

MM&G
Mirande, Marchese & Gaetán
Abogados
España 766
S2000DBP - Rosario, Argentina
T.E. / Fax: (54-341) 4257176
www.mmg-abogados.com.ar

Voces: MEDIDAS PRECAUTORIAS - MEDIDA PRECAUTORIA INNOVATIVA

Tribunal: Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, Sala 3

Fecha: 27/9/11

Partes: Arango, Ariel c/Shell Capsa s/Cumplimiento de contrato

SUMARIO:

I – En los casos en que las medidas cautelares deben ser contempladas bajo situaciones de hecho tales en que se puede prever que, de continuarse con la situación en litigio por tiempo indeterminado o seguramente prolongado, se habrá de provocar un daño de muy difícil reparación o ha de resultar imposible de retrotraer o borrar o de desafectar de él a una persona, se justifica entonces la adopción de soluciones que impidan el daño referido.

II – La medida debe necesariamente ser considerada en relación con la persona del titular del derecho personalísimo a tomar la iniciativa cuando de establecer su ritmo habitual de vida se trata. Cabe reconocer con tal carácter el de formularse un proyecto de vida adecuado a sus efectivas posibilidades personales y circunstanciales que determinan su pertenencia social.

III – Otorgar una medida que anticipa lo pretendido para decidir en una sentencia, requiere algo más que conjeturas basadas en pareceres personales sobre cuestiones que van desde complejas discrepancias normativas, hipótesis sobre cuestiones de hecho, nociones de arquitectura y valoraciones sobre estilos de vida (voto del Dr. Chaumet).

TEXTO COMPLETO:

Y considerando: dijo el Dr. Cúneo: para tener el panorama de todas las apelaciones pendientes de resolución en estos autos, cabe destacar que ellas son:

1) Apelación de Shell CAPSA. c/la Resolución N° 3136 de fecha 5/9/08 de fojas 222/225: notificación de la resolución a Shell CAPSA., foja 297; apelación de Shell CAPSA., foja 270; concesión de la apelación, foja 460; notificación a Shell CAPSA. de la concesión de la apelación, foja 470. Notificación de la resolución a A, foja 226; notificación de la concesión de la apelación a Arango, foja 478. Se cuestiona que el *a quo* hace lugar a la medida cautelar innovativa solicitada por el accionante.

2) Apelación de Shell CAPSA. c/la resolución N° 2882 de fecha 10/9/09, de fojas 341/342: Notificación de la resolución a Shell CAPSA., foja 349; apelación de Shell CAPSA., foja 350; concesión de la apelación, foja 351; notificación a Shell CAPSA. de la concesión de la apelación, foja 447. Notificación de la resolución a Arango, foja 342 vta.; notificación de la concesión de la apelación a Arango, foja 447. Se expresan agravios en cuanto dispone la prórroga por un año de la medida cautelar innovativa fijada y aclarada por las resoluciones consignadas en el punto anterior.

3) Apelación de Arango c/la Resolución N° 220 de fecha 22/7/10, de fojas 451/453: Notificación de la resolución a Arango, foja 453 vta.; apelación de Arango, foja 456; concesión de la apelación, foja 458; notificación a Arango de la concesión de la apelación, foja 478. Notificación de la resolución a Shell CAPSA., foja 490; notificación de la concesión de la apelación a Shell CAPSA., foja 490 vta. Se agravia por la declaración de intempestividad de la prueba ofrecida por la actora.

4) Apelación de Arango c/la Resolución N° 3028 de fecha 17/9/10, de fojas 475/476: Notificación de la resolución a Arango, foja 478; apelación de Arango, foja 478; concesión de la apelación, foja 479; notificación a Arango de la concesión de la apelación, foja 491. Notificación de la resolución a Shell CAPSA., foja 490; notificación de la concesión de la apelación a Shell CAPSA., foja 491. Se agravia en cuanto la decisión no prorroga por 2ª vez la medida adoptada al inicio.

Del desarrollo posterior irán surgiendo las posiciones adoptadas por las partes en cada uno de los supuestos y el enfoque propuesto para la solución de dichas cuestiones planteadas ante esta Sala.

