación en sí misma, debiendo ella cubrir el capital en reclamo más intereses y costas, y como el mismo no será recaudado en una sola vez sino

en sucesivas retenciones, el juez debe establecer el porcentaje que no deberá ser excedido por el recaudador, a fin de preservar el normal desenvolvimiento de la explotación.

En rigor, se trataría de un oficial de justicia ad hoc, y la función se cumple en empresas cuyos ingresos son diarios o periódicos; por ejemplo, en salas cinematográficas o teatrales, confiterías, clubes deportivos, estadios de fútbol, sanatorios particulares, mercados, etc. La recaudación se limita a rentas (ingresos de sumas de dinero) o frutos (cosechas); requiere una resolución previa que decrete el embargo.

En algunas circunstancias, la designación de interventor-recaudador concurre con otras medidas cautelares y, en especial, con la designación de administrador judicial que, de regla, recae sobre la misma persona.

LOS HONORARIOS DEL INTERVENTOR

El interventor solo percibirá los honorarios a que tuviere derecho, una vez aprobado judicialmente le informe final de su gestión, si su actuación debiera prolongarse durante un plazo que a criterio del juez, justificara el pago de anticipos, previo traslado a las partes, se fijaran estos en adecuada proporción al eventual importe total de sus honorarios.

Para la regulación del honorario definitivo se atenderá a la naturaleza y modalidades de la intervención, al monto de las utilidades realizadas, a la importancia y eficacia de la gestión, a la responsabilidad en ella comprometida, al lapso de la actuación y a las demás circunstancias del caso.

Carece de derecho a cobrar honorarios el interventor removido del cargo por ejercicio abusivo; si la remoción se debiere a negligencia aquel derecho a honorarios o la proporción que corresponda será determinada por el juez.

El pacto de honorarios celebrado por el interventor será nulo e importar ejercicio abusivo; si la remoción se debiere a negligencia aquel derecho a honorarios o la proporción que corresponda será determinada por el juez.

El pacto de honorarios celebrado por el interventor será nulo e importará ejercicio abusivo del cargo.

NORMATIVA

Existe un requisito previo inmediato a la regulación de los honorarios al interventor judicial y es la aprobación de la rendición de cuentas que efectúe el mismo. Pero cuando su cometido se extienda en el tiempo, el juez podrá fijar sumas provisionales a ser percibidas como anticipos y que deberán guardar proporción con el monto total final de los emolumentos.

Por su parte, es importante destacar también que le es prohibido al interventor pactar honorarios, apuntando a ello a la imparcialidad y honestidad que el profesional designado deberá observar en la prosecución de su cometido.

El Art. 227º del CPCC de la Nación expresa: "el interventor sólo percibirá los honorarios a que tuviere derecho, una vez aprobado el informe final de su gestión. Si su actuación debiera prolongarse durante un plazo que a criterio del juez justificara el pago de anticipos, previo

traslado a las partes, se fijarán éstos en adecuada proporción al eventual importe total de sus honorarios.

HONORARIOS DEL RECAUDADOR

A pedido de acreedor y a falta de otra medida cautelar eficaz o como complemento de la dispuesta, podrá designarse a un (1) interventor recaudador, si aquélla debiere recaer sobre bienes productores de rentas o frutos. Su función se limitará exclusivamente a la recaudación de la parte embargada, sin ingerencia alguna en la administración. El juez determinará el monto de la recaudación, que no podrá exceder del cincuenta por ciento (50 %) de las entradas brutas; su importe deberá ser depositado a la orden del juzgado dentro del plazo que éste determine.

HONORARIOS A CARGO DE LA PARTE

"Los honorarios que se declaren a cargo de la parte contraria corresponderán exclusivamente a los profesionales."

Art. 4 ley 21839 " En esos casos, los honorarios del abogado y del procurador, en conjunto y por todo concepto, no podrán exceder del cuarenta por ciento (40%) del resultado económico obtenido, **sin perjuicio del derecho de los profesionales a percibir los honorarios que se declaren a cargo de la parte contraria**."

O sea, alude a la posibilidad de que el abogado sea acreedor también de los honorarios a cargo de la parte contraria, además de los acordados con su cliente por un convenio de honorarios.

El condenado a pagar deberá abonar dichas costas, sin embargo, el **art. 49 de la ley 21839** dice lo siguiente: "*Todo honorario regulado judicialmente deberá pagarse por la parte condenada en costas, dentro de los treinta (30) días de notificado el auto regulatorio firme, si no se fijare un plazo menor.*

En el supuesto que dicho pago no se efectuare, el profesional podrá reclamar el pago al cliente"

O sea que el cliente posee una obligación subsidiaria. En cambio, en el marco regulatorio provincial, se establece la solidaridad en la obligación del pago de honorarios, conforme al ART 58 donde "La regulación judicial firme constituirá título ejecutivo contra el condenado en costas y solidariamente contra el beneficiario del trabajo profesional"

REGULACIÓN DE LOS HONORARIOS

El juez debe regular los honorarios profesionales de acuerdo a las pautas de la ley de arancel aplicable en su jurisdicción.

En casos de procesos susceptibles de apreciación pecuniaria, sólo atienden, en los mejores casos, a las pautas objetivas (monto del proceso, porcentuales aplicables según el resultado del litigio y etapas cumplidas), en una forma extremadamente mecánica (se dice que tienen armadas "tablas" numéricas para cada tipo de proceso), que deja fuera de análisis importantes pautas "subjetivas".

Es deficiente, la misma sistematicidad que aplican en los procesos en donde no existe valor económico, en donde directamente el tribunal tiene asignado un precio de los honorarios, el cual regula en todos los procesos de características similares.

Esto explica por qué las regulaciones de honorarios, pese a la enunciación asistemática (y muchas veces errónea) de las pautas arancelarias aplicables, carecen realmente de fundamento.

En la mayoría de los casos, no son fruto de un real razonamiento judicial, razón por la cual no hay fundamentos reales que puedan volcarse en ellas, sino aseveraciones normativas meramente dogmáticas que confieren el vicio de la fundamentación aparente, lo que vuelve extremadamente complicado, la apelación de las resoluciones.

PRESCRIPCIÓN DE LOS HONORARIOS

Históricamente doctrina y jurisprudencia han distinguido entre el plazo de prescripción aplicable al pedido de regulación de honorarios - esto es el plazo de prescripción para solicitar la regulación de honorarios devengados-, y el plazo de prescripción para ejecutar los honorarios ya regulados, fijando para los primeros los plazos de 2 o 5 años -de acuerdo con los casos previstos en el art. 4032 inc. 1° del Código Civil.

En el caso de los honorarios regulados, el plazo de prescripción aplicable es de 10 años.

ADMINISTRACIÓN PROVISORIA JUDICIAL PARA LAS SOCIEDADES COMERCIALES E INSTITUTOS COMPLEMENTARIOS

Sociedades Comerciales

Concepto :

Según Ley 19.550 habrá sociedad cuando dos o más personas en forma organizada, conforme a uno de los tipos previstos en la misma se obliguen a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios, participando de los beneficios y soportando las perdidas.

Constitución :

La constitución de la sociedad se manifiesta mediante un contrato, firmado por los socios, en el que manifiestan su acuerdo y reglamentan sus derechos y obligaciones para con la sociedad.

El instrumento del contrato es privado cuando se realiza personalmente entre los socios, sin intervención de ningún funcionario publico. Cuando hay intervención de un escribano publico y el contrato se protocoliza, el instrumento es publico.

De todas maneras la sociedad solo se considera regularmente constituida al ser inscripta en el Registro Publico de Comercio, dentro de los 15 días de su otorgamiento. Si hubiera sido realizado por instrumento privado, la inscripción se hará previa ratificación ante un juez, a menos que las firmas estén certificadas ante escribano publico.

Requisitos del contrato:

El contrato debe contener: nombre, edad, estado civil, nacionalidad, profesión, domicilio y D.N.I. de los socios; razón social o denominación y domicilio de la sociedad; designación del objeto que debe ser preciso y determinado; capital social expresado en moneda argentina y mencionando el aporte de cada socio; plazo de duración de la sociedad; organización de la administración, fiscalización y reuniones de los socios; reglas de distribución de utilidades y soporte de las perdidas, en caso de omisión, se aplicara en proporción a los aportes.

- ***Libros***: Están compuestos por hojas encuadernadas y foliadas, deben ser inscriptos y rubricados en el Registro Publico de Comercio, podrán ser reemplazados por medios mecánicos u electrónicos autorizados, menos el de Inventario y Balance

- ***Diario***: registro cronológico de los hechos económicos de la empresa, brinda información especifica sobre los estados de las cuentas y las operaciones incluyendo fecha, cuentas involucradas, importes, comprobantes etc.

- ***Inventario y Balances***: comprende el Balance General, el Estado de Resultados, el estado de Origen y Aplicación de Fondos y el Estado de Evolución del Patrimonio Neto.

- ***IVA Compras e IVA Ventas***: si bien no son legalmente obligatorios, estos subsidiarios son de aplicación practica usual. Registran las compras y las ventas discriminando el IVA correspondiente a cada operación.

- ***Sueldos y Jornales***: es el registro de la asistencia y remuneraciones correspondientes a los empleados de la sociedad.

- ***Actas***: es el registro de las decisiones tomadas por los socios en las reuniones, deberá ser firmado por los mismos.

- ***Actas de Directorio***: es el registro de las decisiones tomadas por los miembros del Directorio de la sociedad, deberá ser firmado por los asistentes a la reunión.

- ***Actas de Asambleas***: es el registro de las decisiones tomadas por los socios en reunión, de las sociedades anónimas, deberá ser firmado por el presidente y por los socios que se designen a tal efecto.

- ***Registro de Acciones***: se especifican la clase, cantidad, valor, pertenencia, serie y demás datos de las acciones emitidas por la sociedad.

- ***Registro de Asistencia a Asambleas***: se especifica el nombre, numero de documento, dirección y la asistencia de los socios de la sociedad anónima en las Asambleas.

LIQUIDACIÓN DE SOCIEDADES

Las empresas, como cualquier criatura humana, sufren a lo largo de su vida distintas contingencias. En efecto, tienen un período de gestación, cuando los futuros socios diseñan sus objetivos mediatos y programan su probable accionar, luego nacen con el contrato social, actos constitutivo, estatuto, etc. Crecen y se desarrollan, sufren enfermedades mas o menos graves (intervenciones judiciales, concursos preventivos, etc.). También se casan (fusiones)

y se divorcian (escisiones) hasta que finalmente siguiendo en el ciclo fatal mueren (disolución y liquidación).

Actualmente, no existe como instituto autónomo en nuestro derecho positivo, sino que es consecuencia de una medida cautelar previa aplicada a la sociedad y en otros supuestos especiales. Deviene como consecuencia de un proceso previo de intervención judicial y/o por las mismas causales que determinan la disolución de una sociedad conforme al Art. 94º de la LSC siendo que por alguna causa han terminado en los estrados judiciales.

La liquidación de la sociedad constituye una etapa cuyo presupuesto es el de la disolución, y tiene por objeto fundamental la efectiva realización del activo, cancelación del pasivo y distribución del remanente a socios o accionistas, todo ello, con la debida regulación de procedimientos jurídicos-contables relacionados con socios o accionistas y terceros.

Aunque podemos afirmar que la sociedad ya disuelta no se ha extinguido totalmente, pues alguna actividad social seguirá funcionando a los efectos de su liquidación.

En esta etapa, toda actividad debe encaminarse exclusivamente a su liquidación, pues ya ha quedado restringido el objeto social, ha caducado el órgano de administración –que es reemplazado por el de liquidación- y además el nombre de la sociedad deberá llevar el aditamento de estar "en estado de liquidación".

Así se ha dicho en la jurisprudencia que la sociedad disuelta no se extingue, sino que propiamente se disuelve o rescinde "ex-nunc" cesando solo de estar en actividad, pues no pierde su personalidad y sirve para la liquidación sin convertirse en mera comunidad. El Art. 101º de la Ley 19.550 expresa que la sociedad en liquidación conserva su personalidad a ese efecto, y se rige por las normas correspondientes a su tipo en cuanto sean compatibles. La sociedad subsiste como sujeto e derecho, pero subordinada a los fines liquidatorios y de allí es que no pueden emprenderse nuevos negocios.

La sociedad debe pasar de una actividad de producción de bienes o servicios a una tendiente a extinguir el patrimonio social, esto es a la realización de todas las operaciones que sean necesarias para finiquitar las operaciones en curso, reducir a metálico los bienes sociales y a dividir el remanente entre los socios.

SOCIEDADES IRREGULARES Y, DE HECHO

Romero “La situación de las irregulares y, de hecho, en cuanto se refiere a su presentación y administración, se hallan asimiladas por ello la intervención es improcedente en ambas. Esto significa que si todos los socios tienen la administración y si todos los socios tienen la representación, o al menos tienen la posibilidad de ejercerla, no puede darse en el caso de estas circunstancias que hacen procedente la intervención de las sociedades. Cuando todos los socios tienen la administración en sus manos, tienen la posibilidad de impedir las circunstancias de peligro que justificarían la intervención.

El removido podrá continuar obrando en nombre de la sociedad y sus actos serán oponibles por mas intervención que se haya decretado.

LAS NORMAS PROCESALES Y LOS DIVERSOS SUPUESTOS DE LA LEY DE SOCIEDADES

Veedor, interventor y administrador

Veedor: la designación de un veedor es, por propia definición, una medida cautelar provisoria, pues la función de aquél consiste exclusivamente en informar sobre las materias encomendadas por el juez. Por ello, si de los informes producidos se constatan las irregularidades denunciadas por el peticionante de la medida, resulta procedente disponer una medida más extensa, designando un coadministrador o desplazando a través de un administrador judicial las autoridades de la empresa.

