



Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Central

Sucre – Bolivia

**DIPLOMADO SUPERIOR EN DERECHO PROCESAL
CIVIL**

**LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL DERECHO
PROCESAL CIVIL BOLIVIANO, SUGERENCIA PARA
INCLUSIÓN DE LA CAUCIÓN DENOMINADA
CONTRACAUTELA**

**Monografía presentada para obtener el
Diploma Superior en
Derecho Procesal Civil**

Alumno: Lucio Villanueva Solar

Sucre – Bolivia

2016



Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Central

Sucre – Bolivia

**DIPLOMADO SUPERIOR EN DERECHO PROCESAL
CIVIL**

**LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL DERECHO
PROCESAL CIVIL BOLIVIANO, SUGERENCIA PARA
INCLUSIÓN DE LA CAUCIÓN DENOMINADA
CONTRACAUTELA**

**Monografía presentada para obtener el
Diploma Superior en
Derecho Procesal Civil**

Alumno: Lucio Villanueva Solar

Tutor: Msc. Olga Martínez Vargas

Sucre – Bolivia

2016

DEDICATORIA

Con el afecto y cariño de siempre a mi familia: esposa e hijos.

MIS AGRADECIMIENTOS

De sobremanera a los docentes, así como como a la tutora del Diplomado, fueron quienes me iluminaron con sus sabias enseñanzas, orientación y consejos; para que mi persona pueda ampliar los conocimientos en el inmenso campo del Derecho Procesal Civil.

Las Medidas Cautelares en el Derecho Procesal Civil Boliviano como sugerencia y propuesta de modificación del Código Procesal Civil Boliviano del Art. 320.- Para exigencia previa de la caución denominada contracautela en los procesos de estructura monitoria Ejecutivos, otros monitorios, y Ordinarios.

RESUMEN.....vi

INDICE

Tema I.- INTRODUCCIÓN.....	1
1.- Justificación.....	3
2.- Situación del Problema.....	4
3.- Objeto de Estudio.....	5
4.- Objetivos.....	6
a) Objetivos Generales.....	6
b) Objetivos Específicos.....	7
5.- Metodología.....	8
Tema II.- MARCO TEÓRICO PARTE GENERAL.....	9
Medidas Cautelares en Doctrina y legislación Comparada.....	13
Fundamentos del Derecho Procesal Civil.....	15
El Perfil de las Medidas Cautelares.....	18
Tema III.- PRESUPUESTOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.....	22
La Contracautela.....	29
Derecho Procesal Civil y la Contracautela.....	30
Tema IV.- DERECHO PROCESAL CIVIL Y PROVIDENCIAS CAUTELARES.....	32
Tema V.- MEDIDAS CAUTELARES - LA CAUCIÓN Y CONTRACAUTELA.....	38
MEDIDAS CAUTELARES EN SISTEMA PROCESAL BOLIVIANO.....	60
VI.- CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	63
1.- Conclusiones.....	63
2.- Recomendaciones.....	64
Citas Bibliográficas.....	67

RESUMEN

El postulante, a tiempo de elegir como tema de estudio en el campo del Derecho Procesal Civil Boliviano, vio que era necesario analizar y hacer una proposición modificatoria en lo atinente a las Medidas Cautelares Precautorias de la caución denominada “contracautela”, puso en consideración a tiempo de proponer como sugerencia en la modificación en el Derecho Procesal Civil Boliviano, el artículo 320 del nuevo Código Procesal Civil, referida a la exigencia previa en la Medida Precautoria de la caución con la contracautela, en los diferentes procesos judiciales en materia Civil y Comercial.

Las solicitudes o peticiones de medidas precautorias, podrían presentarse al principio, o en el transcurso de los trámites del proceso principal, una vez formalizada la demanda en los diferentes trámites Judiciales Civiles y Comerciales con mediación y con solicitud de las Medidas Cautelares Precautorias por parte de los solicitantes o actores, en el Órgano Jurisdiccional.

Tendría siempre esa virtud de mantener en todo momento la preservación del orden constitucional, la tranquilidad pública, evitando en todo acto de temeridad, contrario a derecho, o cuando la parte actora sin tener derecho alguno demanda alguna medida precautoria cautelar, con peticiones fuera de lugar, y sin derecho alguno.

En este caso sería muy necesario exigir con antelación en el sentido de que el solicitante de medidas cautelares precautorias, previamente ofrezca una caución denominada contracautela, ésta caución ofrecida por el demandante, sería para irrogar el pago de costas, daños y perjuicios ocasionadas a la parte demandada.

Con esta exigencia de la medida cautelar precautoria de la caución contracautela lo que se pretendería es de que haya garantía, equilibrio e igualdad entre las partes en un determinado litigio en materia Civil y Comercial; porque en una demanda de otros procesos monitorios, o de estructura monitoria ejecutiva en cumplimiento de obligaciones, u Ordinarios, donde generalmente se exigen es el cumplimiento de una obligación en el supuesto caso de que el acreedor demandante sea un acreedor quirografario, es decir, sin contar con una garantía real específica, en este litigio contrapuesta existe un doble vínculo; entre el demandante con un derecho pendiente para ser solucionado por el órgano judicial.

La parte demandada en su caso tendría la vía expedita para la exigencia del pago de las costas, daños y perjuicios, en caso de demostrarse la temeridad y malicia del actor solicitante de medida cautelar que hubiera actuado en sus peticiones sin derecho alguno, afectando el patrimonio de la persona afectada, así como los derechos de terceros interesados.

El estudio del problema elegido por el postulante, sería para viabilizar la modificación en el Derecho Procesal Civil Boliviano, en el nuevo Código Procesal Civil Boliviano en su Art. 320; y su posterior inclusión dentro de las Medidas Cautelares Precautorias de la caución denominada contracautela.

Esto es, en un determinado trámite judicial cuando la parte actora solicitare una Medida Cautelar Precautoria, para dar curso a la petición de esa naturaleza, debería pasar por un filtro para la exigencia previa de la caución denominada contracautela para los procesos contenciosos ya sean al inicio, durante el transcurso del trámite, o después de la resolución o sentencia, en Materia Civil y Comercial.

Razón suficiente dentro del objetivo general, con bastante argumento jurídico para viabilizar esa sugerencia como propuesta en cuanto a la exigencia previa en la medida cautelar precautoria, de la caución denominada contracautela, en los diferentes trámites en el órgano jurisdiccional de procesos Civiles y Comerciales contenciosos sobre cumplimiento de obligaciones y en los procesos de conocimiento Ordinarios.

En cuanto al objetivo específico concreto, sería para mantener en todos los trámites judiciales civiles, comerciales litigiosos y de procesos judiciales muy controvertidos de los litigantes, tomando en cuenta para modular el equilibrio, e igualdad procesal, así se evitaría en todo momento la indefensión en los derechos y garantías de los sujetos procesales, dentro del órgano jurisdiccional.

Con esta propuesta y sugerencia del postulante en el curso del Diplomado, cuya meta y finalidad sería aminorar los conflictos innecesarios, manteniendo sobre todo la concordia, la paz social, en el mundo litigante, evitando en todo momento los excesos, arbitrariedades y menoscabo en los derechos patrimoniales de las personas sobre bienes así como de los terceros interesados, por conflictos judiciales innecesarios, para no afectar los derechos patrimoniales

de las personas y de los terceros interesados, así como la protección de las garantías constitucionales, y la seguridad jurídica del mundo litigante.

Se hizo el estudio y análisis, de las legislaciones anteriores como antecedente, así como la Legislación Comparada, y la Jurisprudencia, referentes a las Medidas Cautelares Precautorias, sobre la caución y la contracautela; y en todas esas disposiciones legales nacionales y extranjeras, aún siendo complejas en su estudio y análisis, todas ellas tienen relación y bastantes similitudes como base legal, y mucha correspondencia para ser tomada en cuenta como una referencia muy importante dentro del ordenamiento jurídico, del Derecho Positivo.

Con esos antecedentes, el postulante ha unificado criterios con una base jurídica muy sólida, con bastante silogismo jurídico, y con sustento valedero y fiable para sugerir y proponer la modificación de una disposición legal, del Derecho Procesal Civil Boliviano, del Código Procesal Civil Boliviano, en el art. 320 de la citada ley adjetiva, dentro de las Medidas Cautelares Precautorias de la caución denominada contracautela, para materia Civil y Comercial.

TEMA I.- INTRODUCCIÓN

LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL DERECHO PROCESAL CIVIL BOLIVIANO.- Están referidas a las Medidas Precautorias Cautelares de la Contracautela en el Derecho Civil Boliviano.- Su importancia y trascendencia está inmersa en el Derecho Civil y como en el Procesal Civil por su necesaria incorporación en la parte sustantiva como en la adjetiva; de ahí que su estudio y análisis de estos inmensos institutos cuyas denominaciones están referidas a las medidas Cautelares precautorias de la caución denominada Contracautela, para su aplicación en cada uno de los casos en los procesos ligados sobre cumplimiento de obligaciones procesos de estructura monitoria ejecutivos y otros monitorios, como en los de conocimiento denominados procesos Ordinarios en cuanto a su inclusión se hacen muy necesarias e imprescindibles.

Esto para evitar un mal mayor en el destino, uso y ejercicio de la titularidad y destino de los bienes patrimoniales de las personas, dentro del Derecho Privado, en cuanto al ejercicio y aplicación de las medidas cautelares precautorias son muy necesarias, su finalidad es para evitar perjuicios irreparables, y que garanticen a la parte litigante, otorgándoles posibilidades como facultándoles para exigir una condición previa de la caución denominada contracautela y su mejora de ésta, por los daños que pudieran ocasionarles en una determinada demanda, sin ser titular y sin tener derecho alguno sobre algún bien patrimonial de las personas.

El Derecho Procesal Civil Boliviano dentro del ordenamiento jurídico en materia Civil Comercial en la parte normativa general referida a la medida cautelar precautoria de la caución denominada contracautela, en cuanto al análisis y estudio de este tema su finalidad es para garantizar en alguna medida los daños y perjuicios que pudiera ocasionarse.

Debido a la falta de una norma legal incluida en el Derecho Procesal Civil Boliviano, dentro de los Institutos referidas a las medidas cautelares Precautorias de la caución denominada contracautela en el Código Procesal Civil Boliviano, por eso la inclusión de una norma legal, se consideraría muy necesaria e importante, cuya finalidad es de que haya igualdad, seguridad jurídica, y equilibrio en los trámites litigiosos en materia Civil y Comercial.

Las Medidas Cautelares Precautorias de la caución denominada contracautela en cuanto a la exigencia previa en su trámite judicial, por una parte asegura al demandante, con un derecho aún no consolidado y sin la existencia de una sentencia; y a la parte demandada con la vía expedita para pedir el pago de daños y perjuicios, en el caso de que el actor demandante no justifique ni demostre documentalmente en su petición.

En el caso de no ser titular de ese derecho, cuando no existiere justificación alguna, y sin llegar a efectivizarse en favor de la parte litigante en calidad de actor, en un determinado proceso ya sea al inicio, como medida previa, en el transcurso del trámite en el proceso de estructura monitoria, sobre cumplimiento de obligaciones ejecutivos, y otros monitorios, o en los procesos de conocimiento Ordinarios, contenciosos, controvertidos en materia Civil y Comercial.

1.- Justificación.- El Derecho Procesal Civil Boliviano en actual vigencia, al estar conformada dentro de la dinámica procesal de la parte adjetiva que pone en movimiento los mecanismos del ordenamiento jurídico Civil y Comercial en la que se cuentan, con varios institutos jurídicos entre las que se destacan son las medidas cautelares ligadas a las medidas precautorias; el propósito para el estudio de las medidas cautelares en materia civil y comercial, para profundizar el análisis requerido es necesario tocar la parte general de las medidas cautelares, a toda su estructura jurídico legal, cuyo fin es identificar la barrera o el escollo que dificultan en su viabilización, cuando se sustancian los trámites judiciales en los diferentes órganos jurisdiccionales relacionadas a las peticiones que efectúan a diario los actores en lo referente a las medidas cautelares.

Estas solicitudes en materia Civil y Comercial, pueden ser tanto en los procesos de conocimiento como son los procesos Ordinarios, así como en las causas sobre el cumplimiento de las obligaciones dentro de los procesos de estructura monitoria, y otros procesos monitorios, la cual puede ser considerada como de vital importancia, por cuanto se requiere para poner en movimiento el Órgano Jurisdiccional en materia Civil Comercial, en la que la parte litigante ponga en ejercicio esa facultad otorgada legalmente, y poniendo a disposición y a su alcance, el ordenamiento jurídico vigente del país amparándoles y dándoles todas las oportunidades en cuanto se refiere a las medidas cautelares precautorias, y sobre todo esa protección legal así la seguridad jurídica, e igualdad procesal, esas serían las justificaciones con una proposición y sugerencia para modificar el Art. 320 del nuevo Código Procesal Civil, y este caso incluir como una exigencia previa obligatoria en los trámites judiciales civiles la medida precautoria de la contracautela en el texto del Código Procesal Civil, dentro de las medidas cautelares relacionadas a los procesos ejecutivos de estructura monitoria, otros procesos monitorios, y en los procesos de conocimiento como son las causas con trámites dentro de los procesos Ordinarios, en materia Civil y Comercial.

2.- SITUACIÓN PROBLEMÁTICA.- La situación problemática se traduce a la sugerencia y proposición de la modificación de una disposición legal la cual está referida, en el Derecho Procesal Civil Boliviano.

El fundamento de esta sugerencia y proposición radica en las siguientes razones de orden legal: es necesario distinguir y a la vez saber, si en un determinado contrato sinalagmático la obligación se halla plenamente garantizada entre las partes intervinientes, ya sea con una hipoteca registrada en los registros correspondientes, o con una prenda sin desplazamiento con depósito, en este caso el acreedor o actor no necesita de una medida cautelar precautoria, por las razones expuestas.

En otro caso.- También pueden presentarse otras situaciones cuando el acreedor, actor o tercera persona, en la que sean simplemente como acreedores quirografarios, que no cuenten con una garantía específica registrada en los registros correspondientes, pueda que tengan o no razón para pedir una medida cautelar precautoria;

Para estos casos sí, es necesaria la existencia de una norma como base legal para la exigencia de la Medida Cautelar Precautoria esto es con ofrecimiento: de la fianza referida a la caución de la contracautela.

Para ello, se tiene como antecedente: el estudio de la parte doctrinal, con el análisis de la Legislación Comparada, así como la situación jurídica actual del tema en concreto vinculadas a: las medidas cautelares precautorias de la caución de la contracautela, en el Código Procesal Civil Boliviano.

3.- FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.- ¿Será que es necesaria la modificación del Art. 320 del Código Procesal Civil Boliviano vigente, y su posterior inclusión dentro de las Medidas Cautelares Precautorias, para la exigencia previa y obligatoria de la Caución que estén referidas a la Contracautela para los diferentes trámites judiciales en el Órgano Jurisdiccional a sustanciarse en materia Civil y Comercial en los procesos de conocimiento Ordinarios y en las causas de estructura monitoria Ejecutivos y otros monitorios?

4.- **OBJETO DE ESTUDIO.**- El objeto de estudio de la presente investigación, es sobre la base de una sugerencia y proposición para la modificación de la norma jurídica cuya disposición legal está vinculada al Derecho Procesal Civil Boliviano, con relación a las medidas cautelares Precautorias, como caución de la contracautela.

A las previsiones contenidas en los institutos que guardan íntima relación o nexo, con las medidas cautelares precautorias referidas a la caución de la contracautela, actualmente, cuya base legal ha sido eliminada se ha prescindido en su aplicación, dejando sin efecto la exigencia de la caución referida a la *contracautela* prevista como base legal en el Art. 320 del nuevo Código Procesal Civil, en el citado Art. Refiere.- (Medidas sin Contracautela).- Las Medidas Cautelares podrán ordenarse bajo responsabilidad de la parte solicitante, *sin necesidad de dar caución*.

En ese entendido, se ha reducido de sobremanera la exigencia de la caución contracautela, sólo en los casos: cuando se trate de una intervención Judicial, y en casos señalados por ley.

Lo que hace ver a todas luces, es de que las medidas cautelares precautorias referidas a la caución de la *contracautela*, conllevan principalmente a tomar las previsiones de cada caso en la forma más adecuada; y su sustento como premisa, es para la conservación de la paz social, manteniendo la tranquilidad, tanto públicas como privadas, y que las mismas, estén exentas de actos de violencia, con alteración del orden público, sin que las partes en litigio tengan opción de hacer justicia por sí mismas, esto es, al margen de la Ley.

Como es de esperar, en una demanda, contienda judicial litigioso y controvertido, ya sea por comenzar, o en el transcurso de un proceso principal, el comportamiento de las partes, en un determinado proceso judicial, no practican la lealtad procesal, muchas veces tienen razones innobles, infundadas, temerarias y otras veces tienen actitudes descontroladas principalmente por la parte actora, en un litigio judicial, al principio y antes de una resolución o sentencia, que pudieran inducir a un error jurídico al Juzgador, para la ejecución de determinados actos jurídicos que pudieran ocasionar se conculquen derechos constitucionales, creando una inseguridad jurídica.

Para ello, es necesario dotarle al Órgano Jurisdiccional para el uso de la base legal prevista en el ordenamiento jurídico, en este caso en el Derecho Procesal Civil, para imponer el principio básico que tanto se pregona en la norma fundamental de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, determinado en el *Capítulo Segundo* referida a la Jurisdicción Ordinaria, en la que se señala:

La Jurisdicción Ordinaria se fundamenta en los principios procesales de gratuidad, publicidad, transparencia, oralidad, celeridad, probidad, honestidad, legalidad, eficacia, accesibilidad, inmediatez, verdad material, debido proceso, e IGUALDAD DE LAS PARTES, ante el Juez.

Tal cual se señala, la igualdad de las partes litigantes, en la sustanciación de un determinado proceso, porque no debe olvidarse de vista, de que las medidas cautelares precautorias, son admitidas por el órgano jurisdiccional, a simple solicitud unilateral de la parte peticionante o actora.

Por las razones expuestas por el postulante al Diplomado, tomar en cuenta para su sustento, que existen fundamentos muy valederos y razonables para llevar adelante la sugerencia y proposición para la modificación de la citada norma como base legal, en el Derecho Procesal Civil Boliviano.