En cuanto a la nulidad de las decisiones adoptadas, no se han sostenido nulidades y tampoco se observan vicios que justifiquen anulaciones oficiosas, ergo, en todos los casos la respuesta deberá imponerse como negativa.

Entre las cuestiones tenidas en cuenta para despachar la medida cautelar a fojas 222/225 (la que consistía en la obligación a cargo de Shell CAPSA. de pagar mensualmente a Ariel C. Arango la suma de \$ 3.500, actualizados según el CER. desde el 6/1/02 hasta la fecha de cada pago más los impuestos, tasas y contribuciones que gravan el inmueble en usufructo, esto último aclarado por resolución de foja 227, además, la medida fue ordenada con una vigencia fijada desde el 1/9/08 hasta el 31/8/09), el *a quo* manifiesta haber analizado el perjuicio que le causaba al actor la demora en recibir la indemnización por falta de entrega del inmueble (lo que se relaciona con la imposibilidad de afectarlo a un uso similar).

Expresa también que en esa oportunidad entendió que el accionante había organizado su economía familiar en función de la renta que mensualmente percibía y que, por no estar dedicado a ninguna actividad mercantil, la detracción de ese flujo de dinero (que se mantuvo constante por una década) afectaba

directamente el consumo suyo y de su familia, o sea en definitiva su calidad de vida.

Al momento de dictar su Resolución N° 3028 de fecha 17/9/10 a foja 475 (rechazando el pedido de nueva prórroga de cautela pedida por el actor), sostiene el sentenciante que esa situación ya no era la vigente.

Considera desactualizado el análisis anterior.

Pone en juego su razonamiento manifestando que habían pasado ya 2 años desde la concesión de la cautelar y que el actor habría tenido tiempo suficiente como para reorganizar su economía familiar.

Seguidamente pasa a explicarse diciendo: "Debe, al respecto, notarse que se trata de un profesional universitario en edad de ejercer su profesión y que además así lo ha hecho escribiendo libros que en los últimos meses fueron presentados. Podría decirse que la actividad de escritor de ese tipo de libros no es demasiado rentable (lo que no dudo que así sea) pero el hecho de haber elegido dedicar su tiempo a una actividad no rentable (o poco rentable) es una decisión exclusivamente suya, cuyas consecuencias no deben afectar al demandado. Pudo dedicarse a ejercer su profesión (que seguramente es más rentable), o a hacer ambas cosas (ejercer la profesión y escribir libros), o realizar cualquier otro tipo de actividad profesional, laboral o comercial. Tiene la capacidad, la preparación y la edad para hacerlo y tuvo tiempo suficiente como para pensarlo y decidirlo. Si no reorganizó su vida buscando una actividad que le permita vivir fue exclusivamente por su decisión; las consecuencias de tal decisión también deben ser asumidas exclusivamente por él".

Bajo esos argumentos procede a rechazar el pedido de prórroga de la medida cautelar, solicitud formulada por la actora a fojas 464/465, con costas a ésta por considerarla vencida.

En la Resolución 3.136/08 y su aclaratoria 3.282/08, el *a quo* manifiesta (ante recurso deducido por la parte demandada cuestionando la existencia de verosimilitud en el derecho y peligro en la demora que justificaren debidamente el despacho cautelar involucrado por dichos mandatos judiciales), haber considerado, en su oportunidad, las constancias de autos y que de ellas extrajo que "surgía del expediente al menos en un primer análisis de los elementos aportados al mismo de que hubo incumplimientos por parte de la usufructuaria que ameritaron la negativa de recepción por parte del actor".

Al mismo tiempo meritó y expuso "como ejemplo":

a) según el contrato de fojas 3/8 la usufructuaria debía instalar máquinas para lavado y engrase,

b) la propia demandada reconoció a foja 68 que faltaban las máquinas de lavado y engrase y se comprometió a colocarlos para la fecha de entrega,

c) según la constatación de fojas 82/84 esos elementos no estaban,

d) al momento del dictado de la Resolución N° 220/2010 de fecha 22 de julio de ese año, según las constancias de autos, tampoco estaban,

e) la propia demandada trae a referencia la escritura N° 161 (foja 232) en la que se hace constar que se encuentran instaladas máquinas que se utilizan en los sectores de engrase y lavadero que no son suficientes como para llevar adelante ambas actividades,

f) en este aspecto manifiesta que coinciden la constatación y la escritura de fojas 82/84.

