

Reformulación de la teoría de las medidas cautelares: Tutela de urgencia. Medidas autosatisfactivas

Jorge W. Peyrano

Abogado. Juez de la Cámara de Rosario (Argentina). Miembro del Comité Consultivo Internacional de *Ius et Veritas*.

*¿Dijiste media verdad?
Dirán que mientes dos veces
si dices la otra mitad.*

Antonio Machado

1. INTRODUCCIÓN. FALENCIAS DE LA TEORÍA CAUTELAR CLÁSICA PARA DAR RESPUESTAS JURISDICCIONALES ADECUADAS A CIERTAS SITUACIONES DE URGENCIA.

Para ser consecuentes con el copete elegido, diremos desde el vamos “toda” la verdad. Las herramientas cautelares que tienen a su alcance los justiciables -tanto en la Argentina como en la mayoría de los países de Latinoamérica- son insuficientes, o, más bien inidóneas para resolver de manera adecuada determinadas “situaciones urgentes”. Ahora bien: ¿qué entendemos por tal? Pues calificamos de ese modo a ciertas coyunturas que reclaman una pronta respuesta y solución de parte del órgano jurisdiccional. La existencia de una “situación urgente” se da cuando, v.gr., resulta admisible un amparo o un *habeas corpus*, y también, claro está, cuando deviene procedente el

despacho de una medida cautelar. De ahí la justeza de la ilustrativa frase “si bien todo lo cautelar es urgente, no todo lo urgente es cautelar”. La categoría “urgente” es más amplia que el espacio concedido a una de sus especies, cual es la diligencia precautoria o cautelar.

Sucedee que algunas “situaciones de urgencia” no pueden encontrar una debida solución en el marco del proceso cautelar ortodoxo. ¿Cuándo ocurre ello? Pues cuando, en verdad, el único interés que le asiste al justiciable es el de remover la urgencia, y punto. Vale decir que no pretende ni desea promover pretensión principal alguna posterior y pese a ello, se ve compelido a promoverla para así estar en condiciones de postular (y de conservar) la cautelar que realmente le importa. Sobre el particular, hemos dicho que “ante la falta de mecanismos idóneos los justiciables se ven obligados a ‘inventar’ procesos principales (habitualmente amparos o pretensiones meramente declarativas) para poder estar en condiciones de encaballar en los mismos pedimentos ‘cautelares’ cuya sustancia es, en realidad, lo único que les interesa y motoriza”⁽¹⁾.

Los repertorios jurisprudenciales son pródigos en casos en los cuales, a todas luces, para solucionar la “urgencia” se ha debido acudir a la vía oblicua de tener que promover una pretensión principal para así mantener “viva” la solución de

(1) PEYRANO, Jorge W. *Lo urgente y lo cautelar*. En: J.A., 1995-I, p.889. También puede consultarse sobre el particular CARNOTA, Walter. *De cronogramas, amparos y medidas cautelares*, E.D., Boletín del 17 de Abril de 1996. Puede también consultarse *El Proceso Civil y los Proyectos de reforma “Jaque” a la pendencia*. RÍOS, Gustavo Alejandro. En: *Libro de Ponencias del XVIII Congreso Nacional del Derecho Procesal*, p.432.

urgencia lograda. En caso contrario, se operaría la temida caducidad de la diligencia precautoria concedida⁽²⁾. Veamos algunos ejemplos de lo que decimos. En primer término, mencionaremos el caso “Cariaga”. El mismo tramitó ante la Justicia ordinaria en lo Civil y Comercial de la ciudad de Santa Fe. Se trataba de una demanda de amparo promovida por Eduardo Jesús Cariaga contra el Ministerio de Salud y Medio Ambiente de la Provincia de Santa Fe y/o Provincia de Santa Fe, la que fue acompañada por la solicitud del dictado de una medida cautelar innovativa que mereciera -el 3 de junio de 1996- el siguiente proveído “A la cautelar decretase la suspensión del acto impugnado -omisión de la cobertura de salud-, mandando a los accionados que provean lo pertinente para que al actor se le practique un estudio de histocompatibilidad, a sus efectos, librese oficio”. Así, fue que el recurrente petitionó -y obtuvo- cautelarmente y sin prestación previa de contracautela que se le practicara “un estudio de histocompatibilidad a los fines de determinar el tratamiento a seguir (teniendo en cuenta que de acuerdo al diagnóstico médico padece de aplasia severa de médula ósea) con carácter de urgencia en razón de su estado de paciente terminal según el propio diagnóstico que le otorgó una sobrevivida de tres meses, hace ya un mes, a realizarse, ya sea en los organismos de salud dependientes del estado o aportando los fondos suficientes a los efectos de la realización en el sector privado”. Concomitantemente, historió la realización de un prolongado trámite burocrático en miras a conseguir que el costo del estudio en cuestión fuera afrontado por el Estado santafecino, culminando el mismo con un pronunciamiento administrativo conforme al cual se le hacía saber que aquél carecía de fondos al efecto. Ante ello, “torturando” un tanto los límites del nuevo artículo 43 de la Constitución Nacional, fue que inició amparo judicial para obtener judicialmente lo que administrativamente se le negaba. Le preguntamos al lector ¿puede haber alguna duda de que lo único que le interesaba al postulante era lograr la solución de su “urgencia” y nada más, y de que, seguramente, una vez conseguido ello, la sustanciación del principal (el amparo) habrá entrado en “vía muerta” por siempre jamás?

Como segundo caso, traeremos a cuento “Clavero, Miguel Angel contra el Comité Olímpico Argentino”. También aquí el demandante promovió un amparo -con sustento en los anchos pliegues del artículo 43 de la Constitución Nacional- que mereció -el 24 de Julio de 1996- por parte de la Justicia en Feria en lo civil de Capital Federal, el dictado de la resolución cautelar que seguidamente se transcribe: “disponer que la demandada arbitre de inmediato las medidas necesarias e idóneas para que, en cuanto de ella dependa, se proceda a la acreditación de Miguel Angel Clavero en su condición de integrante del equipo de ciclistas en nuestro país ante los juegos de la XXVI Olimpiada, solventando a su costo o de quien corresponda el importe del pasaje, alojamiento y viático necesario, debiendo adoptar asimismo las medidas pertinentes en la sede de los juegos olímpicos para la efectiva participación del actor en los mismos” (cfr. artículos 230, 232 y ss. del CPCC). El caso tuvo amplia repercusión periodística. Se trataba de un joven ciclista (Miguel Angel Clavero) con muchos antecedentes deportivos y que había sido nominado para integrar la delegación de ciclismo en los juegos de la XXVI Olimpiada de Atlanta (Estados Unidos de Norteamérica). El deportista viajó con pasajes oficiales a Atlanta e inicialmente se alojó en la Villa Olímpica. Sin embargo, al día siguiente de su llegada e inopinadamente, el Jefe de la delegación le habría informado “que, por no estar en los listados oficiales, debía retirarse inmediatamente de la Villa”, lo que determinó su regreso a Buenos Aires. Ante la inminencia de la realización de la justa deportiva de su especialidad, Clavero logró el despacho cautelar más arriba recordado, aunque, en definitiva, no volvió a Atlanta por una serie de circunstancias que tornaron inoficioso su retorno, por más que el Comité Olímpico Argentino había cumplimentado el mandato judicial. Como fuere ¿alguien puede dudar de que lo que pretendía Clavero era única y exclusivamente participar en el certamen en cuestión?: sin embargo, debió “demandar” por amparo, sabiendo todos (el juez, Clavero, el Comité Olímpico Argentino) que sus designios no eran tales sino otros distintos y menos cargados de litigiosidad⁽³⁾.

Y qué decir de las frecuentes intervenciones

(2) PEYRANO, Jorge W. *Compendio de reglas procesales en lo civil y comercial*. 2a.ed. Rosario: Zeus, 1997. p.82.

(3) PEYRANO, Jorge W. *Los nuevos ejes de la reforma procesal civil: la medida autosatisfactiva*. En : E.D. Tomo 167. p.1343.

de los estrados judiciales a raíz de “objeciones de conciencia” formuladas por Testigos de Jehová en miras a no permitir transfusiones de sangre, aun cuando se encontrara al paciente en trance de fallecer. No obstante que la jurisprudencia no es pacífica en el punto, si pareciera haber consenso en que tratándose de menores de edad o de mayores en estado de inconsciencia que no hubieran dado en conocer, previamente y de modo fehaciente, su parecer sobre el particular proceden las transfusiones de sangre ordenadas judicialmente y aun cuando mediara la opinión adversa de parientes próximos⁽⁴⁾. A alguien se le podría ocurrir que tal medida (la orden judicial de transfundir) es una pretensión cautelar que reclama la invocación de alguna pretensión principal añeja. Obviamente, no. ¿Qué es entonces?