OBJETIVOS

OBJETIVOS GENERALES.- En el objetivo general, como sustento o pilar fundamental, se tiene sugerido y propuesto, en el Derecho Procesal Civil Boliviano, como una necesidad principal en cuanto a la modificación del Art. 320 del Código Procesal Civil vigente, referidas a las Medidas Cautelares Precautorias vinculadas a la caución de la *contracautela*, y su posterior inclusión de ésta norma legal dentro del ordenamiento jurídico prevista en la base jurídica del Derecho Procesal Civil Boliviano dentro del Art. 320 del Código Procesal Civil, en el Instituto referida a la Medida Cautelar Precautoria de la Caución como Contracautela, siendo ésta como sustento y una base legal para la exigencia previa, necesaria y obligatoria para viabilizar los trámites judiciales en materia Civil y Comercial dentro de los procesos de estructura Monitoria

Ejecutivos, otros monitorios, así como en los Procesos de conocimiento Ordinarios.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

1. El primer objetivo específico.- Es en base a los fundamentos expuestos ampliamente, analizados los diferentes institutos jurídicos, traídos a colación para su procesamiento investigativo, una vez viabilizada la modificación de la norma legal del Derecho Procesal Civil Boliviano, concretamente en el Código Procesal Civil Boliviano, esta base legal debería estar prevista en el Art. 320.- en la citada norma legal referidas a las Medidas Cautelares Precautorias señaladas para la caución de la Contracautela, cuya exigencia obligatoria debería ser previa a la admisión de la demanda solicitada por la parte actora, en la petición ya sea al principio, o en el transcurso del proceso principal en trámite, en el órgano Jurisdiccional Público Civil y Comercial.
2. El segundo objeto específico.- Es para unificar criterios rectores, en base a la norma legal sugerida y propuesta, por cuanto su finalidad se origina:
Cuando anteriormente, se aplicaban y ejecutaban con el Código de Procedimiento Civil *Abrogado*, y estaba previsto en la base legal que era la exigencia de la medida cautelar de la caución de la contracautela, fijada en el Art. 172 párrafos I y II de la citada ley adjetiva de la materia; la parte actora tenía sumo cuidado de presentar este tipo de procesos cautelares; debido a la exigencia previa de la caución como contracautela: Lo que no sucede en la actualidad, los solicitantes como actores se aventuran a pedir una medida precautoria, aún sin tener derecho alguno, al existir la vía expedita, establecida en el Art. 320 del vigente nuevo Código Procesal Civil Boliviano, donde se señala: Medidas sin Contracautela.
3. El objetivo específico sería para equilibrar en los trámites jurisdiccionales Civiles y Comerciales sustanciadas por los litigantes; y cuya finalidad sería aminorar los conflictos innecesarios, manteniendo la paz social en sus habitantes, evitando en todo momento excesos, arbitrariedades, y menoscabo en el patrimonio y bienes, en materia civil y comercial, bienes

jurídicos tutelados y protegidos, por la Constitución Política del Estado Plurinacional.

5.-METODOLOGÍA

1) Método Comparativo

El método comparativo es el que se apoya en la exposición de las diferencias entre las diversas Instituciones Jurídicas para apreciar su coherencia o precisar sus peculiaridades, características que lo diferencian de una a otras.

2) Método Sintético

El método sintético en base a su procedimiento es usado para relacionar institutos jurídicos aislados y dispersos, así como para unificar criterios en forma coherente con la formulación de varias hipótesis, para el logro de los objetivos delineados.

3) Método Deductivo

El método deductivo consiste en sacar consecuencias de un principio, afirmación o compuesto para establecer conclusiones; en base al silogismo con el tipo de razonamiento deductivo; de una o varias proposiciones a otra que es su consecuencia lógica necesaria.

TEMA II.- MARCO TEÓRICO - PARTE GENERAL.-

Introducción y acepciones.- Para mayor entendimiento.- Caución.- Previsión, precaución o cautela, seguridad personal de que se cumplirá lo pactado, prometido o mandado.- Es una expresión equivalente a fianza mismo a otra persona el cumplimiento de una obligación, por lo general establecida judicialmente ya sea de orden civil o de índole penal.

De modo muy señalado el tema de la caución ofrece importancia en materia penal por cuanto está relacionado con la obtención de la libertad provisional bajo fianza que en ciertos casos puede ser concedida mediante la prestación de una caución, sea personal, real o juratoria (caución juratoria), Caución procesal.-

El autor Couture la define como resguardo o seguridad que consiste generalmente en el depósito o afectación de ciertos bienes al cumplimiento de una obligación derivada del proceso. (V. “Cautio iudicatum solvi”).

Medida.- Acción de medir, de establecer las dimensiones de las personas o de las cosas.- Disposición, orden, sensatez, prudencia, resolución adoptada para remediar un mal o daño.

En el Derecho Romano, era la garantía o el compromiso constituido mediante la estipulación con otra persona, documento en que constaba la constitución o extinción de un negocio jurídico, denominado fianza.

“Cautio Iudicatum solvi locución latina que quiere decir: caución de ejecución de sentencia. En el antiguo Derecho Romano llamábase así a la que se exigía al demandado, o a su procurador, cuando se ejercitaban acciones reales, con objeto de garantizar la restitución de la cosa reivindicada si fueran vencidos en el juicio; o sólo al procurador del demandado, en las acciones personales, para que garantizara al actor el resultado del litigio.

En Derecho Internacional Privado, la fianza que debe constituir el demandante extranjero, con objeto de garantizar al demandado nacional, si la acción se rechaza, el pago de los gastos, daños, y perjuicios que deriven del litigio.

Actos Precautorios.- La garantía reconocida al acreedor por la regla general del Art. 1335 del Código Civil, sería irrelevante si a éste no se le proporcionase, entre los medios de efectivizar con los recaudos necesarios para conservar en el patrimonio del deudor los valores que forman su prenda cuando así lo requieran las circunstancias con este objetivo en concreto, el Art. 1444 del Código Civil dice: medidas precautorias.- Todo acreedor incluso el que tenga su crédito a condición o a término, puede ejercer conforme a las previsiones señaladas en el Código de Procedimiento Civil, las medidas precautorias que sean conducentes a conservar el patrimonio de su deudor tales como: 1) Inscribir su hipoteca o su anticresis; 2) Interrumpir la prescripción; 3) Inventariar los bienes y papeles de su deudor difunto o insolvente y sellarlos. 4) Intervenir en la partición a que fuere llamado su deudor, y oponerse a que ella se realice sin su presencia; 5) demandar el reconocimiento de un documento privado promovido por el deudor, o contra él.

De acuerdo a lo establecido en el nuevo Código Procesal Civil en el Art. 320.- Medidas sin contracautela.- Las medidas cautelares podrán ordenarse bajo responsabilidad de la parte solicitante, sin necesidad de dar caución, la autoridad judicial deberá fundar su decisión en consideración a la verosimilitud del derecho, el peligro en la demora, la posibilidad jurídica y la proporcionalidad de la medida, sin embargo se requerirá contracautela cuando se trate de intervención judicial y en los casos señalados por ley.

Como podrá advertirse, en este acápite de las Medidas Cautelares está la no exigencia de la caución, con la salvedad de dar caución sólo en una intervención judicial; dentro de esta determinación puntual del procesal civil.

En la que es preciso analizar profundamente en cuanto a sus efectos, así como las consecuencias adversas que pudieran ocasionarse a la postre un daño irreparable de imprevisibles consecuencias a los derechos patrimoniales de las personas, debido a la falta de la caución denominada contracautela en forma oportuna en una contienda judicial, aún en ejecución de sentencia en materia Civil y Comercial.

Lo que se pretende es de asegurar la futura ejecución de sentencia en el supuesto caso de que se condenen a entregar una determinada suma de dinero, un bien específico, o en especie, advirtiéndose un peligro inminente cuando el

actor peticionante de una medida cautelar sin ofrecer caución como contracautela, no tenga derecho alguno, y como resultado se cauce un daño económico y a la vez un perjuicio al demandado, lo que se pretende con la exigencia de la caución contracautela, es de evitar que el futuro demandante en procesos preliminares, o en un proceso en trámite, o ejecución de sentencia el actor se convierta en insolvente, por no haber ofrecido caución alguna en forma precisa y oportuna.

Analizando el Art. 173 del Código de Procedimiento Civil Abrogado.- y su comentario procesal.- Citado por el Autor Morales Guillen, en su Libro de Código de Procedimiento Civil Comentado y Concordado pág. 412 y siguientes.- (Referida a la contracautela) **I.-** La medida precautoria sólo podrá decretarse bajo responsabilidad de la parte solicitante, quien deberá dar caución por las costas, daños y perjuicios que pudiere ocasionar en caso de haberla pedido sin derecho alguno. **II.-** Esta garantía no se exigirá cuando el solicitante fuere el Estado, las Municipalidades, o un beneficiario de gratuidad.

El abrogado siguiente Art. 174.- (Mejora de la caución).- En cualquier estado del litigio la parte contra cuyos bienes se hubieren adoptado medidas precautorias, podrá pedir que la caución fuere mejorada, probando sumariamente que ella es insuficiente. El Juez resolverá previo traslado a la otra parte.

Concordado con esta disposición legal de (Art. 201 del Código Argentino), y cuya rúbrica correcta, según éste, es mejora de la contracautela), confirma plenamente la vigencia de la fianza de costas y daños previstas por el Art., anterior. En efecto, según su texto está dirigida a proteger, los intereses no del actor, sino del demandado contra cuyos bienes se hubiera adoptado medidas precautorias.

Para el supuesto de que la medida precautoria obtenida por el actor o acreedor, resultare insuficiente o inadecuada para la función de la garantía, se procede a su modificación a tenor de lo dispuesto por el Art. 176 modificación que puede ser gestionada también por el demandado o deudor. Recuérdese a este efecto que las medidas precautorias pueden ser intentadas antes de deducir la demanda o durante la sustanciación del proceso. Art. 156).

Sin dejar de estar comprendidas en la base legal de este Art., se trae a colación el Art. 21 del Arancel de 1873.- Establecía.- Todo litigante que no sea privilegiado

afianzará las costas desde que haya principiado la causa; y si alguno omitiere hacerlo, se suspenderá el curso del juicio se le declarará contumaz.- El Art. 22, excluye a los indígenas, pobres de solemnidad, acreedores del Estado, Establecimientos de Beneficencia.

Retomando nuevamente a la pretensión en cuanto a la exigencia de la contracautela.- La medida precautoria sólo podrá decretarse bajo la responsabilidad de la parte que la solicitare, quien deberá dar caución por todas las costas, daños y perjuicios que pudiera ocasionar en caso de haberla pedido sin derecho.

Citado en su párrafo III del Art. 1447 del Código de Comercio.- Autoriza inclusive, su constitución mediante garantía de instituciones bancarias, modalidad que tampoco es ajena al nuevo ordenamiento codificado nacional, a tenor del Art. 1447 del C. Com.

También el Codice di Procedura civile, italiano de 1942, que como el Código Argentino ha de contarse entre las legislaciones modernas, legisla el instituto, dice su Art. 98: “Caución relativa a las costas.- A instancia del demandado, el magistrado instructor, el pretor o el conciliador, podrá disponer, con ordenanza, que el actor no admitido al patrocinio gratuito preste caución para el reembolso de las costas cuando exista temor fundado de que la eventual condena pueda quedar incumplida. Se dentro del término establecido no se presta la caución, el proceso se extinguirá.

Jurisprudencia.- (G-J. N° 1587, pág. 4.- “La solvencia de un fiador se acredita por la constancia de las rentas que tiene, a cuyo fin debe demostrar que es propietario de bienes suficientes para garantizar aproximadamente, las costas que pueden emerger de las resultas del proceso.

La posibilidad de modificación de las medidas precautorias, es consecuencia del carácter precario de las mismas. La ampliación supone un aumento en la cantidad o monto de la medida cautelar; la mejora es el establecimiento de otra medida diversa que se acumula y no reemplaza a la anteriormente dispuesta, y la sustitución importa una nueva medida que deja sin efecto la precedente. El deudor está facultado para pedir la sustitución de una medida por otra, la sustitución de unos bienes por otros, y la reducción del monto de la cautela.

Las medidas cautelares pueden ser ordenadas dentro del proceso preliminar antes de iniciarse una demanda, o dentro del proceso principal, es decir, aquél en el cual se actuaría ejercitando ese derecho que le asiste a la parte interesada solicitante, como una medida precautoria cautelar, o mediante un trámite independiente, aquellas peticiones judiciales que tienen cada trámite procesal, y las medidas cautelares que se solicitaren, antes de iniciar el proceso civil principal, y en cada caso en concreto.

MEDIDAS CAUTELARES EN DOCTRINA Y LEGISLACIÓN COMPARADA.-

Universalidad de la aplicación.- Las medidas cautelares podrán adoptarse en cualquier proceso, tanto contencioso como voluntario. Se adoptarán en cualquier estado de la causa, e incluso como diligencia preliminar de la misma.

En este caso, las medidas precautorias caducarán de pleno derecho si no se presentare la demanda dentro de los treinta días de cumplidas, condenándose al peticionario al pago de todos los gastos del proceso, de los daños y perjuicios.

Las medidas cautelares se decretarán siempre a petición de parte, salvo que la ley autorice a disponerlas de oficio, y se adoptarán, además, con la responsabilidad de quien la solicite.

Procedencia.- Podrán adoptarse las medidas cautelares cuando el tribunal estime que son indispensables para la protección de un derecho y siempre que exista peligro de lesión o frustración del mismo por la demora del proceso. La existencia del derecho y el peligro de lesión o frustración deberán justificarse sumariamente.

Facultades del Tribunal.- En todo caso corresponderá al Tribunal: **1)** Apreciar la necesidad de la medida precautoria, pudiendo disponer una menos rigurosa a la solicitada, si la estimare suficiente; **2)** Establecer su alcance; **3)** Establecer el término de su duración; **4)** Disponer de oficio o a petición de parte, la modificación, sustitución o cese de la medida cautelar adoptada, siguiéndose, en el caso de la petición y para su sustanciación el procedimiento de los incidentes; **5)** Exigir la prestación de contracautela suficiente, salvo en el caso excepcional de existir motivos fundados para eximir de ella al peticionario.

Requisitos de la petición.- Será competente para entender en la medida cautelar, si la misma fuere solicitada como diligencia preliminar, si el Tribunal que lo es para atender y tramitar el proceso posterior. Si el Tribunal se considerare incompetente deberá rechazar de plano su intervención, sin embargo la medida ordenada por un Tribunal incompetente será válida, si se cumplen los demás requisitos legales, pero no se prorrogará la competencia debiendo remitirse las actuaciones, no bien sea requerido o no bien se ponga de manifiesto la incompetencia no prorrogable, al Tribunal que sea competente. La petición deberá contener: 1) La precisa determinación de la medida y su alcance; 2) El fundamento de hecho de la medida, el que resultará de la información sumaria que se ofrezca o de los elementos existentes en el proceso o de los que se acompañen o de la notoriedad del hecho o de la naturaleza de los mismos; 3) la contracautela que se ofrece.

Fundamentos del Derecho Procesal Civil.- Sentencias Cautelares.- Junto a las sentencias declarativas, constitutivas y de condena, la doctrina más reciente hace aparecer, como categoría autónoma de decisiones judiciales, a las resoluciones cautelares. La terminología que rige respecto de ellas es muy variada. Se le llama indistintamente providencias cautelares, medidas de seguridad, acciones preventivas, medidas cautelares.

También es vacilante la doctrina en cuanto atañe al carácter autónomo de éstas. En tanto se sostiene, por una parte que se trata de providencias constitutivas, se afirma por otra parte, que se está en presencia de medidas de ejecución provisional, anticipada o preventiva.

La tendencia más reciente parece inclinarse en favor de la autonomía de este tipo de resoluciones judiciales, las que vendrían a ampliar así, por virtud de sus caracteres propios, la tradicional clasificación tripartita de resoluciones judiciales, con un cuarto término.

A esta tendencia el tratadista se adhiere por su parte. La doctrina más reciente ha comenzado a hablar de providencias cautelares innominadas tema éste que, como se comprende, envuelve la cuestión más amplia de saber cuáles son los límites de la potestad jurisdiccional frente a esta clase de resoluciones. Dadas estas circunstancias, corresponde hablar, en términos generales, de providencias, abarca indistintamente a toda clase de resoluciones.

En cuanto a su carácter de clasificación tradicional de sentencias, cabe establecer que la providencia que concede tal medida puede ser indistintamente declarativa, de condena, o constitutiva. La autonomía que se pueda dar a esta clase de providencias es una preocupación más de eficacia práctica. La providencia cautelar producirá los efectos declarativos, constitutivos o de condena que surjan de su propio contenido; La doctrina se ha preocupado, reiteradamente de clasificar providencias de ésta índole ordenando los distintos contenidos de esta clase de resoluciones en los siguientes términos:

a) Medidas de puro conocimiento.- Son aquellas que por sí solas no suponen medida alguna de coerción, teniendo por objeto, tan sólo la declaración preventiva de un derecho, por ejemplo diligencias preparatorias de demanda conocidas como declaración jurada sobre hechos relativos a la personalidad.

b) Medidas de conocimiento sumario con comienzo de ejecución provisional.- Son los que se dictan en aquellos casos, en los cuales existe un riesgo previsible: depósito de la cosa mueble; embargo del inmueble.

C) Medidas de la 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, aún cuando ningún riesgo exista, como una consecuencia de los atributos propios del derecho real o de crédito: el embargo o el secuestro.

d) 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 se decida en sentencia.

e) Medidas cautelares negativas.- En esta clase de providencias 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 de que no anticipan la ejecución de un acto, sino que la detienen por ejemplo prohibición de innovar, ya sea en materia de derecho privado o de derecho público.

f) Medidas de Contracautela.- Se comprenden en este rubro, aquellas providencias que disponen una medida de seguridad en defensa del deudor y no (a diferencia de los restantes) del acreedor. Así, las fianzas procesales requeridas para obtener un embargo preventivo.

Caracteres de las medidas cautelares.- Reconstruyendo la línea general que surge de numerosos fallos judiciales y de su motivación, es posible fijar algunos criterios generales:

A) Provisionalidad.- Las medidas cautelares se decretan siempre mediante un conocimiento sumario, unilateral, y en consecuencia, provisional; siempre es posible modificar lo resuelto, ya sea a petición de parte, ya sea de oficio, ya sea por el superior en grado mediante recurso, *ya sea por el ofrecimiento de una contracautela*, ya sea por desestimarse la demanda principal; en estas providencias no pueden hablarse de cosa juzgada, sino en sentido meramente formal.

B) Accesoriedad.- Las medidas cautelares sólo se justifican por el riesgo que corre el derecho que se debate o ha de debatirse al principio o en el proceso principal, son forzosamente accesorias de éste; por tal motivo, si el proceso principal no se promoviere en seguida, las providencias cautelares deben cesar.

C) Preventividad.- Las medidas cautelares tienen un contenido meramente preventivo: no juzgan ni prejuzgan sobre el derecho del peticionante; su extensión debe limitarse a lo estrictamente indispensable para evitar males ciertos y futuros, para evitar que la justicia, esté condenada siempre a llegar demasiado tarde.

D) Responsabilidad.- Las medidas cautelares se decretan bajo responsabilidad del que las pide; el daño que causen indebidamente es de cargo de éste y no del demandado o de una institución del Estado.

EL PERFIL DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.- *“Se formula una clasificación de las medidas cautelares en materia civil, concretándose a señalar las admitidas por la Ley, menciona el embargo de conservación, el embargo en la ejecución inmobiliaria, el embargo judicial, la denuncia de obra nueva perjudicial, y el daño temido, la figura general de la resolución provisional de la medida cautelar; (que otros procesalistas niegan que existiera en el sistema del Código de 1865), la ejecución provisional de una sentencia, la declaración de quiebra, la fijación de sellos, y el inventario con fines de conservación”.* Se encuentra una sistematización de la doctrina, con una clasificación conforme con la enumeración de medidas hechas en la Ley en su momento.

“Su clasificación se basa en la relación instrumentabilidad que liga la providencia cautelar a la principal y comprende cuatro grupos: 1º.- providencias instructorias anticipadas, encaminadas a fijar y conservar elementos de prueba 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; 4º.- La caución que el Juez puede ordenar preste el interesado para obtener una ulterior providencia judicial”.

“Se 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 las pruebas en cuanto a la conculcación de los derechos, la verificación de escritos, cuando se sustancian 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”.

Se menciona en el tercer grupo: La denuncia de obra nueva y de daño temido, las Providencias temporales autorizadas con carácter de urgentes por leyes de comercio.