Recuérdese que son ejemplos que trae el juzgador para considerar el *fumus bonis iuris* de la medida adoptada.

Concluye, a foja 452 que, a su criterio y por entonces, seguía siendo verosímil el derecho invocado por la actora.

Las máquinas para lavado y engrase que faltaban antes, continuaban sin estar donde debían.

En cuanto al peligro en la demora, también cuestionado por la recurrente, entendió que continuaba vigente tal como lo evaluara en la resolución atacada.

Consideró las argumentaciones de la demandada como meras disidencias en la interpretación de la situación del actor sobre lo que no se había aportado ninguna prueba.

Por esas razones no encontró motivo para revocar la medida oportunamente dispuesta y puso las costas en cabeza del demandado incidentista por ser vencido.

El recurso de apelación interpuesto por la accionada contra lo así decidido, fue concedido mediante aclaratoria de foja 460.

Al expresar agravios la demandada contra la adopción de la cautelar, califica la decisión de arbitraria, de haber sido concedida la cautela en forma permisiva y amplia cuando la doctrina y jurisprudencia, que cita, la califica como de interpretación y aplicación estricta, restrictiva y excepcional.

También alude al carácter de medida subsidiaria, pero no llega a explicar, en el caso cuál sería la medida idónea que debería haberse solicitado.

Se agravia también de la falta de existencia o de demostración necesaria de la verosimilitud suficiente para el despacho cautelar librado por el *a quo*.

Se basa para ello en discurrir sobre si se entregó o no en debida forma contractual el inmueble cuya discusión se está dando en expedientes tramitados ante la misma sede jurisdiccional.

Se explaya sobre la supuesta entrega en tiempo y forma y se agravia de que no se haya tomado en consideración la negativa a recibir por parte del solicitante de la medida.

En ningún momento aparece la afirmación de que la entrega o la falta de recepción, estén fuera de litigio en cuanto refiere a las posiciones diferentes y contradictorias adoptadas por ambas partes en ambos litigios.

Esta cuestión surge reconocida del intercambio producido en los distintos escritos presentados por cada uno de los involucrados.

Se queja de que la concesión del recurso con efecto devolutivo ha hecho que se abone una suma que quizás represente un monto superior al efectivamente demandado, pues achaca a su contraria no haber dado cumplimiento a una estimación pecuniaria de lo reclamado, lo que le ha permitido litigar abonando un sellado mínimo.

Se agravia de que se suponga por el *a quo* perjuicio para la contraria ocasionado por la quejosa y dice que el sentenciante sólo ha tomado en cuenta un incumplimiento basado en la suposición; dice que el Juez, devenido en experto en lavado y engrase, concluye que los elementos necesarios para cumplir con estas tareas en una estación de servicio, resultan insuficientes.

Corresponde adelantar que esto último es realizado sin efectuar aporte alguno que haga lucir desmedido o equivocado este argumento, que resulta gravitante en los fundamentos de la resolución del *a quo*.

Se queja de que se haya considerado la existencia de un perjuicio irreparable como simple derivación del peligro en la demora y, agrega, también a sus agravios que éste requisito no haya sido bien ponderado previo al despacho cautelar recurrido.

Se siente perjudicado también de que el *a quo* se haya basado en presunciones para fundar el libramiento de la orden cautelar.

La parte demandada dice sentirse damnificada porque el *a quo* no ha encuadrado bien el fundamento jurídico en las citas legales y la jurisprudencia a la que ha recurrido para fundar su resolución hoy en crisis.

Finalmente y en forma subsidiaria, según sus propias manifestaciones, se agravia respecto de las Resoluciones 2.136 y 3.282 (aclaratoria de la 1ª), en cuanto ordena a la parte recurrente el pago de los impuestos sobre el inmueble que involucra el presente litigio.

Principalmente remite a que no correspondía la cautela y que por ello y como consecuencia no correspondía agregar el pago de esos rubros como a cargo de quien recibió un usufructo que dice ya finalizado.

Termina agraviándose por haberse hecho lugar a la prórroga de la medida cuestionada mediante la Resolución N° 2882 manifestándose que al momento de su dictado, según lo estimara el *a quo*, se daban los mismos requisitos que cuando se la despachó originariamente.