Y ya en un plano hipotético, conviene repetir una vez más, el reciente y publicitado caso de Diego Maradona. Es que resulta paradigmático el caso del citado futbolista víctima de un acoso periodístico en una quinta de la localidad de Moreno, que incapaz de soportar la guardia periodística instalada recurrió a un rifle de aire comprimido para descargar sus tensiones, con el resultado de provocar heridas leves a algunos periodistas y la consecuente iniciación de actuaciones penales en su contra. ¿Qué hubiera sucedido si el futbolista en vez de hacer justicia por mano propia hubiera consultado con su abogado? Pues éste le hubiera dicho -sin perjuicio de la existencia de algunas particulares interpretaciones del artículo 1071 bis C.C.⁽⁵⁾- que, quizás podría lograr a través de la obtención de una medida cautelar (una innovativa, por ejemplo) el cese del “acoso periodístico”, pero que inmediatamente después tendría que demandar por responsabilidad aquiliana a los medios de comunicación cuyos periodistas participaban del asedio, porque de lo contrario la cautelar obtenida no se podría sostener. Ejercitando un poco la imaginación, es fácil suponer que en éste y en otros supuestos, es

muy probable que el sujeto pasivo del acoso no tenga otro interés que hacerlos cesar, pero no el de enemistarse, de modo más o menos permanente, con poderosos medios de comunicación. Maradona tan sólo quería que los periodistas se retiraran y nada más. Pese a ello, su letrado se hubiera visto en la necesidad de decirle que ello no era posible y que debía hacer más, es decir, necesariamente debía reclamar daños y perjuicios. Precisamente allí reside el flanco débil de la teoría cautelar clásica, debilidad que hace imperiosa su reformulación. Lo lábil de la doctrina cautelar ortodoxa finca en que se visualiza a las diligencias precautorias como algo que siempre es accesorio de otro juicio principal y que si éste no se promueve -en tiempo y forma-, aquéllas caducan. La opción en nuestra realidad actual es de hierro: o se inventa un juicio principal no querido⁽⁶⁾ o nada se puede hacer en sede judicial⁽⁷⁾.

No acontece lo mismo en otras latitudes, donde con especial referencia la preservación del derecho a la intimidad (aunque muchas ocasiones excediendo dicha temática), se han consagrado “remedios de urgencia” no cautelares. Así, en Francia “la jurisdicción de *referée* actúa prioritariamente suspendiendo la medida dañosa, ordenando el secuestro del material impreso, el diario, libros, revistas, fotografías, cintas gravadas, películas cinematográficas, etc. sin perjuicio del debate ulterior en el plenario ordinario subsecuente”⁽⁸⁾. Algo parecido existe en Italia⁽⁹⁾. Al respecto informa Zavala de González que: “la doctrina y la jurisprudencia italianas, sobre todo en materias de atentados a la intimidad mediante la utilización indebida de la imagen, aceptan una *azione* inhibitoria enderezada a la prohibición bajo sanción de un acto ilícito no ejecutado, y la *azione di rimozione*, cuyo objeto es eliminar un ataque ya iniciado”⁽¹⁰⁾. También Alemania cuenta con una institución análoga denominada “acción de abstención” o “eliminación”⁽¹¹⁾.

Igualmente, Perú posee un marco procesal “de

(4) Conf. Reseñas de fallos inéditos efectuada en el diario *La Nación* del 8 de Enero de 1997. p.10.

(5) PEYRANO, Jorge W. *Vademécum a las medidas autosatisfactivas*. En : J.A., Boletín del 3 de Abril de 1996.

(6) PEYRANO, Jorge W. *Lo urgente y lo cautelar*. Op.cit.; p.899.

(7) Ibid.

(8) CARRANZA, Jorge. *La ley troccoli (20889) y el derecho a la intimidad*. En : J.A., 1975. p.242.

(9) CIFUENTES, Santos. *El derecho a la intimidad*. En : E.D.57. p.840.

(10) ZAVALA de González. Op.cit.; p.153.

(11) CÁCERES, Horacio. *Derecho a la intimidad*. En : L.L., 1978 B. p.909.

urgencia” para hacer valer en sede jurisdiccional los quebrantamientos del derecho a la intimidad⁽¹²⁾; aunque con ribetes menos acusados que en Francia e Italia.

Por fin, es menester consignar que -desde antiguo- el derecho angloamericano ha tutelado prestamente a las víctimas de los susodichos quebrantamientos a través de la emisión de *injunctions*⁽¹³⁾. A título recordatorio puede señalarse que “*injunction* es una expresión del derecho anglosajón que se refiere a las órdenes judiciales de hacer (o de no hacer)”. Si bien terminológicamente podría aproximarse a la intimación, la *injunction* tiene una concreta autonomía funcional dentro del proceso y no comporta una mera resolución simple, sino que es la providencia que decide sobre el objeto del litigio. Por tales motivos carece de semejanza absoluta a instituciones procesales de nuestro sistema jurídico⁽¹⁴⁾.

Si bien no en el plano legislativo, se debe anotar que se advierte una tendencia generalizada en Latinoamérica a instaurar “soluciones urgentes no cautelares”⁽¹⁵⁾.

Finalmente, es menester subrayar muy especialmente la importancia de dichos remedios “de urgencia” no cautelares para solucionar “vías de hecho”. Sabido es que la prohibición de innovar⁽¹⁶⁾ y la medida cautelar innovativa⁽¹⁷⁾ son las diligencias precautorias utilizadas, por lo común, para remover “vías de hecho” (consumadas o en ciernes) unilateralmente dispuestas por un justiciable en desmedro de otro. La medida autosatisfactiva (es decir, el remedio de urgencia no cautelar que hoy nos convoca) puede llegar a cumplir un papel relevante -y la jurisprudencia que luego citaremos es ilustrativa al respecto- en la materia, cuando el interesado no quiera o no se encuentre en condiciones de iniciar una acción principal ulterior.

2. DESCRIPCIÓN.

Se está ante un requerimiento “urgente” formulado al orden jurisdiccional por los justiciables que se agota -de ahí lo de autosatisfactiva- con su despacho favorable, no siendo, entonces necesaria la iniciación de una ulterior acción principal para evitar su caducidad o decaimiento. En otra ocasión hemos señalado que no es una diligencia cautelar⁽¹⁸⁾. Si bien se asemeja a la cautelar porque ambos se inician con una postulación de que se despache favorablemente e *inaudita et altera pars* un pedido⁽¹⁹⁾ se diferencian nítidamente en función a los siguiente:

- a) su despacho (el de la medida autosatisfactiva) reclama una fuerte probabilidad de que lo pretendido por el requirente sea atendible y no la mera verosimilitud con la que se contenta la diligencia cautelar,
- b) su dictado acarrea una satisfacción “definitiva” de los requerimientos del postulante (salvo, claro está, que el destinatario de la precautoria hubiera articulado exitosamente las impugnaciones del caso),
- c) y lo más importante: se genera un proceso (a raíz de la iniciación de una medida autosatisfactiva) que es autónomo en el sentido de que no es tributario ni accesorio respecto de otro, agotándose en sí mismo.

En cuanto a la presentación de contracautela que reclama el proceso cautelar, rectificamos nuestra opinión vertida en otra oportunidad⁽²⁰⁾ según la cual el despacho de una autosatisfactiva no exige en ningún supuesto el otorgamiento de contracautela. Hoy nos parece excesiva tal afirmación. Creemos que serán las circunstancias del caso -aprehendidas y reguladas por el ordenamiento legal- las que determinarán su despacho “con” o “sin” fianza u otro tipo de contracautela⁽²¹⁾. Se impone aclarar que lo de “satisfacción definitiva” debe entenderse en

(12) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Op.cit.; p.266.

(13) DIAZ MOLINA, Iván. *El derecho a la vida privada*. En : L.L.126. p.1001.

(14) CHRISTIANOS, Vassili. *Injunction de hacer y protección judicial del consumidor*. En: *Derecho del Consumidor*. Tomo 3. Rosario: Juris, 1993. p.19.

(15) VÉSCOVI, Enrique. *Estudio comparativo de las nuevas tendencias del derecho procesal civil, con especial referencia al proceso latinoamericano*. En : J.A., Boletín del 31 de Enero de 1996.

(16) AQUILIO, Jorge. *Prohibición de innovar*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1969, passim.

(17) PEYRANO, Jorge W. *Medida cautelar innovativa*. Buenos Aires: Depalma, 1981, passim.

(18) PEYRANO, Jorge W. *Los nuevos ejes*. Op.cit.; p.1347.

(19) PEYRANO, Jorge W. *Vademécum*. Op.cit.; p.2.

(20) PEYRANO, Jorge W. *Lo urgente y lo cautelar*. Op.cit.; p.3.

(21) PEYRANO, Jorge W. *Los Nuevos ejes*. Op.cit.; p.1347.

sus justos límites. Morello se ocupa de formalizar el esclarecimiento del caso, señalando que ello se producirá en el supuesto de que la medida autosatisfactiva sea consentida o que adquiera firmeza como resultado de la frustración de las vías impugnatorias interpuestas por el beneficiario de la misma⁽²²⁾. En síntesis: las medidas autosatisfactivas son soluciones jurisdiccionales urgentes, autónomas, despachables *inaudita et altera pars* y mediando una fuerte probabilidad de que los planteos formulados sean atendibles. Importan una satisfacción definitiva de los requerimientos de sus postulantes y constituyen una especie de la tutela de urgencia que debe distinguirse de otras, como por ejemplo, de las diligencias cautelares clásicas. Pueden llegar a desempeñar un rol trascendental para remover “vías de hecho”, sin tener que recurrir al efecto a la postulación de diligencias cautelares que, como se sabe, ineludiblemente requieren la iniciación de una pretensión principal que, a veces, no desean promover los justiciables.