En el cuarto grupo: Se incluye las medidas de contracautela o cautela.- En el caso de una medida cautelar por lo cual se las considera como presupuesto de aquella, y no como específicas medidas cautelares.

Refiere: *“las medidas provisionales que tienden a asegurar la ejecución futura”, menciona: las medidas provisionales cuyo objeto es garantizar la paz, mediante la regulación de una situación de hecho provisional, en el caso de una relación jurídica litigiosa, y las medidas provisionales cuya finalidad es la satisfacción de necesidades primarias, mediante la condena provisional a prestaciones periódicas; (especialmente en la manutención, con rentas alimenticias, sueldos), o por una sola vez, por ejemplo gastos médicos, de mudanza, y costas procesales”.*

También, se *“habla de un proceso cautelar conservativo; cuando el litigio es “provisionalmente arreglado mediante el mantenimiento del estado de hecho” y de un proceso cautelar innovativo cuando se logra el arreglo provisional del litigio mediante la alteración y no mediante el “mantenimiento del estado de hecho”, al primer grupo pertenecen los procesos de obra nueva y daño temido, secuestro judicial, o conservativo, y suspensión de la ejecución del acuerdo de la Junta General de una Sociedad Anónima”.*

“Al segundo grupo pertenecen la separación personal de los cónyuges y medidas provisionales sobre los hijos en procesos de divorcio, y las medidas anticipadas en el proceso Ejecutivo (secuestro)

En las Instituciones se reconoce que el criterio de clasificación del proceso cautelar en base a la distinción entre el carácter conservativo y el carácter innovativo es bastante incierto y por tanto se sostiene la clasificación del proceso cautelar que debe buscar a mayor profundidad, con referencia no tanto en sus efectos, cuanto a sus fines.

Si se pone de relieve que el buen fin del proceso (definitivo) depende de dos órdenes de condiciones: que el oficio puede disponer de los medios necesarios, o que al final exista una situación de hecho que pueda equipararse a la relación jurídica declarada o constituida cierta por el Juez, según a esta hipótesis distingue al proceso cautelar en instrumental o fina”.

“Proceso cautelar instrumental es el que tiende a garantizar los medios del proceso definitivo” citando entre ellos al secuestro judicial, al proceso de instrucción preventiva y al secuestro conservativo”.

“Del proceso definitivo, comprendiendo al secuestro judicial, de libros, registros documentos, modelos, muestras, y cualquier otra cosa de la que se pretende deducir

elementos de prueba cuando se controvierta el derecho a la exhibición o a la comunicación, sea oportuno proveer a su custodia temporal”.

Se clasifican las medidas cautelares en dos grupos: aquellas que representan un anticipo procesal y aquellas destinadas a asegurar la igualdad de las partes en conflicto.

Las primeras comprenden a su vez dos grupos: las que tienden a asegurar un estado de hecho, en vista del futuro conocimiento (instrucción preventiva, secuestro judicial) y en vista de la futura ejecución (el secuestro conservativo, el embargo) y las que tienden a actuar en vía preventiva, decisiones que de lo contrario podrían llegar tarde (alimentos, medidas preventivas en el proceso por insania, separación personal de los cónyuges”.

En el segundo género, se menciona las medidas cautelares en procesos sobre la propiedad o la posesión.

Asimismo se “Adopta la clasificación cuatripartita: 1º.- Las medidas que tienen por objeto la conservación de las pruebas; 2º.- Las que tienen por objeto asegurar la ejecución forzosa; 3º.- Aquellas sin las cuales podría resultar un daño irreparable; 4º.- La caución judicial o medidas de contracautela.

*En el Capítulo III.- Bajo el rubro “De los procedimientos cautelares”.- La primera sección. Del secuestro, comprende el secuestro judicial y el conservativo e incluye la **caución** que el Juzgador podrá imponer al solicitante para el eventual resarcimiento de los daños y para las costas.*

La Cuarta Sección de la Ley Italiana.- De los procedimientos de urgencia, se reglamenta la medida cautelar genérica, es decir, los procedimientos cautelares que según las circunstancias, aparezcan más idóneos para asegurar provisionalmente los efectos de la decisión sobre el fondo”.

Se ha adoptado en “El Código Procesal Civil de Alemania.- (ZPO) Como sección 5º del Libro 8º referidas a la ejecución forzosa y bajo el rubro embargo preventivo y medidas provisionales de seguridad con respecto al objeto litigioso, cuando se tema que, por una modificación del estado actual, se podrá frustrar o dificultar notablemente la efectividad del derecho de una parte, pudiendo el tribunal determinar a su arbitrio las medidas que estime necesarias para el objeto de que se trate”.

“La medida de cautela provisional puede consistir en el secuestro o en imponer al adversario la obligación de realizar un acto o la de omitirlo, especialmente la prohibición de enajenar, gravar o hipotecar una finca.

Todas las medidas incluidas en la sección tienen por objeto asegurar la ejecución forzosa en el patrimonio mueble o en el inmueble, por acciones que persigan el pago de una cantidad de dinero o de otra clase, pero susceptible de ser liquidadas a metálico, lo que señala que únicamente comprenden una sola de las posibles categorías o especies.

Pero separadamente, en materia familiar se reglamentan las cauciones procesales, el aseguramiento de la prueba, las medidas provisionales en juicio de divorcio, y anulación de matrimonio.”

Ramiro Podetti, Tratado de Medidas Cautelares.- La Clasificación en la Doctrina, Ed, Ediar, pág. 48 y sgtes. 1969.

“Proceso cautelar final es en cambio, es el que sirve para garantizar la practicidad

Goldschmidt, 10 Der. Procesal Civil Pág. 747. Autor Ramiro Podetti

Pág. 50. Carnelutti¹¹, Sistema T.I. Pág. 243. Autor Ramiro Podetti.

Obra citada por el Autor J. Ramiro Podetti.-1 La adopción de medidas precautorias debe entenderse subordinada al cumplimiento de su función dentro del proceso, por lo que cabe exigir, como un requisito para decretarlas, la verosimilitud de la existencia del derecho que se tiende a proteger y la posibilidad de sufrir un perjuicio o daño inminente en su defecto”. (Cám. Com. Cap., J.A., 1950 - II, pág.52).

TEMA III.- PRESUPUESTOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

1.- Requisitos o presupuestos generales para la procedencia de las medidas cautelares.

La diversidad, de situaciones que hacen necesaria procedente una medida de cautela sobre bienes, pruebas o personas, dificulta la doctrina de sus presupuestos. *“Sin embargo, teóricamente pueden señalarse por lo menos dos: la existencia de un derecho garantizado por la ley (puesto que constituye un anticipo de la garantía jurisdiccional) y un interés jurídico que justifique ese adelanto al resultado de un proceso^t ese interés en obrar es el estado de peligro en el cual se encuentra el derecho principal la posibilidad o la certidumbre de que la actuación normal del derecho llegará tarde”.*

“Es lo que se llama en la doctrina peligro en la demora, periculum in mora, y que da características propias a las medidas cautelares, prescindiendo o demorando el trámite contradictorio y admitiendo como presupuesto: la existencia del derecho, se acredite sumariamente o prima facie o mediante o una sumaria cognitio (fumus bonus juris) o, en ciertas hipótesis, que se presuma o se admita la afirmación del solicitante”.

Para establecer el equilibrio, protegiendo a éste último; las medidas cautelares se otorgan por cuenta y riesgo de quien las solicita, y al afectado debe asegurársele que ese riesgo sea efectivamente a cargo del solicitante, llegado el caso.

Por eso se ha dicho que en tercer presupuesto de la medida cautelar, es el otorgamiento de una fianza o caución, por el beneficiado por ella, que asegura al contrario el resarcimiento de los daños que pudiera ocasionarles si hubiera sido pedido su derecho.

*“Se Menciona como condición general para que se dicte una medida preventiva “el temor de un daño jurídico, es decir, la inminencia de un posible daño a un derecho o a un posible derecho”, refiriéndose solamente al peligro en la demora y a la justificación de la existencia o verosimilitud del derecho. Pero, poco antes, señala que “para garantizar el resarcimiento de daños a quien se hubiera desprovisto disminuido del goce de un bien en virtud de una medida preventiva, ésta puede ir acompañada de una medida de **contracautela**, es decir, el mandato al actor de prestar fianza”.*

Se señala.- “a la apariencia de un derecho y al peligro de que ese derecho aparente no sea satisfecho”⁵, pero al considerar la **contracautela** como una

específica medida cautelar y como las cauciones o fianzas están previstas en la Ley y deben ser dispuestas por el Juez antes de que el beneficiario de ellas sea oído, resulta claro que se reúnen las dos medidas cautelares: la que favorece al presunto titular activo del derecho y es producida por él, y la que favorece al presunto deudor u obligado, sin que éste haya podido pedir nada”.

Se estima como una de las características de los “procesos cautelares” la de responder a la eliminación de un periculum in mora que no es - a su juicio - el peligro de daño genérico jurídico, sino el peligro ulterior daño “marginal”⁶ que podría derivar del retraso o duración temporal de los procesos declarativos.

Se agrega: “...no basta la idea de peligro y que el procedimiento incoado tenga solamente un objetivo preventivo de un daño temido, sino que precisa que exista urgencia en sí, pues de no proveer a él rápidamente, el peligro se transformaría en realidad”.

Se entiende que las medidas precautorias (se sigue en cada caso la terminología usada por el respectivo autor) están sometidas a ciertas condiciones, siendo necesario en primer lugar la apariencia de un derecho invocado y justificado prima facie, es decir, que el Juez, procede aquí con conocimiento de sumario; se agrega que en algunos casos, basta la posibilidad de un perjuicio, cuya existencia la ley presume y no se requiere por consiguiente, su justificación”.

Procede aquí con conocimiento sumario; en algunos casos – agrega – “basta la posibilidad de un perjuicio, cuya existencia la ley presume, y no se requiere por consiguiente, su justificación”. “En otros, en cambio es necesaria la justificación de un peligro real e inminente”, citando el caso contemplado en el art. 1295 del código Civil. La apreciación del daño inminente, para el maestro correntino, queda librada al criterio judicial, salvo en los casos en que el legislador lo haya precisado.

Son requisitos de carácter general, la verosimilitud del derecho (fumus boni iuris) y el peligro en la demora (periculum in mora). En cambio, se estima que tres son los presupuestos: 1º) La verosimilitud del derecho invocado como fundamento de la pretensión principal; 2º) El temor fundado de que ese derecho se frustre o sufra menoscabo durante la sustanciación del proceso tendiente a tutelarlos; 3º) La prestación de la contracautela por parte del sujeto activo”.

Citado por Podetti.- pág. 69-71.- ob. y lug. cit.pág. 38. 3.- Podetti: Las medidas cautelares, Rev. Derecho Proc., Ed. Ediar, Año I, 1ra parte pág. 142. 4.- Instituciones..., citado por Podetti – Pág. 70, T, I, pág. 71,77 y 299.

Mientras menos incertidumbre hubiera en el derecho invocado por el solicitante de la medida cautelar, menos sería la exigencia de la caución en cada medida cautelar, o en su defecto, menos sería la necesidad de la contracautela; en algunos casos: podría llegar a ser prescindida de ella, o a la inversa, viendo la verosimilitud del caso, tendría que ser imprescindible la exigencia de la contracautela.

En cuanto a la exigencia de la caución hay una relación de contrapeso, equilibrio entre estos dos presupuestos de las medidas cautelares, que no debería ser omitida en la Ley, en caso de modificarse en el Código Procesal Civil, si estuviera modificada y legislada, los Jueces públicos civiles y comerciales, tendrían la carga procesal de exigir la caución, a tiempo de viabilizar al dictarlas, cada medida cautelar con caución; sino se conculcaría el principio de igualdad, y equilibrio en los derechos latentes cuando hubiera una petición de una medida entre las partes o sujetos procesales en cada caso en concreto, que estaría garantizado por la Constitución Política del Estado y demás leyes.

Esa relación como garantía de justicia permitiría en cuanto a su aplicación, un empleo más extenso, más justo, y a la vez legal, de las medidas cautelares, con una amplitud y una mayor flexibilidad en cuanto en su aplicación, una vez, si así, se dispusiera la modificación, de la exigencia previa de la medida cautelar vinculada a la contracautela, tanto en los litigios controvertidos, con trámites en procesos de conocimiento, así como en los casos sobre cumplimiento de obligaciones pecuniarias.

“Salvo al de la contracautela, no contienen entre las normas generales que hacen a las medidas cautelares, un precepto referido a los presupuestos de las mismas; en cambio, disposiciones de ese tipo se hallarán en las distintas secciones referidas a la reglas particulares que hacen a cada una de las medidas cautelares previstas.

Primero.- *El solicitante deberá acreditar en forma sumaria el derecho que invoca; este requisito no podrá ser suplido por ofrecimiento de garantías o fianzas.*

Segundo.- *Acreditará también el peligro de pérdida o frustración de su derecho, o la urgencia de la medida”*

Tercero.- *Se concederá bajo la responsabilidad del solicitante quien deberá otorgar la contracautela dispuesta por la ley o por el tribunal para responder de los daños y perjuicios que pudiera ocasionar en el caso de haber sido pedida sin derecho”.*

Verosimilitud o presunción del derecho.- *La comprobación o prueba plena de la existencia de un derecho, no solamente requiere una instrucción suficientemente extensa para formar la convicción del Juez, sino que exige el contradictorio, la asistencia o participación o posibilidad de hacerlo de ambos sujetos del interés en litigio”.*

Las medidas cautelares, analizadas en este contexto, conforme al interés de existir las justificaciones: en determinados casos, ante el temor de que hubiera frustración en casos de urgencia, podría exigirse o en su defecto disminuir el temor de la frustración, y demorar la participación de uno de los interesados hasta que se hayan cumplido con los requisitos para viabilizar su cometido, cuando hubiera una medida cautelar para ejecutar en caso de urgencia, por la premura del tiempo.

De ahí que la comprobación de la existencia del derecho se haga en forma rápida como en la vía sumaria, de manera que se proporcione la posibilidad de la existencia de la verosimilitud del derecho cuestionado o puesta en tela de juicio; Que en ciertas y determinadas circunstancias coyunturales que el caso amerita analizar; podría haber o no justificativo, y certidumbre del actor solicitante de una medida cautelar, y que al final podría admitirse como posible en su existencia con la afirmación del actor o demandante, que podría avalar cumpliendo con una buena contracautela, en caso haber una exigencia de una norma legal.

“Por eso con una expresión latina no muy acertada, suele hablarse de fumus bonis juris (humo de buen derecho).

Peligro en la demora.- *Este segundo presupuesto de las medidas cautelares, es como se ha señalado, el interés jurídico que las justifica.*

No existe medida cautelar alguna que no se ha de disipar un temor de daño inminente, sea que se exija su acreditación prima facie, sea que se presuma por las circunstancias del caso”.

“Es un presupuesto específico y propio de las medidas cautelares, que como tal, sólo en ellas es exigible; el presupuesto de la existencia del derecho, es común con el proceso donde se actuará, sólo existe una diferencia en cuanto a su prueba fehaciente”.

En el proceso definitivo deberá establecerse si existe o no ese derecho, ratificando o desvirtuando la prueba sumaria rendida en el cautelar o destruyendo la presunción admitida.

En la urgencia, el temor de daño, o el peligro en la demora, no serían motivo de conocimiento, y en consecuencia, como prueba en el proceso definitivo.

Lo que se pruebe y decida al respecto en el proceso principal, en caso de haber procedimiento previo a la medida cautelar sólo en el mismo procedimiento podría ser desvirtuado o en su defecto revocado en caso de haber alzada.

El interés procesal que justifica y es presupuesto del proceso definitivo o de la acción (en sentido clásico) es la circunstancia de no ser posible el logro o satisfacción del mismo, sin intervención de la justicia, sea por desconocimiento del derecho por el otro sujeto de la relación sustancial, por su omisión en realizar el acto debido o porque la naturaleza misma del derecho así lo exige”.

Por eso, salvo el caso de acciones declarativas o condenas de futuro, que en ese aspecto pueden considerarse medidas cautelares, el interés como requisito de la acción, debe ser actual”.

El interés procesal en las medidas cautelares estaría fundada en que el derecho del peticionario con un interés directo, acudiendo a la vía judicial, **cuando habría una norma legal previa** para aplicar de inmediato, y para viabilizar, para alguien que invoque un derecho verosímil, con cierto interés actual, con posibilidad cierta, y buscando una solución de manera rápida, y de forma eficaz; **en este caso se estaría hablando de acreedores quirografarios, frente a los deudores diligentes o negligentes, o de terceros con derechos**, con un interés directo y cierto.

O en el caso, en que podría ser en forma tardía para ejecutar y hacerla en forma efectiva, una medida cautelar solicitada, en el supuesto caso de que el solicitante en forma segura, ofreciendo una contracautela ejecutaría y obtendría del órgano jurisdiccional una resolución rápida y efectiva, para su cometido; todo esto, en forma equilibrada, en el supuesto caso de que se modificara ley referida a la exigencia de la contracautela.

“De allí ciertos equívocos como el de afirmar que la acción cautelar es “pura acción”, sin sustrato sustancial, o que el interés protegido puede no ser actual; si existe peligro en el retardo, existe interés actual en obtener la medida cautelar, aún cuando el interés sustancial que asegure, que no sea actual”.

*“Y ningún ordenamiento jurídico autoriza medidas cautelares sin la justificación o la presunción de que existe un derecho sustancial digno de ser asegurado; la equívoca expresión *fumus bonis iuris* debe interpretarse en el sentido de que basta una presunción de buen derecho, pero no la simple apariencia.*

Se ha visto que el peligro en la demora es requisito común de todas las medidas cautelares; es más, puede afirmarse que constituye su razón de ser jurídica y de hecho, que se consustancia con ellas; sin embargo se puede observar especialmente en las medidas sobre los bienes, en las destinadas a asegurar la futura ejecución, que no se menciona este presupuesto, ni se exige su prueba, así sea prima facie.

Véase, si no, el embargo preventivo en caso de reconocimiento de hechos que hagan presumir verosímil el derecho alegado de sentencia estimativa (art. 212 del Cód. Proc. Civ. Nac.); pero es que en esa hipótesis, como en el embargo ejecutivo, con el cual tienen evidente proximidad, se presume el temor o la falta de seguridad de que el obligado cumpla; al disiparse o disminuir la duda sobre la existencia del derecho, su insatisfacción aparece como voluntaria y da lugar a que surja el temor o peligro en la demora”.

“Con una muy gráfica expresión, al ocuparse del peligro, dice que si bien se han introducido reglas en virtud de las cuales los efectos de las providencias finales de fondo se hacen remontar en lo posible al momento de la demanda judicial (curso de intereses, resarcimiento de los daños sobrevenidos en pendencia de litis, etc.), todo esto “no sirve ya de nada si entretanto -- se han escapado los bueyes; es decir, si no se encuentra ya, por así decirlo, la materia prima sobre la cual actuar de hecho la sanción”.

“La prueba del peligro en la demora ha de hacerse al mismo tiempo y en la misma forma que la del presupuesto examinado precedentemente, es decir, como la existencia del crédito.

Pero, como se trata de un hecho, no existe limitación en los medios probatorios y generalmente es la prueba de testigos la que se ofrece para ello; No se puede exigir la plena acreditación de que el deudor trata de enajenar, ocultar o transportar sus bienes (art. 209, inc. 5º, del Cód. Proc. Civ. Nac.), dada la índole, fines y urgencia de la medida, que a tal fin se rinda, que en la referida a la justificación prima facie del derecho.