Administrador: es el designado a pedido de los componentes de la sociedad para hacerse cargo de los bienes y negocios sociales en situación provisional de la administración existente, con las facultades de dirección y gobierno, en representación de la sociedad y con independencia de voluntad de los socios. Sus derechos y obligaciones se rigen por los Art. 880º, 1870º, inc. 3, y 1945º del Código Civil. En cambio, el interventor judicial es designado a instancia de sus componentes para interferir en la administración de la sociedad, asistiendo a las partes en negocios intervenidos, sin facultad de dirección y gobierno, pero sin cuya presencia y ascenso nada puede hacerse porque todo lo debe conocer, teniendo concretamente tareas de fiscalización, control y coordinación de los intereses en pugna, no pudiendo sustituir con su voluntad la de los socios, limitándose al cuidado y guarda de los derechos controvertidos.

La intervención judicial consiste en la actuación de una persona designada por el tribunal para interferir un ente colectivo, patrimonio o empresa, sin facultades de disposición o de dirección y gobierno.

Interventor: Su tarea consiste en recaudar fondos – en general en dinero en efectivo – de la caja del intervenido y depositarlos en el Banco oficial que corresponda. La recaudación debe realizarse diariamente reteniendo el porcentaje que el Juez indica de las entradas y es indelegable

COADMINISTRADOR E INTERVENTOR

Como premisa básica, cabe observar que el coadministrador no desplaza a la administración, sino que concurre con ésta.

Es una subespecie de la administración conjunta, donde la administración de los negocios sociales y el coadministrador judicial actúan conjuntamente. Este último viene, por tanto, asistiendo a las partes en el negocio intervenido, por lo cual, sin su presencia, nada puede hacerse. Debe procurar la coordinación de los intereses en pugna, aunque sin facultades absolutas de dirección o de gobierno, y sin posibilidad de que sustituya la voluntad de los administradores ni hacerse cargo de los bienes del patrimonio social.

El Art. 17º de la Ley 24.522 en la parte "De los concursos", aplica una limitación a las facultades que posee el concursado en cuanto a su actuación como administrador de su patrimonio, enunciando que, de acuerdo con las circunstancias del caso, el juez puede designar un coadministrador, un veedor o un interventor controlador, con las facultades que

él disponga. Aunque en este caso, el deudor conserve en forma exclusiva la legitimación para obrar, en los actos del juicio que correspondan al concursado.

A su vez, el Art. 259º de dicha ley, nos dice que la designación del coadministrador debe recaer en personas especializadas en el ramo respectivo o graduados universitarios en administración de empresas.

Las tareas fundamentales de su gestión apuntarán básicamente a:

- Realizar aquellos actos que el contrato social autoriza a los gerentes u órgano de administración, juntamente con uno cualquiera de ellos;
- Cuidar el cumplimiento estricto de las normas legales y cargas fiscales referidas a la explotación del establecimiento, siendo solidariamente responsable con los administradores naturales por cualquier omisión;
- Preservar los fondos sociales ingresándolos íntegramente en cuentas bancarias:
- Cuidar que la contabilidad de la empresa sea debidamente llevada;
- Evitar disponer de bienes y fondos sociales excepto para erogaciones del giro ordinario, quedando el eventual remanente a disposición de las asambleas sociales que hubiere lugar.

LEGITIMACIÓN, CONDICIÓN DE SOCIO

El caso del socio aparente

El que no prestare su nombre como socio no será reputado como tal respecto de los verdaderos socios, tenga o no parte en las ganancias de la sociedad; pero con relación a terceros, será considerado con las obligaciones y responsabilidades de un socio, salvo su acción contra los socios para ser indemnizado de lo que pagare.

El socio del socio

Cualquier socio puede dar participación a terceros en lo que le corresponde en ese carácter. Los partícipes carecerán de la calidad de socio y de toda acción social; y se les aplicarán las reglas sobre sociedades accidentales o en participación.

El cónyuge del socio

Los esposos pueden integrar entre sí sociedades por acciones y de responsabilidad limitada.

Cuando uno de los cónyuges adquiera por cualquier título la calidad de socio del otro en sociedades de distinto tipo, la sociedad deberá conformarse en el plazo de seis (6) meses o cualquiera de los esposos deberá ceder su parte a otro socio o a un tercero en el mismo plazo.

El heredero del socio

Cuando los casos legislados por los artículos 51 y 53 de la ley número 14.394, existan herederos menores de edad, éstos deberán ser socios con responsabilidad limitada. El contrato constitutivo deberá ser aprobado por el juéz de la sucesión.

Si existiere posibilidad de colisión de intereses entre el representante legal y el menor, se designará un tutor ad hoc para la celebración del contrato y para el contralor de la administración de la sociedad si fuere ejercida por aquél.

Si el contrato previera la incorporación de los herederos del socio, el pacto será obligatorio para éstos y para los socios. Su incorporación se hará efectiva cuando acrediten su calidad; en el interín actuará en su representación el administrador de la sucesión.

Las limitaciones a la transmisibilidad de las cuotas serán, en estos casos inoponibles a las cesiones que los herederos realicen dentro de los tres (3) meses de su incorporación. Pero la sociedado los socios podrán ejercer opción de compra por el mismo precio,

dentro de los quince (15) días de haberse comunicado a la gerencia el propósito de ceder la que deberá ponerla en conocimiento de los socios en forma inmediata y por medio fehaciente.

OTROS LEGITIMADOS

El síndico social

El síndico es una persona elegida por una comunidad o corporación para cuidar de sus intereses. Como tal, tiene diferentes acepciones en diferentes ramas del Derecho.

En todo caso, el trabajo del síndico suele consistir en fiscalizar el funcionamiento de una entidad con el fin de proteger los intereses de sus representados.

El o los síndicos (según se esté en un proceso de quiebra o de liquidación judicial) son un órgano judicial que tiene una naturaleza compleja, según las varias funciones que le corresponde desempeñar: de administración de la masa activa y pasiva, periciales, de representación y de sustitución procesal.

El análisis del estatuto del síndico lo dividiremos en tres numerales: I. designación, aceptación y cese; II. remuneración y III. funciones, obligaciones y responsabilidades.

El acreedor del socio

Un acreedor es una persona que tiene las facultades para exigir el pago o cumplimiento de una obligación contractual entre dos partes.

Para la economía, las finanzas y los regímenes legales, el acreedor puede ser una persona física o jurídica que dispone de facultades legales para demandar el pago de una deuda o la satisfacción de un contrato o acuerdo legal a uno de los participantes en el mismo. El acreedor es una figura legal con una connotación negativa, ya que es su deber hacer cumplir las obligaciones, aun si éstas exceden las posibilidades de las partes. Un ejemplo típico es la contracción de una deuda de dinero por parte de un individuo que el acreedor a cargo se encargará de hacer saldar, por caso, con los bienes de la parte deudora. Otro caso muy común es en ocasión de la presentación de quiebra por parte de una empresa. Dadas estas circunstancias, los acreedores deben hacer cumplir el pago de sus deudas e indemnizaciones a la institución, ya sea por ejemplo hipotecando sus propiedades.

El acreedor de la sociedad

"Los socios responderán de los actos realizados a nombre o por cuenta de la sociedad, por quienes tengan o hayan tenido su representación y de acuerdo con lo que se dispone para cada tipo social".

"Los acreedores sociales no podrán exigir de los socios el pago de sus créditos sino después de la ejecución del patrimonio social y cuando corresponda en relación de su responsabilidad, según el tipo adoptado."

De modo que la sentencia que se pronuncie contra la sociedad tendrá fuerza de cosa juzgada contra los socios, pero los acreedores no podrán ejecutar el patrimonio de los socios que gocen del beneficio de excusión, hasta tanto se haya ejecutado el patrimonio social (art. 77).

Pueden oponer el beneficio de excusión los socios de las sociedades colectivas, los socios comanditados de las sociedades en comandita y los socios capitalistas e industriales de las sociedades de capital e industria.

LA VEROSIMILITUD DEL DERECHO Y EL PELIGRO EN LA DEMORA

Reglas generales

Por regla general la comprobación o prueba plena de la existencia de un derecho no solamente requiere de la instrucción suficientemente extensa para formar convicción –certeza– al juez, sino que exige el contradictorio, es decir, la asistencia o posibilidad de hacerlo de ambos sujetos con interés en el litigio. En las medidas cautelares, conforme al interés que las justifica: el temor de la frustración o su urgencia, exigen suprimir o disminuir la instrucción y demorar la partición de uno de los interesados hasta que se hayan cumplido. De allí que la comprobación de la existencia del derecho se haga en forma sumaria –cognición sumaria–, de manera que proporcione la verosimilitud de derecho8. Por eso, la adopción de la medida cautelar no debe depender de que el actor pruebe la existencia del derecho subjetivo por él alegado en el proceso principal, ya que esa existencia es la que se debate en éste, pero tampoco puede adoptarse la medida cautelar sólo porque lo pida el actor, en uno y otro extremo la adopción precisa que se acrediten unos indicios de probabilidad, verosimilitud de apariencia del buen derecho

Al respecto el autor **PODETTI** refiere «El interés privado y público de asegurar la oportuna y eficaz actuación de un derecho, permite prescindir, provisionalmente, de su justificación, pero nunca de su existencia» Por eso, al ser el procedimiento cautelar sumario, sin la existencia de estación probatoria, menos la posibilidad de su actuación nace el presupuesto de verosimilitud del derecho. De allí que el profesor JUAN JOSÉ MONROY GÁLVEZ manifieste que precisamente, por aquella situación de urgencia, el actor tan sólo se limita a presentar una información sumaria respecto de las posibilidades de su posición frente al proceso11. Precisa, la razón de ser de la verosimilitud, llamado fumus boni iuris, es que requiere para la obtención de la medida cautelar sólo el "humo" de la existencia del derecho que solicita el demandante

La medida cautelar se concede al demandante o actor no porque ostente un derecho indiscutido y pleno sobre el objeto del proceso, sino, porque simplemente prima facie, es

decir, preliminarmente su pretensión o derecho invocado parece amparable, situación que debe acreditarse con una prueba documental. No debe el juez perseguir la certeza, porque ella es el producto de una secuencia activa de verificaciones y deducciones lógicas que juegan armónicamente en un momento diferente del juicio. Al órgano jurisdiccional le basta y es suficiente la apariencia fundada del derecho, lo que equivale a responder asertivamente a la viabilidad jurídica de la pretensión, pero sin que ello signifique adelantar opinión alguna sobre el fondo del problema

KIELMANOVICH destaca que algunos casos la ley presume la verosimilitud del derecho, por las situaciones de las personas, la naturaleza de la pretensión o por el estado del proceso en el cual se pide, así cuando se trata de medidas cautelares a favor de quien obtuvo sentencia favorable.

Peligro en la demora: PERICULUM IN MORA

Para **CALAMANDREI**, citado por PRIORI POSADA, el peligro en la demora es el interés específico que justifica la emanación de cualquiera de las medidas cautelares. El peligro en la demora configura el interés para obrar necesario para obtener del órgano jurisdiccional el dictado de una medida cautelar15

El periculum in mora está referido a la amenaza de que el proceso principal se torne ineficaz durante el tiempo transcurrido desde el inicio de la relación procesal hasta el pronunciamiento de la sentencia definitiva. Su existencia no está sustentada necesariamente en la posibilidad de que los actos maliciosos del demandado impidan el cumplimiento de lo pretendido por el demandante, sino también en que el sólo transcurso del tiempo constituye, de por sí, un estado de amenaza que merece tutela especial.

Nace porque el proceso judicial no puede ser solucionado en forma inmediata y se complementa con las posibles actitudes que puedan realizar otros sujetos para afectar la situación jurídica del actor, mientras se dilucida el conflicto17

PRIORI afirma que el peligro en la demora se configura por dos caracteres: (a) el riesgo de daño jurídico debe ser causado por la demora del proceso; (b) el riesgo de daño jurídico debe ser inminente, lo que justifica la necesidad de dictar una medida cautelar, que tiene el carácter de urgencia.

PROCEDENCIA DE LA ADMINISTRACIÓN Y LA COADMINISTRACIÓN

Administrador

En un sentido amplio, podemos decir que el término Administración involucra a un conjunto de actos tendientes a ejercer la dirección, guarda, conservación, incremento de valor intrínseco y a la explotación racional de bienes ajenos, administrados conforme a su naturaleza y títulos jurídicos, en orden a los cuales se realizan los actos mencionados. Es el ordenamiento económico de un bien, de un conjunto de bienes o de un patrimonio, propio o ajeno, según sea el caso.

En un sentido no tan amplio, se la concibe como un mandato conferido a una persona denominada "administrador" para que ejerza el gobierno de bienes ajenos, ya sea de una

sucesión, de un menor, de un incapaz, de una entidad social (en cualesquiera de sus tipos), etc.

Administración es, ante todo, organización, y en el sentido común del vocablo, es ordenar económicamente los medios de que se dispone y usar convenientemente de ellos para proveer a las propias necesidades.

En general, la administración de los bienes de terceros tiene las características del mandato o de la gestión de negocios y el administrador no es sino la persona que tiene el empleo de administrar esos bienes ajenos.

El administrador, dentro del ámbito del derecho privado, es la persona encargada de la administración de un bien o del conjunto del patrimonio de otra, o de un bien que pertenece en forma indivisa al administrador y a un tercero. En un sentido más amplio, y como opuesto a legislador o a juez, se identifica con ese calificativo a la persona que ejerce funciones administrativas.

En el derecho público se denomina así a los funcionarios que tienen a su cargo un establecimiento o un servicio vinculados con la administración pública.

En el derecho civil y en el derecho comercial, es la persona que administra un bien o un patrimonio perteneciente a otro y se puede clasificar en:

- **Judicial**: si es designado con intervención judicial;
- **Legal**: cuando el mandato le concierne en virtud de una disposición legal, que administra el patrimonio de un tercero por mandato de la ley. Ejemplo: la que cumplen los padres en relación con el patrimonio de sus hijos menores, o el tutor o curador con el de sus pupilos o incapaces, respectivamente.
- **Voluntario**: si ejerce actos de administración en virtud de mandato privado, expreso o tácito.