3. NOMEN IURIS.

Resulta habitual que toda figura jurídica acarree durante algún tiempo una cierta anarquía terminológica. Es corriente que los autores identifiquen inicialmente de manera diversa a iguales institutos o fenómenos jurídicos. Después de algún lapso todo se decanta y consolida. También nosotros hemos contribuido a la imprecisión terminológica de la materia. En efecto, en un primer momento denominamos “proceso urgente”, a lo que hoy designamos “medida autosatisfactiva”⁽²³⁾.

Dicho recambio (“medida autosatisfactiva” por “proceso urgente”) nos seduce por varias órdenes de razones:

a) en primer lugar porque creemos que denota más cabalmente que el núcleo central consiste en que el justiciable obtiene ya mismo la satisfacción de su pretensión y sin que ello dependa de actividades ulteriores, b) en segundo término pensamos que la locución “proceso urgente” es más global, vale decir, que sirve para abarcar otras varias hipótesis en las cuales el factor “tiempo” posee especiales resonancias. Así, hoy empleamos la expresión “proceso urgente” para aludir al género denominado por el factor temporal y que reconoce, entre otras, las siguientes especies: i) el proceso cautelar clásico, ii) las medidas autosatisfactivas, que ayer llamábamos “proceso urgente”, iii) la tutela anticipatoria, por ejemplo, la prevista en el actual artículo 273 del Código Procesal Civil de Brasil⁽²⁴⁾ bajo cuyo amparo el promotor de un proceso principal puede, cumplidos ciertos presupuestos, conseguir una condena anticipada del demandado, obteniendo así prematuramente el objeto de la pretensión; ello sin perjuicio de que prosiga el trámite del proceso principal cuya sentencia de mérito confirmará o dejará sin efecto la resolución anticipatoria dictada con anterioridad⁽²⁵⁾. Por más que creemos que la aludida denominación es la que está prevaleciendo⁽²⁶⁾, no podemos dejar de citar algunas otras designaciones de lo mismo. Así, “cautelar autónoma” (la misma es utilizada en la *praxis*tribunalia con bastante asiduidad, tiene el inconveniente de poder suscitar equívocos en cuanto a la verdadera naturaleza - que no es cautelar- del instituto), cautela satisfactiva⁽²⁷⁾, tutela inhibitoria⁽²⁸⁾, tutela diferenciada⁽²⁹⁾.

(22) MORELLO, Augusto. *La cautela satisfactiva*. En: J.A. 1995-IV. p.414.

(23) PEYRANO, Jorge W. *Informes sobre las medidas autosatisfactivas*. En: *La Ley*, 1996-a. p.1001.

(24) Artículo 273 del Código Procesal Civil de Brasil: “El Juez podrá a requerimiento de parte anticipar, total o parcialmente, los efectos de la tutela pretendida en la demanda, desde que existiendo pruebas inequívocas se convenza de la verosimilitud de la alegación y: i) haya fundado temor ese daño irreparable o difícil reparación; ó ii) quede caracterizado el abuso de derecho de defensa o de manifiesto propósito dilatorio del demandado. 1) En la decisión que anticipa la tutela, el juez indicará de modo claro y preciso las razones de su convencimiento. 2) No se concederá la anticipación de la tutela cuando hubiera peligro de irreversibilidad de la resolución anticipatoria. 3) La ejecución de la tutela anticipatoria observará en lo que corresponda, lo dispuesto en los incisos 1 y 2 del artículo 588. 4) La tutela anticipatoria podrá ser revocada o modificada en cualquier tiempo, mediante decisión fundada. 5) Concedida o no la anticipación de la tutela, procederá al proceso hasta la sentencia final.

Artículo 588 del Código Procesal Civil de Brasil: “La ejecución provisoria de la sentencia, se hará de la misma manera que la definitiva observando los siguientes principios: i) Corre por cuenta y responsabilidad del acreedor, que prestará caución obligándose a reparar los daños causados al deudor. ii) No importa los actos que importen alienación del dominio, ni permitan, sin caución idónea el levantamiento del depósito en dinero. iii) Queda sin efecto sobreviniendo sentencia que modifique o anule la que fue objeto de ejecución, restituyéndose las costas al estado anterior.

(25) MARINONI, Luis Guilherme. *Tutela cautelar e Tutela anticipatoria*. En: *Revista Dos Tribunais*, Passim.

(26) Una prueba de ello es su ya recordada inclusión en el temario del XIX Congreso Nacional de Derecho Procesal.

(27) MORELLO, Augusto. *La cautela satisfactiva*. Op.cit.

(28) NICOLAU, Noemí. *La Tutela inhibitoria y el nuevo Art. 43 de la Constitución Nacional*. En: *La Ley* 1996-a, p.1247; LORENZETTI, Ricardo. *La Tutela Civil inhibitoria*. En: *La Ley* 1995-c. pp.1217 y ss.

(29) ASI TARZIA, G. *Intervento, Atti del XV Convegno Nazionale*, Bari, 4-5/10/85, *la tutela di urgenza*, Rimini, Maggioli 1985. p.150.

4. FUNDAMENTACIÓN.

Ahora bien, a la hora de preguntarse el lector acerca de como “fundar en derecho” la postulación (o el despacho favorable) de una medida autosatisfactiva, los senderos se bifurcan. Así, por ejemplo, las llamadas -y admitidas- atribuciones judiciales implícitas⁽³⁰⁾ pueden servir de pie suficiente a jueces poco proclives a las innovaciones pretorianas; temperamento éste que de observarse a todo trance redundaría no sólo en un inmovilismo de las soluciones jurídicas sino también en la dilucidación injusta de muchos conflictos litigiosos⁽³¹⁾.

Asimismo podría utilizarse *ad hoc*, el argumento de la extensión analógica. En otra ocasión hemos expresado que la medida autosatisfactiva es autónoma en el sentido de que no es accesoria ni tributaria respecto a otra, agotándose en sí misma; tratándose, además, de un instituto de alguna manera precedido por la idea del *numerus clausus*. Con esto último se intenta poner de resalto que, como regla y aunque el legislador no lo haya dicho expresamente, la medida autosatisfactiva solo podría promoverse exitosamente partiendo de alguna consagración legal que regule una situación en particular⁽³²⁾. Todavía hoy suscribimos, hasta cierto punto, tal afirmación pretérita. Por supuesto que ello no involucra que seamos partidarios de interpretaciones legales literales o taxativas. Muy por el contrario. Sucede que, como se verá, existen numerosos dispositivos legales que prevén soluciones que, en esencia, constituyen medidas autosatisfactivas. Si ello es así, una válida interpretación analógica extensiva, parecida a la que proponía Fontanarosa para “abrir” la enumeración de actos de comercio formulada por el añejo texto del artículo 8 del Código de Comercio⁽³³⁾, determinaría que, en definitiva quedarán configuradas múltiples hipótesis en las cuales resultaría legítimo que operara el nuevo instituto que nos convoca. Con lo que, en los hechos, los dos carriles de fundamentación hasta aquí examinados no distarían demasiado entre sí en cuanto a sus resultados prácticos.

Las medidas autosatisfactivas pueden llegar a desempeñar un rol trascendental para remover “vías de hecho”, sin tener que recurrir al efecto a la postulación de diligencias cautelares que, como se sabe, ineludiblemente requieren la iniciación de una pretensión principal que, a veces, no desean promover los justiciables

Una tercera vía podría ser la escogida por las VII Jornadas Bonaerenses de Derecho Procesal Civil y Procesal de Junín. En dicho certamen científico -sobre el cual abundaremos infra- se prefirió echar mano a la medida cautelar genérica⁽³⁴⁾ a título de andamiaje legal para dar sustento a las medidas autosatisfactivas. La idea no resulta *a priori* condenable puesto que -sin duda- la medida autosatisfactiva es un pariente próximo de las diligencias cautelares. Pero, ¡claro! afinidad no es identidad y, como se verá, es largo el trecho que separa a una y otra figura. Como fuere mucho tiene de rescatable la presente vía.

Por fin, debemos anotar que existen autores que parecen encontrar en los anchos pliegues del artículo 43 de la Constitución Nacional, suficiente sustento para dar cabida al ideario de la medida autosatisfactiva⁽³⁵⁾.

5. SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS CON FIGURAS JURÍDICAS ALEDAÑAS.

En primer lugar, procede comparar a la medida autosatisfactiva con las diligencias precautorias. Anteriormente, nos hemos explayado acerca de las diferencias (y también respecto de algunas semejanzas)

(30) PEYRANO, Jorge W. *Medida cautelar innovativa*. Op.cit.; pp.95 y ss.

(31) Causa grima comprobar, v.gr., la existencia de decisiones judiciales que se limitan alegre y cómodamente a considerar inaplicable un instituto jurídico y novedoso fundamentado y con visos de seriedad, con el socorrido argumento de que el mismo no está regulado expresamente por la ley.

(32) PEYRANO, Jorge W. *Lo urgente y lo cautelar*. Op.cit.; p.900.

(33) FONTANARROSA, Rodolfo. *Derecho Comercial Argentino*. Parte general. Buenos Aires: Victor de Zavalia, 1967. p.101.

(34) Dicho certamen declaró que interin se concreta la regulación legal sugerida puede recurrirse -en casos absolutamente excepcionales- al artículo 232 del CPCN o normas análogas igualmente consagradorias del poder cautelar genérico, para proporcionar soluciones urgentes no cautelares (medidas autosatisfactivas).