Este presupuesto, como se observó, se consustancia con la idea o el concepto de las medidas cautelares, al extremo que podría servir, por sí sólo, para la doctrina general; La instrucción preventiva en sus diversos aspectos, que parte de la doctrina de las medidas cautelares que omite considerar, como asimismo en la mayoría de las leyes procesales.

En ella no se exige la invocación o justificación de la verosimilitud del derecho al cual se refieren las pruebas, pero sí debe invocarse, y en alguna medida acreditarse, el peligro en la demora si no se anticipa la facultad de producir ciertos elementos probatorios (art. 327, cód. proc. nac.).

En el caso de las medidas para asegurar la ejecución, el peligro está en la disminución, generalmente voluntaria y presumiblemente de mala fe, del patrimonio del deudor; de allí que procura tomar éste de sorpresa, sustanciándose el pedido inaudita pars y recién se notifica la providencia al afectado, una vez cumplida.

Cuando la medida cautelar sobre bienes no tiende a asegurar la ejecución forzosa, el peligro en la demora puede provenir de su propia naturaleza (depósito y examen de mercaderías) o de la actividad normal de uno de los litigantes respecto a la materia del pleito (mantenimiento de un estado de cosas), la medida debe ser tomada sin citación o conocimiento de la parte contraria”.

1) LA CONTRACAUTELA.- La contracautela, que se funda en el principio de la igualdad, reemplaza, en cierta medida la bilateralidad o controversia, pues implica que la medida cautelar debe ser doble, asegurando al actor un derecho aún no actuado, y al demandado la efectividad del resarcimiento de los daños, si aquél derecho no existiera o no llegare a actualizarse.

Las disposiciones legales se refieren y mencionan la caución generalmente como contracautela y aún como sustituto de una medida precautoria cautelar encaminada a asegurar la ejecución; la caución denominada también como una garantía o fianza, que tiene su significado en la medida cautelar con caución-contracautela, como el ofrecimiento de una precaución para prevenir y asegurar y garantizar el derecho de otras personas o de terceros, así como el derecho de los solicitantes de una medida precautoria, esto es, para dar mayor seguridad, en los trámites judiciales cuando solicitaren medidas cautelares con contracautela, este último siempre y cuando estuviera legislada, para exigencia previa de la caución; en sus diferentes peticiones y formas, sobre los derechos de una persona frente a otras, en cada caso en concreto.

La contracautela tiene gran aplicación en las providencias cautelares, “como el solo medio que pueda servir para asegurar preventivamente el eventual crédito de resarcimiento de aquellos daño que podrían resultar de la ejecución de la medida provisoria en el proceso definitivo se revela como infundada; de allí que se pueda hablar con propiedad de una condición impuesta por el juez para conseguir la providencia cautelar”.

Cualesquiera sea su naturaleza de la medida de contracautela, ella debe ser apreciada por el juez; pero debe procederse con suma prudencia, evitando otorgar medidas que puedan ocasionar daños, sin la suficiente garantía de resarcimiento; en alguna medida su propia responsabilidad de magistrado --- tercero imparcial --- está en juego en el caso.

Siendo la contracautela como lo señalado por Podetti, un presupuesto de la medida cautelar, ella debe constituirse antes de su cumplimiento³¹; en caso de que no se hubiera procedido así, habría que emplazar perentoriamente a quien la obtuvo para que la otorgue, bajo apercibimiento de levantarla sin más trámite”.

Se dice que el juez para graduar la contracautela “debe tener en cuenta la mayor o menor verosimilitud del derecho, porque la finalidad -está en correspondencia con la eventual responsabilidad por la medida obtenida sin derecho, o con abuso o exceso.

2) Derecho Procesal Civil y la Contracautela.- “En las medidas de **contracautela** el embargo preventivo se autoriza en base a una presunción que resulta de la apariencia de un derecho, que puede luego ser destruida o desestimada, en el curso del juicio; cabe entonces la posibilidad de que se hubiera decretado indebidamente y que, en consecuencia, se haya ocasionado al propietario o poseedor de la cosa un daño que debe repararse.

Para asegurar esa reparación la ley establece medidas de **contracautela**, consistentes en garantías que deben suministrarse por quien solicita el embargo; en los casos previstos el embargo preventivo sólo podrá decretarse bajo la responsabilidad de la parte que lo solicitare, quien deberá dar caución por todas las costas, daños y perjuicios que pudiera ocasionar en caso de haberlo pedido sin derecho.

“Si el actor fuese reconocidamente abonado, el juez podrá decretar el embargo bajo su responsabilidad; la caución podrá ser de cualquiera de las clases conocidas en derecho; el juez la calificará por sí sólo y, encontrándola bastante, mandará que se extienda la escritura correspondiente, quedando terminado el incidente.

La caución puede ser real: depósito de dinero o valores, hipoteca, embargo, etc. Puede también otorgarse una fianza, pero con sujeción a lo dispuesto en el art. 1998 del Código Civil, según el cual, “cuando la fianza sea impuesta por la ley, o por los jueces, el fiador debe estar domiciliado en el lugar del cumplimiento de la obligación principal y ser abonado, o por tener bienes raíces conocidos, o por gozar en el lugar de un crédito indisputable de fortuna”; en tal caso la responsabilidad puede acreditarse mediante informe del Registro de la Propiedad o de instituciones bancarias”.

Pero, si la persona que solicitase el embargo fuese reconocidamente abonada, el Juez puede eximirlo de la obligación de dar caución y decretarlo bajo su responsabilidad, exigiéndole únicamente de la caución juratoria; Es así como la Nación, por ejemplo, no está obligada a dar caución en ningún caso, pues su responsabilidad se presume; tratándose de un particular, no basta el conocimiento personal que el juez pueda tener de la solvencia del actor, sino que es necesario que se trate de persona de responsabilidad manifiesta, notoria, lo cual no será fácil establecer sin una previa información.

“Si posteriormente el deudor justifica que su responsabilidad ha cesado o disminuido, puede pedir que se le exija fianza, y hasta el levantamiento del embargo si demuestra que al solicitarlo aquél tenía deudas vencidas y varios embargos e inhibiciones”.

En los casos previstos en la ley, el embargo se decretará bajo responsabilidad y caución juratoria del solicitante; la solvencia de éste en efecto se presume por las

circunstancias mismas que autorizan el embargo; por consiguiente, no es necesario justificarla y aquél debe decretarse aunque el solicitante se encuentre inhibido para disponer de sus bienes; la caución se otorga por acta ante actuario, quien debe suscribirla con el interesado”.

“La circunstancia de que el actor litigue con carta de pobreza no es óbice para la procedencia del embargo preventivo, ni para admitir la caución juratoria; en la acción de petición de herencia se decreta bajo caución juratoria del presunto heredero.”

“La responsabilidad del embargante comprende las costas, daños y perjuicios ocasionados por el embargo indebidamente trabado, y se discutirá con el correspondiente juicio ordinario ante el mismo juez que decretó la medida; su procedencia se halla regida por el art. 1109 del Código Civil y, por consiguiente, será necesario acreditar que hubo dolo, culpa o negligencia por parte del acreedor.

De acuerdo con este concepto, se ha declarado que responde por los daños y perjuicios derivados de esa medida el acreedor que emplazado para iniciar el juicio correspondiente no lo hace en el término fijado, siendo indiferente el hecho de que se haya o no tenido derecho para solicitarla; pero también se ha dicho que basta la más leve negligencia y efectividad del daño para responsabilizar al que trabó el embargo injustamente; que es procedente la acción de daños y perjuicios contra una institución bancaria que inhibió al actor cometiendo un error por falta suficiente de diligencia para la comprobación de la identidad de la persona; contra el que dedujo una acción que luego fue desestimada”.

TEMA IV.- Derecho Procesal Civil y providencias cautelares.- *Acerca del tema dispone, que “las providencias cautelares podrán ser solicitadas antes o después de deducida la demanda, a menos que de la ley resultare que ésta debe entablarse previamente”*

No se opone, desde luego, a la posibilidad de que la pretensión cautelar se deduzca a título accesorio, en la demanda que contiene la pretensión principal, sin perjuicio de que a fin de facilitar el trámite de aquella se forme expediente por separado.

En el supuesto de que la pretensión cautelar se interponga con anterioridad a la promoción del proceso principal, se verifican dos consecuencias de suma importancia práctica; una consiste en que si el actor omite recusar al juez en esa oportunidad pierde la facultad de hacerlo posteriormente.

La otra estriba en que, frente a la hipótesis de que la medida se ordene y haga efectiva, y se trate de obligación exigible aquella caduca de pleno derecho si el actor se abstiene de interponer la demanda dentro de los diez días siguientes al de la traba.

Por otra parte, en virtud del carácter accesorio que reviste la pretensión cautelar, tanto la personería acreditada al interponerla, como el domicilio constituido en la misma oportunidad subsisten en el proceso principal, salvo, naturalmente, que en éste se presente un nuevo representante o se constituya un domicilio distinto.

Se excluye la posibilidad de que la pretensión cautelar se interponga con anterioridad a la demanda principal cuando de la ley resulte que ésta debe entablarse previamente; tal es el caso, por ejemplo:

De la intervención judicial en sociedades civiles y comerciales, la que se halla Supeditada al hecho de que se haya promovido demanda por remoción del administrador o administradores.

En la hipótesis de que la pretensión cautelar se deduzca durante el curso del proceso principal, ya se ha señalado que generalmente, se atemperan las cargas impuestas al actor por el art; asimismo, y con mayor razón, subsiste la personería acreditada y el domicilio constituido en dicho proceso.

Desde que el peligro en la demora constituye otro de los requisitos de la pretensión cautelar, es comúnmente viable su interposición durante las ferias judiciales; lo mismo cabe decir del levantamiento de las medidas cautelares cuando su subsistencia genera perjuicios irreparables”.

Verosimilitud del derecho.- Dado que, según se vio supra, la finalidad del proceso cautelar consiste en asegurar la eficacia práctica de la sentencia o resolución definitiva que debe recaer en otro proceso, al cual se halla necesariamente ligado por su nexo de instrumentalidad, la fundabilidad de la pretensión que constituye objeto aquél no puede depender de un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia

controvertida en el proceso principal, sino de un conocimiento periférico o superficial encaminado a obtener un pronunciamiento de mera probabilidad a cerca de la existencia del derecho discutido en dicho proceso”.

*“De allí que, para obtener el dictado de una resolución que acoja favorablemente una pretensión cautelar, resulta suficiente la comprobación de la apariencia o verosimilitud del derecho invocado por el actor (tradicionalmente llamado *fumus boni iuris*), en forma tal que, de conformidad con un cálculo de probabilidades, sea factible prever que en el proceso principal se declarará la certeza de ese derecho”.*

Por ello la ley no exige, a los fines de dicha comprobación, una prueba plena y concluyente, sino un mero acreditamiento, generalmente realizado a través de un procedimiento informativo; según, la legislación procesal argentina condiciona la procedencia de la mayor parte de las medidas cautelares a la justificación de la verosimilitud del derecho”.

“En algunos casos empero, esta última circunstancia se presume legalmente, como ocurre cuando se trata de lograr el dictado de aquellas medidas contra la parte declarada en rebeldía, o la traba de un embargo preventivo por quien hubiese obtenido sentencia favorable, aunque estuviere recurrida;

*“Asimismo algunos Códigos, autorizan a pedir el embargo preventivo sin necesidad de acreditar la deuda” pero con la condición de prestar una adecuada **contracautela**, y otros, exigiendo la prestación de caución real”.*

El acreditamiento del requisito analizado sólo es exigible, con las salvedades enunciadas, cuando se hallan en tela de juicio derechos de índole patrimonial; generalmente basta la concurrencia de ciertas circunstancias demostrativas, por si mismas, de la situación de peligro o de daño inminente a que aquellas se encuentran expuestas”.

*Peligro en la Demora.- Junto con la verosimilitud del derecho, constituye requisito específico de fundabilidad de la pretensión cautelar de peligro probable de que la tutela jurídica definitiva que el actor aguarda de la sentencia a pronunciarse en el proceso principal no pueda, en los hechos, realizarse (*periculum in mora*), es decir que, a raíz del transcurso del tiempo, los efectos del fallo final resulten prácticamente inoperantes; este requisito sin embargo, no se encuentra sujeto a tratamiento legal uniforme.*

A veces, en efecto, la ley requiere expresamente la justificación del peligro en la demora, utilizando literalmente esta expresión u otras de significado equivalente. “perjuicio inminente o irreparable”); criterio adoptado por (ordenamientos

procesales afines) en relación con el embargo preventivo solicitado por el coheredero, el condómino o el socio sobre los bienes de la herencia, del condominio o de la sociedad, la prohibición de innovar, las medidas cautelares genéricas, y los efectos del trámite; Como ocurre según se señala, con la verosimilitud del derecho, el requisito que ahora se analiza debe ser objeto de un simple acreditamiento a realizarse conjuntamente y en la misma forma sumaria aplicable a aquél extremo, con la diferencia de que, por hallarse referido a hechos, no está sujeto a restricciones del Cód. Civil, razón por la cual las declaraciones testimoniales son en el caso siempre idóneas y eventualmente atendibles”.

“Se ha dicho que el peligro en la demora debe juzgarse “de acuerdo con el juicio objetivo de una persona razonable” o derivar de hechos que puedan ser apreciados incluso por terceros⁴⁶; por otra parte se prefiere reiterar, en el sentido de que las fórmulas contenidas en las normas anteriormente mencionadas implican el otorgamiento, a los jueces, de un arbitrio extraordinario que deben ejercer conforme a las valoraciones jurídicas vigentes en la comunidad de la que son órganos y con las limitaciones emergentes del ordenamiento jurídico.

En algunos casos, en cambio, la ley enuncia determinadas circunstancias de cuya comprobación cabe inferir la concurrencia del requisito; así ocurre, por ejemplo, con el embargo preventivo que puede solicitarse contra el deudor carente de domicilio en o contra aquél que, aun estando la deuda sujeta a condición o plazo, trata de enajenar, ocultar o transportar sus bienes, y cuya solvencia ha disminuido apreciablemente después de contraída la obligación; En numerosas hipótesis, particularmente cuando trata de medidas cautelares destinadas a asegurar la ejecución forzada (embargo preventivo, secuestro, inhibición general de bienes), la ley no exige el acreditamiento del peligro en la demora; requiere en cambio, como contrapartida que la verosimilitud del derecho se justifique, aun prima facie, mediante determinados medios probatorios, o resulte de situaciones derivadas del proceso y susceptibles de generar la expectativa de una sentencia de mérito favorable al solicitante de la medida; podría decirse que en estos casos el peligro en la demora se halla configurado por la sola circunstancia del tiempo más o menos prolongado que insume la sustanciación del proceso principal”.

“CONTRACAUTELA.- *A raíz de que la tutela cautelar se otorga tras el desenvolvimiento de un procedimiento meramente informativo y de un conocimiento sumario, sin previa audiencia de la parte afectada, la ley erige un requisito de admisibilidad de las pretensiones cautelares que versen sobre bienes la prestación, por el actor, de una caución que asegure a la otra parte el resarcimiento de los eventuales daños que le irroque la medida solicitada indebidamente”.*

*“Dicha caución, que la mayor parte de los códigos vigentes denomina **contracautela**, concreta pues, el principio de igualdad, ya que viene a contrarrestar la ausencia de contradicción inicial que caracteriza, en general al proceso cautelar.*

“la medida precautoria sólo podrá decretarse bajo la responsabilidad de la parte que la solicitare, quien deberá dar caución por todas las costas, daños y perjuicios que pudiere ocasionar en los supuestos previstos en la ley, es decir cuando se disponga el levantamiento de la medida por cualquier razón demostrativa de que el requirente abusó o se excedió en el derecho que la ley otorga para obtenerla”.

“El juez graduará la calidad y monto de la caución de acuerdo con la mayor o menor verosimilitud del derecho y las circunstancias del caso”.

“La caución a que se refiere no es exigible, ante todo, en función del resultado del proceso principal, sino, exclusivamente, de la medida cautelar de que se trate, debiendo garantizar el pago de los gastos judiciales que con motivo de ésta deba afrontar la parte afectada, así como el monto probable de los daños y perjuicios que produzca”.

“En segundo lugar, la determinación del tipo y el monto de la caución se halla librada al criterio judicial, pudiendo el magistrado exigir caución real consistente, v.gr., en depósito de títulos o valores, embargo de bienes, o constitución de prenda o hipoteca, o bien el otorgamiento de fianza con arreglo a los requisitos establecidos en el Cód. Civil”.

*“El juez debe atenerse a la mayor o menor verosimilitud del derecho invocado, a la gravedad de la medida y al valor presunto del bien o bienes inmovilizados o afectados por ésta; es obvio que, recurrida la resolución que fija la **contracautela**, el tribunal superior goza de amplias atribuciones para modificarla”*

“En la mayoría de los ordenamientos jurídicos no se menciona a la caución juratoria; aunque la jurisprudencia, en general, se inclinó en el sentido de que ese tipo de caución no se hallaba descartado frente a casos excepcionalísimos que revelasen la máxima verosimilitud del derecho”; “En los casos de la caución juratoria se entenderá prestada en el pedido de medida cautelar”.

Esta disposición como se percibe con facilidad, no elimina la caución juratoria sino que, la limita a la hipótesis de mayor verosimilitud del derecho y, por otro lado, la considera implícitamente prestada en el escrito mediante el cual se requiere la traba del embargo preventivo; si bien de tal manera se obvia el cumplimiento de un trámite superfluo, en virtud de que la caución juratoria en modo alguno refuerza la responsabilidad de quien requiere la medida”.

“Hubiese sido preferible la adopción de un criterio similar en los cuales ante hipótesis sustancialmente similares a las previstas en la (obtención de sentencia favorable y

existencia de créditos privilegiados), autorizan a pedir el embargo preventivo sin necesidad de prestar caución alguna”.

“Toda **contracautela** debe prestarse con carácter previo a la ejecución de la medida; en el supuesto de que, por inadvertencia o error, aquella se hubiese omitido, corresponde intimar a quien la obtuvo para que la preste, bajo apercibimiento de levantarla sin más trámite⁶³; “no se exigirá caución --- quien obtuvo la medida: 1º) Fuere una provincia, una de sus reparticiones estatales, una municipalidad o persona que justifique ser reconocidamente abonada; 2º) Actuare con beneficio de litigar sin gastos”.

“La excepción establecida en favor del Estado (en sentido lato) se justifica en virtud de presumirse su solvencia, si se trata, en cambio, de personas privadas (físicas o jurídicas), deben acreditar sumariamente, aunque mediante prueba informativa o documental fehaciente, su responsabilidad económica, salvo que ésta revista el carácter de un hecho notorio o se trate de una institución bancaria; la exención establecida a favor de la parte que actúa con beneficio de litigar sin gastos es consecuencia, acerca del alcance de dicho beneficio, que puede ser parcial, en cuyo caso también debe serlo la **contracautela**”.