Coadministrador

En la Ley 24.522 "Ley de Concursos y Quiebras", se aborda el tratamiento de la figura de la coadministración, tanto en el concurso preventivo como en la quiebra con continuación de la explotación; analizando la delimitación de funciones entre el síndico concursal y el coadministrador, la extensión temporal de sus funciones, tareas fundamentales de su gestión y la armonización de normas relacionadas con la retribución y las funciones desarrolladas.

Como premisa básica, cabe observar que el coadministrador no desplaza a la administración, sino que concurre con ésta.

Es una subespecie de la administración conjunta, donde la administración de los negocios sociales y el coadministrador judicial actúan conjuntamente. Este último viene, por tanto, asistiendo a las partes en el negocio intervenido, por lo cual, sin su presencia, nada puede hacerse. Debe procurar la coordinación de los intereses en pugna, aunque sin facultades absolutas de dirección o de gobierno, y sin posibilidad de que sustituya la voluntad de los administradores ni hacerse cargo de los bienes del patrimonio social.

El **Art. 17º de la Ley 24.522** en la parte "**De los concursos**", aplica una limitación a las facultades que posee el concursado en cuanto a su actuación como administrador de su patrimonio, enunciando que, de acuerdo con las circunstancias del caso, el juez puede designar un coadministrador, un veedor o un interventor controlador, con las facultades que él disponga. Aunque en este caso, el deudor conserve en forma exclusiva la legitimación para obrar, en los actos del juicio que correspondan al concursado.

A su vez, el **Art. 259º** de dicha ley, nos dice que la designación del coadministrador debe recaer en personas especializadas en el ramo respectivo o graduados universitarios en administración de empresas.

Las tareas fundamentales de su gestión apuntarán básicamente a:

- Realizar aquellos actos que el contrato social autoriza a los gerentes u órgano de administración, juntamente con uno cualquiera de ellos;
- Cuidar el cumplimiento estricto de las normas legales y cargas fiscales referidas a la explotación del establecimiento, siendo solidariamente responsable con los administradores naturales por cualquier omisión;
- Preservar los fondos sociales ingresándolos íntegramente en cuentas bancarias:
- Cuidar que la contabilidad de la empresa sea debidamente llevada;
- Evitar disponer de bienes y fondos sociales excepto para erogaciones del giro ordinario, quedando el eventual remanente a disposición de las asambleas sociales que hubiere lugar.

Procedencia del veedor

Funcionario que no tiene injerencia alguna en la administración de la sociedad, ni desplaza al administrador de sus funciones, no pudiendo tomar ninguna medida que no sea de mero control. Es funcionalmente considerado un informante de juez, cuya misión se agota mediante la presentación de los informes que suministra a éste, fundamentalmente de la marcha de los negocios sociales. Para la consecución de tal finalidad el veedor debe por principio, comprobar, ver inspeccionar, aquellas operaciones cumplidas respecto de los bienes sociales y brindar al juez oportuna cuenta de todo cuanto pueda influir negativamente en la gestión social respectiva.

Debe controlar las operaciones sociales, revisar la contabilidad y compulsar los comprobantes respaldatorios de ésta. El veedor no adquiere el manejo y la dirección de la sociedad, habida cuenta que el administrador no es

Esta es la modalidad más leve, el veedor tiene injerencia en la sociedad con el objeto de investigar estado de los bienes, negocios, operaciones, actividades, pero sin importar interferencia en la administración. Asiste a las reuniones y los administradores naturales le deben la información y documentación que solicita en orden a cumplir con su misión de control.

Casos de improcedencia

A. No procede contra decisión judicial firme Las decisiones judiciales firmes no pueden ser interferidas por vía de medidas de no innovar dictadas en proceso diferente. No puede estar dirigida a interferir u obstaculizar un fallo judicial firme. Si se ha denegado una suspensión del procedimiento, no corresponde dictar una medida de no innovar que contraríe aquella resolución.

B. No procede en casos de ajenidad al proceso Si se requiere que la medida se circunscriba a las personas y bienes comprendidos en el proceso, es obvio que será improcedente si resultan aquéllos ajenos a él.

C. Vinculo contractual vencido Tampoco procede la prohibición de innovar si se pretende mantener la situación jurídica emergente de un vínculo contractual vencido, aunque se apoye en la propuesta de nuevas condiciones contractuales para la concertación de un nuevo contrato.

CARÁCTER RESTRICTIVO

Clases de interpretación

Partiendo de esos criterios llegamos a una serie de resultados. Esa interpretación puede tener un carácter declarativo, un carácter extensivo, un carácter restrictivo o un carácter corrector.

Carácter declarativo: nos dice que existe una plena concordancia entre la interpretación literal con la finalidad de la norma.

Carácter extensivo: la interpretación literal no coincide con la finalidad de la norma. Entonces hay que extender el significado de las palabras de esa norma.

Interpretación restrictiva, de carácter restrictivo: la interpretación literal no coincide con la finalidad de la norma; en este caso hay que restringir el concepto de las palabras.

Interpretación de carácter corrector: la interpretación literal no coincide con la finalidad de la norma; en este caso se corrige, se cambia por completo el sentido de las palabras.

Por último, hace referencia que la interpretación respecto a estos criterios puede ser pública o privada.

Va a ser PÚBLICA cuando venga dada por órganos del Estado. Dentro de esta interpretación pública vamos a hablar de una interpretación auténtica y una interpretación usual.

La interpretación AUTÉNTICA es la que viene dada por el poder legislativo; es decir, una ley interpreta el contenido de otra ley o simplemente interpreta su propio contenido.

La interpretación USUAL se va a referir a la interpretación que hacen los tribunales. También son órganos del Estado y ellos, como ya hemos visto, van a interpretar el derecho con las reglas que hemos dado.

La interpretación PRIVADA es la interpretación que viene dada por abogados, notarios, registradores y juristas.

AGOTAMIENTO DE LOS RECURSOS DEL CONTRATO SOCIAL

La intervención judicial como remedio externo actúa en forma supletoria para el caso de que las relaciones sociales regidas por la Ley 19550 y el contrato constitutivo hayan fracasado, de forma tal que el socio reclamante debe haber agotado la instancia interna para lograr una solución a su pretensión dentro del seno del ente colectivo, debiendo haber imputado en ese escenario la conducta ilegítima de los administradores, no logrando su remoción o rectificación.-

Ahora bien, en algunos supuesto, como el caso de las Sociedades por Acciones, la Jurisprudencia ha mitigado en algunos casos la rigidez de este recaudo cuando la proporción de la participación de los socios reclamantes torna infructuosa la defensa de sus intereses, como en el caso de que los peticionantes en una sociedad anónima no representen una participación mayor al 5% en el Capital Social, no alcanzando el mínimo requerido por el art. 236 de la Ley 19.550.- para que pueda lograrse la convocatoria a una asamblea para tratar la cuestión, salvo que los estatutos prevean una proporción menor. Sin perjuicio de ello, siempre debe exigirse que la Sociedad haya sido notificada fehacientemente a efectos de haber tenido la posibilidad de solucionar internamente el conflicto, aunque no haya estado obligada a promover la convocatoria a Asamblea.-

También, entendemos que cuando el reclamo se funda en el incumplimiento del órgano de administración de la obligación de suministrar información a los socios, conforme a lo prescripto por el art. 55 de la Ley 19.550.-, la viabilidad de la petición, en el supuesto de que exista un órgano de fiscalización interno, esta condicionada a que se sustancie el reclamo previo como uno de los supuestos de agotamiento interno. Por lo que, inicialmente, los requerimientos y las pruebas necesarias para acreditar los requisitos de procedencia de la intervención deberán pasar previamente por ante este órgano fiscalizador o sindicatura.-

PROMOCIÓN DE LA ACCIÓN DE REMOCIÓN

Revistiendo el carácter de medida cautelar accesoria, el reclamo de la intervención judicial no puede plantearse si paralelamente no se ha promovido la demanda de remoción del o los administradores de la sociedad, atento que entre una y otra existe una accesoriedad natural, toda vez que los hechos que se invoquen como motivadores de la acción de remoción serán los mismos que sirvan de base para lograr la intervención, esta última solo evita que las maniobras ilegítimas de los administradores sigan plasmándose durante la vigencia del proceso principal.

Sociedades anónimas

Es aquella sociedad mercantil cuyos titulares lo son en virtud de una participación en el capital social a través de títulos o acciones. Las acciones pueden diferenciarse entre sí por su distinto valor nominal o por los diferentes privilegios vinculados a éstas, como por ejemplo la obtención de un dividendo mínimo. Los accionistas no responden con su patrimonio personal de las deudas de la sociedad, sino únicamente hasta la cantidad máxima

del capital aportado. Existen sociedades anónimas tanto de capital abierto como de capital cerrado.

DESIGNACIÓN Y FUNCIONES DEL INTERVENTOR

1. Desempeñar personalmente el cargo, con arreglo a las directivas que le imparta el juez.

2. Presentar informes periódicos que disponga el juzgado y uno final, al concluir su cometido.

3. Evitar la adopción de medidas que no sean estrictamente necesarias para el cumplimiento de su misión o que comprometan su imparcialidad respecto de las partes interesadas o puedan producirle dañoso menoscabos. El interventor que no cumpliere eficazmente su cometido podrá ser removido del oficio, si mediare pedido de parte se dará traslado a los demás y al interventor.

4. El interventor es representante del juez y, como tal, su actuación es indelegable, sin perjuicio de que cuente con auxiliares, los cuales se encuentran bajo su supervisión.

La presentación de informes periódicos – por ejemplo, en forma semanal o mensual - y otro al concluir la gestión implica poner en conocimiento del juez los resultados de la intervención; de ese modo, aquél ejerce una forma de control. Por último, el interventor debe cumplir su cometido con total objetividad e imparcialidad.

Atribuciones y funciones

Como paso previo al desempeño de la tarea para la cual ha sido designado, corresponde que el interventor tome posesión del cargo, cuya diligencia, normalmente, se realiza a través de un oficial de justicia que actúa por expreso mandato judicial emanado del tribunal interviniente.

Cabe poner de manifiesto, en primer término que la gestión de un interventor judicial es independiente de las causas que motivaron su nombramiento, debiéndose abocar al desarrollo de la tarea encomendada dentro del marco de las atribuciones, facultades legales, disposiciones estatutarias y de acuerdo con la clase de intervención con la que ha sido nombrado.

Asimismo, y si bien la tarea del interventor es indelegable, éste puede solicitar el nombramiento de auxiliares (profesionales o no) y contratar empleados, pero descansando sobre un principio básico cual es la autorización previa del juzgado interviniente a lo que se agrega: siempre que, objetivamente, las circunstancias, calidad y cantidad de la tarea así prudencialmente lo aconsejaren.

Finalmente en lo que hace a la duración en el cargo, deberá emanar de la resolución de designación y sólo se podrá prorrogar por auto fundado

RECURSOS DE APELACIÓN

El recurso de apelación es un medio de impugnación a través del cual se busca que un tribunal superior enmiende conforme a Derecho la resolución del inferior.

Dentro del orden jurisdiccional existen diferentes instancias ordenadas de forma jerárquica. Esto significa que la decisión de un órgano jurisdiccional puede ser revisada por uno superior. Cuando un juez o tribunal emite una resolución judicial, es posible que alguna de las partes implicadas no esté de acuerdo con la decisión. En este caso, habitualmente, la parte puede hacer uso de la apelación, a través de la cual se recurre a un órgano jurisdiccional superior para que revise el auto judicial o la sentencia y, si estima que tiene defectos, la corrija en consecuencia.

El equivalente en el orden administrativo suele denominarse recurso de alzada, que es la forma en que se solicita al funcionario superior que revise la decisión de un subordinado y que se contrapone al recurso de reposición o reconsideración, que se dirige al mismo funcionario que dictó la resolución.

Cuando una sentencia jurisdiccional no admite ningún recurso, o ha terminado el plazo para presentarlos, se denomina sentencia firme.

Características:

- La apelación es un recurso ordinario, es decir, la ley lo admite por regla general contra toda clase de resoluciones.
- Además, es un recurso constitutivo de instancia, lo que significa que el tribunal superior puede pronunciarse sobre todas las cuestiones de hecho y derechoque han sido discutidas en el proceso. En otras palabras, no está limitado sólo a revisar la aplicación correcta de la ley, como sucede en los recursos de casación.
- Aunque normalmente varía en función de la legislación y de la materia, lo normal es que el ámbito del tribunal en la apelación se limite a lo solicitado por las partes (el petitum). Es posible que una sentencia no sea completamente favorable a ninguna de las partes, y si sólo una de las partes apela una decisión, el tribunal que revisa el caso no puede perjudicar la situación del apelante y dictar una nueva sentencia que le sea más perjudicial (reformatio in peius). En este caso, lo normal es que ambas partes presenten apelaciones, de forma que el órgano judicial tenga un ámbito de actuación mayor.

Importancia:

El recurso de apelación se considera una expresión del derecho a la tutela judicial efectiva. Hasta tal punto es así que el Tribunal Europeo de Derechos Humanosha reconocido que se vulnera este derecho si, en un juicio penal, un acusado no tiene derecho a apelar su sentencia condenatoria.

Se distingue el recurso de apelación de los siguientes:

- Recurso de alzada: es el equivalente de la apelación en el orden administrativo

- Recurso de casación: de este recurso conoce un tribunal superior, habitualmente un Tribunal Supremo, y es más limitado que el de apelación.

- Recurso de queja, reforma o reposición: se interpone ante el mismo órgano jurisdiccional que dictó la resolución recurrida. Existe en muchos ordenamientos, pero su uso se limita, comúnmente, a la revisión de ciertos autos. También tiene utilidad en los casos especiales en los que la sentencia en primera instancia la dicta el órgano jerárquicamente superior.

- Recurso de amparo: se interpone ante un tribunal superior, habitualmente un Tribunal Supremo, o ante un Tribunal Constitucional, por la vulneración dederechos fundamentales.

MEDIDAS CAUTELARES SOBRE ACTOS Y CONDUCTAS.