Es muy interesante repetir los dichos de la apelante cuando afirma: "esto es así porque al momento de dictarse la prórroga por un año, ya estaban dadas las mismas condiciones y situaciones en relación a Arango cuando se dictó la Resolución 3.028 de fecha 17/9/10 (foja 475) mediante la cual se rechazó el pedido de prórroga de la medida cautelar dictada a fojas 222/225".

"Por lo tanto, me agravio porque el *a quo* tenía suficientes motivos para no prorrogar la primera medida cautelar dictada en autos, cuyos argumentos en definitiva los fijó en la resolución de foja 475".

Para una mejor captación de los elementos en que basa sus agravios la demandada, me remito a los extensos textos que corren desde 558 al pie hasta foja 574 *supra* y que he reducido aquí en su extensión, aunque intentando conservar íntegras sus bases conceptuales.

En la contestación del primer agravio, la actora y beneficiaria de la medida y de su prórroga y perjudicada (según sus expresiones) por la negativa de una 2ª prórroga, manifiesta que las expresiones de la supuesta agraviada respecto a una supuesta contradicción del razonamiento del *a quo* al calificar primero de excepcional a la medida y luego despacharla en forma "genérica, permisiva y pródiga" como una simple afirmación dogmática, sin apoyo argumental suficiente que la vincule a la causa bajo análisis.

Ello lo deriva de la falta de debate sobre el hecho de que el actor, durante 10 años, percibió una renta mensual equivalente a la fijada cautelarmente y que (unida a la todavía discutida entrega vs. negativa a recibir y la justificación legal o no de alguna de estas contradictorias posturas), ya no puede utilizar sino a través de la prórroga de la medida cuyo mantenimiento ha solicitado y le ha sido negado por el *a quo*.

Esto mediante resolución hoy en crisis.

Considera que el mantenimiento de la situación está legitimado, sana crítica mediante, que el *a quo* haya recurrido a las presunciones al momento de estimar que el actor destinaba los ingresos (que dejara de percibir por la discutida legitimación o de la entrega o del rechazo a recibir la propiedad), para su vida y la de su familia.

También habría sido legitimada según el criterio expuesto, que privarlo de ellos, ocasionaría un perjuicio irreparable en consideración a la lógica demora en la resolución sobre el principal hecho litigioso, con carácter de definitivo.

Si la propiedad fue o no reintegrada en debido tiempo y forma o, por el contrario, se justificó la actitud del beneficiario de cautela de negarse a su percepción en las condiciones en que se ofreciera la entrega, según pretende la quejosa, es la cuestión principal y a la que tributa la ingeniosa cautela despachada por el *a quo*.

La recurrida toma expresiones del sentenciante para repeler los agravios como inexistentes también cuando remite a foja 223 vta. y transcribe: "Efectivamente, cuando un eventual daño puede ser evitado preventivamente ello redundará en beneficio del propio deudor puesto que al no producirse no le generará responsabilidad en su reparación" (ver foja 637 *supra*).

No existe en la expresión de agravios manifestación alguna que rebata estos argumentos del sentenciante tal como lo afirma la parte actora.

Intenta, a través de referenciar a aspectos, que fueran introducidos como constancias del expediente con posterioridad, mejorar los argumentos del *a quo* utilizados al despachar la medida, los que sostiene como elementos a valorar en su favor para decidir sobre la nueva prórroga hoy discutida.

Todo ello le lleva más de 2 fojas a las que se remite en honor a la brevedad de la exposición y la lógica toma en consideración de las constancias de autos para decidir (ver fojas 637/639).

Con respecto al 2º agravio cabe decir que la contestación remite a los incumplimiento en que supuestamente basó una, para él, razonable negativa a recepcionar el inmueble en las condiciones pretendidas por la accionada, quien (recuérdese), hizo referencia a que el sentenciante aparecía ante su vista como arrogándose el carácter de experto en materia de lavado y engrase en estaciones de servicio y que según el actor, los elementos faltantes eran imprescindibles.

Remite en lo demás al contrato y constancias de autos.

En cuanto al tercer agravio, consistente en evaluaciones sobre el peligro en la demora, recuerda que el *a quo* refiere a peligro en la demora irreparable.