“Se supone que el beneficio ha sido otorgado, aunque se ha resuelto que cabe relevar transitoriamente de la carga de la caución antes de que recaiga pronunciamiento sobre la procedencia de aquél si no existen presunciones que conduzcan a concluir que será denegado: “En cualquier estado del proceso — la parte contra quien se hubiere hecho efectiva una medida cautelar podrá pedir que se mejore la caución probando sumariamente que se insuficiente; el juez resolverá previo traslado a la otra parte, la resolución quedará notificada por ministerio de la ley; corresponde observar en primer lugar, que si bien esta norma requiere el acreditamiento de la insuficiencia de la caución prestada, mejora de ésta puede obtenerse por vía de recurso interpuesto contra la resolución que decretó la medida cautelar; si la mencionada insuficiencia resulta de las constancias del expediente; la prueba tampoco es exigible cuando la mejora se solicita a raíz de una ampliación de la medida, ya que, como principio, esta circunstancia requiere correlativamente una mayor **contracautela**”.

“La mejora de la caución — que debe considerarse comprensiva tanto de su monto cuanto de su calidad --- puede fundarse, particularmente, en la disminución de la solvencia de quien obtuvo la medida o de su fiador, en la desvalorización de los bienes dados en garantía”.

“O en circunstancias demostrativas de que ha disminuido la verosimilitud del Derecho, como sería el pronunciamiento de una sentencia de primera instancia desfavorable al demandante.

*El pedido de mejora de la **contracautela** debe tramitarse por vía incidental; por ello el apartado final del art 201 del CPN --- introducido por la ley 22.434 --- sólo juega con referencia a la resolución que decide el incidente y no con respecto a aquella que dispone conferir traslado de la petición, la que debe notificarse personalmente o por cédula (art. 180, apartado segundo del CPN”.*

*“Como ocurre según vimos, en la hipótesis de omitirse la prestación de la **contracautela**, el incumplimiento de la resolución que dispone su mejora dentro del plazo fijado por el juez autoriza a decretar el levantamiento de la medida cautelar de que se trate”.*

Lino Enrique Palacio.- Derecho Procesal Civil, Ed. Artes Gráficas, pág. 30 y sgtes. 1992.

Lino Enrique Palacio pág. 31.- Ello no es así, a nuestro juicio, porque se trate de un “incidente”, según lo entiende

Lino Enrique Palacio pág. 32.- Podetti Guerrero Leconte, op. cit. pág. 97.

Lino Enrique Palacio pág. 32.- Véase los preced., citados en el t. IV, pág. 58, nota 9 de esta obra.

Lino Enrique Palacio pág. 32.- Cfr. Calamandrei, Introduzione cit., pág. 63; Costa, Manuale, cit. pág. 51; Micheli, Corso cit. t. I, pág. 78; Liebman, Manuale, cit. t. I; pág. 92.

Lino Enrique Palacio pág. 41.- El Derecho, t. 73, pág. 645, La Ley, 979-B, pág. 666 (35:019-S) y Jur. Arg. 979-I, pág. 339). Sala F. La Ley, 982-C, pág. 318).

Lino Enrique Palacio pág. 41.- Sala B, El Derecho, t. 97, pág. 171, con interesante nota de Alberto A. Di Cío).

Lino Enrique Palacio pág. 42.- CNCiv., sala D, El Derecho, t. 80, pág. 638.

Lino Enrique Palacio pág. 42.- Id, mismo artículo, con excepción del apartado final, de los códigos de Buenos Aires, Catamarca, Chaco, Chubut, Formosa, Misiones, Neuquén, Río Negro, Salta, San Luis y Santiago del Estero; Entre Ríos, art. 198, La Rioja, art. 89; San Juan, art. 207; Santa Cruz, art. 202. En sentido similar Jujuy, y Pampa, 201.

Lino Enrique Palacio pág. 42.- Cfr. CNCiv., sala B, La Ley, t. 78, pág. 605.

Lino Enrique Palacio pág. 42.- Sala D, La Ley, 980-A, pág. 174).

Lino Enrique Palacio pág. 43.- Palacio, Estudio, cit., pág. 367. En contra Morello, Passi Lanza, Sossa y Berizonce, op. cit. t. III, pág. 97.

TEMA V.- MEDIDAS CAUTELARES-CAUCIÓN Y CONTRACAUTELA.-

“La afirmación de que la tutela cautelar se desarrolla a través de un proceso comporta, entre otras, la concurrencia de los principios que rigen la presencia de las partes en el proceso, que son dualidad de posiciones, contradicción o audiencia e igualdad”.

“La esencia de todo proceso se asienta en la concurrencia de dos partes que aparecen en posiciones enfrentadas; de ellos se deriva, en consecuencia, que no puede haber con una sola parte, la heterocomposición, como mecanismo por medio del cual un tercero impone la decisión en la resolución de un conflicto a quienes se hayan enfrentados, requiere de un instrumento de canalización de su actuación, que no es otro que el proceso”.

“Cuestión diversa que excede del ámbito que no es propio es el hecho de que en ciertas ocasiones cada una de estas posiciones aparece configurada por varias personas, apareciendo a estos efectos, las figuras del proceso único con pluralidad de partes y las formas del litisconsorcio”.

“En España el legislador procesal no ha querido expresamente referirse a los sujetos del proceso con los términos demandante cautelar y demandado cautelar, si bien en absoluto se niega la existencia de dos posiciones.

La razón no es otra que la posición doctrinal que subyace en la Comisión que elaboró el texto debatido en las Cámaras Legislativas en España, que respondía a una escuela procesal que mantiene la inexistencia del proceso cautelar”.

“En consecuencia, si bien elude, el legislador los términos demandante y demandado, el desarrollo procesal que se ofrece para la solicitud y en su caso, consecución de la tutela cautelar ofrece razones suficientes para entender que estamos ante un proceso con demandante y demandado”.

“Por el principio de contradicción o audiencia, está la necesidad de ser oído; y a las partes se les ofrezca por ley la posibilidad real de ser tenidas en cuenta en el proceso, de ser oídas”.

“En España este principio se ha convertido en un derecho fundamental, al quedar englobado en la exigencia del debido respeto al derecho de defensa a que se refiere el artículo 24.1 de la Constitución; se le considera como derecho autónomo, distinto del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1) y distinto de las garantías específicas (art. 24.2), sin que, como ha puesto de relieve MONTERO, pueda llegar a considerarse este derecho de defensa como una especie de cláusula de cierre del sistema de garantías procesales constitucionales (derecho Jurisdiccional I, con Gómez Colomer/Montón/Barona, Valencia, Tirant lo Blach, 2003, p. 326)”.

“En el Código de Procedimiento Civil boliviano no existe la contradicción; cierto es que no existe un precepto en el que así se exprese el legislador, si bien de la lectura de los preceptos se desprende esa concepción que lleva a la adopción de las medidas precautorias se realiza sin contar previamente con el demandado-sujeto pasivo que va a soportar la medida o medidas que lleguen a adoptarse, y eso sin excepción; al respecto debemos manifestar: 1.- Ciertamente es que en muchas ocasiones la necesidad de adoptar la medida con factor sorpresa es innegable, de manera que sin este la medida cautelar carecería de fundamento; pretender avisar al sujeto pasivo podría provocar la ineffectividad de la medida. 2.- Ello no es óbice a la necesidad de ofrecer contradicción, si bien ésta diferida contradicción diferida es la que se ofrece desde el momento en que el sujeto pasivo puede pedir mejora de la caución (art. 174), modificación de la medida (art. 176), y puede impugnar la decisión cautelar. 3.- Negar esta posibilidad supondría fomentar una clara manifestación judicial inquisitiva, que quebraría los tres principios esenciales del proceso: la dualidad de posiciones, en cuanto habría medidas sin sujeto pasivo; el principio de contradicción, en cuanto tan solo se toma la decisión cautelar tras la petición del actor, sin contrastar y sin variar por opinión en contrario del sujeto soportante de la medida; y el principio de igualdad procesal de las partes en el proceso, en cuanto solo una de las partes cautelares, aquella a la que interesa la adopción de la medida es a la que se permite intervenir”.

“Si que es sorprendente, sin embargo, que en la legislación boliviana cuando es el sujeto contra cuyos bienes se hubieren adoptado medidas precautorias el que solicita que la caución sea mejorada, probando la insuficiencia de la misma, el art. 174 (mejora de la caución) viene a exigir que el juez resuelva, si bien previo traslado a la otra parte, por tanto se resuelve con contradicción”.

“Situación Jurídica cautelable y apariencia de buen derecho.- Dos de los fundamentos que se exigen para adoptar las medidas cautelares son la situación jurídica cautelable y su intrínseca conexión con la apariencia de buen derecho”.

En tal sentido, en palabras de ORTELLS, estamos ante la situación jurídica a la que se refiere la pretensión del proceso principal y para cuya tutela cautelar se establece la medida (la tutela judicial cautelar en el Derecho español, con Calderón Cuadrado, M^a P., Comares Granada, 1996, p. 13)”.

“Ciertamente no se habla expresamente en las leyes procesales de “situación jurídica cautelable”, si bien la misma encuentra sustento, pese a todo, en el articulado de las leyes procesales, cuando se regulan en concreto las medidas cautelares; la manera de concretarla, sin embargo, es diversa, por cuanto en unos supuestos se va a perfilar atendiendo al criterio jurídico material, tal como sucede por ejemplo, tomando como

referencia el Código Procesal Civil boliviano vigente, el art. 158 cuando se refiere a deuda en dinero o especie en relación con el embargo preventivo, o el art. 172, que se refiere a bienes muebles, mercaderías o materias primas pertenecientes a establecimientos comerciales, industriales o afines, mientras que, en otros supuestos, la situación jurídica cautelable está específicamente haciendo expresa referencia al tipo de pretensión que se ejercita en el proceso principal, pudiendo extenderse por ello, a los tres tipos de tutela: la mero declarativa, la constitutiva y la condena, así por ejemplo, el art. 157 se refiere a quien demandare la propiedad de inmuebles o la constitución, modificación o extinción de un derecho real sobre inmuebles, el art. 158 4) cuando se refiere a la petición de la reivindicación, división de la herencia, nulidad de testamento o simulación”.

“Por su parte, en España la situación jurídica cautelable, tiene delimitada en algunos casos, de manera específica, en el art. 727, al enumerar las medidas cautelares, se proyecta sobre el tipo de pretensión que se ejercita en el proceso principal, pudiendo extenderse, por ello, a los tres tipos de tutela: la mero declarativa, la constitutiva y la condena, máxime si se tiene en cuenta que las medidas cautelares se dirigen a “hacer posible la efectividad de la sentencia estimatoria” (art. 726.1, 1ª LEC), siendo el art. 5 LEC el que establece las clases de tutela jurisdiccional (declarativas, de condena y constitutivas). Con carácter general, el art. 728.1 la acoge como presupuesto de las medidas, refiriéndose a la misma en los siguientes términos: “Sólo podrán acordarse medidas cautelares si quien las solicita justifica situaciones que impidieren o dificultaren la efectividad de la tutela que pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria”, no refiriéndose de manera exclusiva a un tipo concreto de tutela, lo que supone admitirla respecto de las diversas clases de tutela jurisdiccional amparadas en la LEC”.

“Si bien es cierto que es básico para poder solicitar la tutela cautelar la determinación de la situación cautelable a la que hemos aludido, que se relaciona fundamentalmente con el tipo de pretensión que se está ejercitando en el proceso principal, es obvio que debe concurrir un cierto juicio positivo por parte del juez de que el resultado de tal proceso principal será probablemente favorable al actor. De este modo se exige lo que la doctrina procesal – y ya la moderna legislación-ha venido denominando como apariencia de buen derecho *fumus boni iuris*”.

“Especialmente significativa es la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 15 de mayo de 1998, cuando destaca: “Es básico para poder ejercer la tutela cautelar por medio de algunas medidas que el ordenamiento establece, la determinación de la situación jurídica que se quiere amparar, la cual se relaciona fundamentalmente con el tipo de pretensión que se está ejercitando en el proceso principal. Por esta razón, ha

de existir un cierto juicio positivo por parte del juez de que el resultado de tal proceso principal será probablemente favorable al actor, es lo que se denomina apariencia de buen derecho; no obstante, ésta no supone un convencimiento absoluto de que ésta pretensión del demandante será estimada en todo caso, sino que se suficiente con la mera posibilidad de que tal resultado se pueda producir efectivamente”.

“Obviamente, la adopción de las medidas cautelares no puede 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, dado que así fuera, incurriríamos en un claro supuesto de indefensión para quien debe ser soportante de la medida sin posibilidad alguna de defensa”.

“Entre uno y otro extremo la adopción precisa que se acredite unos indicios de probabilidad, de verosimilitud, de “apariencia de buen derecho”. Y será el criterio o baremo de la proporcionalidad el que empleará el órgano jurisdiccional a los efectos de decidir en torno a la tutela cautelar. Significativa es la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de 14 de abril de 1998, que se manifestaba en los siguientes términos: “La concesión de las medidas cautelares depende de la concurrencia de dos presupuestos designados con los términos “fumus boni iuris” y “periculum in mora”.

Como ya se ha indicado, la previsión legislativa de las medidas cautelares es explicable por la consideración de un eventual resultado procesal favorable al actor, pues cuando se inicia un proceso esta eventualidad es, desde luego siempre posible; sin embargo, así como sería inicuo condicionar el acceso al proceso a una cierta demostración preliminar de la realidad del derecho que se hace valer, por cuanto supondría cortar la posibilidad misma de reconocimiento del derecho, es por el contrario aceptable que para la concesión de una medida cautelar, que implica una injerencia en la esfera jurídica del demandado, se requiera que pueda formarse un juicio positivo sobre un resultado favorable del actor”.

“Esta exigencia no puede llevarse hasta el extremo de que el material que el juez deba tomar en consideración para otorgar tal medida, tenga que ser el mismo que el necesario para resolver sobre el objeto del proceso principal y deba ser aportado y tratado del mismo modo que para este último se halla establecido; de ser así se incurriría en una duplicación de la instrucción, pero sobre todo, la medida cautelar no podría cumplir la función que tiene encomendada, pues se reproduciría a su respecto la problemática de que está destinada a resolver; el retraso de la resolución eficaz para incidir en la esfera jurídica del demandado, impuesto por la necesidad de una actividad procesal previa orientada a verificar, con todas las garantías, la concurrencia de los presupuestos de aquella resolución”.

“Los medios y el procedimiento para alcanzar el juicio sobre el derecho requerido para la concesión de la medida cautelar conforme a derecho aquél juicio ha de fundarse, por regla general, en las alegaciones del actor al solicitar el embargo y la documental aportada”.

“La apariencia de buen derecho es, por, ello, el fundamento de adopción de las medidas cautelares conducentes a hacer posible la ejecución o la efectividad de lo eventual (por ende, futura) sentencia estimatoria, si bien es posible, aunque no es lo común, que la medida pueda llegar a adoptarse para garantizar el proceso de ejecución, como sucede en España con el art. 700 LEC; en este caso no existe fumus boni iuris como fundamento de las medida, sino que éstas se asientan en un título ejecutivo, y por tanto, en la certeza del derecho alegado por el ejecutante cautelar. En general, de este presupuesto debe tenerse en cuenta”:

“1º) Es el fumus boni iuris un presupuesto que ha venido considerándose como una exigencia legal”.

“Así en España, es el art. 728.2 LEC el que se refiere al mismo, y en concreto, hace referencia el legislador español a lo que los denomina como “apariencia de buen derecho”. En concreto, el tenor literal de este precepto reza: “El solicitante de medidas cautelares también habrá de presentar claros, argumentos y justificaciones documentales que conduzcan a fundar, por parte del tribunal, sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión”.

Por su parte el Código Procesal Civil boliviano no recoge un precepto que se refiera a la determinación de este presupuesto con carácter general, si bien sí lo hace el anteproyecto del Código Procesal Civil que, en el artículo 366.II y III se refiere al mismo. Así, 366.II señala que las medidas cautelares se ordenarán cuando el juez estime que son indispensables para la protección el derecho.. y posteriormente, en el apartado III dispone: la verosimilitud del derecho.. deberá justificarse... Está optando el legislador por efectivamente recoger este presupuesto en la legislación previsiblemente futura”.

“2º) Este presupuesto comporta la existencia de un juicio de verosimilitud o de probabilidad, provisional e indiciario, a favor del demandante de la medida cautelar sobre el derecho que viene afirmando en el proceso principal”.

“De hecho así se manifiesta en el art. 728.2 LEC, como ya se expuso, y a ese carácter se refiere también el artículo 366 del Anteproyecto del Código Procesal Civil”.

“En España la jurisprudencia ha venido incidiendo, mucho antes de que se acuñase por el legislador procesal de manera clara y concisa, como se ha hecho en la reforma de la LEC del año 2000, en la exigencia de ese presupuesto y en la necesidad de su

concreción. En este sentido se manifestó el Tribunal Supremo español en la Sentencia de 16 de junio de 1997: “..no excluye la toma en consideración del criterio de la apariencia del buen derecho –“*fumus boni iuris*”....ello es así, lisa y llanamente, porque el examen provisional que comporta este criterio, arriesgado sin duda en el momento procesal en que se produce, puede llegar a constituir la única vía a través de la cual evitar, mediante un juicio de razonabilidad, provisional por supuesto, emitida precisamente por quien tiene atribuida constitucionalmente la función de juzgar, el riesgo mayor, desde la perspectiva del Estado de Derecho, de la irreversible conculcación de los derechos en litigio; y por la “vinculación más fuerte” del órgano judicial para con la preservación de aquél derecho fundamental”.

“Este fundamento responde así al justo término medio entre la certeza que comporta la sentencia que se dicta al finalizar el proceso y la incertidumbre base de la iniciación de este proceso; a este término medio es a lo que se denomina **verosimilitud**, como lo ha querido considerar el anteproyecto del Código de Proceso Civil boliviano”.

“La concurrencia de este presupuesto es un punto de partida importante para evitar, en cualquier caso, que la mera solicitud de una medida cautelar pudiera comportar la automática adopción de la misma; si así fuere, **se estaría claramente actuando a favor de una parte y en perjuicio de la otra**, en cuanto se afectaría, por un lado, la presunción de inocencia, y por otro, se produciría una clara indefensión de la parte soportante de la medida”.

“La exigencia de este presupuesto – **de la apariencia de buen derecho** – no afecta a la presunción de inocencia, no significa en absoluto, credibilidad de condena segura; prueba de ello es el elemento compensador a estudiarse posteriormente **que es la exigibilidad de la caución** que, a la postre, es la garantía de que en el supuesto de que se dicte una sentencia absolutoria, **habría que compensar la innecesidad a posteriori** de la medida cautelar que se hubiera adoptado”.

“**3º**) Este presupuesto debe ser alegado y justificado mediante los medios oportunos y permitidos en derecho; así por un lado, el legislador español en su art. 728.2 LEC se refiere a los datos, argumentos y justificaciones documentales, sin excluirse otros medios no documentales, en lógica coherencia con aquellos supuestos en los que la presentación del principio de prueba por escrito (baste pensar en los supuestos de responsabilidades extracontractuales) impediría el acceso a la tutela cautelar; textualmente este precepto señala: “En defecto de justificación documental, el solicitante podrá ofrecerla por otros medios”.

“Por su parte, es significativo el tenor literal presupuesto en el Código Procesal Civil boliviano en el art. 366.III, en el que se entiende que la verosimilitud del derecho o *fumus boni iuris*, en términos de la doctrina procesal española, deberán justificarse

sumariamente sin que sea necesaria prueba plena. En el Código procesal civil boliviano, hay ciertos artículos que de manera específica y referidos a una medida, se refieren a ésta cuestión; así entre otros, el art. 158.4, en el ámbito propio del embargo preventivo, se refiere a la necesidad de que se presentare prueba documental que **hiciera verosímil** la pretensión deducida”.