Prohibición de innovar. Orden de innovar

Concepto y Alcance

Se considera que esta medida tiene su remoto origen en el derecho romano concretamente en el denominado "proceso formulario", que la consagraba por medio del aforismo latino: "Pendente litis nibil innovatur". Así, uno de los efectos de la litis contestatio en el Derecho Romano, era la indisponibilidad de la cosa litigiosa, que se expresaba en los siguientes términos: "lite pendente nibil innovetur; omnia in suo statut esse debent res finiatur". El demandado no podía enajenarla, destruirla o deteriorarla, porque la cosa debía ser entregada al vencedor en el estado en que se encontraba en el momento de comenzar la litis.

Las partidas recogieron el principio en la ley 13 título VII, partida 3ª, estableciendo que si el demandado enajenaba la cosa después del emplazamiento, la enajenación no era válida, y el comprador debía pedir el precio que había pagado por ella, si tuvo conocimiento de la demanda.

A ella también hace referencia el Digesto dentro de los edictos posesorios.

También el antiguo derecho canónico contenía preceptos en el mismo sentido, que todavía subsisten en sus cuerpos de leyes.

El principio tradicional "Pendiente la lite nada sea innovado" que tiende a mantener el status quo entre las partes durante el desarrollo del proceso, ha existido en las antiguas legislaciones aunque con variedad de matices y alcances, en sus diversas aplicaciones particulares, habiendo dado origen al secuestro y otras medidas análogas que en cierto modo impiden la innovación en el estado de la cosa litigiosa y ha servido también de fundamento a otros institutos.

En el derecho moderno, la interposición de la demanda no impide la enajenación de la cosa litigiosa y el actor debe solicitar las medidas cautelares pertinentes para impedirlo o para extender a terceros los efectos de a sentencia. Ello es una consecuencia del desenvolvimiento que adquirió el derecho inmobiliario y que determinó la creación de los Registros, en los

cuales deben inscribirse las transmisiones de dominio así como las restricciones impuestas a su libre disposición.

Pero la inalienabilidad del bien era sólo uno de los efectos de la prohibición de innovar, desde que su objeto era el mantenimiento de la situación de hecho, la que también podía ser alterada por la destrucción o deterioro del bien o por cualquier acto que tuviera como consecuencia su modificación.

Prohibición de innovar

Innovación, del verbo innovar: introducir novedades en alguna cosa, significa en derecho un cambio en la situación de hecho o de derecho, que pueda perjudicar a una de las partes en una relación jurídica, modificando los bienes motivo de ella, o los derechos que los litigantes tenían sobre dichos bienes. Su origen remoto lo encontramos en el derecho romano, aunque con un efecto más general y enérgico: pendente lite nihil innovatur, y como consecuencia de la litis trabada, origen que se revela aún en algunas resoluciones judiciales.

es una medida conservatoria que anticipa, durante el normal trámite de una controversia, la tutela jurídica de un estado de derecho o de hecho planteado y destinada a garantir su goce eventual y futuro, una vez reconocido judicialmente.

la prohibición de innovar tiene como objeto la protección del interés individual y también el interés público. Justificando "la existencia de esta medida judicial con un objeto y efectos diferentes de las otras providencias", dice Reimundín6 que "puede ocurrir que lo que el litigante se proponga asegurar no sea la indisponibilidad de un bien litigioso o la incolumidad del estado de una cosa, sino obtener la protección jurisdiccional de un estado de hecho, mientras se resuelve definitivamente sobre la existencia del derecho litigioso"

Presupuesto:

Los presupuestos genéricos de las medidas cautelares: verosimilitud del derecho, peligro en la demora y otorgamiento de contracautela, y que el segundo es un presupuesto específico del cual sólo excepcionalmente puede prescindirse.

Se sostuvo en la primera edición de este Tratado que, para decretar la prohibición de innovar, debía acreditarse la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora y otorgarse contracautela. El segundo presupuesto se expresa mediante una locución propia: irreparabilidad de un perjuicio y se encomienda a la prudencia del juez estimarla.

Requisitos:

Así, dice el artículo 230 del código procesal nacional: "Podrá decretarse la prohibición de innovar en toda clase de juicio, siempre que:

.-1 El derecho fuere verosímil (primer presupuesto).

.-2 Existiere el peligro (segundo presupuesto) de que si se mantuviera o alterara, en su caso, la situación de hecho o de derecho, la modificación pudiera influir en la sentencia o convirtiera su ejecución en ineficaz o imposible.

.-3 La cautela no pudiera obtenerse por medio de otra medida precautoria".

Contracautela:

La contracautela tiene por objeto asegurar al afectado con una medida cautelar el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda causar su ejecución.

La admisión de la contracautela, en cuanto a su naturaleza y monto, es decidida por el juez, quien puede aceptar la propuesta por el solicitante, graduarla, modificarla o, incluso cambiarla por la que sea necesaria para garantizar los eventuales daños que pueda causar la ejecución de la medida cautelar.

La contracautela puede ser de naturaleza real o personal. Dentro de la segunda se incluye la caución juratoria, la que puede ser admitida, debidamente fundamentada, siempre que sea proporcional y eficaz. Esta forma de contracautela es ofrecida en el escrito que contiene la solicitud de medida cautelar, con legalización de firma ante el secretario respectivo.

La contracautela de naturaleza real se constituye con el mérito de la resolución judicial que la admite y recae sobre bienes de propiedad de quien la ofrece; el Juez remite el oficio respectivo para su inscripción en el registro correspondiente .

En caso de ejecución de la contracautela, esta se actúa, a pedido del interesado, ante el juez que dispuso la medida y en el mismo cuaderno cautelar; el que resuelve lo conveniente previo traslado a la otra parte.

Cuando se admite la contracautela sometida a plazo, ésta queda sin efecto, al igual que la medida cautelar, si el peticionante no la prorroga u ofrece otra de la misma naturaleza o eficacia, sin necesidad de requerimiento y dentro del tercer día de vencido el plazo

MEDIDAS POR ACTOS DE PARTICULARES

Bancos y entidades financieras

Un banco es una empresa financiera que se encarga de captar recursos en la forma de depósitos, y prestar dinero, así como la prestación de servicios financieros. La banca, o el sistema bancario, es el conjunto de entidades o instituciones que, dentro de una economía determinada, prestan el servicio de banco. La internalización y la globalización promueven la creación de una Banca universal. Al igual que la palabra española “banco”, la palabra griega (trá · pe · za) que se traduce como banco significa literalmente “mesa”. En un contexto financiero, como por ejemplo el trabajo de los cambistas, se refiere al mostrador para la transacción de dinero.

Entidades financieras:

viene a ser una entidad que presta servicios financieros a sus clientes, es decir, una compañía que ofrece a sus clientes (familias, empresas, Estado) servicios relacionados con el dinero que posee o necesita. Por lo tanto, las instituciones financieras son meros intermediarios ya que se ubican entre las distintas partes intervinientes, por ejemplo: necesito hacer llegar dinero a mi hermano que está en Estados Unidos pero me resulta muy caro ir allí y darle el dinero, o que él venga aquí y se lo dé. Una institución financiera (banco, caja de ahorros,...)

me ofrece la posibilidad de hacer una transferencia de dinero a su cuenta bancaria en Estados Unidos, a cambio de una comisión por los servicios de intermediación prestados. Existen infinidad de ejemplos de la labor de las instituciones financieras y distintos tipos de instituciones financieras, ya que no todo son bancos y no todo son personas físicas de a pie las que realizan operaciones con estas.

Fondos de comercio

En la economía de la empresa y en contabilidad, se entiende por fondo de comercio o goodwill, el valor actual de los superbeneficios que produce una empresa. Corresponde al valor inmaterial de la misma, derivado de factores como la clientela, la eficiencia, la organización, el crédito, el prestigio, la experiencia etc.

Una empresa puede valer más que la suma algebraica de todos los elementos que componen su patrimonio. El fondo de comercio recoge este sobrevalor por encima de los elementos que la forman y que en caso de venta hace que se pague por la misma más de los que valen sus elementos en sí. El fondo de comercio cuantifica la capacidad de las empresas para obtener beneficios extraordinarios, entendido éstos como aquellos beneficios superiores a la rentabilidad normal del mercado o del sector.

LA MEDIDA CON RESPECTO A LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

La calificación que recibe la suspensión de los efectos de un acto administrativo, es el de la medida cautelar por excelencia en el recurso contencioso-administrativo (Pittaluga, citado en Torrealba 2009).

Se puede describir la misma, como eliminación temporal, de la eficacia de los actos administrativos, y que aplica transitoriamente bien sobre los efectos derivados del acto o bien interrumpiendo su curso, si ya habían comenzado a producirse.

Apunta Torrealba (2009), que también se ha definido la figura jurídica en estudio, como una medida cautelar mediante la cual se detiene en un caso determinado y de manera provisora los principios de ejecutividad y ejecutoriedad del acto administrativo.

Es por todo lo anterior que entre las medidas cautelares posibles, la suspensión del acto administrativo es la que tiene más relevancia en el ámbito contencioso administrativo

Actos administrativos

El acto administrativo, es el medio a través del cual la Administración pública cumple su objetivo de satisfacer los intereses colectivos o públicos. Es la formalización de la voluntad administrativa, y debe ser dictado de conformidad con el principio de legalidad.

El tema del acto administrativo es de suma importancia en el Derecho público, dado que el reconocimiento de un acto como administrativo implica someterlo a un régimen especial que lo diferencia de otras manifestaciones estatales. Es una materia que ha sido muy discutida en la doctrina jurídica, sosteniéndose diferentes definiciones, según sea el concepto que se tenga, en general, de la función administrativa.

Actos de poder legislativo

La responsabilidad internacional por actos del Poder Legislativo se produce ya sea por la promulgación de una legislación contraria a las obligaciones internacionales o bien por una omisión, por la falta de una legislación necesaria para cumplir con un compromiso internacional.

Los actos de los titulares del Poder Ejecutivo en contravención de una norma internacional también responsabilizan al Estado aun cuando no exista autorización o bien se realicen en exceso de sus facultades ultra vires.

Actos políticos

Actos de naturaleza política emitidos por el Gobierno -Consejo de Ministros en el Estado y Consejos de Gobierno en las Comunidades Autónomas- en su función de dirección política, que, a diferencia de los actos administrativos, se dictan en su condición de órganos de gobierno y no como Administración pública. A título de ejemplo son actos políticos:

1) los referentes a las relaciones con otros órganos constitucionales;

2) las decisiones de remisión de los proyectos de ley a las Cortes.

3) los de carácter internacional, etc. Estos actos no pueden ser controlados ante la jurisdicción contencio so-administrativa salvo en la protección de derechos fundamentales, en sus elementos reglados, y en la determinación de las indemnizaciones que fueren procedentes.

Actos de poder judicial

Los actos del poder Judicial también pueden dar motivo a responsabilidad internacional cuando, por ejemplo, se realice lo que se ha denominado como "denegación de justicia", concepto, en principio, ambiguo que podemos calificar como: Falta en la administración de justicia domestica hacia un extranjero; el fracaso en proporcionar al extranjero el mismo remedio que se proporciona al nacional, cuando tal recurso está a su disposición.

Otras de las modalidades de la responsabilidad internacional tienen que ver con la derivada de los actos de los movimientos de insurrección. En este caso, si los actos constitutivos de una responsabilidad internacional provienen de un movimiento de insurgencia, el Estado no será responsable si ha tomado la debida diligencia para prevenirlos o evitarlos. Si el grupo insurrecto llega a constituir un gobierno de facto será responsable de todos sus actos, aun de aquellos cometidos antes de su victoria, ya que se interpreta que ya tenía cierta representación.

MEDIDA CAUTELAR INNOVATIVA

Son aquellas que tienen como fin asegurar el ejercicio de un derecho. Lo que se pretende tutelar es la posibilidad de hacer efectivo el derecho que se esta invocando y que será resuelto luego que el juez dicte sentencia favorable.

Son medidas tomadas por los jueces con el el objetivo de impedir la disposición de los bienes del deudor.

Ante la inminencia de un prejuicio irreparable, puede el juez dictar medidas destinadas a reponer un estado de hecho o de derecho cuya alteración vaya a ser o es el sustento de la demanda. Esta medida es excepcional por lo que solo se concederá cuando no cuando no resulte aplicable otra prevista en la ley.

DISTINCIÓN ENTRE LA MEDIDA CAUTELAR INNOVATIVA, LA ANTICIPACIÓN DE LA TUTELA Y LA MEDIDA AUTOSATISFA

Contenidos y efectos de la decisión anticipatoria

La decisión anticipatoria se asienta en una cognición sumaria, periférica y superficial, que no se apoya en un juicio de certeza sino de mera probabilidad - mejor, de fuerte probabilidad-. Por ello sus efectos son provisionales, en el sentido de que quedan supeditados al resultado final de la litis; y, por otro lado, la medida mantiene su eficacia sólo en tanto perdure la situación fáctica en que se sustentara. De ahí que, como se prevé en el art. 66 que venimos analizando, la tutela podrá quedar sin efecto si "al tiempo de tal sentencia (de mérito) o durante la secuela del proceso, (si) cambiaren las condiciones". La regla es similar a la del art. 202 CPr. , aplicable a las medidas cautelares, caracterizadas también por la nota de provisoriedad; sin perjuicio de tratarse de una regla propia de toda resolución judicial, implícitamente sujeta a la cláusula rebus sic stantibus.

La medida anticipatoria generalmente contiene una condena provisoria que origina su ejecución. Sin embargo, puede tener un contenido meramente declarativo, constitutivo o determinativo. Cuando se decreta la suspensión de la eficacia de un acto, que no supone un específico procedimiento de ejecución para efectivizarla

Medidas autosatisfacías

Junto con la potestad judicial para otorgar la tutela anticipatoria, el proyecto de 1997 regula de modo específico las denominadas "medidas autosatisfactivas" - con más propiedad, las califica como "medidas de efectividad inmediata- sobre las que se viene laborando intensamente en la doctrina , previstas en el art. 67 para supuestos excepcionales y con estricta sujeción a los presupuestos que indefectiblemente han de verificarse como condición de su andamiento.

a) Naturaleza y características

Mientras en las resoluciones anticipatorias se provee una protección puramente provisional e interina, que si bien adelanta de modo total o parcial los efectos de la tutela pretendida, no prejuzga ni interfiere la definición final que sólo llega con la sentencia en el mérito; en cambio, las medidas autosatisfactivas, excepcionalmente, dispensan a través de un proceso urgente una satisfacción o efectividad inmediata y definitiva, que agota y consume la litis, a través de un pronunciamiento en el mérito de la pretensión, cuyos efectos devienen de hecho irreversibles y, por ello, tornan innecesaria la continuación del proceso y abstractas las cuestiones que integraron la pretensión. Por esta última característica se las denomina también medidas "anticipatorias materiales" o "definitorias" , caracterizándoselas como una verdadera tutela judicial urgente, inmediata y sustantiva.