Pone el acento en la irreparabilidad.

Con respecto a esta característica del perjuicio requerido para el despacho, cabe decir que, en algunos casos en que se ha considerado su libramiento como medidas anticipatorias, se ha agregado una requisitoria además de las habituales a otras cautelares; la supuesta necesidad de que concurra también una suerte de "plus" por sobre el "peligro en la demora"; es decir la existencia de una situación conexas que aqueje al requirente ocasionándole riesgo de sufrir un perjuicio irreparable o de difícil reparación ulterior.

En el *sub lite* se hallan presentes y cumplidos los presupuestos necesarios para el dictado de la medida.

Existe un actor requiriendo del otorgamiento de la medida que si bien no carece absolutamente de recursos que garanticen su nivel básico de subsistencia, ha gozado hasta el nacimiento de la discusión que se trae al pleito de ingresos provenientes de la propiedad que la demandada debía entregarle en determinadas condiciones fijadas por contrato y que aún no ha recibido, de ese modo.

Si bien existe controversia sobre si la mora es del deudor de la entrega o *accipiendo*, el *a quo* ha basado un juicio de alta gradación de verosimilitud respecto a que la falta de esos ingresos con regularidad, causa al actor peticionante un grave daño en lo que refiere a su proyecto de vida, significando la suma a percibir mensualmente, un monto considerable a los fines de determinar la cotidianidad y el ritmo de vida a desplegar por el solicitante.

Además cabe recordar que en la Resolución N° 220/10 el *a quo* dijo textualmente: "Autorizo a la demandada a ingresar al inmueble oportunamente dado en usufructo con el fin de realizar todos los trabajos que considere pertinentes para ofrecer su entrega al actor en la forma oportunamente acordada. En caso que el demandado ingresara en el inmueble y realizara los trabajos necesarios para la entrega y/o que el actor luego de ello lo recibiera, ello no será considerado de ninguna forma como renuncia o desistimiento de sus respectivas pretensiones ni como acto propio contrario a otros anteriores. Si así fuera, los juicios seguirán su trámite por las cuestiones aún no resueltas y para ello sólo serán consideradas las situaciones de hecho a la fecha originariamente pactada para la entrega".

Evidentemente, la verosimilitud de la necesidad de que el inmueble fuera entregado a la parte actora en las condiciones pactadas necesitaba, a criterio del *a quo*, de esta autorización a la demandada y con estos fines.

De estas palabras es que resultó convencido que para el Juez *a quo* existe peligro en la demora respecto a una entrega que no se realizó y perjudica a la parte actora, la cuestión de no recepción perjudica a ambas partes sea esta negativa a recibir fundada o infundada legítimamente; por eso se pidió una seria contra cautela, de manera que los peligros no se fueran multiplicando en uno u otro sentido.

Tal significación económica y en la elaboración y concreción de su proyecto de vida configuran un daño en caso de haberse negado a recibir su propiedad con razones suficientes como para legitimar su rechazo.

La edad del actor habla por sí misma, dado lo evolutivo e inalterable del desarrollo vivencial de todo humano, de la irreversibilidad de los perjuicios que pudiera sufrir en cuanto al desarrollo de su cotidianeidad y, de resultar cierta la ilegitimidad de la posición de la cautelada, no se podría retroceder en el tiempo para otorgarle, dinero de por medio, alguna satisfacción plena del fracaso de su proyecto vivencial, el que se viera afectado por razón y causa del obrar de terceros, en este caso la parte obligada por la cautela.

Asimismo, la prosecución de la causa y arribo a la etapa en que puede obtenerse sentencia definitiva y esclarecedora, dando certeza a lo que hoy resulta sólo altamente verosímil, puede demandar el transcurso de un tiempo que coloque al requirente en situación de no retorno.

Está en peligro su calidad de vida acorde a los bienes económicos, financieros y capacidades profesionales que puede tener y gozar hoy, pero no cuando los años avanzan y la sentencia no sólo no se vuelve definitiva, sino que tampoco se ejecuta de inmediato.

Se trataría de un caso en que los bienes invocados como afectados por el requirente, están lógicamente relacionados con la posible causación por parte del cautelado y los argumentos base de despacho original por parte del *a quo*.