“En cualquier caso, no se trata de exigir, en absoluto, plena certeza o convicción del acto sino probabilidad de su realización, exigiéndose a tal efecto, prueba indiciaria del *fumus boni iuris*; de lo contrario, se estaría realmente desnaturalizando e incluso impidiendo el acceso a la tutela cautelar.

“En tal sentido se manifiesta la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 10 de marzo de 1999: “la documentación aportada con la demanda no acredita la existencia de la deuda, pues esta documentación se limita a un contrato de arrendamiento del local de la planta calle sita en la calle María Lostal de esta ciudad – documento primero, el referente a la constitución de una sociedad entre ambas partes documento segundo – el contrato de compraventa del negocio que se explotaba en aquél local – documento tercero – y en el suplico de la demanda se pide la devolución de ciertas cantidades que se dicen entregadas al demandado en razón a la constituida sociedad y explotación del negocio que formaba su objeto; cierto es que la exigencia de este requisito no debe imponerse con total rigurosidad y circunstancias de total o absoluta **verosimilitud**, que frecuentemente haría innecesaria la iniciación del pleito, pero no es menos cierto que la misma redacción del precepto determina que al menos indiciariamente se justifique documentalmente la existencia de una deuda, cualidad ésta que es después más concretada en el artículo siguiente, en el que se distinguen varios supuestos como son: que el documento sea ejecutivo, que no lo sea sin previo reconocimiento de la firma del deudor, o que el deudor no comparecerá a la segunda citación judicial para declarar bajo juramento sobre la certeza de la deuda, que exigiéndose así un plus en cuanto a seguridad en la existencia de la deuda, y ninguno de ellos concurren en el presente supuesto; faltando este requisito, huelga ya entrar en consideración del segundo, y debe declararse no haber lugar a practicar el embargo solicitado”.

“Por su parte, también la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 19 de abril de 1994 se ha pronunciado en tal sentido:...”no es preciso una prueba rigurosa del derecho de crédito cuya efectividad se pretende asegurar..., lo que es materia reservada al proceso principal, sino que, al igual que, en las demás medidas cautelares, basta una prueba “*prima facie*”, es decir, la justificación de que se está en presencia de una **apariencia de buen derecho**, un “*fumus boni iuris*” que permita dar crédito, inicialmente, a la pretensión de aseguramiento del acreedor y que no

impide en ningún caso que al final del proceso principal se obtenga una sentencia absolutoria, “razón por la que la **Ley exige normalmente la prestación de una contracautela**; a la par que considera como nota característica de las medidas cautelares la de la discrecionalidad, en el sentido de que el juzgador aprecia libremente la concurrencia de las circunstancias que aconsejan o no su adopción”.

“4º) La exigibilidad de este presupuesto es, con carácter general y por todo lo que se ha expuesto, innegable; el grado de exigibilidad o la intensidad de la misma, sin embargo, es lo que puede estar sometido a variación, de modo que en función de cada uno de las medidas cautelares la intensidad de la acreditación del *fumus boni iuris* puede ser objeto de gradación”.

“*Periculum in mora*.- Este presupuesto implica la necesidad de conjugar los riesgos que amenazan la duración del proceso principal, de modo que existe peligro de inejecución o de ineffectividad de la sentencia estimatoria; extrayendo los elementos diferenciadores de este presupuesto del *periculum in mora* vamos a caracterizarle por: 1º) Es un presupuesto esencial para la adopción de las medidas cautelares, en cuanto la justifican por la concurrencia de los peligros que puedan provocar la ineffectividad de la sentencia estimatoria que pudiese dictarse al finalizar el proceso, y en consecuencia, la medida cautelar responde a esa idea de conjurarlos”.

“En este sentido encontramos las palabras de FERNANDEZ BALLESTEROS (la ejecución forzosa y las medidas cautelares, cit., p. 696), “donde no hay *periculum in mora* no debe haber medida cautelar”, convirtiéndose por ello en la razón de ser de las medidas cautelares, el motor que pone en marcha la adopción de las medidas, pues, sino existe peligro, habrá que dejar para aquella fase final la determinación del conflicto, sin que quepa anticipar ni asegurar nada que no lo precise (Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 9 de marzo de 1998). 2º) Esta ineffectividad puede derivarse de la concurrencia de dos tipos de peligro: el retraso y el daño que se puede producir como consecuencia de la demora; Así lo manifestaba constante jurisprudencia española; a título de ejemplo, el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 6 de septiembre de 1995 se pronunciaba en el sentido de entender “necesario que exista *periculum in mora*, dado que la existencia de peligro para una futura ejecución es el fundamento o causa de toda medida cautelar”.

“Por su parte, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de 14 de abril de 1998 se expresaba en los siguientes términos: “El segundo presupuesto de las medidas cautelares es el llamado “*periculum in mora*” ya mencionado; Este puede tener doble conceptualización: en unos casos como peligro de que la ejecución sea imposible o difícil cuando proceda, en otros como peligro de un daño inmediato o irreparable determinado por el retraso en recibir la prestación; es evidente por un lado, que la

*necesaria duración del proceso principal es únicamente la ocasión, la oportunidad de que se produzcan hecho que frustren o dificulten la ejecución de la sentencia que se dicte; se puede estimar suficiente esa situación para conceder la medida cautelar, no dependiendo en este caso más que de la valoración del “**fumus bonis iuris**”. Pero puede también partirse de la idea de que la ocasión del peligro no es suficiente para justificar la medida, requiriéndose además que el peligro se haya actualizado en un comportamiento o conducta del demandado; en este caso, el “**periculum in mora**” se convierte en un presupuesto que hay que constatar para conceder o negar la medida cautelar”.*

“Especialmente significativas en este contexto fueron las palabras del Tribunal Constitucional en la Sentencia 148/93, de 29 de abril, que vino a decir que, partiendo en todos caso de que “el órgano jurisdiccional no debe pronunciarse sobre las cuestiones que corresponde resolver en el proceso principal, si ha de verificar la concurrencia de un peligro de daño jurídico para el derecho cuya protección se impetra derivado de la pendencia del proceso, del retraso en la emisión del fallo definitivo (periculum in mora)...”.

“3º) Para su configuración legal dos son los sistemas que pueden acogerse in abstracto, o bien mediante la determinación in concreto de los riesgos que, en cada una de las medidas cautelares se pretenden conjurar; La LEC ha optado con carácter general por la configuración in abstracto de este presupuesto, atendiendo el peligro por la duración del proceso, que podría aprovecharse por quienes participan en el proceso, haciendo inefectiva la tutela judicial que pudiere otorgarse en la sentencia”.

“Por su parte, si bien el legislador boliviano del Código ha optado por referirse a peligros concretos en relación con determinadas medidas cautelares, si ha querido configurar este presupuesto con carácter general; Así el artículo 366.II hace referencia al mismo, al referirse a la ordenación de las medidas por el juez siempre que exista peligro de lesión o frustración del mismo por la demora del proceso; Por todo, puede confluir otros peligros que fundamenten las medidas cautelares específicas, y, a la hora de entender concurrente este presupuesto, el legislador boliviano ha optado por hacer referencia al mismo, no ya con carácter general, sino referido a determinadas medidas en concreto”.

“Así, a título de ejemplo, puede citarse al artículo 158, en cuyo apartado 3) se hace expresa alusión al peligro de la demora; el artículo 164, referido a la intervención judicial, en su párrafo 2) se refiere al grave perjuicio o pusiere en peligro el normal desarrollo de las actividades de la sociedad”.

“Por su parte, el artículo 167, referido a la prohibición de innovar, se refiere al peligro de que si se alterare la situación de hecho o de derecho, pudiera influir en la sentencia o hiciera ineficaz o imposible su ejecución”.

“4º) Significativa es la opción que ha asumido el legislador español al regular este presupuesto del periculum in mora en el artículo 728.I, II, en el que se restringe la aplicación inmediata de la excesiva duración del proceso como presupuesto de adopción de las medidas, de manera que, aún concurriendo este presupuesto, es posible no acordar medidas cautelares “cuando con ellas se pretenda alterar situaciones de hecho consentidas por el solicitante durante largo tiempo, salvo que éste justifique cumplidamente las razones por las cuales dichas medidas no se han solicitado hasta entonces”, fijándose con ello los efectos directos de la inactividad del actor, por consentimiento, y la excepción a la misma por la justificación de la no solicitud de la tutela cautelar con anterioridad”.

“Es por eso que para poder adoptar medidas cautelares con posterioridad a la presentación de la demanda o pendiente recurso sólo podrá solicitarse la adopción de medidas cuando la petición se base en hechos y circunstancias que justifiquen la solicitud en esos momentos, evitándose con ello las situaciones caprichosas del actor, posible solicitante de las medidas cautelares (art. 730.4)”.

“5º Finalmente, debe tenerse en cuenta que, a diferencia del presupuesto del fumus boni iuris, en el periculum in mora el demandante cautelar lo alegará, sin exigencia de acreditar documentalmente o mediante cualquier otro medio, la existencia del mismo; ello no es óbice a la exigencia de que el actor razone los motivos por los que entiende que concurren estos peligros que fundamentarían la medida o medidas que hubieren sido solicitadas”.⁶

6.- Citadas por: **la autora docente Silvia Barona Vilar.**- pág. 119-120.- Que podemos, con ORTELLS (La tutela Judicial cautelar en el derecho español, con CALDERON, Comares, Granada, 1996, pp. 13 y 15 agrupados en:

a.- Riesgos que directamente van a incidir en la ejecución de la Sentencia, como sucede, por ejemplo, con el riesgo de insolvencia o de no disposición de medios económicos suficientes (en los supuestos en que se ejercitan pretensiones pecuniarias), que supondrían una frustración de la ejecución genérica.

b.- Riesgos que incidirían en la ejecución de forma específica, tales como por ejemplo la posibilidad de desaparición de una cosa mueble.

c.- Riesgos que amenazarían a la utilidad práctica de los efectos no ejecutivos de la sentencia, y que se pretenderían conjurar, por ejemplo, con una anotación preventiva, que evitaría, por ejemplo los efectos de una venta de un inmueble a tercero que adquirió de buena fe que lo ha inscrito a su favor.

d.- Riesgos de ineffectividad derivados, por ejemplo, por la posible difusión de una determinada actividad o publicidad, que podría hacer irreversible la situación creada por estas conductas, para lo cual se favorecerían medidas tendentes a cesar o paralizar estas conductas.

“Caución.- Cuando en su momento nos referíamos a la tutela cautelar reflejábamos como ésta comporta el interés de dos posiciones contrapuestas evidentes: por un lado, la del actor cautelar, que reclama la ordenación de medidas cautelares y al que incumbe la carga de alegar y probar los fundamentos o presupuestos de adopción de la medida, y que en gran medida, parte con carácter general como aparente mejor tratado en la configuración legal de la tutela cautelar (quizás en este punto es excesivamente significado en el sistema boliviano y debiera aplicarse un corrector); y por otro, el demandado cautelar, que no es sino el sujeto que en caso de estimar las medidas, va a tener que soportar la misma; es por ello que se viene exigiendo un corrector limitador de una excesiva prerrogativa legal a favor del demandante y este viene a referirse a la necesaria exigencia de la prestación de una **caución**”.

“La razón no es otra que la adopción de la medida, puede posteriormente entenderse injustificada, habiéndose causado unos daños y perjuicios al sujeto soportante de la medida; así la caución sirve para responder, en su caso, de los posibles daños y perjuicios que puedan ocasionarse al demandado si, con posterioridad se pone de manifiesto que la medida carecía de fundamento y es por ello revocada”.

“En palabras de FERNANDEZ-BALLESTROS, es incuestionable que la efectiva obtención de una medida cautelar supone una notable ventaja psicológica y económica a favor del actor y en perjuicio del demandado... (Ob. Cit. P. 699-700); un de los elementos restrictivos de esa omnipotente solicitud de medida cautelar es precisamente la exigibilidad de prestación de una **caución**, que sirva para paliar los posibles daños perjuicios que se pudieren ocasionar”.

“La jurisprudencia boliviana ha venido exigiendo este presupuesto, manifestándose en el siguiente sentido: “La medida precautoria sólo podrá decretarse bajo responsabilidad de la parte solicitante, quien deberá dar caución por las costas, daños y perjuicios que pudiera ocasionar en caso de haber pedido sin derecho” (A.S. Nº 42 de 13 de febrero de 1982, Labores judiciales 1982, p. 210); en el estudio de la caución, vamos a tratar de delimitar aquellos componentes que caracterizan a la misma y que comportan su régimen jurídico aplicable”.

“1º) Consagración de la caución como elemento fundamentador en materia de tutela cautelar; de lo dicho hasta momento debemos concluir que es imprescindible la configuración legal de este presupuesto – la caución – en materia de tutela cautelar, con el fin de que el legislador procesal no incurra en una desigualdad legal de las partes, provocando una clara indefensión y con ello un vicio de inconstitucionalidad”.

“Ahora bien, la configuración legal de este presupuesto no comporta la exigibilidad en todo caso de la caución; será el juez el que, a la postre deberá determinar la necesidad o innecesariedad de la misma, de acuerdo con las circunstancias

*concurrentes; en todo caso, las opciones legales, aún siendo dispares, tienen en común la necesidad de referencia obligada en la regulación de las medidas cautelares a esta **caución***”.

*“En España, a diferencia de otros momentos históricos, la actual legislación ha consagrado de manera general, en lo que supondría el régimen jurídico común aplicable cualquiera que fuere la medida cautelar que se hubiese solicitado, la exigencia de la caución; en otros momentos históricos no se hacía referencia en la LEC con carácter general a la misma, sino que eran determinadas medidas cautelares, muchas de ellas reguladas en leyes materiales específicas, las que se referían a la exigibilidad de la **caución** como presupuesto de la tutela cautelar; en cualquier caso, como ya se ha apuntado, la incardinación de la caución en el seno del régimen jurídico común de las medidas, no comporta la aplicación automática por el juzgador, sino que cabe excepcionarla cuando el legislador lo pueda considerar oportuno, atendiendo a la situación jurídica que pretenda garantizarse o incluso a la medida cautelar en concreto que se haya solicitado”.*

En Bolivia el **abrogado** Código de procedimiento civil se refiere, entre lo que pueden denominarse como preceptos de aplicación general a las medidas cautelares, sin distinción, a la exigencia de lo que se denomina en el Código como: **“contracautela”** (artículo 173), refiriéndose tanto a la aplicación general de la misma respecto de cualquiera que fuere el sujeto que solicitare la medida, a salvo de los supuestos casos excepcionales, en la que sean aquellos casos en que el solicitante de la medida sea el Estado, las Municipalidades, o un beneficiario de gratuidad.

*“Por su parte, el anteproyecto de Código de Proceso Civil boliviano también se referían a la exigencia legal de caución, si bien los supuestos de excepcionalidad subjetiva tal como se analizan en este precepto responden a la **concepción garantista** que tan necesaria se hace en los sistemas procesales, de modo que lo que se pretende es evitar las consecuencias categóricas del artículo 173 o la aplicación automática del precepto, que podría obstaculizar el ejercicio de la tutela judicial cautelar por su excesiva rigidez”.*

“2º) Esta exigencia legal sin embargo, no es automática ni se exige en todo caso, admite en consecuencia, su no exigibilidad; en tal sentido se manifiestan tanto la legislación española como la legislación boliviana (presente y previsiblemente futura); por un lado, el artículo 278.3 LEC dispone: “Salvo que expresamente se disponga otra cosa, el solicitante de la medida cautelar deberá prestar caución suficiente...”; con ello, se bien se va a considerar con carácter general la exigibilidad

de la **caución**, cierto es que el legislador ha querido prever que en una norma específica pudiere excepcionarse esta exigibilidad”.

“Por su parte, el artículo 173 del Código de Procedimiento Civil ha querido referirse a la excepción en el marco de su tratamiento subjetivo, excepcionando personas, de modo que en su apartado II dispone: “Esta garantía no se exigirá **cuando el solicitante fuere el Estado, las Municipalidades, o un beneficiario de gratuidad**”; la regulación del CPC en suma está obligando al juzgador a exigir, en todo caso, la prestación de la **contracautela**, salvo los supuestos de los privilegios de la Administración y la situación excepcional de quien disfruta del beneficio de asistencia jurídica gratuita”.

“Sin embargo resulta mucho más respetuoso con una concepción de los presupuestos de la tutela cautelar que pondere y equilibre a los sujetos cautelares la opción del anteproyecto; La razón no es otra que la que se permite, en el artículo 373.II, excepcionar no sólo a los sujetos a que se refiere el artículo 173, sino también dejar abierta una puerta a la interpretación judicial, lo que responde a la lógica consecuencia de la no exigibilidad automática de la caución; se expresa este precepto – artículo 373.II.- en los siguientes términos: “Esta garantía no se exigirá cuando los solicitantes fueren el Estado, las municipalidades, y los beneficiarios de gratuidad por pobreza, o existieren motivos fundados para eximir de ella a los beneficiarios”; Se puede destacar una diferencia existente entre la legislación boliviana y la española; mientras que en la legislación boliviana al beneficiario de gratuidad no se le exigirá la garantía de la **contracautela**, en España el derecho a la justicia no exime de la prestación de caución, al considerarse que si así fuere, la exención supondría una importante lesión en el interés privado del sujeto pasivo de la medida; y en tal sentido, la legislación sobre asistencia jurídica gratuita no delimita beneficio alguno en este sentido”.

“La solución que aquí se ofrece es la respuesta que en este punto ha dado el Tribunal Constitucional español en la S.202/1987, de 17 diciembre, en los siguientes términos: no puede hablarse en efecto de la desigualdad como efecto de la regulación de dos normas distintas, justamente por prever situaciones o supuestos de hechos dispares, como lo son los referidos a depósitos para recurrir o interponer cualquier recurso (art. 30.3 LEC) por un lado, y de otro la exigencia, potestativa en su concesión por el juez, de **caución** para salvaguardar el posible perjuicio causado por una medida cautelar, medida que exige del juez una ponderación de los intereses contrapuestos en el proceso civil; el primer supuesto es un obstáculo, un presupuesto legal de acceso al recurso, del que se exime al litigante impecune para completar con su exención el beneficio de justicia gratuita ya que ésta ha de entenderse aplicable a todas las

*instancias y a las exigencias que la ley establece, de orden público procesal; en tanto que el segundo, la **caución** es una garantía accesoria, una medida cautelar que la ley autoriza adoptar al juez el beneficio de la parte demandada...Son pues dos normas distintas, que responden a hipótesis diferentes y que se orientan hacia una finalidad dispar...”.*

“En cualquier caso, también en España, y como clara manifestación de las prerrogativas que en todos los países tienen, también están exentos de prestar la caución en los supuestos de solicitud de tutela cautelar, el Estado, las Comunidades Autónomas y las Administraciones locales; Es más, en España se ha producido una reciente reforma que ha alterado algunas disposiciones de la LEC/2000; se trata de la Ley 39/2000, de 28 de octubre, de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios, entre las que se encuentra la regulación del ejercicio de la acción de cesación dirigida a poner fin a su debido tiempo a las infracciones perjudiciales para los intereses colectivos de los consumidores”.