Lo que se propugna es conferir al juez la potestad de decidir tempranamente, casi siempre in limine, sobre el fondo mismo de la pretensión, cuando por la singularidad del objeto litigioso se impone un pronunciamiento inmediato, por la inevitable frustración del derecho que habría devenir, si no se concede ya la tutela. Como se ha subrayado, o se satisface la pretensión en ese momento o no podrá satisfacerse más, pues la lesión al derecho se habrá consumado irremediablemente .

Bien entendido que la regulación procesal persigue el reconocimiento de una atribución judicial genérica y discrecional, en el sentido que ya hemos analizado (supra I, 5), para atender exclusivamente a la tutela de situaciones suficientemente líquidas, en las que reluce un derecho o interés cierto y manifiesto, cuya existencia en grado cuanto menos de alta probabilidad y aún, mejor, de certidumbre, se desprende in re ipsa, y que por su propia naturaleza se encuentra necesitado de protección urgente e impostergable.

PRESUPUESTO DE ANTICIPACIÓN

La anticipación de la tutela sólo puede acordarse concurriendo en su totalidad, todas y cada una de las siguientes condiciones:

a) "Que exista convicción suficiente acerca del derecho invocado", lo que cabe interpretar implica que la petición se sustente en prueba inequívoca que permita alcanzar aquel convencimiento. Se requiere, entonces, algo más que la mera verosimilitud del derecho, presupuesto de las medidas cautelares; es necesario que exista una fuerte probabilidad, aunque no necesariamente la certeza, de que el derecho invocado existe y debe ser tutelado. La cuestión ha motivado opiniones diversas en el derecho brasileño .

b) "Que se advierta en el caso tal grado de urgencia que si la medida no se adoptase en ese momento, se causaría daño irreparable al peticionante". Es decir, que exista temor fundado de daño irreparable . Situación a que corresponde asimilar aquellos otros supuestos de daños de difícil reparación, atendiendo al carácter amplio con que debe interpretarse la tutela cuando exista "convicción suficiente" acerca del derecho alegado.

No se requiere, en cambio, que la actitud procesal del demandado evidencie, prima facie, abuso del derecho de defensa o manifiesto propósito dilatorio . En el modelo brasileño, como hemos visto, este requisito juega de modo alternativo con el temor fundado de daño irreparable o de difícil reparación .

c) "Que se efectivice contracautela suficiente, salvo que se encontrare el peticionante exento de darla (art. 200 CPr.)". La contracautela, más propia de las medidas cautelares, supone que preste caución bastante para responder, quien obtiene abusivamente la medida, por los perjuicios resultantes en caso de ser revocada. Responsabilidad similar a la mentada en el art. 208 del mismo ordenamiento.

d) "Que la anticipación, en fin, no produzca efectos irreparables en la sentencia definitiva" . De manera que obstará a su otorgamiento la circunstancia previsible de que, de la anticipación, se derivarse irremisiblemente un perjuicio insusceptible de ser reparado. Si, vgr., el objeto de la pretensión fuere la entrega de una cosa mueble consumible , cuyo uso

importe destrucción o notable deterioro, resultaría imposible reponer la cosa anticipada a su estado anterior.

Sin embargo, cabe interpretar que aún cuando la anticipación pudiera producir efectos irreparables, no existe obstáculo para concederla si, tratándose de derechos puramente patrimoniales, se prestare caución suficiente para satisfacer pecuniariamente los perjuicios que pudieren resultar .

Presupuesto autosatisfactivas

El proyecto de ley en examen acota concretamente la procedencia, que es de excepción , de las medidas autosatisfactivas o "de efectividad inmediata", a la concurrencia indefectible y "en modo evidente" de las condiciones siguientes:

a) "Se acredite la existencia de un interés tutelable cierto y manifiesto", lo que supone cuanto menos una fuerte probabilidad, y aún la certidumbre, de que el derecho material del pretendiente sea atendible por fundado.

No es sustancialmente diversa la fórmula acuñada en el proyecto contemporáneo de introducción de las medidas autosatisfactivas en el Código Procesal , que requiere que el pedido fundamentado de parte se encuentre respaldado por prueba que aparentemente demuestre una "probabilidad cierta de que lo postulado resulta atendible".

La "fuerte probabilidad" o "probabilidad cierta", requisito similar al que condiciona el progreso de la tutela anticipatoria (supra I, 4), tratándose de medidas que sólo pueden ser dictadas in extremis, constituye el piso mínimo; en algunas ocasiones el juez seguramente necesitará certidumbre para formar su sincera convicción.

b) "Que su tutela inmediata sea imprescindible, produciéndose en caso contrario su frustración" -la del derecho invocado, que irremediablemente se consumiría, resultando imposible repararlo en adelante-. No es en sustancia diferente al recaudo que se prevé en el antes aludido proyecto santafesino, que con otro giro condiciona la tutela de excepción a "que fuere necesaria la cesación inmediata de conductas o vías de hecho, producidas o inminentes, contrarias a derecho, según la legislación de fondo o procesal".

Es el supuesto, vgr., de la pretensión de cumplimiento o reposición del cronograma de pagos previsionales articulada por un beneficiario contra el ANSeS., que habitualmente se plantea y despacha como medida de no innovar en el trámite del amparo previsional . El objeto de la pretensión se agota en el restablecimiento de la fecha de pagos, por manera que el pronunciamiento que lo decide viene a satisfacerlo plenamente. Semejante pretensión generalmente se canaliza por el amparo, si bien resultaría igualmente procedente como medida autosatisfactiva.

También persigue una imprescindible tutela inmediata la petición encaminada a obtener autorización para realizar transfusiones de sangre, ante la oposición del paciente generalmente por motivos religiosos u objeciones de conciencia. En estos casos, la existencia de conflicto desborda el trámite de un mero proceso voluntario , no obstante lo cual el trámite debería canalizarse conforme las reglas del art. 818 CPr. Bs. As. (o art. 780 CPr.) y

supletoriamente el art. 823 del primer ordenamiento. Sería innecesario, entonces, recurrir al concepto de medida autosatisfactiva.

c) "Que no fuere necesaria la tramitación de un proceso de conocimiento autónomo", lo cual resulta de esencia en este tipo de medidas. El concepto se explicita en el proyecto santafesino, condicionándola a "que el interés del postulante se circunscriba, de manera evidente, a obtener la solución de urgencia no cautelar requerida, no extendiéndose a la declaración judicial de derechos conexos afines".

"Si el juez lo entendiere necesario, se efectivizará contracautela". No se prevé el supuesto que la decisión pudiere causar a la contraria un perjuicio de imposible o difícil reparación; sin embargo, cuando se evidenciare una situación tal, parece razonable interpretar que la tutela no ha de ser concedida o, al menos, a petición de la interesada que acredite siquiera prima facie tal circunstancia y bajo caución suficiente, disponer su suspensión.

Es lo que prevé, con mejor técnica, la iniciativa para el ordenamiento de Santa Fe: el legitimado para contradecir el pronunciamiento "(también) podrá solicitar la suspensión provisoria de la medida autosatisfactiva que lo afecta, en el supuesto de que acreditará prima facie la concurrencia del riesgo de sufrir un perjuicio de imposible o difícil reparación y prestará contracautela suficiente".

El juego de pesos y contrapesos entre el derecho opuesto de las partes exige conjugar armónicamente la procedencia eventual de la medida con sus consecuencias directas, valiéndose de sucedáneos cuando la virtualidad de aquélla genere perjuicios irreparables.

4. Teoría de los sistemas cautelares

INHIBICIÓN GENERAL DE BIENES

Concepto

La inhibición general de bienes es una medida cautelar que afecta a todos los bienes inmuebles y muebles registrables del deudor, por lo que se la considera una medida general, de la que se deja constancia con una anotación en el Registro de la Propiedad e impide al deudor enajenar sus inmuebles o gravarlos, a fin de garantizar el pago de sus deudas.

Es una medida subsidiaria, ya que el artículo 228 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina dice que procede cuando no pueda hacerse efectivo el embargo preventivo, por desconocerse los bienes del deudor o éstos no alcanzaran para cubrir la deuda. Si el deudor presentare bienes a embargo o diere caución suficiente se dejará sin efecto la inhibición general de bienes.

En la solicitud de inhibición, deberá consignarse el nombre y apellido del deudor, su domicilio, y demás datos que sirvan para su individualización, y otros requisitos que las leyes establezcan.

La inhibición no tiene preferencia temporal, como sucede con los embargos y las hipotecas, y tiene efecto desde su anotación en el Registro de la Propiedad.

La inscripción que dispone la inhibición no establece el monto, como sí se fija en otras medidas cautelares, según lo adeudado, y afecta en general a todos los bienes registrables. El Registro de la Propiedad, de acuerdo al artículo 30 de la ley 17.801 dispone que se deba llevar una sección especial para anotar tales inhibiciones, y establece para su vigencia un

plazo de cinco años, al igual que para el embargo preventivo, pudiendo reinscribirse ante de su vencimiento.

La **inhibición general de bienes** es una **medida cautelar** que afecta a todos los bienes inmuebles y muebles registrables del deudor (por eso se llama "general")

Para efectivizarla, una vez que el Juez la decreta, **se inscribe** mediante oficio o testimonio ley 22.172 **en el Registro de la Propiedad que el acreedor solicite.**

Por ej. si el deudor vive en Buenos Aires, se puede pedir la inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal, en el de la Provincia de Buenos Aires y en el Registro Nacional de la Propiedad Automotor.

Una vez inscripta la inhibición, el deudor no podrá vender ni gravar sus bienes (hipotecarlos, prendarlos). Si intenta hacerlo, tiene que pedir el levantamiento de la medida cautelar y primero pagar.

Es una medida subsidiaria, ya que el artículo 228 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina dice que **procede cuando no pueda hacerse efectivo el embargo preventivo**, por desconocerse los bienes del deudor o éstos no alcanzaran para cubrir la deuda. Si el deudor presentare bienes a embargo o diere caución suficiente se dejará sin efecto la inhibición general de bienes.

Es decir, si se conocen bienes del deudor se los embarga. Si no se los conoce o su valor es inferior al de la deuda reclamada, se lo inhibe.

En la solicitud de inhibición, deberá consignarse mínimamente el nombre y apellido del deudor, su domicilio.

La inhibición tiene efecto desde que se anota en el Registro de la Propiedad y no importa qué acreedor la trabó primero, a diferencia del embargo donde el primer embargante tiene prioridad sobre el segundo.

En principio la inhibición se dispone "sin establecer un monto", en forma genérica, pero he visto juicios donde se establece que se inhibe a una persona por determinado monto.

La inscripción de la inhibición general de bienes tiene una validez de **CINCO AÑOS**, igual que el embargo preventivo, pudiendo reinscribirse antes de su vencimiento.

Es importante RECORDAR la fecha de vencimiento de una inhibición que trabamos 4 ó 5 años atrás. Generalmente el deudor está sumamente atento a esa fecha para despatrimoniarse en forma inmediata a los cinco años, si no reinscribimos la medida.

Si mantenemos la voluntad de cobrar un crédito, tenemos que acordarnos de reinscribir la inhibición general de bienes. Nunca se sabe cuándo un deudor, hasta el momento insolvente, puede recibir una herencia y tener que levantar la medida cautelar para poder disponer de los bienes y el acreedor - cuando ya creía que nunca cobraría - se encuentra cobrando.

Convengamos que es bastante frustrante terminar un juicio, ganarlo, no conocer ningún

bien para embargar y tener que trabar una inhibición de general de bienes a la espera de un futuro incierto. Pero en un cierto porcentaje de casos, da resultado. En otros, la inscripción de la inhibición sólo será un gasto más que el litigante haga a cambio de nada.

Hay juicio que, a pesar de ser ganados, se tornan incobrables. Lo mismo sucede con honorarios que ganamos en la condena en costas.

PROHIBICIÓN DE CONTRATAR

Establece el art. 231 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación que "cuando por ley o contrato o para asegurar la ejecución forzada o los bienes objeto del juicio, procediese la prohibición de contratar sobre determinados bienes, el juez ordenará la medida. Individualizará lo que sea objeto de la prohibición , disponiendo se inscriba en los registros correspondientes y se notifique a los interesados y a los terceros que mencione el solicitante."

Es decir que procede cuando la prohibición de contratar surge de la ley, cuando ha sido estipulada en un contrato y cuando se proponga asegurar la ejecución forzada de los bienes objeto del juicio.

Ejemplo de prohibición legal son los casos de los arts. 1358 al 1361 y 1449 al 1452 del Código Civil, y ejemplo de prohibición contractual son el mutuo hipotecario la prohibición de locar, en la locación la prohibición de ceder o sublocar, en la compraventa de negocios, la prohibición de ejercer la misma actividad que se realizaba en el fondo de comercio enajenado.

Te invitamos a complementar este estudio con el siguiente material de lectura.

Haz clic para visualizar “ Prohibición de Contratar”

MEDIDAS CAUTELARES GENERICAS

Este tipo de cautelares se pueden dictar conforme las necesidades del caso cuando no exista en la ley una previsión especifica que satisfaga las necesidades del aseguramiento.