(35) Así Noemí Lidia Nicolau en el trabajo citado en la nota 28.

existentes entre ambas figuras. Corresponde ahora que abundemos un poco más sobre el tema. La falta de acatamiento de una medida autosatisfactiva puede originar las mismas consecuencias que acarrea el incumplimiento de la orden judicial que contienen toda diligencia cautelar. Así, v.gr., tal incumplimiento puede ser objeto de persecución penal, de la aplicación de una medida conminatoria⁽³⁶⁾ y también de *astreintes*⁽³⁷⁾.

No creemos que las medidas autosatisfactivas sean afines a los amparos en primer término, porque puede suceder que resulte ineludible la emisión de una autosatisfactiva sin que medie un derecho de rango constitucional claramente conculcado. En segundo, porque el amparo no concede soluciones tan prontas como las proporcionadas por la medida autosatisfactiva. Se debe tener en cuenta que el trámite de aquél siempre lleva su tiempo. Cierto es que la parte interesada podría recurrir en su seno a una cautelar, pero si ello es así y la cuestión se puede resolver adecuadamente por esa vía, ¿a qué traer a cuento a la medida autosatisfactiva que, por definición, posee una naturaleza residual y hasta cierto punto *in extremis*?⁽³⁸⁾.

Tampoco debe confundirse con otra especie de la categoría “proceso urgente”, cual es la de las “sentencias anticipatorias”⁽³⁹⁾. Es que éstas -v.gr. las previstas por el artículo 273 del Código Procesal Civil de Brasil⁽⁴⁰⁾- anticipan, total o parcialmente, el objeto de ciertas pretensiones (no de todas) que pueden esgrimir los justiciables, acuciados por un riesgo -que deberá acreditarse *prima facie*, representado por una fuerte dosis de probabilidad- de que pueda llegar a sufrir un “perjuicio irreparable”, perjuicio que constituye un *plus* respecto del habitual “peligro en la demora” exigido para las pretensiones cautelares. El requirente debe prestar contracautela y si obtiene el dictado de la sentencia anticipatoria, ella se insertará dentro del

proceso troncal que seguirá su trámite, no representando una incidencia separada. Se insiste en que el trámite troncal seguirá su curso, y la sentencia de mérito revocará o confirmará la sentencia anticipatoria⁽⁴¹⁾.

Volviendo sobre nuestros pasos⁽⁴²⁾, decimos hoy que los límites de la denominada “cautela material”, no coincide con los de la medida autosatisfactiva. Es que, o se concibe a aquélla como una medida precautoria caracterizada por sus efectos⁽⁴³⁾ o se la tiene por una verdadera sentencia anticipatoria. En ambos supuestos, se estaría en un campo que no concuerda con el de la medida autosatisfactiva.

6. EJEMPLIFICACIÓN LEGAL.

Sin pretensiones, ni mucho menos, de elaborar un catálogo exhaustivo, a continuación ofrecemos un muestrario de textos legales que han incorporado, a todas luces, lo medular y el ideario de la medida autosatisfactiva, aunque, por supuesto, sin mencionarla expresamente.

6.1. Órbita del derecho civil y comercial.

Artículo 1071 bis del Código Civil (preservación del derecho a la intimidad): “El que arbitrariamente se entrometiere en la vida ajena, publicando retratos, difundiendo correspondencia, mortificando a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturbando de cualquier modo su intimidad, y el hecho no fuere un delito penal, será obligado a cesar en tales actividades, si antes no hubieren cesado, y a pagar una indemnización que fijará equitativamente el juez, de acuerdo con las circunstancias; además, podrá éste, a pedido del agraviado, ordenar la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta

(36) PEYRANO, Jorge W. *El proceso atípico*. Buenos Aires: Universidad, 1993. pp.15 y ss.

(37) *Ibid.*, pp.35 y ss. Sobre la posibilidad de aplicar *astreintes* en la hipótesis de incumplimiento de medidas autosatisfactivas, se ha exployado Luis Andorno en su monografía *El denominado Proceso urgente (no cautelar) en el derecho argentino como instituto similar a la acción inhibitoria del derecho italiano*. En: J.A. 1995-II. p.889.

(38) PEYRANO, Jorge W. *Vademécum*. Op.cit.; p.3.

(39) MARINONI, Luis Guillermo. *La tutela anticipatoria en la reforma del Proceso Civil Brasileiro*. En: *Jurisprudencia Santaefecina*, No.25, pp.17 y ss.; Introducción al estudio de la tutela anticipación, constancia documentada de ello. Durante el tiempo de la relación deberá otorgar tal constancia cuando medien causas razonables.

(40) Cfr. supra nota 24.

(41) PEYRANO, Jorge W. *Los nuevos ejes*. Op.cit.; passim.

(42) *Ibid.*

(43) MORELLO, Augusto. *La cautela material*. En: J.A. 1992 iv. p.314.

medida fuese procedente para una adecuada reparación”. Tal norma -una de cuyas fuentes principales fue el Proyecto del Código Civil para Bolivia redactado por Ossorio y Gallardo- posee una redacción actual que es el producto de la promulgación de la Ley No.21.773 que vino a enmendarle la plana a la malhadada (por su deficiente trámite legislativo) Ley No.20.889 que también había intentado regular la materia a través de la inserción del artículo 32 bis del Código Civil⁽⁴⁴⁾. La referida es la única disposición legal utilizable para conceder “rápida respuesta” a un menoscabo a la privacidad. Vale decir que una primera lectura del citado artículo 1071 del Código Civil sólo trae por resultado que la víctima del susodicho menoscabo tendría únicamente la posibilidad de recurrir a una medida precautoria (por lo común, se tratará de una diligencia cautelar innovativa) para detener el correspondiente ataque a la intimidad⁽⁴⁵⁾. Es más: alguna distinguida fuente autoral interpreta que el citado artículo 1071 bis del Código Civil otorga únicamente la vía cautelar para hacer frente a un atentado a la privacidad⁽⁴⁶⁾.

Por tiempo después de sancionada la reforma de 1968 al Código Civil, Borda se explayó acerca de los inconvenientes derivados de una lectura del artículo 1071 bis del Código Civil que concluya en que únicamente se cuenta con un proceso cautelar clásico para dar una solución presta a un ataque a la intimidad⁽⁴⁷⁾. En términos semejantes se ha expedido Zavala de González⁽⁴⁸⁾.

Resulta ser que una segunda lectura del artículo 1071 bis del Código Civil persuade, creemos, que sin perjuicio de que el afectado en su privacidad pueda promover una medida cautelar que inmediatamente deba ser seguida de la iniciación de una acción principal, podría (a su elección) optar, v.gr., por solicitar el “cese inmediato” de las ofensas respectivas demostrándole al juez que media una fuerte

probabilidad (no meramente que concurra la nota de “verosimilitud”) de que tenga en su haber el derecho que alega. Los antecedentes que inspiraron la redacción del artículo 1071 bis del Código Civil conspiran para que la interpretación indicada resulte atinada⁽⁴⁹⁾. Hemos dicho que: “el texto y el espíritu del artículo 1071 bis del Código Civil está diciendo que pronto y expeditamente deberán hacerse cesar las actividades violatorias del derecho a la intimidad”. Ello, en buen romance, quiere decir que no está subordinado el cese de marras a la inevitable promoción de un proceso cautelar, todo lo cual se compagina con los antecedentes foráneos ponderados (y ya citados) a la hora de redactar el artículo 1071 bis del Código Civil⁽⁵⁰⁾. Zavala de González no parece demasiado distante de nuestra línea de pensamiento y, sobretodo, de la necesidad de concebir como algo distinto “a lo urgente” respecto a lo cautelar: “la protección de los derechos de la personalidad a través de las medidas cautelares no es plenamente satisfactoria. En efecto: ésta se encuentra en función de la tutela jurisdiccional de fondo, es decir, poseen carácter instrumental, condicionado a una pretensión principal. Su finalidad es hacer eficaz la sentencia y su principal nota distintiva es la provisoriedad, de modo que de ordinario se extinguen con el fin del proceso, salvo cuando su contenido coincide con el objeto de éste y el acogimiento de la pretensión los consolida. Por lo contrario, la obligación de cesar en la actividad ilícita para la intimidad tiene naturaleza autónoma, ya que procede aun en ausencia de daño y culpabilidad”⁽⁵¹⁾.

Igualmente, Andorno considera que el artículo 2618 del Código Civil (ruidos y molestias en inmuebles vecinos), da pie para el despacho de una medida autosatisfactiva⁽⁵²⁾.

Por su parte, Lorenzetti también cree ver otro supuesto de la susodicha medida en materia de protección de la obra autoral: en el caso de propiedades

(44) PEYRANO, Jorge W. *Una revolución procesal inadvertida*. En: *Revista de Estudios Procesales*, No.23. pp.18 y ss.

(45) BELLUSCIO, Augusto y colaboradores. *Código Civil y Leyes Complementarias. Comentario. Anotado y concordado*. Tomo 5. Buenos Aires: Astrea, 1984. p.83.

(46) RIVERA, Julio César. *Derecho a la intimidad*. En: *La Ley*. 1980-D. p.932.