*“En la misma se ha introducido un párrafo 3 al artículo 728 LEC, referido a la exigencia de la prestación como fundamento de las medidas cautelares; con él se pretende configurar legalmente la facultad del juzgador para dispensar al solicitante de la medida cautelar en los procedimientos en los que se ejercite una acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios, del deber de prestar **caución**, siempre que se atienda a las circunstancias del caso, a la entidad económica y a la repercusión social de los distintos intereses afectados”.*

*“La exigencia de la prestación de **caución** es uno de los elementos que el legislador configura a los efectos de contraponer los intereses del demandante cautelar con los del demandado soportante de la medida, de **manera que con la caución se pretende obtener una garantía** de que en el supuesto de que la medida cautelar se hubiere adoptado sin necesidad y a posteriori así se demuestre, exista un mecanismo para afrontar la responsabilidad exigida al actor cautelar por los posibles daños y perjuicios que la medida cautelar haya causado al demandado”.*

“No obstante, si bien como fundamento de adopción de la medida cautelar se regula en la LEC el ofrecimiento de la caución, cuestión diversa es la prestación de la caución, que aparece como fundamento de ejecución de la medida; y es precisamente esa prestación la que con carácter general debe exigirse a quien solicita medida cautelar; desde ese punto de vista, cualquier exención de la misma sólo puede estar justificada en supuestos muy excepcionales, debido al efecto pernicioso que puede llegar a causar en el sujeto pasivo de la medida”.

“Aún tomando como punto de partida general lo anterior, ha querido el legislador considerar, en los supuestos del ejercicio de la acción de cesación para la defensa de intereses colectivos difusos de los consumidores y usuarios, la posible exención del pago de la misma teniendo en cuenta: 1º) Se trata de una posibilidad, no de una regla general; posibilidad que en todo caso, depende de una decisión judicial; es por tanto, facultad del tribunal decidir su exigibilidad o su exención en estos casos; 2º) No se trata de una decisión judicial arbitraria, sino fundada; para ello el legislador ha querido delimitar los conceptos que van a poderse barajar, cuales son las posibles circunstancias que concurren en el supuesto planteado, la entidad económica y la repercusión social de los distintos intereses afectados; 3º) Pugna, en realidad, con el sistema y con la exigibilidad de garantías recíprocas la exención de la prestación de la caución”.

“Vulnera, a la postre, el equilibrio que debe existir en la concesión de la tutela cautelar entre los intereses del que solicita la misma, y del que la debe soportar; es por ello que razones muy poderosas deben mover al Estado a legislar en el sentido de posibilitar estas exenciones; pues bien, en materia de acción de cesación colectiva o difusa los intereses en juego trascienden del beneficio de quien pide la medida, del particular, de manera que quien pide está velando los intereses supraindividuales”.

*“Desde estos parámetros que superan al individuo y sus intereses individuales, el proceso civil sí que se está socializando, y desde él la norma configurada desde y para la tutela de los intereses individuales puede encontrar motivos de excepcionalidad; esa exigencia social, esa tutela social de intereses puede motivar a la aplicabilidad de excepciones en el marco común del sistema procesal, y es por ello que **así lo ha concebido el legislador español**; en cualquier caso, la decisión que se adopte al respecto nunca será automática, sino fruto de la reflexión y de la motivación, basada en los elementos que podrá tenerse en cuenta a los efectos de la toma de decisión.- 3º) La función de ésta cautela es ofrecer el equilibrio legal entre los sujetos cautelares; a través de la misma se obtiene cantidad suficiente para responder, en su caso, de los posibles daños y perjuicios que puedan ocasionarse al demandado sí, con posterioridad, se pone de manifiesto que la medida carecía de fundamento y es por ello revocada”.*

*“Así van a pronunciarse tanto el legislador español como el boliviano; el artículo 728.3 LEC hace referencia a esta finalidad de la **caución**: “Salvo que expresamente se disponga otra cosa, el solicitante de la medida cautelar deberá prestar **caución** suficiente para responder, de manera rápida y efectiva, de los daños y perjuicios que la adopción de la medida cautelar pudiera causar el patrimonio del demandado”.*

*“Por su parte, el artículo 173.I dispone: “La medida precautoria sólo podrá decretarse bajo responsabilidad de la parte solicitante quien deberá dar **caución** por las costas, daños y perjuicios que pudiere ocasionar en caso de haberla pedido sin derecho”; El mismo tenor literal es el que se propone en el Anteproyecto de Código de Proceso Civil, en el artículo 373.I.; En ningún caso puede entenderse que la prestación de caución es elemento que pueda llegar a sustituir la necesidad de alegar y justificar la concurrencia de los presupuestos anteriormente señalados (el *periculum in mora* y el *fumus boni iuris*); responde a una finalidad distinta y por ende, es complementario, en su caso, que no es sustitutivo de los anteriores”.*

*“4º) Corresponde al Juez determinar la idoneidad de la caución y en su caso su custodia; En este punto existen diferencias entre las legislaciones española y boliviana; La experiencia sufrida a lo largo del siglo XX ha llevado a aprovechar la aprobación de la nueva norma procesal para desarrollar de forma más concisa y garantista la regulación de la **caución**; y en tal sentido, se ha pretendido favorecer, en todo caso, la labor judicial en su determinación, sin que pueda, en ningún caso, establecerse una fórmula matemática para la determinación de la exigencia de caución así como para su perfil y concreción”.*

*2El legislador boliviano ha sido parco – y no hay tendencia en la propuesta de modificar la regulación en este punto en otro sentido – no se refiere en disposición alguna al punto de partida en el que deba ubicarse el tribunal, ni los criterios que pueda valorar a estos efectos; simplemente está implícitamente asumiendo como criterio la determinación cuantitativa de la **contracautela** que equivaldría a la cantidad que hubiere de abonarse en concepto de “costas, daños y perjuicios que pudiere ocasionar” las dificultades se derivarían de la delimitación de la previsibilidad de estos daños y perjuicios, en cuanto no existen elementos que puedan jugar para su concreción”.*

*“Ante tal situación y como posible exponente a tener en cuenta por el legislador pudiera ser la situación española; Así el artículo 737.II dispone: “El tribunal decidirá, mediante providencia, sobre la idoneidad y suficiencia del importe de la **caución**”; Además tras la referencia que hace el artículo 728.3, I a la prestación de la caución suficiente, que sería similar a la configuración genérica a que hemos hecho referencia, en el párrafo anterior en relación con la legislación boliviana, el artículo 728.3, II señala: “El tribunal determinará la caución atendiendo a la naturaleza y contenido de la pretensión y a la valoración que realice, sobre el fundamento de la solicitud de la medida”.⁷*

7.- Citadas por: **la autora docente Silvia Barona Vilar.**- Hasta la pág. 128-130.- En consecuencia, esta determinación de la caución suficiente deberá efectuarse cualitativa y cuantitativamente debe tenerse en cuenta:

a.- Desde el punto de vista cuantitativo, su determinación es decisión del tribunal, si bien se establecen unas bases para su cuantificación: “naturaleza y contenido de la pretensión” y “valoración que realice sobre el fundamento de la pretensión” (art.728.3).- La jurisprudencia de las audiencias Provinciales españolas había venido pronunciándose sobre las cuestiones, antes de la aprobación de la nueva regulación. En tal sentido, resulta destacable, a título de ejemplo, el Auto de la Audiencia Provincial de Granada de 27 de enero de 1994: “...al tiempo de acordar las medidas cautelares, se establezca una fianza que deberá (también con carácter necesario e imperativo) prestar el peticionario para responder de los daños y perjuicios que eventualmente puedan ocasionarse, la que, habida cuenta de la evidencia de que se pueden producir al señor D.G., perjuicios con trascendencia económica si se le cercena anticipadamente el derecho potencial a usar el nombre artístico que ha elegido, obliga al juzgador a señalar una fianza cuya prestación condicione la efectividad de la medida cautelar solicitada; del mismo modo, según el párrafo dos del mencionado art. 137, en el caso de que las medidas solicitadas impliquen restricciones para la actividad industrial o comercial del demandado, se habrá de señalar, al acordar las medidas (no después), otra fianza mediante cuya prestación se puede sustituir la medida cautelar restrictiva; y tal es el caso presente, por cuanto que es incuestionable que supone restricción en la actividad profesional el veto para seguir usando el nombre artístico elegido y con el cual se ha adquirido ya cierta publicidad; de este modo queda garantizado el **resarcimiento de los eventuales perjuicios**, tanto los que puedan ocasionarse al demandado con la medida cautelar si se desestimara la demanda principal, como los que se hayan al demandante con la continuación ilegítima del uso del nombre, si tal demanda llegara a prosperar, lo que parece ser el designio del legislador al disponer esta duplicidad de fianzas; y, tras la preceptiva audiencia de las partes, la Sala estima ponderadas las cantidades de cuarenta millones de pesetas para la primera de dichas fianzas y de quince millones por año para la segunda, por considerar que son mayores los perjuicios que se habrían irrogado al demandado en el caso de que se le reconociera el derecho a utilizar el nombre, que los que hayan de ocasionarse al demandante en el supuesto contrario”. Pese a que el legislador se refiere expresamente a que la caución

Sirve para responder de los daños y perjuicios que la adopción de la medida pueda causar en el “patrimonio” del demandado, sin embargo, no siempre es así, dado que los perjuicios pueden ser de bienes de difícil cuantificación o incluso que carezcan de valor patrimonial, y pese a todo, ser conveniente la misma.- **b.-** Desde el punto de vista cualitativo, cualquiera de las clases de caución sería posible; En este sentido amplio parece pronunciarse el legislador español cuando en el artículo 735.2 LEC se establece que el tribunal determinará “la forma...en que deba prestarse **caución** por el solicitante”, y en el art. 737 señala que “el tribunal decidirá, mediante providencia, sobre la idoneidad... de la caución.

“Si bien nada sobre estas cuestiones encontramos en la legislación boliviana, el legislador español incide más aún sobre ello; Por cuanto se entiende que la caución podrá otorgarse en cualquiera de las formas previstas en el art. 529.3, II LEC: dinero efectivo, aval solidario o por cualquier otro medio que, a juicio del tribunal, garantice la inmediata disponibilidad de la cantidad de que se trate”.

“5º) La adopción de la caución no implica, sin embargo, que estemos ante un elemento estático. Es posible su modificación cuantitativa a lo largo del proceso; En tal sentido, el artículo 174 del CPC dispone: “En cualquier estado del litigio la parte contra cuyos bienes se hubieren adoptado medidas precautorias, podrá pedir que la caución fuere mejorada, probando sumariamente que ella es insuficiente; el juez resolverá previo traslado a la otra parte”.

“El mismo tenor literal es el que se propone en el artículo 374 del Anteproyecto; supone, por ello, la posible revisión y modificación de la caución que se hubiere adoptado como garantía para la adopción de las medidas”.

“En España también las posibilidades de cambio cuantitativo o cualitativo de caución quedan cubiertas desde el momento en que se permite la audiencia previa a la adopción, en la que, entre otras cosas, podrá discutirse en torno a la caución (artículo 374) o incluso, en los supuestos en que se adoptó la medida sin contradicción previa, en el procedimiento de oposición a que se refieren los artículos 740 y 741 LEC”.

“6º) Finalmente, resta la determinación de la naturaleza de este presupuesto de tutela cautelar; La disyuntiva se encuentra entre la consideración de la caución o contracautela como presupuesto de adopción de las medidas cautelares, en cuyo caso para que el juez acuerde una medida cautelar debe presentarse previamente la caución, o por el contrario, cabe la posibilidad de entender que estamos ante un presupuesto de ejecución de la medida cautelar, lo que llevaría a asumir que la decisión judicial de declarar la cautela puede efectuarse sin haber presentado previamente la caución”.

“Nada dice a este respecto el legislador boliviano, lo que parece decantarse por la primera de las posiciones, sin que, sin embargo, la segunda esté prohibida por el legislador; En España, sin embargo, la solución es distinta; el legislador ha optado por la segunda consideración, de modo que el artículo 737.I dispone: La prestación de caución será siempre previa a cualquier acto de cumplimiento de la medida cautelar acordada; en consecuencia, la adopción de la medida no va a estar condicionada por la prestación de dicha caución, sino la ejecución de la misma; Es por ello un presupuesto de ejecución de la medida cautelar”.

“En el Sistema Procesal español, durante la vigencia de la LEC/1881 existió una clara diferenciación entre unas y otras medidas cautelares en relación con el

*momento procedimental adecuado para plantear la solicitud cautelar; Tan es así que en unas medidas sólo era posible solicitarlas con la demanda, o en un momento posterior, mientras que como sucedía con el cajón de medidas indeterminadas a que se refería el artículo 1428 LEC, se hacía posible los tres cauces: plantearla antes de que se hubiera presentado la demanda – previa -, con la demanda del proceso principal – simultánea – o en un momento posterior a la misma; La aprobación de la Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000 ha supuesto, como en tantas otras cuestiones referidas al régimen jurídico de las medidas cautelares, un importante cambio en esta materia, al configurar un régimen jurídico común a todas las medidas; así el legislador ha querido prever los distintos momentos en que esta solicitud cautelar puede formularse, antes, con y después de la demanda del proceso principal; especialmente destacable es el artículo 730, que intitulado Momentos para solicitar las medidas cautelares se pronuncia en el siguiente sentido: “1.- Las medidas cautelares se solicitarán, de ordinario, junto con la demanda principal. 2.- Podrán también solicitarse medidas cautelares antes de la demanda si quien en ese momento las pide alega y acredita razones de urgencia o necesidad; en este caso, las medidas que se hubieran acordado quedarán sin efecto si la demanda no se presentare ante el mismo tribunal que conoció de la solicitud de aquellas en los veinte días siguientes a su adopción; el tribunal, de oficio acordará mediante auto que se alcen o revoquen los actos de cumplimiento que hubieran sido realizados, condenará al solicitante en las costas y declarará que es responsable de los daños y perjuicios que haya producido al sujeto respecto del cual se adoptaron las medidas.... 3....4.- Con posterioridad a la presentación de la demanda o pendiente recurso sólo podrá solicitarse la adopción de medidas cautelares cuando la petición se base en hechos y circunstancias que justifiquen la solicitud en esos momentos”. En consecuencia, **con la legislación española actual es posible:** 1º) La adopción de medidas cautelares ante causam, como regla especial, y condicionada a la alegación y justificación de razones de urgencia o necesidad, y con el necesario cumplimiento de los requisitos de tiempo y forma que expresamente se establecen por la LEC”.*

“2º) La solicitud de las medidas cautelares junto a la demanda del proceso principal, solicitud a la que el legislador procesal español ha querido atribuir de regla general o forma ordinaria de petición de esta tutela; Así se desprende expresamente del tenor literal del art. 730.1 (“las medidas cautelares se solicitarán, de ordinario, junto con la demanda principal”)”.

“3º) Es posible, asimismo, la solicitud de tutela cautelar con posterioridad a la presentación de la demanda, incluso pendiente un recurso, si bien esta posibilidad se establece con carácter restrictivo, suponiendo una excepción al régimen general de

petición de la tutela cautelar junto con la demanda principal (artículo 730.4); ese carácter excepcional viene avalado por la exigencia legal de apoyar la petición en hechos y circunstancias que justifiquen la solicitud en estos momentos”.

“4º) Finalmente, podría plantearse en el plano teórico la posibilidad de tener que adoptar medidas cautelares una vez obtenida la sentencia firme”.

“En cuanto las medidas cautelares garantizan tanto el proceso declarativo como el de ejecución, en cuanto suponen la garantía de la “efectividad de la tutela judicial”, finalizado el proceso declarativo, teóricamente podría ser necesario adoptar una medida cautelar, aún teniendo ya un título ejecutivo que nos permitiera ir directamente a la adopción de medidas ejecutivas, cuya eficacia será en la mayoría en la mayoría de los casos, más beneficiosa para el solicitante-actor de la medida”.

“Así, por ejemplo, podría pretenderse cautelarmente un embargo preventivo para garantizar la efectividad de la ejecución; Ciertamente es que si nos hallamos en fase de ejecución, lógico sería solicitar el embargo ejecutivo, pero la liquidación previa que se exige puede decantar a la parte por el embargo preventivo de los bienes, en cuyo caso, al amparo de lo que prevé el artículo 700, es posible adoptar estas medidas”.

“Determinación legal de las Medidas.- Los legisladores asumen diversas opciones a la hora de configurar la determinación de las medidas cautelares en las leyes procesales; para su análisis específico en la legislación española, en primer lugar quizás por haber sido la que más ha experimentado en estos últimos años, y posteriormente estarán referidas a la legislación procesal boliviana”.

“Las Medidas Cautelares en España.- Durante mucho tiempo España se caracterizó por un sistema Inacabado, que provocaba insatisfacciones, por una regulación insuficiente y necesitada de reforma en materia de medidas cautelares; venían regulando de manera específica una serie de medidas cautelares en la norma procesal (el embargo de bienes, la anotación preventiva de demanda, la intervención judicial de bienes litigiosos, el depósito judicial, esencialmente) y además se introducía un precepto – el artículo 1428 LEC en el que se configuraban de manera indeterminada la posibilidad de otorgar tutela cautelar”.

“El ámbito objetivo de aplicación de este artículo 1428 venía constituido por las obligaciones de hacer, no hacer y dar cosa específica; se convertía, en todo caso, en una norma de cierre, un cajón de sastre que teóricamente llevaba a ofrecer una solución legal más abierta frente a la configuración legal constreñida de las demás medidas cautelares”.

No obstante, la configuración originaria (en 1881) de este precepto no facilitaba la adopción de las medidas cautelares por esta vía, fundamentalmente por la exigibilidad de los presupuestos para su adopción; en el año 1984 se aprobó una

importante reforma que afectó a este precepto, exigiéndose “ un principio de prueba por escrito del que aparezca con claridad una obligación...”. No se trataba tanto de que el documento apareciera firmado por aquél a quien se atribuye la obligación, sino que la apariencia de autenticidad puede derivar de otro tipo de signos que el documento presentare o incluso de la propia conducta del demandado”.

“La situación que durante más de un siglo pervivió en España, sin embargo, cambió radicalmente con la aprobación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil; La Exposición de Motivos de la misma, en su apartado XVIII dispone: “En cuanto a las medidas cautelares, esta Ley las regula en un conjunto unitario de preceptos, del que sólo se excluyen, por las razones que más adelante se dirán, los relativos a las medidas específicas, de algunos procesos civiles especiales; se supera así una lamentable situación, caracterizada por escasas e insuficientes normas, dispersas en la Ley de 1881 y en otros muchos cuerpos legales”.

“El referido conjunto de preceptos no es, empero, el resultado de agrupar de las medidas cautelares que pudieran considerarse clásicas, estableciendo sus presupuestos y su procedimiento; Esta Ley ha optado por sentar con claridad las características generales de las medidas que pueden ser precisas para evitar que se frustre la efectividad de una futura sentencia, perfilando unos presupuestos y requisitos igualmente generales, de modo que resulte un régimen abierto de medidas cautelares y no un sistema de número limitado o cerrado”.

“Pero la generalidad y la amplitud no son vaguedad, inconcreción o imprudencia; La Ley se apoya en doctrina y jurisprudencia sólidas y de general aceptación; Se ha producido por ello, un cambio importante en lo que a la delimitación legal de las medidas cautelares se refiere; Naturalmente el cambio en su configuración ha supuesto una mayor claridad expositiva, además de dejar abiertas las posibilidades de nuevas medidas cautelares hoy no configuradas como tales en la norma procesal común”.

“En consecuencia, en la actualidad, España se caracteriza por acoger en el artículo 727 precepto que hace referencia a las medidas cautelares específicamente configuradas en la LEC- un listado de medidas que tiene carácter de numerus apertus (“entre otras”); En este listado se comprenden tres tipos de medidas, que vendrá condicionadas por la pretensión ejercitada en el proceso principal y , con ella también por la sentencia estimatoria que se dicte, que determinará los efectos como consecuencia de su adopción; No se olvide que el artículo 726.1 establece una cláusula general, según la cual el tribunal podrá acordar como medida cautelar cualquier actuación directa o indirecta sobre los bienes y derechos del demandado”.