La necesidad de esta medida de carácter amplio, responde a una necesidad que hace a la mayor eficiencia del sistema y encontramos antecedentes por ejemplo en las leyes de fondo caso de los Art. 232 y 231 del Cód. Civil, MEDIDAS DE SEGURIDAD IDONEAS –.El otorgamiento de estas medidas esta condicionado a que no pueda utilizarse otra cautelar ; Que exista temor fundado en perjuicio; Que se trate de medidas de Seguridad que resulten mas aptas al objeto del juicio.

La admisión de esta M.Cautelar genérica implica una doble Flexibilización:

1. Posibilidad de decretar medidas atípicas diferentes a las consignadas en la ley.

2. Flexibilización en la valoración de los requisitos de fundabilidad-El juez la ordenara discrecionalmente interpretando el juego armónico de la verosimilitud del derecho, el peligro en la demora y el otorgamiento de la Contracautela.

TIPOS DE MEDIDAS CAUTELARES

Realizar una clasificación de las medidas preventivas resulta un trabajo arduo y difícil, producto de una minuciosa investigación que culmine en una real clasificación de las medidas preventivas, en forma tal, que quede englobado todas las que consagran nuestras leyes. La dificultad se acrecienta al conocer la existencia de clasificaciones doctrinarias, que la legislación venezolana no acoge plenamente. Por otra parte, la costumbre ha ido creando algunas medidas que en su contenido no llenan los requisitos de tal pero que producen los efectos de una medida cautelar y que no vacilamos en incluir en la clasificación que intentemos. De legislación a legislación hay diversas formas de interpretar las medidas preventivas y de ley a ley aparecen medidas diferenciadas, pero que son y que constituyen medidas cautelares.

Dentro de las muchas clasificaciones que la doctrina ha realizado una de las que ha tenido más adictos por lo práctico de ella, es aquella que agrupa a las medidas preventivas por la naturaleza del órgano que las dicta y en tal sentido aparecen tres tipos de medidas preventivas:

1º.) Medidas cautelares jurisdiccionales, es decir, aquellas medidas que las dicta el órgano jurisdiccional, el Tribunal, y que son llamadas también medidas procesales o judiciales. Son las conocidas en el mundo del litigio profesional, las que en juicio, se hacen valer para obtener la providencia, y consiguientemente, la finalidad buscada.

2º.) Medidas cautelares administrativas, que son algunas medidas dictadas por el Poder Público, o más específicamente por el Poder Ejecutivo, que como dijimos al ser dictadas por órgano distinto del poder judicial, carecen de jurisdiccionalidad y pueden revisados y revocados por éste

3º.) Medidas cautelares convencionales que son aquellas que emanan de la voluntad de ambas partes, pero cuya capacidad para decretarla y ejecutarla descansan siempre en la jurisdicción o en nombre de ella. Las partes pueden fijar dentro de una relación jurídica, sanciones específicas a un eventual incumplimiento de cualesquiera de los signantes (cláusulas penales) , pudiendo muchas de ellas tener carácter preventivo o cautelar. El cumplimiento, es decir el decreto y ejecuciòn, de esa sanciòn específica, con la naturaleza cautelar solo puede ser ejercida por la jurisdicción, nunca fuera de ella.-

CALAMANDREI ensaya a una sistematización doctrinaria de las medidas preventivas fundada en la relación de instrumentalidad, que liga la providencia cautelar o lo principal; señala cuatro grupos:

> 1º.) Providencias instructorias anticipadas encaminadas a fijar y conservar elementos de pruebas, positivos o negativos que podrán ser utilizados después en

el proceso definitivo, o sea, lo que se conoce como conservación y aseguramiento de la prueba;

2º.) Providencias de aseguramiento de la futura ejecución forzada;

3º.) Providencias que deciden interinamente una relación controvertida, para evitar daños irreparables por el transcurso del tiempo hasta que se decida definitivamente la cuestión; y

4º.) La caución que el juez puede ordenar, preste al interesado, para obtener una ulterior providencia judicial.

Incluye en el primer grupo: el examen testimonial a futura memoria, la pericia preventiva, algunas medidas dispuestas por las leyes de propiedad intelectual y de patentes cuando se encaminan a asegurar la prueba de la violación de los respectivos derechos, la verificación de escritos y la querella de falsedad, cuando se sustancia en pieza separada y previamente al proceso en el cual se va a hacer valer el escrito o documento.

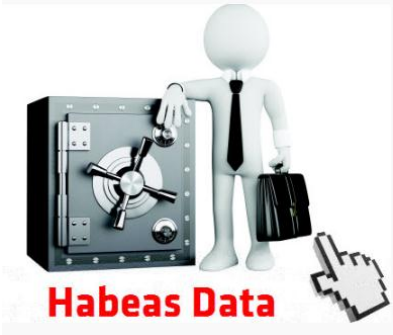
Incluye en el segundo grupo: el secuestro conservativo, el secuestro judicial, las medidas de seguridad de bienes hereditarios, cuando hay aceptación con beneficio de inventario; la clausura, colocación de sellos e inventario de bienes; ciertas medidas previas sobre los bienes en las sucesiones, la sentencia declarativa de quiebra y la retroacción.

Menciona en el tercer grupo: la denuncia de obra nueva y de daño temido, las providencias temporales dictadas en el juicio de separación personal de los esposos, los alimentos provisorios y algunas autorizadas, en carácter de urgentes o temporales, por las leyes de comercio.

En el último grupo incluye las medidas de contra-cautela, en el caso de una medida cautelar.

J. Ramiro Podetti en su tratado de las medidas cautelares formula una sistematización sobre la base del objeto de la medida preventiva (materia y finalidad) en tres géneros: 1º.) medidas para asegurar bienes: a) para asegurar la ejecución forzosa, y b) para mantener un estado de cosas o meramente aseguratívas; 2º.) medidas para asegurar elementos de prueba; 3º.) medidas para asegurar personas: a) guarda provisoria de persona, y b) satisfacción de sus necesidades urgentes.

HABEAS DATA



Con el auge de la informática en la sociedad, y el empleo de grandes bancos de datos de carácter personal, y particularmente la potencialidad de entrecruzamiento de la información contenida en los mismos, surge el habeas data a fin de preservar el derecho a la intimidad y el honor de las personas.

El hábeas data tiene entre sus antecedentes a la acción de hábeas corpus. La palabra "habeas" proviene del latín

habere, que significa téngase en su posesión y "**data**", proviene del inglés que significa datos, definido por los diccionarios como representación convencional de hechos, conceptos o instrucciones de forma apropiada para la comunicación y procesamiento por medios automáticos. Por lo que "**habeas data**" quiere decir "**que tengas los registros**, **los datos**".

Palazzi, P (1998) señala que: "*El habeas data puede ser concebido como una acción judicial para acceder a registros o bancos de datos, conocer los datos almacenados y en caso de existir falsedad o discriminación corregir dicha información o pedir su confidencialidad*.

Ekmekdjian, M. (1996) *expresa que habeas data se refiere al instrumento diseñado para controlar la calidad de la información personal contenida en bancos de datos, corregir o cancelar los datos inexactos o indebidamente procesados, y disponer sobre su transmisión*.

El habeas data es un derecho reconocido en varios países como Austria, Francia, Suecia, Chile, Alemania, Colombia, Brasil entre otros.

En el año de 1973 se sancionó la Primera Ley Nacional de Protección de datos del mundo y fue en Suecia, luego en 1974 en Estado Unidos, las agencias estatales se vieron obligadas a seguir ciertas directrices en la utilización de información personal en donde se debía exigir la notificación del informado por la acumulación de sus datos.

Base Legal

La institución del hábeas data o el derecho que tiene toda persona de acceder a la información y a los datos que sobre sí misma repose en los registros oficiales o privados, se inspira en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y diversos tratados internacionales.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión de 1999, en relación con el hábeas data se pronunció en los siguientes términos:

"(...) Mediante este procedimiento se garantiza a toda persona a acceder a información sobre sí misma o sus bienes contenida en bases de datos o registros públicos o privados y, en el supuesto de que fuera necesario, actualizarla o rectificarla. Esta acción adquiere una importancia aun mayor con el avance de nuevas tecnologías. Con la expansión en el uso de la computación e Internet, tanto el Estado como el sector privado tienen a su disposición en forma rápida una gran cantidad de información sobre las personas. Paralelamente, la cantidad y velocidad en las comunicaciones hace más importante la existencia de canales concretos de acceso rápido a la información para modificar información incorrecta o desactualizada en los bancos de datos electrónicos".

El derecho a la libertad informática es la potestad que tiene el individuo de acceder, conocer y controlar su información de carácter personal; con este derecho se busca proteger sus datos personales.

En Venezuela, a la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se recoge por primera vez de manera oficial el habeas data, como figura que

protege tanto el derecho a la privacidad como el derecho a la intimidad; de modo que cualquier persona que se vea afectada dentro de su ámbito privado puede ejercer tal acción contra el responsable.

El artículo 28 de la carta magna expresa:

Toda persona tiene el derecho de acceder a la información y a los datos que sobre sí misma o sobre sus bienes consten en registros oficiales o privados, con las excepciones que establezca la ley, así como de conocer el uso que se haga de los mismos y su finalidad, y de solicitar ante el tribunal competente la actualización, la rectificación o la destrucción de aquellos, si fuesen erróneos o afectasen ilegítimamente sus derechos. Igualmente, podrá acceder a documentos de cualquier naturaleza que contengan información cuyo conocimiento sea de interés para comunidades o grupos de personas. Queda a salvo el secreto de las fuentes de información periodística y de otras profesiones que determine la ley.

Existen diversas formas de compilación de datos tanto por parte del estado, como de los particulares, de forma manual, computarizado etc. en donde se almacenan datos e informaciones que afectan la intimidad, el honor, la vida privada, la reputación y toda serie de valores constitucionales y legales que tienen las personas jurídicas o naturales.

El Habeas Data, es una novedad dentro de las garantías constitucionales introducidas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que no es más que el derecho de toda persona natural o jurídica a interponer la acción de amparo para tomar conocimiento de los datos a ellas referidas y de su finalidad, que conste en los registros de bancos de datos públicos o los privados, destinados a proveer informes y, en caso de falsedad, inexactitud o discriminación, exigir su supresión, rectificación, confidencialidad o actualización y es considerado como un derecho a la intimidad.

El hábeas data, tiene por finalidad impedir que se conozca la información contenida en los bancos de datos relacionados con las personas titulares del derecho que interpone la acción, cuando dicha información esté referida a aspectos de personalidad que están directamente vinculados con su intimidad, no debiendo encontrarse a disposición del público o ser utilizados en su perjuicio por órganos públicos o entes privados, sin derecho alguno que sustente dicho uso.

Ahora bien, el hábeas data presupone, la existencia de algunos objetivos principales como es el derecho que tiene toda persona de acceder a la información que sobre ella conste en registros o bancos de datos; que se actualicen los datos atrasados; que se rectifiquen los inexactos; que se asegure la confidencialidad de cierta información legalmente obtenida para evitar su conocimiento por terceros y su supresión en los procesos de obtención de información del requisito de la llamada información sensible entre los que cabe destacar la vida íntima, ideas políticas, religiosas entre otros. Además del reconocimiento de los derechos de acceso y conocer los datos, el derecho de accionar en los casos que la ley lo prescriba.

Este instrumento jurídico permite gestionar el dato en cuestión de una forma rápida y

urgente, para subsanar la falsedad que pueda implicar. Así mismo sirve para acceder a la información relativa al afectado de manera directa ya que se trata de una herramienta jurídica destinada a la prevención y defensa de las personas contra toda posible lesión y en resguardo de la buena fe de la información.

En fin, el objeto tutelado corresponde con la intimidad y la privacidad de la persona, ya que todos los datos referidos a ella que no tienen como destino la publicidad o la información necesaria a terceros, requiere preservarse. Puede interponer la acción toda persona, con el objeto de conocer los datos a ella referidos y la finalidad de su almacenamiento, y exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de esos datos.

Medidas destinadas específicamente a asegurar la ejecución forzosa, son, en primer lugar, **el embargo:** sea preventivo, ejecutivo o ejecutorio; **la intervención:** cuando se otorga para la percepción de rentas embargadas; **la administración:** cuando se emplea por vía sustitutiva de la venta, es decir, en forma análoga a la intervención en la especie precedentemente señalada; **la inhibición:** que procura impedir que el deudor transfiera o grave bienes inmuebles o derechos reales sobre ellos, siendo por lo tanto un anticipo del embargo que ha de recaer cuando se los individualice; **el secuestro:** de los bienes dados en prenda; **las medidas cautelares:** en favor del acreedor hipotecario.

Medidas genéricamente asegurativas, destinadas a mantener los bienes o las cosas en status quo, a conservarlas, sin otro propósito inmediato, aún cuando, en el fondo, pueden servir a la ejecución forzosa de los bienes así inmovilizados (obligaciones de dar, de hacer, o de no hacer), o a su entrega es especie a quien solicitó medida, son: la prohibición de innovar y de contratar; la intervención meramente de vigilancia; la administración de bienes sociales y de bienes sucesorios; la curatela a los bienes de un presunto insano y de unaherencia presuntivamente vacante; la suspensión de obra nueva, las medidas de seguridad sobre los bienes en los procesos sobre cuestiones de familia y estado de las personas o a ellos acumulados; las que se acuerdan en la reivindicación y en las acciones posesorias.

Medidas de aseguramiento de pruebas o de instrucción preventiva o anticipada, son: las de prueba que se autorizan como previa al proceso ordinario o a cualquier proceso; el secuestro en procesos penales, cuando tiende a asegurar el cuerpo del delito o elementos de convicción; el secuestro que puede decretarse en las cuestiones referentes a marcas, patentes de invención y propiedad literaria o artística; la redargución de falsedad de un documento antes de ser ofrecido como prueba; la comprobación de hechos o del estado o calidad de mercaderías fuera de un proceso pendiente. El Secuestro en materia penal es posible porque los jueces penales tienen potestad cautelar y actuando como instructor puede decretar las medidas preventivas establecidas en el artículo 588 del Código de Procedimiento Civil, aplicable por remisión del artículo 20 del Código de enjuiciamiento Criminal pues nada obsta para que el Juez penal se sirva de las pautas del código de Procedimiento Civil en cuanto sean aplicables y no se opongan a las disposiciones expresas del Código de enjuiciamiento Criminal. Para ello es condición fundamental para que el Juez pueda ordenar providencias cautelares, que lo haga con la debida prudencia y ponderación, como lo señaló la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 12 de marzo de 1997, con ponencia del Magistrado Dr. Ismael Rodríguez Salazar.