(47) BORDA, Guillermo. *Una ley estéril*. En: E.D. 67. p.581.

(48) ZAVALA DE RODRÍGUEZ, Matilde. *Derecho a la intimidad*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1982. p.157.

(49) PEYRANO, Jorge W. *Lo urgente y lo cautelar*. Op.cit.

(50) Ibid.

(51) ZAVALA DE GONZÁLEZ. Op.cit.; p.159.

(52) ANDORNO, Luis. *El denominado proceso urgente*. Op.cit.; p.892.

intelectuales, los jueces podrán, previa fianza de los interesados “decretar preventivamente la suspensión de un espectáculo teatral, cinematográfico, filarmónico u otro análogo (...) y toda otra medida que sirva para proteger eficazmente los derechos que ampare esta ley” (artículo 79, Ley No.11.723)⁽⁵³⁾.

Del mismo modo, otros autores sospechan que en materia de la llamada “legislación complementaria” abundan ejemplos en medidas autosatisfactivas “ocultas”⁽⁵⁴⁾. También en materia de legislación complementaria, la Ley No.24.417 de protección contra la violencia familiar⁽⁵⁵⁾ aporta un buen ejemplo de medida autosatisfactiva “legal”. Sobre la cuestión, se ha dicho lo siguiente: “vale destacar, una vez más, que el objeto de la ley es la protección familiar y que, por ende, no hay cautelares a dictar, toda vez que el proceso mismo es una cautela. Por ello entendemos que conceptualmente es desacertado señalar, como lo hace la ley en el artículo 4 que el Juez puede adoptar medidas cautelares, pues a diferencia de los restantes procesos de conocimiento, no existe una pretensión principal que deba ser garantizada a través de una cautelar, sino que por el contrario en estos procesos existe una única pretensión: la cautelar. Por tal razón, cuando un juez ordena “la exclusión del autor” (artículo 4 inciso a) ‘prohíbe su acceso’ (artículo 4 inciso b) ‘ordena el reintegro al domicilio de quien ha debido salir del mismo’ (artículo 4 inciso c), en realidad lo que está haciendo es atender el único pedido que motivó el inicio del proceso”⁽⁵⁶⁾.

Artículo 252 de la Ley de Sociedades Comerciales (Ley No.19550): “El juez puede suspender a pedido de parte, si existieren motivos graves y no mediare perjuicios para terceros, la ejecución de la resolución impugnada, previa garantía suficiente para responder por los daños que dicha medida pudiere

causar en la sociedad”.

A continuación, reseñaremos las principales cuestiones generadas en derredor a la interpretación de la letra y el espíritu del susodicho dispositivo legal, y ya verá el lector en donde reside la medida autosatisfactiva de la que hablábamos. En primer lugar, se impone anotar que la referida suspensión judicial de la ejecución de una resolución asamblearia es de interpretación estricta o restrictiva⁽⁵⁷⁾, pese a que ello no surja expresamente del texto legal⁽⁵⁸⁾. En segundo término, es menester señalar que los alcances de su tenor expreso han sido considerados justificadamente, como de índole cautelar⁽⁵⁹⁾. Más concretamente: se habla en el caso de una medida cautelar innovativa⁽⁶⁰⁾ aunque algunos autores entienden que no es una “simple medida cautelar” sino algo más⁽⁶¹⁾. Pongárese que el funcionamiento del artículo 252 de la ley argentina de sociedades comerciales presupone que se ha emitido una decisión asamblearia cuya ejecución se pretende suspender por la vía judicial. Pero puede suceder y aquí comienza la incidencia del espíritu más que de la letra del artículo 252 de la Ley No.19.550 que el socio puede y quiera obtener la suspensión judicial no ya de la ejecución de una resolución asamblearia sino de la propia celebración de la asamblea correspondiente o de su prosecución si es que dio comienzo a sus sesiones. Ello puede ocurrir cuando, por ejemplo, ha mediado una defectuosa convocatoria a la misma (v.gr. por falta de la publicidad correspondiente). Al respecto, se ha declarado judicialmente lo siguiente: “entre los requisitos de forma establecidos por la Ley para la validez o eficacia de las decisiones adoptadas por las asambleas sociales, se encuentra la de convocatoria regular de ésta, que debe ser hecha por el órgano autorizado por ella, cumpliendo las publicaciones respectivas (artículo 237 L.S.). Ésta es

(53) LORENZETTI, Ricardo. *La tutela civil inhibitoria*. Op.cit.; p.1220.

(54) NICOLAU, Noemí L. *La tutela inhibitoria*. Op.cit.; p.1247.

(55) VERDAGUER, Alejandro y RODRÍGUEZ PRADA, Laura. *La Ley, 24.417 de protección contra la violencia familiar como “proceso urgente”*. En: J.A., Boletín del 19 de marzo de 1997. p.10.

(56) Ibid.

(57) VERÓN, Alberto. *Sociedades comerciales. Ley 19550. Comentada, anotada y concordada*. Tomo III. Buenos Aires: Astrea, 1993. p.933.

(58) NISSEN, Ricardo. *Impugnación judicial de actos y decisiones asamblearias*. Buenos Aires: Depalma, 1989. p.182.

(59) Ibid.; p.183.

(60) Ibid.; p.184.

(61) BENDERSKY, Mario. *Impugnación judicial de asambleas de sociedades anónimas*. En: *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*. Año 10. Buenos Aires: Depalma, 1977. p.41.

una forma legal de citación que es irremplazable por cualquier otro medio, incluso la citación personal, que permite presumir de *iure* que con ella han tomado conocimiento los accionistas (Cfr. supra nota 58)". A la doctrina no le ha pasado inadvertida la posibilidad de hacer valer en el caso algún déficit en el trámite de convocatoria a una asamblea de sociedad anónima⁽⁶²⁾. Es más: en la *praxis* argentina no faltan los casos en los cuales el socio que padece un déficit de convocatoria a una asamblea de una sociedad anónima haya planteado y obtenido -aunque el tenor del artículo 252 L.S. no contemplen expresamente el supuesto- la suspensión judicial de la misma. Sobre el particular, Farina precisa que: "la ley de sociedades no contiene disposición alguna que regule la posibilidad de plantear judicialmente como medida previa la oposición a la celebración de una asamblea manifiestamente mal convocada o cuando no se ha permitido a un accionista presentar sus acciones en término, o se le impide el acceso a la asamblea, etc. El artículo 252 se refiere a la suspensión preventiva de la ejecución de la resolución impugnada, lo cual significa que debe existir una resolución adoptada por una asamblea ya realizada"⁽⁶³⁾. Más adelante y en posición que compartimos, sostiene que: "pareciera que la ley no admite una medida procesal con la que planteamos. Sin embargo, creemos que está dentro de las facultades jurisdiccionales de los jueces ordenar la suspensión de la celebración de una asamblea cuando resulte evidente la violación grosera de los requerimientos esenciales exigidos para declararla validamente constituida"⁽⁶⁴⁾. Ahora bien: tal creación pretoriana, es decir, la de suspender judicialmente la celebración (y ya no la ejecución de una resolución asamblearia) de la asamblea de los socios de una sociedad anónima a raíz de ciertas falencias (por ejemplo en su convocatoria) conocidas por el socio con bastante antelación, ¿es o no es una medida autosatisfactiva? Pensamos que la respuesta debe ser afirmativa. Por de pronto, no advertimos la concurrencia de razón atendible alguna para obligar al accionista del caso a esperar la adopción de una resolución asamblearia, cuya validez está condenada de antemano. Por otro lado, no visualizamos ni la

necesidad (y ni tan siquiera la posibilidad) por parte de quien obtuviera la suspensión judicial de la realización judicial de la asamblea correspondiente, de tener que promover alguna pretensión principal con posterioridad. Estamos, entonces, ante una medida autosatisfactiva en sede comercial, pariente próxima de las diligencias cautelares pero que se diferencia de éstas por su autonomía y por conceder, en cierta forma, una satisfacción definitiva a los requerimientos de quienes reclaman su dictado⁽⁶⁵⁾.

6.2. Derecho de información y de control individual de los asociados de los libros y de la documentación societaria.

Artículo 55 de la Ley No.19.550: "Los socios pueden examinar los libros y papeles sociales, y recabar del administrador los informes que estimen pertinentes. Esta disposición no se aplica a las sociedades por acciones y en las sociedades de responsabilidad limitada de veinte o más socios".

Artículo 1696 del Código Civil: "La prohibición legal o convencional de injerencia de los socios en la administración de la sociedad, no priva que cualquiera de ellos examine el estado de los negocios sociales, y exija a ese fin la presentación de los libros, documentos y papeles, y haga las reclamaciones que juzgue convenientes".

En materia comercial y en lo que atañe a ciertas sociedades, se reconoce -con base en el artículo 55 L.C.- la procedencia de la exhibición parcial -no de la "documentación" o exhibición general de libros⁽⁶⁶⁾- de la comunicación societaria inclusive los libros auxiliares. Interesa remarcar que "el derecho de información de los socios (con las excepciones taxativamente determinadas en la última parte del artículo) debe considerarse ilimitado e irrestricto. El examen de los libros comprende la totalidad, no sólo los impuestos por la ley, sino también todos los auxiliares, aun cuando no estén rubricados, que componen el armazón básico de la contabilidad. Dicha comunicación debe extenderse a los sistemas de fichas, cualquiera sea la forma en que sean llevadas, planillas, correspondencia, contratos con terceros,

(62) *Juris*. Tomo 81. p.269.