Ello colocaría al pleito en la situación por la que le resultara aplicable la condena popular a las soluciones a que el sistema judicial arriba, con demoras incomprensibles, quizás no para los letrados que conocen la regularidad cotidiana de trabajo y lo estresante que ello significa como factor de perturbación para los magistrados, pero que siéndolo así para quienes se presentan ante él como justiciables, la queja parece casi inevitable frente al lego.

La cautelar persigue no generar más perjuicios al actor y también al deudor, aclarándose que, con estos o parecidos términos, el *a quo* estaría haciendo referencia a la demandada.

A ella cabe reprocharle omitir tomar en consideración (ni siquiera lo menciona) que al despacho cautelar del que se agravia en su libramiento y posterior prórroga paralelamente, se ordenó y constituyó un seguro de caución que cubre los perjuicios de la demandada y que la medida con su cumplimiento (el pago consecuente) pudieren causarle, destacando que, además, la accionada nunca cuestionó la suficiencia de esta contra cautela.

De prosperar la demanda, los pagos que haya efectuado la demandada se descontarán del monto indemnizatorio que, en definitiva, se estableciere, el que

será cada vez mayor si, como lo sostiene la beneficiaria de cautelas, nada quedara de las instalaciones y construcciones.

Se trataría de un caso en que los bienes invocados como afectados por el requirente están lógicamente relacionados con la posible causación por parte del cautelado y los argumentos base de despacho original por parte del *a quo*.

Ello, como se dijo, colocaría al pleito en situación de que le resultara aplicable la condena popular con que los ciudadanos castigan aquellas soluciones a que el sistema judicial arriba con demoras incomprensibles para quienes se presentan ante él como justiciables.

En el caso la justicia tardía implica la pérdida definitiva de la posibilidad de gozar de una vida a la que se ha aspirado con legitimidad, ello de conformidad a los potenciales de que goza el actor y que ya he referenciado.

En los casos en que las medidas cautelares deben ser contempladas bajo situaciones de hecho tales en que se puede prever que, de continuarse con la situación en litigio por tiempo indeterminado o seguramente prolongado, se habrá de provocar un daño de muy difícil reparación o ha de resultar imposible de retrotraer o borrar o de desafectar de él a una persona, se justifica entonces la adopción de soluciones que impidan el daño referido.

Este impedimento debe abarcar todos los aspectos de afectación del sujeto o de los bienes en juego y prolongarse lo necesario para que no se produzca perjuicio evitable alguno mientras dure el litigio al cual tributa la medida protectoria.

El perjuicio irreparable, o de muy difícil reparación ulterior, evitable mediante el despacho de una cautelar, cabe tenerlo presente en situaciones de riesgo de daño inminente y relativiza en algún grado los demás presupuestos usualmente requeridos para el libramiento de este tipo de despachos.

El daño puede ser considerado como de "difícil reparación" cuando existe una acentuación del perjuicio con el pasar del, incierto, tiempo de duración de los procedimientos.

La sola prolongación del proceso en el tiempo puede considerarse una demora dañosa.

El peligro en la demora consiste en la posibilidad de que, en el período de tiempo necesario para la realización de determinados intereses, tutelados por el derecho durante el ejercicio de la función jurisdiccional, se vean suprimidos o restringidos intereses cuya realización es también merecedora de protección jurídica y están inescindiblemente vinculados con el pleito en marcha, aunque no necesariamente ya en estado litigioso dentro del mismo juicio.

El carácter preventivo de la providencia cautelar puede o no guardar relación directa con la resolución definitiva en cuanto a su contenido, ya que es posible dirigir la protección a otros intereses sustanciales o procesales, tutelados por el derecho positivo, evitando el sobre dimensionamiento de los resultados dañosos eventualmente a derivarse del trámite ya iniciado.

La actividad jurisdiccional se dirige a evitar la posibilidad de un daño que es de alta probabilidad y casi certeza de ser sufrido y que se puede evitar mediante este tipo de despachos cautelares.

Se trata, en autos, de medidas complejas que cautelan, aun después de que posiblemente se haya causado perjuicio, y de modo concomitante protegen del daño *in itinere* y, al mismo tiempo, previenen de futuros perjuicios seriamente temidos y que son concedidos antes de la ocurrencia del daño inminente con el objetivo de evitar que el perjuicio se produzca en forma efectiva.