"La guarda provisoria de personas aparece en las leyes civiles cuando de incapaces o presuntos incapaces se trata. Así, en el caso de menores abandonados o cuyos padres o tutores son denunciados por malos tratos o en caso de disenso y de presuntos incapaces cuya peligrosidad para sí mismo o para los demás, haga necesaria su reclusión". (Sic).

En las tres primeras ediciones de este trabajo ensayamos una clasificación de las medidas preventivas o cautelares en el derecho venezolano, tomando en consideración más que su naturaleza en el proceso a los fines perseguidos, la situación de las medidas dentro del derecho venezolano según la ley, código o normas en que hayan sido consagrados y a tales fines las henos concentrado en cuatro grupos a saber:

> 1º.) Medidas preventivas según que estén consagradas en la Sección Primera del Título Tercero del Código de Procedimiento Civil.
>
> 2º.) Medidas cautelares consagradas en forma dispersa en los demás códigos y leyes venezolanas.
>
> 3º.) Medidas cautelares señaladas por la doctrina pero no consagradas en las leyes venezolanas.
>
> 4º.) Medidas no preventivas cautelares pero que por la costumbre y los efectos tienen las mismas consecuencias de tales medidas cautelares.

En el primer grupo se incluyen: a) el embargo; b) el secuestro; c) la prohibición de enajenar y gravar.

En el segundo grupo se incluyen: a) la guarda de menores; b) guarde de personas (ebrios, drogadictos, alienados); c) pensiones de alimentos; d) litis-expensas; e) expropiaciones; f) ocupaciones judiciales; G) prohibiciones de salida del país; h) administración judicial de bienes de la sociedad conyugal; y) administración judicial de menores; j) administración de bienes de entredichos y alienados; k) administración judicial de bienes en sucesión; l) administración judicial de bienes en asociaciones y compañías anónimas.

En el grupo tercero hemos incluido: a) la inhibición; b) la intervención judicial en sociedades.

En el grupo cuarto hemos incluido: a) la detención de vehículos por autoridad competente; b) las notificaciones judiciales; c) las instrucciones de perpetua memoria; d) las recusaciones y solicitud de inhibiciones de jueces.

Con el Código de Procedimiento Civil de 1.986 establecemos una clasificación de las medidas preventivas en función de los criterios, que a nuestro juicio, tuvo el legislador al consagrar tipos y formas de medidas preventivas. En este sentido existen:

> 1. Medidas preventivas típicas y principales.
>
> 2. Medidas preventivas complementarias.
>
> 3. Medidas preventivas atípicas, asegurativas y conservativas.

En el primer paquete clasificatorio aparecen las tradicionales medidas de:

- Embargo.
- Secuestro
- Prohibición de enajenar y gravar bienes inmuebles.

En el segundo paquete clasificatorio aparecen aquellas medidas preventivas, de tipo complementario, que el Juez, a su leal saber y entender, considere NECESARIAS, para asegurar la efectividad y resultado de la medida que hubiere decretado. Acá tiene existencia el famoso apostamiento policial, o la detención de vehículos por autoridad policial, etc.

En el tercer paquete clasificatorio entran aquellas medidas que el Juez, a su leal saber y entender, considere ADECUADAS, cuando hubiere fundado temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra. En estos casos para evitar el daño EL JUEZ, puede autorizar o prohibir la ejecución de determinados actos, y adoptar las providencias que tengan por objeto hacer cesar la continuidad de la lesión.

Características y Finalidad

Características

Expresa **Sánchez, M. (1999),** que entendido como derecho constitucional, protegido natural y jurídicamente por el Estado, el hábeas data es una institución que le permite a una persona acceder a todo registro de datos, tanto públicos como privados, sin importar su finalidad para tener conocimiento de éstos y en caso de existir falsedad o discriminación, contar con un instrumento de carácter procesal que le permitirá cubrir los fallos que se incurran en la exposición, manejo y procesamiento de la información.

Presupone la virtud de varios fines específicos, más no limitativos ni excluyentes, donde una persona puede acceder a la información que esté depositada en un banco de datos públicos o privados, donde exista cabida a la actualización de aquellos que se encuentren atrasados y rectificar los inexactos o faltos de veracidad o certificación; asegurar la confidencialidad de informaciones obtenidas legalmente y, en última instancia, la eliminación en la obtención de la información relacionadas con la vida íntima, ideas políticas, gremiales, religiosas o de otra particularidad.

El hábeas data se puede catalogar dentro de los procesos jurisdiccionales de tutela de los derechos, al igual que los amparados dentro del hábeas corpus. En el marco de la constitucionalidad venezolana, la garantía de los derechos ciudadanos está contemplada en el Título III “De los Derechos Humanos, de las Garantías y de los Deberes”, lo cual le otorga aspectos de legalidad primordial a la protección de datos individuales y colectivos, técnicamente manipulados por el avance incontrolable de la informática en especial.

Finalidad

Según **Barajas (2000),** las habilidades y destrezas conjugan en el docente una serie de elementos que permiten desarrollar aptitudes en los docentes mismos, para poder realizar un trabajo especifico con un alto grado de seguridad y precisión. En tal sentido se hace necesario difundir y concretar acciones que permitan al docente desarrollar habilidades y

destrezas en cuanto al uso de las tecnologías de la información y comunicación.

Actualización del Docente

Expresa **Carbonel, E. (2005),** que la finalidad del hábeas data consiste en proteger al individuo contra la invasión de su intimidad, ampliamente, su privacidad y honor, a conocer, rectificar, suprimir y prohibir la divulgación de determinados datos, especialmente los sensibles, evitando, pues, calificaciones discriminatorias o erróneas que puedan perjudicarlo.

Se limita la recolección, a la finalidad de creación del registro, es decir, si el registro efectúa almacenamiento para el cual no fue creado, en general y para todas las personas o, específicamente, en un caso concreto, registra información de un individuo que no responde a su objeto, debe ser eliminado. También debe mencionarse el principio de seguridad, entendiendo como seguridad en el almacenamiento a los efectos de que no se pueda ingresar ilegítimamente a las bases o, de efectuarse cesión de datos, se haga con determinados requisitos, incluido el que garantice que el cesionario cuente con la misma seguridad que el cedente.

Pero no solo es un derecho y una garantía para cualquier ciudadano común, también es aplicable y beneficioso para los trabajadores ya que le brinda la facultad de negarse a facilitar al patrono datos que pertenezcan a su esfera íntima, sin que esto pueda considerarse como causal de despido, pues el patrono está enterado de que el afectado puede interceder a través del hábeas data una petición de amparo, para el conocimiento de los datos o informaciones que lo afecten o puedan afectarlo, alterando o restringiendo indebidamente sus derechos, con especial énfasis en lo referido a su intimidad y a la veracidad de su imagen.

Derechos y Garantías

Entre los derechos tutelados por esta institución encontramos, el derecho a la protección de datos individuales.

Según **Ekmekdjiun y Pizzolo (1998),** el hábeas data, o derecho a la intimidad, en la protección de datos, es aquella parte de la legislación que protege el derecho fundamental de libertad, en especial el derecho individual a la intimidad, con relación al procesamiento de datos manuales o automáticos de datos; y donde la dignidad y la libertad, como derechos fundamentales e inalienables del hombre, jamás parte del concepto de autodeterminación, que comprende la facultad que tiene un individuo de deducir por su propio raciocinio cuándo, cómo, de qué manera y dentro de qué límite reflejar circunstancias relacionadas con su vida propia y que destinatario pueda tener sus particularidades.

El objeto principal del hábeas data está en determinar la violación de la privacidad o intimidad, como punto de partida del ilícito cometido.

Otro de los derechos tutelados sería el derecho a la intimidad, y es definido por **Ekmekdjian y Pizzolo (1998)** como "*una estricta protección legal de la persona contra la publicidad de datos o de actos personales que se ponen en conocimiento del público, sin permiso de la*

persona afectada, quien es la que decide qué es lo que se puede publicar o no". Mediante esta herramienta legal o en ejercicio de este derecho es que las personas se aseguran la privacidad de tener propiedades, documentos, realizar actividades, tener relaciones sociales y conceptos filosóficos propios de cada persona sin que estos trasciendan a otros, en virtud de mantenerlos en reserva.

Este derecho a la Intimidad, está enmarcado dentro de los derechos personalísimos, que son pertenecientes a la misma forma de ser y pensar del hombre, tales como identidad, el pudor, la imagen, el honor, dignidad, elección sexual, raza, religión, situación económica, que deben resguardarse con respeto y secreto fuera de manipulaciones indebidas. Siendo una facultad evolutiva de la persona que tiene como libertad disponer de un ámbito privado individual que no debe ser invadido por terceras personas, mediante intromisiones que puedan asumir diferentes riesgos, al ser incluidos datos de diferentes tipos en un sin número de bases de datos.

Al mismo tiempo, estos registros al no ser manipulados como deben ser, se incurren en delitos graves que atentarían contra la soberanía y libertad de la persona y a través de las redes de comunicación a distancia como el Internet, representa un peligro eminente que violenta contra este derecho por ser fuente de libre acceso y determinación de elementos impropios, que al ser juzgado de forma indiscriminada o falsa, se comete un delito tan grave como el de la supresión personal.

Los avances de la tecnología cibernética y la creación de la informática de Internet, hacen posible el acceso desde cualquier lugar del mundo sólo con poseer un computador conectado a un servidor y conocer datos específicos individuales, así como cualquier información de índole privada. No obstante, el derecho a la intimidad no tiene su origen derivado de las nuevas tecnologías, sino que éste ya existía desde la antigüedad, con idénticos criterios y parámetros generales, lo que sí es cierto es que estos nuevos avances aceleran la puesta en marcha de nuevas formas de reglamentación para evitar males e inconvenientes relacionados con la preservación original de datos y el derecho que sobre estos se sustenta.

También se tutela el derecho a la privacidad, **Ekmekdjiun y Pizzolo (1998),** califican los derechos civiles e individuales invariablemente en su definición como privados o íntimos, sin ningún esfuerzo para delimitar, conceptuar, clasificar, evaluar las diferencias entre ambos o inclusive llegando a establecer una similitud o sinónimos entre ambas definiciones. Desde el punto de vista legal el derecho a la intimidad o privacidad proviene del common law, establecido por la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, que ampara los derechos propios inalienables de cada persona.

En Venezuela, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se refiere a los derechos individuales y colectivos, como el derecho a la intimidad y la privacidad. Concibiendo la intimidad como la libertad que tiene el individuo de resguardar sus bienes, ideas y sentimientos, emociones y conductas, que le son propias e intransferibles, ubicado desde el punto de vista psicológico. La privacidad, por su parte, incluye estas mismas categorías, pero desde un ámbito más social, esto es, su religión, forma de vida, relaciones familiares y sociales, entre otros aspectos esenciales y de sus valores éticos y personales.

MEDIDAS CAUTELARES EN EL DERECHO PROCESAL CIVIL

En los Art. 316.1 y 316.2 del C.G.P. se mencionan diversas medidas cautelares específicas a modo de ejemplo, es decir sin agotarse en ellas.

Las allí mencionadas son: la prohibición de innovar, la anotación preventiva de la litis, los embargos o secuestros, la designación de veedor o auditor y la designación de interventor.

a. Ésta está referida a impedir que se altere, mientras perdura la medida cautelar, la situación de hecho existente al tiempo en que la medida es decretada.

La prohibición de innovar es la prohibición de realizar determinados actos materiales o jurídicos. La finalidad de la medida es mantener el status quo, la seguridad de los bienes implicados en el litigio mientras el proceso se tramita.

Esta medida permite congelar determinadas situaciones, y solo produce, sobre hechos o actos anteriores a su dictado, la paralización de sus efectos.

La mayoría de la doctrina encuentra el fundamento de esta medida en el principio de igualdad de las partes en el proceso consagrados en los Art. 8 de la Constitución y 4 del C.G.P; el principio de defensa en el juicio como lo establece el Art. 32 de la Constitución y el Art. 11 del C.G.P.; y los principios de buena fe lealtad procesal enunciados en el Art. 5 del C.G.P. Todos ellos imponen la necesidad de que ninguna de las partes altere la situación de hecho preexistente o que se creó en el inicio del proceso.

El Art. 687 del C.C faculta al reivindicante a solicitar y al Juez a dictar una medida cautelar a los efectos de que el poseedor del inmueble no haga deterioros en la cosa que se reivindica.

b. La prohibición de innovar.

Lectura: Tratado de las Medidas Cautelares(Venezuela)

Haz clic en el siguiente enlace para descargar "Tratado de las Medidas Cautelares(Venezuela)"

MEDIDAS CAUTELARES EN EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

Para visualizar el material de estudio

"Hacer clic en el siguiente enlace: Medidas Cautelares en el Derecho Procesal Constitucional"

MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO PENAL

Medidas cautelares sustitutivas de libertad.

Las medidas cautelares sustitutivas de libertad son aquellas medidas que se establecen para asegurar la finalidad del proceso penal, siendo dicha finalidad establecer la verdad de los hechos por la vías jurídicas.

Cuando a una persona se le imputa la comisión de un delito, la regla general es que a dicha persona se le juzgue en libertad durante el proceso penal; la excepción a esta regla es la privación judicial preventiva de libertad.

Las modalidades de las medidas cautelares sustitutivas de libertad son:

1. La detención en el propio domicilio de la persona.

2. La obligación de someterse al cuidado o a la vigilancia de una persona o de una institución determinada.

3. La presentación periódica ante el tribunal que se designe.

4. La prohibición de salir sin autorización del país.

5. La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o a determinados lugares.

6. La prohibición de salir de la localidad en la cual reside el imputado o del ámbito territorial que fije el tribunal.

7. La prohibición de la comunicación con determinadas personas.

8. El abandono inmediato del domicilio cuando se trata de agresiones a mujeres, niños o niñas; o cuando se trate de delitos sexuales y la víctima conviva con el imputado.