(63) BENDERSKY. Op.cit.; p.18.

(64) FARINA, Juan. *Tratado de Sociedades Comerciales. Sociedades Anónimas*. Rosario: Zeus, 1979. p.293.

(65) PEYRANO, Jorge W. *Las medidas autosatisfactivas en materia comercial*. En: J.A., boletín del 3 de marzo de 1996. p.2.

(66) FONTANARROSA. Op.cit.; p.368 y ss.

representantes, dependientes, resúmenes de cuentas bancarias, y todo comprobante que permita establecer si existe una relación armónica entre la compra o aprovisionamiento de materias primas o mercaderías, costos de producción, y ventas o prestación de servicios. En especial menciono la relación existente entre las unidades que se adquieren, y las unidades que se venden (transformadas, procesadas, o no), por lo que sin duda el derecho de comunicación se extiende en forma amplia a los registros de *stocks*⁽⁶⁷⁾.

En la órbita civil y con apoyo en el citado artículo 1696 del Código Civil se sostiene una posición menos limitativa, en tanto y en cuanto se considera que “en las sociedades civiles los socios pueden, en cualquier tiempo, examinar todos los libros y papeles de la sociedad, sin estar obligados a expresar el propósito que los guía, ya que la ley los autoriza a exigir su presentación para formular las reclamaciones, que juzguen convenientes, aun cuando la sociedad esté en liquidación. Pero si se ha designado administrador judicial, quien da cuenta del estado de los negocios en el expediente, los socios no tienen derecho de acudir libremente al establecimiento para examinar los libros y papeles sociales, sino que deben exigirlos en el juicio”⁽⁶⁸⁾.

Ahora bien: ¿cuáles son las consecuencias derivadas de quien deba facilitar la exhibición de los libros sociales respectivos, obstaculice o impida la respectiva compulsas? Sobre el particular, Verón señala que: “La resistencia a permitir el ejercicio de este derecho autoriza a recurrir judicialmente para que se haga efectivo, pero en manera alguna por sí solo, a obtener la remoción provisional del administrador. Si éste denegara el examen no obstante la conminación judicial, se prestará el amparo de la fuerza pública para hacerlo efectivo o se nombrará un interventor en la administración de este solo efecto, todo a costa del administrador de la sociedad. La resolución judicial fijará las modalidades de ese control (v.gr. horario)”⁽⁶⁹⁾. Estrada agrega que: “cualquier demora o vacilación en la aplicación de normas de por sí muy claras implicará eventualmente permitir la comisión y/o el ocultamiento de acciones delictuosas por parte de los administradores o socios remisos (Cfr. supra nota 67)

¿Puede, siquiera por un momento dudarse acerca de que se está ante una autosatisfactiva? ¿O acaso se exige al postulante la promoción de alguna acción principal ulterior en orden a legitimar la exhibición de libros obtenida?

6.3. Materia procesal civil.

Artículo 781 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación: “El derecho del socio para examinar los libros de la sociedad se hará efectivo, sin sustanciación, con la sola presentación del contrato, decretándose las medidas necesarias si correspondiere. El juez podrá requerir el cumplimiento de los recaudos necesarios para establecer la vigencia de aquél. La resolución será irrecurrible”⁽⁷⁰⁾.

Artículo 669 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe: “El derecho acordado a los socios para examinar los libros de la sociedad se llevará a efecto sin trámite alguno”.

Tales normas constituyen una suerte de “desarrollos procesales” de los precitados textos correspondientes a los artículos 55 L.S. y 1696 del Código Civil. Vale decir que las referidas normas regulan cuestiones de índole procedimental, pero lo sustancial del asunto se encuentra disciplinado, insistimos, por las susodichas normas. Obviamente, entonces también los artículos 781 CPN y 669 CPC consagran medidas autosatisfactivas. Calando, aun más, en el costado procesal de la cuestión, Fenochietto y Arazi, apuntan que “el interesado, socio que acredite tal carácter con presentación del contrato social, podrá requerir al juez que ordene que los libros de la sociedad sean puestos a su disposición para examinarlos por sí o con el auxilio de peritos contadores. También deberá acreditar que ha requerido los libros y éstos le fueron negados. El juez deberá arbitrar las medidas que estime más ágiles para verificar la vigencia del contrato en que se funda la petición, ordenando posteriormente sin sustanciación, el examen en la forma solicitada, bajo apercibimiento de hacerlo por la fuerza pública. En consecuencia, el procedimiento es sumamente abreviado. Dada la verosimilitud del derecho que debe acreditar el actor, la resolución que se dicte será

(67) ESTRADA, Jorge Alberto. *Reflexiones acerca de a aplicación del artículo 55 de la Ley 19.550*. En: E.D. Tomo 76. p.887.

(68) SALAS, Acdeel y TRIGO REPRESAS, Felix. *Código Civil y leyes complementarias anotados*. 2a.ed. Tomo 2. Buenos Aires: Depalma, 1974. p.376.

(69) VERÓN, Alberto. *Sociedades comerciales*. Tomo 1. Buenos Aires: Astrea, 1982. p.405.

(70) ESTRADA. Op.cit.; p.887.

irrecusable⁽⁷¹⁾. Asimismo, consignan que el socio se encuentra habilitado para designar peritos a efectos de compulsar los libros sociales⁽⁷²⁾. Artículo 298 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe: “Siempre que una persona tenga interés en depositar judicialmente una cosa por cuenta de un tercero, el juez lo ordenará bajo inventario y en persona de responsabilidad, con situación del tercero si estuviese en lugar del juicio o del agente fiscal. En su defecto, el inventario será hecho por el actuario o por perito nombrado por el juez y expresará la calidad y el estado de los objetos depositados. Si el solicitante no estuviere conforme, el juez, previo un reconocimiento o las diligencias que estimara oportunas, hará la declaración correspondiente, sin lugar a recurso alguno”.

Por comodidad, simetría mental o dificultad para encontrar otro encuadramiento resulta corriente que las normas sobre depósitos de cosas se ubiquen, a la hora de codificar, en la parte de medidas cautelares. Así aconteció en la legislación procesal civil santafesina y en la mayoría de las restantes regulaciones adjetivas civiles nativas. Sin embargo, un reexamen del asunto hace suscitarse la sospecha de que el mencionado “depósito de cosas” podría conceptualizarse como una verdadera medida autosatisfactiva. En tal sentido se alista el parecer de Ines Lepori quien afirma: “Ahora bien, el interrogante que nos ocupa es saber si el depósito de cosas puede utilizarse como ‘medida autosatisfactiva’. Entendemos que la respuesta afirmativa se impone y que la utilización de la figura como tal puede dar solución a diversos casos. Supongamos que una persona tiene en su poder cosas que pertenecen a otra, ya sea porque le fueron dejadas voluntariamente por esta -en virtud de la celebración de un contrato o por algún otro motivo- o bien por

que constituyen la contraprestación de algún contrato celebrado con la misma. Supongamos también que esa persona quiere restituir las cosas, o quiere hacer entrega de ellas para cumplir la contraprestación a su cargo, pero que, por negligencia o desinterés de la otra no le son recibidas o, lo que es peor, ni siquiera sabe a quién debe entregarlas. Supongamos finalmente que esa persona no tiene interés en entablar ningún proceso principal, contra el tercero, sino simplemente hacer entrega de las cosas. Así pues, en casos como el relatado, resultaría sumamente útil que los justiciables pudieran valerse del depósito de cosas legislado en este artículo para hacer entrega de las mismas, sin que “ante la falta de mecanismos idóneos, se vean obligados a ‘inventar’ procesos principales habitualmente amparados o pretensiones mere declarativas para poder estar en condiciones de encaballar en los mismos procedimientos ‘cautelares’ cuya sustancia es, en realidad, lo único que les interesa y motoriza⁽⁷³⁾”.

6.4. Materia laboral.

Los artículos 53 y 55 de la Ley No.23571 establecerían conforme un sector de la doctrina⁽⁷⁴⁾ una especie de medida autosatisfactiva tendiente a la pronta cesación de conductas antisindicales.

El doctor Nicolás Vitantonio -con acopio de razones- cree advertir en el artículo 80 del Régimen de Contrato de Trabajo⁽⁷⁵⁾ la existencia de operatividad en una medida autosatisfactiva⁽⁷⁶⁾.

7. RECEPCIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA MEDIDA AUTOSATISFACTIVA.

En lo que podría considerarse el *leading case*⁽⁷⁷⁾, se estaba ante un caso de un asociado a una

(71) FENOCHIETTO, Carlos y ARAZI, Roland. *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación comentado y concordado con el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires*. Buenos Aires: Astrea, 1985. Tomo 3. p.597.

(72) *Ibid.*; p.597 al pie.

(73) Conf. *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe. Análisis doctrinario y jurisprudencial*. PEYRANO, Jorge Walter (director). Tomo 1. *Juris*. pp.886 y ss.

(74) LORENZETTI, Ricardo. *La tutela civil inhibitoria*. p.1221.