“En alguna de estas medidas enumeradas en el artículo 727 se establecen limitaciones o correcciones a los presupuestos de adopción de las mismas, si bien allá donde nada se establezca al respecto, habrá de aplicarse el tratamiento común; En consecuencia, en España se ha introducido tras la LEC/2000 un régimen jurídico común, de modo que tras determinar unas normas específicas en torno al significado, características, presupuestos, normas de competencia, normas de procedimiento, etc., todas ellas analizadas desde el prisma de la generalidad, se ha enumerado en el artículo 727 las medidas cautelares a las que se aplica este régimen común; Se evita con ello, por un lado, la diversidad de normas específicas referidas a estas medidas y por otro, la dispersión en los diversos cuerpos legales materiales”.⁸

8.- Citadas por: **la autora docente Silvia Barona Vilar.**- pág. 136-139.- **1º)** Así, estas medidas son: El embargo preventivo de bienes, para asegurar la ejecución de sentencias de condena a la entrega de cantidades de dinero o de frutos, rentas y cosas fungibles computables a metálico por aplicación de precios ciertos.

2º) La intervención o la administración judiciales de bienes productivos, cuando se presenta sentencia de condena a entregarlos a título de dueño, usufructuario o cualquier otro que comporte interés legítimo en mantener o mejorar la productividad o cuando la garantía de ésta sea de primordial interés para la efectividad de la condena que pudiere recaer. 3º) El depósito de cosa mueble, cuando la demanda pretenda la condena a entregarla y se encuentre en posesión de demandado.

4º) La formación de inventarios de bienes, en las condiciones que el tribunal disponga.

5º).- La anotación preventiva de demanda, cuando esta se refiera a bienes o derechos susceptibles de inscripción en Registros Públicos.

6º) Otras anotaciones registrales, en casos en que la publicidad registral sea útil para el buen fin de la ejecución.

7º) La orden judicial de cesar provisionalmente en una actividad; la de abstenerse temporalmente de llevar a cabo una conducta; o la prohibición temporal de interrumpir o de cesar en la realización de una prestación que viniera llevándose a cabo.

8º) La intervención y depósito de ingresos obtenidos mediante una actividad que se considere ilícita y cuya prohibición o cesación se pretenda en la demanda, así como la consignación o depósito de las cantidades que se reclamen en concepto de remuneración de la propiedad intelectual.

9º) El depósito temporal de ejemplares de las obras u objetos que se reputen producidos con infracción de las normas sobre propiedad intelectual e industrial, así como el depósito empleado para su producción.

10º) La suspensión de acuerdos sociales impugnados, cuando el demandante o demandantes representen, al menos, el uno o el cinco por ciento del capital social, según que la sociedad demandada hubiere o no emitido valores que, en el momento de la impugnación, estuvieren admitidos a negociación en mercado secundario oficial.

11º) Aquellas otras medidas que, para la protección de ciertos derechos, prevean expresamente las Leyes o que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial. que pudiere otorgarse en la sentencia estimatoria que recayere en el juicio.

MEDIDAS CAUTELARES EN EL SISTEMA PROCESAL CIVIL BOLIVIANO.-

“El estudio de las medidas cautelares, su concreción y aplicación de un tratamiento jurídico común o dispar, se efectúa tomando como parámetro tanto la legislación actual como la previsiblemente futura”.

“Comenzando, en primer lugar, con la situación actualmente vigente, la regulación de las medidas cautelares, o precautorias como le llama el CPC boliviano, se ubican en los artículos 156 a 179, si bien se ofrece un tratamiento desordenado y asistemático, en el que se comienza enumerando las medidas, para posteriormente pasar a desarrollar características de las medidas, pero sin sistematización, algunos elementos de los presupuestos, desordenadamente, referencias a las facultades del juez en el trámite de adopción de medidas cautelares, la posible modificación de las medidas adoptadas, dependencia del proceso principal, pero sin específicamente referirse al mismo –más bien sería el elemento esencial de la instrumentalidad como nota de las medidas cautelares-, incluso se refiere de forma incomprensible, en el último precepto referido al estudio de estas medidas precautorias, a la inembargabilidad de los bienes.

Es el primero de los preceptos, al artículo 156, el que, bajo el título de “Petición de medidas precautorias”, establece una enumeración de las medidas que pueden solicitarse, cuales son:”

1º) La anotación preventiva.

2º) El embargo preventivo, complemento del mismo, el depósito.

3º) El secuestro.

4º) La intervención judicial.

5º) La prohibición de celebrar actos o contratos sobre bienes determinados”.

“SISTEMA PROCESAL ESPAÑOL.- Durante la vigencia de la LEC/1881 existió una clara diferenciación entre unas y otras medidas cautelares en relación con el momento procedimental adecuado para plantear la solicitud cautelar. Tan es así que en unas medidas sólo era posible solicitarlas con la demanda o en un momento posterior, mientras que, como sucedía con el cajón de medidas indeterminadas a que se refería el artículo 1428 LEC, se hacía posible los tres cauces: plantearla antes de que se hubiera planteado la demanda –previa-, con la demanda del proceso principal –simultánea- o en un momento posterior a la misma; La aprobación de la Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000 ha supuesto, como en tantas otras cuestiones referidas al régimen jurídico de las medidas cautelares, un importante cambio en esta materia, al configurar un régimen jurídico común a todas las medidas. Así el legislador ha querido prever los distintos momentos en que esta solicitud cautelar puede formularse: antes, con y después de la demanda del proceso principal.

Especialmente destacable es el artículo 730, que, intitulado momentos para solicitar las medidas cautelares se pronuncia en el siguiente sentido”:

“1.- Las medidas cautelares se solicitarán, de ordinario, junto con la demanda principal.- 2.- Podrán también solicitarse medidas cautelares antes de la demanda si quien ese momento las pide alega y acredita razones de urgencia o necesidad”.

“En este caso, las medidas que se hubieran acordado quedarán sin efecto si la demanda no se presentare ante el mismo tribunal que conoció de la solicitud de aquéllas en los veinte días siguientes a su adopción. El tribunal, de oficio, acordará mediante auto que se alcen o revoquen los actos de incumplimiento que hubieran sido realizados, condenará al solicitante en las costas y declarará que es responsable de los daños y perjuicios que haya producido al sujeto respecto del cual se adoptaron las medidas; Con posteridad a la presentación de la demanda o pendiente recurso sólo podrá solicitarse la adopción de medidas cautelares cuando la petición se base en hechos y circunstancias que justifiquen la solicitud en esos momentos”.

“En consecuencia, con la legislación española actual es posible: 1º) La adopción de medidas cautelares ante causam, como regla especial y condicionada a la alegación y justificación de razones de urgencia o necesidad, y con el necesario cumplimiento de los requisitos de tiempo y forma que expresamente se establecen por la LEC; 2º) La solicitud de las medidas cautelares junto a la demanda del proceso principal, solicitud a la que el legislador procesal español ha querido atribuir el carácter de regla general o forma ordinaria de petición de tutela. Así se desprende expresamente del tenor literal del art. 730.1 (“las medidas cautelares se solicitarán, de ordinario, junto con la demanda principal)”.

“3º) Es posible, asimismo, la solicitud de tutela cautelar con posterioridad a la presentación de la demanda, incluso pendiente un recurso, si bien esta posibilidad se establece con carácter restrictivo, suponiendo una excepción al régimen general de petición de la tutela cautelar junto con la demanda principal (artículo 730.4). Ese carácter excepcional viene avalado por la exigencia legal de apoyar la petición en hechos y circunstancias que justifiquen la solicitud en esos momentos”.

“4º) Finalmente, podría plantearse en el plano teórico la posibilidad de tener que adoptar medidas cautelares una vez obtenida la sentencia firme”.

“En cuanto las medidas cautelares garantizan tanto el proceso declarativo como el de ejecución, en cuanto suponen la garantía de la “efectividad de la tutela judicial”, finalizado el proceso declarativo, teóricamente podría ser necesario adoptar una medida cautelar, aún teniendo ya un título ejecutivo que nos permitiera ir directamente a la adopción de medidas ejecutivas, cuya eficacia sería en la mayoría de los casos, más beneficiosa para el solicitante-actor de la medida. Así, por ejemplo,

*podría pretenderse cautelarmente un embargo preventivo para garantizar la efectividad de la ejecución. Ciertamente es que si nos hallamos en fase de ejecución, lógico sería solicitar el embargo ejecutivo, pero la liquidación previa que se exige puede decantar a la parte por el embargo preventivo de los bienes, en cuyo caso, al amparo de lo que prevé el artículo 700, es posible adoptar estas medidas”.*⁹

9.- Silvia Barona Vilar.- Medidas Precautorias.- Ed. El País, 2003, Santa Cruz Bolivia.

VI.- CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

1.- CONCLUSIONES.- El Derecho Procesal Civil Boliviano, desde la fundación de Bolivia, ha tenido profundas transformaciones, en cuanto a la legislación misma se refiere, por las constantes modificaciones realizadas por las Comisiones Codificadoras encargadas de elaborar con nuevas disposiciones legales dentro del ordenamiento jurídico del Derecho Procesal Civil Boliviano. Teniendo como base referencial entre ellas la Doctrina, así como la Legislación Comparada, así como los Códigos Tipo para América Latina, en cuanto se refiere al inmenso campo de las codificaciones dentro del ordenamiento jurídico en todas las materias.

Con ese antecedente en los diferentes periodos de la vida Republicana de Bolivia, en el país se han formado Comisiones Codificadoras conformadas por connotados abogados jurisperitos, quienes redactaron los diferentes Códigos tanto sustantivos como adjetivos; entre los principales Códigos sobresalen el Código Civil y Código de Procedimiento Civil y por último se han puesto en vigencia los nuevos Códigos de las Familias, entre ellas el Código Procesal Civil Boliviano en actual vigencia.

En cuanto se refiere, a la Legislación Comparada traída a colación la misma tiene base con sustento jurídico sólido y muy coherente, por cuanto en sus diferentes Institutos Jurídicos, se hallan legisladas las Medidas Cautelares Precautoria así como la caución denominada contracautela.

Y como antecedente, entre las principales se pueden mencionar: a la Norma Legal del **Código Argentino**, en la que se establecen la exigencia de la contracautela, según este texto legal, está dirigida a proteger los intereses no del actor, sino del demandado; estas medidas precautorias pueden ser intentadas, antes de deducir la demanda o durante la sustanciación del proceso, si dentro del término fijado no se presta la caución el proceso se extingue.

Según la **Legislación del Uruguay**, las Medidas Precautorias podrán adoptarse en cualquier proceso, tanto contencioso como voluntario, sino se formaliza en 30 días caduca la pretensión; Las Medidas Cautelares se

decretarán siempre a petición de parte; En cuanto a la facultad del Tribunal, debe apreciar y disponer una menos rigurosa, estableciendo su alcance, el término de duración; Exigir la prestación de la contracautela; La petición debe contener la precisa determinación de la medida y su alcance; El motivo de hecho de la medida precautoria, referida a la contracautela que se ofreciere.

En los Fundamentos del Derecho Procesal Civil del Autor Eduardo J Couture.- se habla de providencias cautelares innominadas, abarcando a toda clase de resoluciones; La providencia cautelar producirá los efectos declarativos, constitutivos, o de condena, para lo cual se tiene: Medidas de Puro Conocimiento.- en la que no existe coerción, sólo declaración preventiva de un hecho: diligencia preparatoria de demanda; Medidas de Conocimiento.- Sumario con comienzo de ejecución provisional en la que existe un riesgo previsible: depósito de mueble, embargo de inmueble;

Medida de Tutela de Propiedad o de Crédito.- probadas la propiedad, la prenda, hipoteca, calidad de heredero: con el embargo o secuestro; Medidas de Ejecución anticipada.- Embargo Ejecutivo, con una forma de coacción, supeditada a la decisión en sentencia; Medidas Cautelares Negativas.- Ante todo para impedir la modificación del estado de las cosas, prohibiciones de innovar ya sea público o privado; **Medida de Contracautela.**- Providencias que disponen una medida de seguridad en defensa del deudor, así las fianzas procesales requeridas para obtener un embargo preventivo.

2.- Recomendaciones.- Estos estudios y disposiciones legales analizadas justifican para viabilizar y modificar el Derecho Procesal Civil Boliviano en su base legal de la Ley 0438 en su Art. 320 del nuevo Código Procesal Civil, referente precisamente a las Medidas Cautelares de la **caución denominada contracautela**, en cuanto se refiere a la exigencia previa de la caución contracautela en los procesos de estructura Monitoria Ejecutivos sobre Cumplimiento de Obligaciones, otros Monitorios, procesos de conocimiento Ordinarios, Civiles y Comerciales.

En el anterior abrogado Código de Procedimiento Civil Boliviano estaban instituidas **las medidas precautorias**, denominadas medidas cautelares; en su artículo principal como base legal: **Textual.-** el “Art. 173.- señalaba la (**contracautela**).- **I.-** La medida precautoria sólo podrá decretarse bajo responsabilidad de la parte solicitante, quien deberá dar caución por las costas, daños y perjuicios que pudiere ocasionar en caso de haberla pedido sin derecho. **II.-** Esta garantía no se exigirá cuando el solicitante fuere el Estado, las municipalidades, o un beneficiario de gratuidad”.

El proponente considera pertinente, apropiado y oportuno introducir dentro de las medidas cautelares precautorias el instituto de la **contracautela**, por ser muy importante dentro del ordenamiento jurídico, para ser puesta nuevamente en vigencia, en cuanto se refiere a la exigencia obligatoria de la “**caución**” denominada “**contracautela**” dispuesta y establecida en el Art. 320 del nuevo Código Procesal Civil, actualmente vigente.

La sugerencia para su modificación e inclusión es en el Derecho Procesal Civil Boliviano en el Art. 320 del nuevo Código Procesal Civil.- la que debería modificarse en lo posible, de la siguiente manera:

Art. 320.- (**contracautela**) **I.-** La medida precautoria sólo podrá decretarse bajo responsabilidad de la parte solicitante, quien deberá dar **caución** por las costas, daños y perjuicios que pudiere ocasionar en caso de haberla pedido sin derecho. **II.-** Esta garantía no se exigirá cuando el solicitante fuere el Estado, las Municipalidades, o un beneficiario de gratuidad”.

De efectivizarse y plasmarse en una realidad, esta proposición como sugerencia, para la modificación del Art. 320 del nuevo Código Procesal Civil, todo ello, conllevaría a mantener el equilibrio e igualdad de las partes en litigio en los procesos judiciales en materia Civil y Comercial; para evitar un mal mayor, y los perjuicios irreparables, evitando la indefensión a la parte demandada, garantizando el buen ejercicio de los derechos patrimoniales de los litigantes, así como para cubrir y resarcir por la irresponsabilidad manifiesta del actor solicitante sin tener derecho alguno para pedir una medida cautelar

precautoria, por la temeridad manifiestamente demostrada, y sobre todo, para cubrir los daños ocasionados a la parte perjudicada soportante.

Cuya finalidad sería aminorar los conflictos innecesarios, manteniendo la paz social en la población en general, evitando en todo momento los excesos, Arbitrariedades y menoscabo en el patrimonio y bienes ajenos civiles y comerciales, evitando sobre todo la conculcación de los derechos constitucionales de las personas; de los sujetos procesales en litigio, en los trámites procesales civiles y comerciales contenciosos, ya sea en los procesos preliminares previos, en los procesos Ordinarios y en los ejecutivos de estructura monitoria, denominados también de conocimiento y de cumplimiento de obligaciones. En virtud de la vigencia de la nueva Ley N° 0439 del Código Procesal Civil.

La puesta en **vigencia**, y cuya data es reciente, dentro del ordenamiento Jurídico Civil Boliviano, legislado mediante Ley N° 0439 del nuevo Código Procesal Civil, en el instituto de las medidas cautelares, en su **Art. 320.- Textual.- “ARTÍCULO 320. (MEDIDAS CONTRACAUTELA).** Las medidas cautelares podrán ordenarse bajo responsabilidad de la parte solicitante, sin necesidad de dar caución. La autoridad judicial deberá fundar su decisión en consideración a la verosimilitud del derecho, el peligro en la demora, la posibilidad jurídica y la proporcionalidad de la medida. Sin embargo, se requerirá contracautela cuando se trate de intervención judicial y en los casos señalados por Ley”.

En cuanto se refiere a la penúltima y última parte de este Art. 320.- Del nuevo Código Procesal Civil.- estatuida así: **“se requerirá contracautela cuando se trate de intervención judicial y en los casos señalados por Ley”**: Ya estaría determinada implícitamente en la modificación sugerida con la exigencia de la **“caución” en el Art. 320 del nuevo Código Procesal Civil**; y guardaría correspondencia y coherencia con las exigencias señaladas por Ley N° 0439 del nuevo Código Procesal Civil: **Art. 288** párrafo **III.-** referida a la revisión extraordinaria de Sentencia por la Sala Civil del Tribunal Supremo; y **Art. 310-III.-** Ley N° 0439 del Código Procesal Civil.- establecidas para: **“Las medidas cautelares a solicitarse antes de la demanda o durante la sustanciación del proceso”**.

CITAS BIBLIOGRÁFICAS

CARLOS MORALES GUILLEN, Código de Procedimiento Civil, Concordado y Anotado, 2^{da} Ed., Gisbert Cía. S.A., 1982, pág. 412, La Paz – Bolivia.

Servando Serrano Torrico Código Civil concordado, Ed. Serrano Ltda., 1994, Cochabamba – Bolivia.

Rodolfo Virreira Flor, Código de Procedimiento Civil, con Exposición de Motivos y Concordado, Ed. Taller Colegio Don Bosco, 1976, pág. 141, La Paz – Bolivia.

Manuel Ossorio, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Ed. Obra Grande S.A., 1986, pág. 318, Montevideo Uruguay.

Guillermo Cabanellas de Torres, Diccionario Jurídico Elemental, Ed. Eliasta, S.R.L., 1982, pág. 133, Buenos Aires Argentina.

Víctor de Santo, Diccionario de Derecho Procesal, Ed., Universidad, pág. 84, Buenos Aires, Argentina.

Eduardo J. Couture, Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Edigraf, Buenos Aires, 1976, Pág. 323 a 326.

José Alem Deaces, Código General del proceso, Uruguay, 1999, Pág. 311.1 a 312, 313. Colección Leyes y Códigos de Bolsillo.

J. Ramiro Podetti, y Víctor A. Guerrero Leconte, Tratado de Medidas Cautelares, Ed., Ediar, 1969.

Hugo Alsina, Tratado Teórico y Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, Ed., Ediar, 2^{da} Edición, 1962, Buenos Aires – Argentina.

Lino Enrique Palacio, Derecho Procesal Civil, Ed. Artes Gráficas, 1992, Buenos Aires Argentina.

Silvia Barona Vilar, De Las Medidas Precautorias al Proceso Cautelar Civil: Una Necesidad Ineludible, Ed. El País, 2003, Santa Cruz – Bolivia.

Ley N° 0439, Ley de 19 de noviembre de 2013, Nuevo Código Procesal Civil, índice alfabético, Ed. El Original, 2013.

Nueva Constitución Política del Estado, del Estado Plurinacional de Bolivia, promulgado, en febrero de 2009..