9. La prestación de una caución económica por parte del imputado o de otra persona, mediante de depósito de dinero, valores fianza de dos o más personas, o garantías reales.

10. Cualquier otra medida que el tribunal estime necesaria.

MEDIDAS CAUTELARES EN LA SOCIEDAD CONYUGAL Y EN LA FILIACIÓN

Las medidas cautelares en los procesos de familia tienen características diferenciadas de las cautelares en general que se relacionan con sus caracteres, con los presupuestos de admisibilidad y de ejecutabilidad y con el particular régimen de caducidad.

Entendemos como caracteres de las medidas cautelares a la instrumentalidad, provisionalidad, flexibilidad y autonomía. Para poder apreciar las diferencias de estos caracteres entre las cautelares genéricas y las cautelares en el proceso de familia es que realizo una breve descripción según el libro Medidas Cautelares del Dr. Jorge L. Kielmanovich.

Nos referimos a que las medidas cautelares son instrumentales, por cuanto carecen de un fin en sí mismas, y se encuentran subordinadas y ordenadas funcionalmente a un proceso principal del cual dependen, en miras a asegurar el cumplimiento de la sentencia a dictarse en aquél y sin que a ello se oponga la coincidencia material que pudiese existir entre el objeto de aquellas y el de la pretensión o petición de fondo.

Son provisionales, porque habrán de subsistir hasta el momento en que la sentencia definitiva adquiera firmeza o ejecutoriedad, o mientras duren las circunstancias fácticas que las determinaron, pudiendo entonces así solicitarse su levantamiento en tanto esos presupuestos sufriesen alguna alteración.

Por tal motivo, y por la instrumentalidad propia de las medidas cautelares, es que la conclusión del proceso por perención o caducidad de la instancia habrá de importar la de aquéllas, sin que su admisión previa pueda resultar, entonces, vinculante para el nuevo magistrado.

En cuanto a la flexibilidad o mutabilidad está dada porque el requirente puede pedir su ampliación, mejora o sustitución probando que la misma no cumple acabadamente con su función de garantía, el afectado, su sustitución por otra menos gravosa, el reemplazo de los bienes cautelados por otros del mismo valor, o la reducción del monto por el que aquélla fue trabada.

La pretensión cautelar es autónoma por su propia naturaleza y porque no se confunde con la pretensión objeto del proceso contencioso o con la petición que constituye el objeto del proceso extracontencioso, sino que se trata de una pretensión, o si se quiere acción, diversa de la pretensión o petición actuada en el proceso principal, llamada a tener una virtualidad provisoria, por más que pueda mediar alguna coincidencia.

Una de las diferencias principales es que las cautelares en los procesos de familia, sean de tutela personal o patrimonial, están regidas prioritariamente por la legislación de fondo o sustantiva. Están sometidas a presupuestos propios y no se aplican salvo subsidiariamente y ante la ausencia de normas específicas, las disposiciones sobre medidas cautelares de leyes de jerarquía inferior, como los Códigos Procesales.

En el proceso de familia también se ve desdibujada la instrumentalidad, ya que muchas cautelares importan anticipar de alguna manera la decisión de fondo o mérito, debido a la urgencia.

También se pueden decretar medidas cautelares para asegurar medianamente la tutela de fondo como por ejemplo la exclusión del cónyuge del hogar durante el proceso de divorcio o separación personal para evitar el agravamiento de la crisis por motivo de la convivencia.

Del mismo modo los alimentos provisorios en el juicio de filiación cuando el derecho fuere verosímil y sin perjuicio de que aún no esté determinado el título por el cual se reclaman. "...2ª INSTANCIA.- Buenos Aires, junio 30 de 1997.- Considerando: En primer término, cabe señalar que, encontrándose prima facie acreditado, mediante el estudio de ADN realizado por las partes en el Hospital Durand, la probabilidad de paternidad del recurrente en un 099999988 (ver f. 100), la fijación de una cuota alimentaria provisoria es procedente en juicios filiatorios, con carácter cautelar, hasta el dictado de la correspondiente sentencia. Dicha cuota alimentaria tiende a cubrir las necesidades del alimentado hasta tanto se arrimen otros elementos de prueba que permitan determinar la pensión definitiva. Es por tal motivo que su determinación no requiere el análisis pormenorizado de las probanzas producidas, cuestión que habrá de ser materia de pronunciamiento definitivo, ya que lo contrario importaría prejuzgar sobre su atendibilidad (conf. C. Nac. Civ., sala F, RED. 20-A, p. 210, sum. 319). La naturaleza de estos alimentos es cautelar, basada sólo en una apreciación prima facie de las circunstancias que se traen a conocimiento del juez, y está destinada - como en los alimentos provisionales fijados por el art. 375 CC.- a resolver las necesidades urgentes (Bossert, "Régimen jurídico de los alimentos", p. 47). Por tal motivo, su determinación no requiere el análisis pormenorizado de las probanzas producidas. Los alimentos provisionales deben fundarse en lo que prima facie surja de los elementos aportados en autos que indiquen tanto las necesidades del alimentista, como las posibilidades del alimentante (conf. Bossert, "Régimen..." cit., Ed. Astrea, 1993, p. 331)...". C. Nac. Civ., sala M, 30/06/1997 – "S. v. M". JA 1999-II-454.

Ello, debido a la urgencia en su percepción, pues las necesidades de sustento de los menores no admiten demora alguna. También, la guarda o tenencia provisoria que se decreta en un proceso de violencia familiar para protección de menores.

Unas y otras cautelas, no obstante, no suprimen la instrumentalidad, aunque, le acuerdan una fisonomía particular, ya que muchas veces suponen resguardar la integridad física de las personas o la intangibilidad de los bienes.

Otra característica es que en los procesos de familia muchas medidas cautelares se sustancian. Así como uno de los caracteres esenciales de las medidas cautelares es que se decretan in audita pars, en los procesos de familia, por las graves consecuencias que pueden implicarle al afectado, muchas de ellas se decretan previa sustanciación. Esa sustanciación puede verse plasmada no sólo con un traslado sino también con la fijación de una audiencia por el tribunal.

Lo mismo ocurre (o puede ocurrir) cuando se solicita la exclusión del hogar como medida cautelar. Por las graves consecuencias que ello podría ocasionarle al afectado, y por supuesto si no ocurriesen hechos de violencia que obligaran a tomar una decisión inaudita parte, sería conveniente sustanciarlo con un traslado previo, abreviando los plazos, o fijar una audiencia, máxime teniendo en cuenta que se debe procurar solucionar el conflicto teniendo en mira el porvenir y también que lo concertado (en el caso, el retiro del cónyuge del hogar) tiene

mayor grado de acatamiento que lo impuesto. Del mismo modo, cuando se solicita la tenencia o guarda provisoria de un menor o incapaz en forma cautelar, por la trascendencia que implica para los afectados la decisión que allí recaiga.

En algunos supuestos no se exige demostración sumaria de la verosimilitud del derecho, del peligro en la demora, ni se exige contracautela. Ésto, como consecuencia de que la mayoría de ellas se encuentran contempladas en las leyes de fondo. Así, el art. 231 del Código Civil dispone como único requisito para solicitar medidas cautelares respecto de las personas – exclusión o atribución del hogar conyugal, alimentos provisorios, guarda o tenencia provisoria de menores, régimen de visitas provisorio – la sola promoción de la demanda de divorcio o separación personal, por lo que la verosimilitud del derecho va a estar dada por el vínculo acreditado en las respectivas partidas. Lo mismo ocurre respecto de las medidas cautelares sobre bienes, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 233 del Código Civil. Y únicamente se requerirá acreditar la urgencia si éstas o las que se piden en resguardo de las personas se solicitaran antes de la promoción de la demanda de divorcio o separación personal.
Tampoco se exigirá la prestación de una contracautela real, personal o juratoria para su efectivización pues la ley de fondo no lo contempla, siendo suficiente para que sean acordadas la demostración del peligro o daño inminente a las personas o los bienes.

Algunas medidas cautelares se pueden decretar de oficio. Ello como consecuencia del desdibujamiento del principio dispositivo en los procesos de familia. Así, los jueces no dependen de la instancia de parte para decretar medidas cautelares sobre las personas, como lo dispone el art. 231 del Código Civil mencionado. No así respecto de medidas de tutela patrimonial, que sí requieren para su dictado la petición de parte (art. 233 C. Civ.), con la excepción de la designación de interventor informante, que puede ser de oficio o a pedido de parte.

Lo mismo ocurre con las medidas de protección de personas legisladas en el art. 234 y ss. CPCCN, las que pueden ser adoptadas oficiosamente por los tribunales teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

Asimismo, las medidas precautorias previstas en el art. 629 CPCCN, cuando la demencia es notoria e indudable, en protección de la persona y bienes del presunto demente, en concordancia con lo dispuesto por el art. 133 RJNC ("Las medidas establecidas por el art. 629 CPCC deberán ser dictadas por los jueces de inmediato, sin exceder el plazo de tres días contados desde que tomaren conocimiento de que la demencia es inequívoca y notoria, y de la peligrosidad del enfermo"), las que pueden ser dictadas de oficio o a pedido de parte.

Por último, una diferencia esencial es que no resulta aplicable el régimen de caducidad de las medidas cautelares en general. El art. 207 CPCCN, cuando se refiere al plazo de caducidad de las medidas cautelares, que es de diez días desde su traba, señala que siempre y cuando se trate de obligaciones exigibles, las que no parecen conciliarse con las obligaciones familiares. Por otra parte, la legislación de fondo o sustantiva no contempla plazos de caducidad para las medidas cautelares allí previstas, por lo que no puede una ley de jerarquía inferior – procesal – restringir derechos cuando la legislación de fondo nada dice al respecto.

Ello no obsta a que sería prudente que los jueces, según las circunstancias de cada caso, fijasen plazos de caducidad a los fines del inicio de la acción principal para evitar perjuicios sine die al afectado por las mismas y el ejercicio de conductas abusivas por parte del peticionante de la medida.

MEDIDAS CAUTELARES EN LOS DERECHOS REALES

Material complementario de estudio

"Hacer clic en el siguiente enlace: Medidas Cautelares en los Derechos Reales"

MEDIDAS CAUTELARES EN EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

Material complementario de estudio

"Hacer clic en el siguiente enlace para visualizar: Medidas Cautelares en el Derecho Procesal Constitucional"

MEDIDAS CAUTELARES COMO CENSURA PREVIA EN LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Material complementario de estudio

"Hacer clic en el siguiente enlace para visualizar: Medidas Cautelares como Censura Previa en la Libertad de Expresión"

MODELO DE SOLICITUD DE MEDIDAS CAUTELARES

"Haz clic aquí para **Modelo de Solicitud de Medidas Cautelares**"

Actividades formativas

1. SISTEMAS CAUTELARES - CAUTELAS NO JUDICIALES

- Actividad de lectura

Para acceder al contenido haz clic en el siguiente enlace:
"los sistemas cautelares"

Referencias Bibliográficas

- Graciela Gurdulich."*Intervención judicial en las sociedades comerciales*". (2da Edic). Argentina: Editorial Juris
- MOCHÓN, F. Y BEKER, A., "*Economía. Principios y aplicaciones*" McGraw Hill, 97

Enlaces Externos consultados:

- http://es.wikipedia.org/wiki/Medida_cautelar
- http://tesis.luz.edu.ve/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=2416
- http://servicio.bc.uc.edu.ve/derecho/revista/4-2008/art23.pdf
- http://www.jorgearojas.com.ar/docente/Los_sistemas_caute.pdf
- http://www.venezuelaprocesal.net/Henriquezmedidas2.pdf
- http://servicio.bc.uc.edu.ve/derecho/revista/4-2008/art23.pdf
- http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/60000-64999/64790/norma.htm
- http://www.monografias.com/trabajos80/medidas-cautelares/medidas-cautelares2.shtml
- http://www.academia.edu/8516007/Medidas_cautelares._Caracteres._Instrumentalidad
- http://estudiosjuridicos.net/derecho-civil/las-medidas-cautelares/
- http://www.monografias.com/trabajos40/medidas-cautelares/medidas-cautelares2.shtml
- http://es.wikipedia.org/wiki/Juez#Sujeci.C3.B3n_del_juez_a_la_Ley
- http://jorgemachicado.blogspot.com/2012/02/contracautela.html
- http://www.apuntesfacultad.com/medidas-cautelares.html
- http://www.enciclopedia-juridica.biz14.com/d/principio-de-bilateralidad-de-la-audiencia/principio-de-bilateralidad-de-la-audiencia.htm
- http://venezuelaprocesal.net/Podettimedidas.pdf
- http://www.monografias.com/trabajos36/medidas-cautelares/medidas-cautelares2.shtml
- http://www.venezuelaprocesal.net/esquemaucabtema21.htm

- http://www.asociacion.org.ar/resena/res122001-2.pdf
- http://www.consejosdederecho.com.ar/26.htm#1
- http://thomsonreuterslatam.com/articulos-de-opinion/18/04/2012/el-beneficio-de-litigar-sin-gastos-y-su-proyeccion-en-la-justicia-nacional-del-trabajo
- http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1451/6.pdf
- http://www.monografias.com/trabajos31/medidas-cautelares/medidas-cautelares.shtml
- http://www.monografias.com/trabajos16/profesional-judicial/profesional-judicial.shtml#ixzz3VVMoHIDS
- http://spij.minjus.gob.pe/graficos/Legcomp/Sudamerica/Argentina/LEY_DE_SOCIEDADES_COMERCIALES.pdf
- http://www.definicionabc.com/economia/acreedor.php#ixzz3VVw146S1
- http://www.asociacion.org.ar/resena/res122001-2.pdf
- http://www.monografias.com/trabajos10/soco/soco.shtml#ixzz3VVOgFApg
- http://www.monografias.com/trabajos16/profesional-judicial/profesional-judicial.shtml#ixzz3VWND3Q4R