(75) Artículo 80 del Régimen de contrato de Trabajo: “La Obligación de ingresar los fondos de la seguridad social por parte del empleador y los sindicales a su cargo, ya sea como obligado directo o como agente de retención, configurará asimismo una obligación contractual. El empleador, por su parte, deberá dar al trabajador, cuando este lo requiriese a la época de la extinción de la relación, constancia documentada de ello. Durante el tiempo de la relación deberá otorgar tal constancia cuando medieren causas razonables”.

(76) De su ponencia *Medida autosatisfactiva y derecho laboral*, remitida al XIX Congreso Nacional de Derecho Procesal.

(77) Se trata de los caratulados ZUBELDÍA, Julio Cesar contra COOPERATIVA DE TRABAJO FERROVIARIA TALLER PEREZ LTDA. sobre Cumplimiento de Estatuto, que tramitaran ante el Juzgado de Primera Instancia de Distrito en lo Civil y Comercial de la 3a. Nominación de Rosario. La resolución respectiva es del 24 de Setiembre de 1996 y fue consentida.

cooperativa de trabajo que fue excluido de la misma. Ante ello, apeló (con efecto suspensivo) la resolución de exclusión para ante la asamblea ordinaria. Del juego de varias normas estatutarias, resultaba que el asociado excluido estaba en condiciones de ejercitar todos los derechos y obligaciones correspondientes hasta tanto resolviera, en definitiva, la asamblea ordinaria. Al presentarse para cumplir sus tareas habituales, le fue impedido el ingreso por el presidente del consejo de administración. Se produjo así en la especie una típica “vía de hecho”, que no se encontraba respaldada por ninguna válida decisión societaria. Para remover dicha vía de hecho, el asociado en cuestión petitionó el despacho de una medida autosatisfactiva, disponiéndose, sin prestación de contracautela por no corresponder en atención a las características de la pretensión y al basamento documental arrojado, “se libre oficio al Juez con competencia en el domicilio de la Cooperativa de Trabajo Taller Pérez Cooperativa Limitada a fin de que se constituya en el mismo a efectos de hacerle saber que deberá proceder a poner al actor en pleno uso y goce de su estado de socio de la misma notificada que sea de esta decisión judicial”.

En otra causa, si bien se decretó una medida autosatisfactiva, se hizo con previo otorgamiento de contracautela⁽⁷⁸⁾. Veamos la plataforma fáctica de la misma: “el actor es socio gerente de la accionada, que se dedica a la explotación por concepción del transporte de pasajeros; tiene su contrato social inscrito en el RPC y carece de sindicatura, poseyendo los socios amplio acceso a los libros sociales atento lo dispuesto por la Ley No. 19550, artículo 55; acceso éste que sin embargo le ha sido vedado, motivo por el cual solicita, de conformidad a lo manifestado y lo dispuesto por el Código de Procedimiento Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe, artículo 669, se libre mandamiento al Oficial de Justicia a fin de que proceda a constituirse en la sede social de la accionada y le notifique de lo petitionado y ordene se exhiba al suscrito y/o a la CPN designada en su representación los libros, documentación y registros computarizados de la misma, facultándose para extraer fotocopia de lo que

considere necesario, con facultades de ley”. El tribunal interviniente accedió, en todos sus puntos, a lo reclamado.

8. RECEPCIÓN EN CERTÁMENES CIENTÍFICOS.

La medida autosatisfactiva ya cuenta con reiteradas invocaciones y pronunciamientos favorables, reuniones científicas del más empinado nivel. Sin duda, tal circunstancia contribuirá a que, más tarde o más temprano, se transforme en “doctrina recibida”, resultando así más expedita su alegación y aplicación.

Siguiendo el orden cronológico notamos que, a nuestro entender, fue en tierras uruguayas donde por vez primera resonó en un importante certamen el *nomen juris* medida autosatisfactiva. Ello ocurrió en el marco de las VIII Jornadas Uruguayas de Derecho Procesal celebradas en La Paloma en abril de 1995. En la oportunidad, se concluyó en que: “Las exigencias de la vida jurídica actual han determinado la necesidad de crear estructuras destinadas a la resolución urgente de pretensiones en forma definitiva al margen de la tutela cautelar y provisional clásicas”. Después, el XVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal (Santa Fe, junio de 1995) declaró lo siguiente: “La categoría del ‘proceso urgente’ es más amplia que la de proceso cautelar. Así, la primera comprende también las denominadas medidas autosatisfactivas y las resoluciones anticipatorias”. Con posterioridad el X Congreso Provisional de Derecho Procesal de Santa Fe (agosto de 1996), se pronunció, de modo más amplio, de la siguiente forma: “1) El proceso urgente constituye una categoría amplia caracterizada por la necesidad de proporcionar respuestas jurisdiccionales prontas y expeditas a determinadas situaciones cuya solución no admite demoras. Las diligencias cautelares son sólo una especie de las mismas, pero también se integra con otras: las medidas autosatisfactivas, las sentencias anticipatorias, el *habeas corpus*, etc. La doctrina cautelar clásica es insuficiente para otorgar soluciones adecuadas a ciertas coyunturas urgentes. Su principal falencia, consiste en exigir, ineludiblemente, la promoción de acciones principales posteriores para mantener en pie la solución urgente lograda, acciones principales cuya promoción, muchas veces, no desean

(78) Se trata de los caratulados *ARAINERI, Fernando Maximiliano contra ETA GRAL MOSCONI S.R.L. sobre Exhibición de libros sociales*, que tramitaran ante el Juzgado de Primera instancia de Distrito en lo civil y Comercial de la 3a. nominación de Rosario. La resolución respectiva es del 30 de Octubre de 1996 y también fue consentida.

los justiciables requirentes. Las medidas autosatisfactivas son despachables *in extremis*, por lo que se debe ponderar con suma prudencia las circunstancias de cada caso. Por ejemplo la irreparabilidad del perjuicio que se puede llegar a ocasionar al sujeto pasivo de la medida”.

Luego, se dio en la materia un gran salto hacia adelante con las muy elaboradas y pragmáticas conclusiones obtenidas en las VII Jornadas Bonaerenses de Derecho Procesal, Civil y Comercial de Junín (setiembre de 1996): “1) Corresponde regular legalmente como categoría autónoma y diferenciada al llamado proceso urgente, género que se caracteriza por registrar en su seno un reclamo acentuado en una pronta, expedita y eficiente respuesta jurisdiccional. El mismo está integrado entre otras, por las siguientes especies: las medidas cautelares, las medidas autosatisfactivas, las sentencias anticipatorias y la variante de esta última especie constituida por la denominada cautela material. 2) Interín se concreta la regulación legal sugerida puede recurrirse -en casos absolutamente excepcionales- al artículo 232 del CPCN o normas análogas igualmente consagratorias del poder cautelar genérico, para proporcionar soluciones urgentes no cautelares (medidas autosatisfactivas). 3) Se coincide en que las soluciones urgentes no cautelares se singularizan por lo siguiente: a) la procedencia de su despacho debe interpretarse con criterio estricto; b) en ningún supuesto puede decretarse oficiosamente; c) el procedimiento monitorio puede ser el carril adecuado para encausarlas. En su defecto debe arbitrarse -en la medida de lo posible y conveniente- alguna suerte de sustanciación previa a su despacho favorable; d) poseen un especial y ancho campo de acción en materia de daños ambientales y tutela de intereses difusos en general. 4) Se estima que las futuras reformas procesales civiles estructurales deberán tener en cuenta -con criterio realista y ponderando especialmente el factor tiempo- las soluciones urgentes no cautelares propuestas. En tal sentido, se impone

destacar como aporte importante el artículo 60 del reciente proyecto del Código Procesal Civil y Comercial para la provincia de La Pampa, que adopta las sentencias anticipatorias (tutela anticipada) siguiendo las aguas del Código Procesal Civil brasileño vigente e incorporándole algunas modificaciones originales”.

Por fin, la inclusión expresa de la medida autosatisfactiva en el temario del XIX Congreso Nacional de Derecho Procesal (Corrientes, setiembre de 1997) avala nuestra creencia de que estamos ante un instituto en plena evolución y que va adquiriendo cada vez adhesiones más firmes y numerosas.

9. MODALIDADES DE SU DESPACHO Y PROVEIMIENTO. EL PROCESO MONITORIO COMO POSIBLE CARRIL PROCEDIMENTAL PARA LA MEDIDA AUTOSATISFACTIVA.

A continuación concretamos algunas sugerencias e indicaciones que pueden ayudar en el momento de analizar la procedencia de una medida autosatisfactiva.

En lo tocante a la prestación de contracautela, pensamos -volviendo sobre pasos anteriores nuestros⁽⁷⁹⁾- que todo dependerá de las circunstancias del caso⁽⁸⁰⁾. Repárese en el hecho de que mientras una de las resoluciones judiciales mencionadas exigió otorgamiento de contracautela, no lo hizo la restante pese a provenir ambas del mismo tribunal.

Destacamos que debe mediar una “fuerte probabilidad” de que el derecho material al legado, realmente le asista al postulante⁽⁸¹⁾. No debe perderse de vista que se trata de una diligencia judicial de “interpretación estricta” o *in extremis*⁽⁸²⁾, es decir, que sólo corresponde su proveimiento favorable cuando realmente no existiera una duda razonable acerca de su procedencia. De algún modo relacionado con el anterior, tenemos la prohibición de decretar oficiosamente la medida autosatisfactiva⁽⁸³⁾.

Retornando un poco sobre lo anterior, creemos que por más que concurriera una “fuerte probabilidad” de

(79) Dice, con gracejo Fernando Savater, lo siguiente: “suscribo muy pocas de las ideas que sustenté en mis libros primerizos. Creo que es una suerte porque si pensara en todo exactamente igual no hubiera tenido pretexto válido para seguir escribiendo”.

(80) PEYRANO, Jorge W. *Los nuevos ejes*. Op.cit.; p.1347.

(81) Se establece así una suerte de jerarquía o gradación de la materia. A saber: la verosimilitud del derecho material alegado, que es propio de la medida cautelar; la “fuerte probabilidad”, que es característica de la medida autosatisfactiva; la certeza suficiente que exige el despacho de una sentencia anticipatoria y finalmente la “certeza indisputable” que signa la emisión de una sentencia de mérito.

(82) Conf. conclusiones ya citadas de X Congreso Provincial de Derecho Procesal de Santa Fe.

(83) Vide conclusiones de las VII Jornadas Bonaerenses de Derecho Procesal Civil y Comercial de Junín.

la atendibilidad del derecho sustancial invocado, de todas maneras, el tribunal debería, además, formular alguna suerte de pronóstico (provisorio, obviamente), acerca de que si el despacho de la autosatisfactiva podría llegar a generar alguna suerte de perjuicio irreparable para el beneficiario de la misma⁽⁸⁴⁾. Si el pronóstico arrojara un resultado positivo, somos de la idea que el tribunal debería abstenerse de despacharla.

Ante la falta de regulación legal expresa de la medida que nos ocupa, participamos del criterio de que el magistrado interviniente que la despachara favorablemente debería -cumplimentando así a cabalidad el deber funcional *clare loqui*⁽⁸⁵⁾ que pesa sobre él- proceder de la siguiente forma:

- a) consignar explícitamente que ha decretado una medida autosatisfactiva. Tampoco estaría demás -aunque ello no sería exigible- que citara trabajos doctrinarios publicados sobre la materia cuyo contenido pudiera de algún modo guiar la actividad procesal posterior de los sujetos procesales involucrados;
- b) advertir, explícitamente al destinatario de la medida autosatisfactiva acerca de cuáles serían las consecuencias (incriminación penal, aplicación de *astreintes* o de una medida conminatoria, etc.) que podría derivarse de la falta de acatamiento, total o parcial de la misma;
- c) informar, claramente y *ab initio*, acerca de cuál sería el procedimiento que imprimirá a la causa en el supuesto de que, en su caso y momento, el beneficiario impugnara la medida autosatisfactiva dictada en su contra⁽⁸⁶⁾. En tal sentido, quizás -por ahora- convendría que el tribunal aplicara analógicamente la normativa recursiva correspondiente a la tutela cautelar clásica.

En la hipótesis que algún día se regulara legalmente la medida autosatisfactiva, se abriría el interrogante respecto de cómo disciplinar su costado recursivo. Los caminos que se notan en la materia son, creemos, dos:

- a) diseñar un régimen impugnativo singular que contemple específicamente las características y fines de la medida autosatisfactiva y,



- b) considerar que la postulación de una medida autosatisfactiva abre la promoción de un proceso monitorio que deberá regularse conforme a los parámetros habituales en la materia. Sobre todo el particular hemos dicho: “estamos convencidos que lo más aconsejable sería encorsetar a la medida autosatisfactiva en el carril del proceso monitorio al que en la especie le adosaremos el calificativo de ‘urgente’ para mejor identificarlo”. La categoría del proceso monitorio es harto conocida⁽⁸⁷⁾ y ha sido introducida en varios proyectos integrales destinados a reformar el ordenamiento procesal civil nacional. Dicha categoría procedimental se singulariza porque involucra (describiéndola con trazos gruesos) que la demanda presentada (siempre y cuando reúna ciertos recaudos) debe ser seguida inmediatamente por una resolución favorable y provisorio que se transformará en definitiva si es que no se registra oposición por falta del demandado, dentro del lapso que se le concede para poner en marcha un mecanismo contradictorio. Al respecto, se ha precisado lo siguiente: “así entonces

(84) Conclusiones del X Congreso Provincial de Derecho Procesal de Santa Fe.

(85) PEYRANO, Jorge W. *El proceso atípico*. Op.cit.; pp.120 y ss.

(86) Conf. PEYRANO, Jorge W. *Una nueva vía procesal para preservar el derecho de la privacidad: el proceso urgente*. En: *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres*. Lima, mayo, 1995.

(87) MARTINEZ, Oscar y VIERA, Luis. *El proceso monitorio. Base para su legislación uniforme es Iberoamérica*. En: *Jus*. No.41. pp.54 y ss.; RIOS, Gustavo. *La inyunción Santafecina*. En: *Jurisprudencia Santafecina*. No.3. p.27. Consultar, igualmente MORELLO, Augusto y KAMINKER, Mario. *Hacia los procesos de estructura monitoria*. En: *E.T.158*. pp.1002 y ss.

decimos que el monitorio comprende: a) una primera etapa sin contradictor (demanda y resolución favorable); b) una segunda fase, constituida por la citación del demandado, acompañada del plazo para oponerse, con lo que se satisface el principio de contradictorio; c) una tercera etapa que depende de la actitud del requerido: i) si no se opone, la resolución favorable a la pretensión del actor queda y equivale a una sentencia consentida, ii) si se opone, el actor deberá proseguir su pretensión por la vía ordinaria (monitorio puro) o el procedimiento permanece en suspenso hasta que se resuelve, en definitiva, sobre el mérito de la oposición (monitorio documental o justificado)⁽⁸⁸⁾.

De todo lo anterior, se colige que proponemos para la medida autosatisfactiva que se encarrile, a través de un procedimiento de índole monitorio que sugerimos se denomine “procedimiento monitorio urgente”. Interín se plasma legislativamente lo propuesto, los tribunales deberán arbitrar un trámite adecuado para que también en la medida autosatisfactiva impere el debido respeto al principio de contradicción.

Nuestra preferencia por el encausamiento a través de un procedimiento monitorio urgente no es gratuita. Es que se trata de una figura conocida desde antiguo y que cuenta con un rico desarrollo doctrinario en su haber. Ciertamente es que, tradicionalmente, el procedimiento monitorio era concebido como una suerte de pieza de recambio (más ágil) de nuestro vetusto juicio ejecutivo, de raíz hispánica, que más tiene de conocimiento que de ejecución. Sin embargo, modernamente se acepta y recomienda la aplicación del monitorio en parcelas jurídicas ajenas al juicio ejecutivo⁽⁸⁹⁾. Bien se ha dicho que el monitorio puede aplicarse a cualquier tipo de litigio⁽⁹⁰⁾.

10. CONCLUSIONES.

1) La medida autosatisfactiva forma parte de la denominada tutela de urgencia o proceso urgente. Su aparición viene a llenar un sentido vacío en Argentina, vacío que determina que los justiciables se vean

forzados a dar inicio con gran desmedro de varios principios procesales y evidente perjuicio para el servicio de justicia a procesos principales que no desea incoar y que, a veces, hasta encuentra inconveniente promoverlo en aras de lograr y mantener una solución pronta de situaciones de urgencia que los aqueja. Dicha medida se muestra particularmente eficaz para remover “vías de hecho” que pudiera haber conseguido quien será el beneficiario de la misma.

2) Su despacho procede ya mismo en Argentina a título de atribución judicial implícito, mediante una aplicación inteligente del dispositivo legal existente en materia de medida cautelar genérica, o a través de otras fundamentaciones atendibles que legitiman, indudablemente, dicha creación pretoriana.

3) El dictado de una medida autosatisfactiva presupone la concurrencia de una “fuerte probabilidad” de que resulte atendible el derecho material alegado por el postulante, correspondiendo la prestación de contracautela según fueren las circunstancias del caso. El tribunal interviniente deberá ser extremadamente estricto a la hora de ponderar la procedencia de la susodicha medida. Por añadidura, deberá procurar evitar equívocos a los justiciables; debiendo, por ejemplo alertar acerca de cuáles serán las vías impugnativas pertinentes para cuestionar la medida autosatisfactiva del caso.

4) Si bien es cierto que la medida autosatisfactiva posee afinidad con la diligencia cautelar, separan a ambas figuras varias y notorias diferencias. No obstante ello, por ahora se deberá recurrir frecuentemente a la aplicación analógica de la normativa cautelar para disciplinar la temática de la medida autosatisfactiva.

5) La proliferación existente de pronunciamientos judiciales que la acogen, de certámenes científicos que la invocan y de opiniones doctrinarias que la propugnan, da pie para pensar que será regulada legalmente en un futuro más o menos inmediato. Solo el crisma de lo “legal” podrá asegurar a la medida autosatisfactiva su total éxito y propagación en la *praxis*. [⚖]

(88) MARTINEZ, Oscar y VIERA, Luis. *El proceso monitorio*. Op.cit.; passim.

(89) MORELLO, Augusto y KAMINKER, Mario. *El juicio ejecutivo en la hora de su reafirmación*. En: J.A. Boletín del 1 de Diciembre de 1993. p.21.

(90) MARTINEZ, Oscar y VIERA, Luis. *El proceso monitorio*. Op.cit.; p. 96.