Es por ello que asiste razón al *a quo* en cuanto a la adopción de cautelares y su implementación ejecutoria, ya que con las resoluciones respectivas se persigue la no generación de mayores perjuicios ni al actor ni al demandado.

Por ello el libramiento inicial y la prórroga cuestionadas resultan ajustadas a derecho y los recursos interpuestos por la accionada deberán ser rechazados, en ambos casos con costas a la recurrente.

También cabe recordar, como se dijo, que se ha constituido, a manera de contra cautela, un seguro de caución que tiene por objeto cubrir los perjuicios que pueda haber sufrido la parte cautelada al entregar los fondos mensuales durante los 2 años autorizados, hasta hoy, por el *a quo*.

Para valorar la gradación y mantenimiento de una cautelar preventiva, como la despachada en autos, es imposible aislarse de la persona que se intenta proteger en tanto titular del derecho y que se considera puede, ciertamente, ser perjudicada.

La medida debe necesariamente ser considerada en relación con la persona del titular del derecho personalísimo a tomar la iniciativa cuando de establecer su ritmo habitual de vida se trata; es decir que cabe reconocer con tal carácter el de formularse un proyecto de vida adecuado a sus efectivas posibilidades personales y circunstanciales que determinan su pertenencia social.

No es posible permitir, cuando la verosimilitud acercada casi al nivel de certeza de que la conducta de terceros dotada de fuerte apariencia ilegítima, pueda determinar el desarrollo de la forma de vida de un tercero.

Sobre todo cuando la pretensión de comportamiento del afectado, en su cotidianidad laboral, no es la proyectada ni aceptada por el propio individuo titular del derecho; no sólo de proyectarse en su cotidianidad futura, sino

también de disponer de su propiedad sobre determinados bienes en forma previsible.

La interferencia (no deseada ni permitida de terceros) en el ejercicio del derecho a la propiedad cuando, como en el caso, está dotada de entidad como para generar angustias innecesarias y no del todo justificadas *ab initio*, es recomendable que sea tenida en cuenta, con miras a su evitabilidad o prolongación, al adoptarse medidas protectorias.

La afectación de la libre formulación individual de un proyecto de vida, acorde a las capacidades personales y patrimoniales del interesado, es factor de importancia para determinar si se le puede o no estar ocasionando perjuicios por obligar al desarrollo completo de un proceso judicial que, a medida que la edad del perjudicado es mayor, se vive con mayor desasosiego y con más reducidas capacidades de resiliencia o recuperación anímica y con una pérdida de tiempos que, siempre, resulta irrecuperable.

Cuando se afecta un proyecto de vida, personal, familiar o social, ese factor es atendible y conviene tenerlo en cuenta, como lo ha hecho el *a quo*, quien previamente, solicitó el otorgamiento de contra cautela, la que luce adecuada.

Existe una indudable mortificación del ánimo cuando la esperable paz, derivada de las posibilidades profesionales, intelectuales y económicas del sujeto; se ven disminuidas por un actuar relevante y presuntamente ilegítimo de terceros.

No cabe descartar la pérdida de la paz y la tranquilidad personal, por una indebida interferencia ajena, en la elaboración del proyecto de vida de cada individuo.

La llamada pérdida del proyecto de vida y, consecuentemente, de la autonomía de la voluntad por sometimiento a la voluntad de terceros, constituye una ilegitimidad que nadie puede verse obligado a tolerar.

Constituye cuanto menos una pérdida de chance, la de vivir como se elige libremente de acuerdo a posibilidades ciertas que le brindan al sujeto interesado sus capacidades tanto intelectuales como económicas y financieras, la interferencia indebida en la formulación del proyecto.

La consumación de la frustración injustificada e ilegítima del proyecto de vida de cualquier persona, implica imponer a ese sujeto titular del derecho una conducta y desarrollo de su cotidianidad (con innegable afectación por razón de sus vínculos a sus confianzas reales de forjar un futuro fuera de tales expectativas y abandonando las propias), que en tanto sea evitable debe serlo.

La angustia que provoca la dificultad para obtener ingresos provenientes de la renta lógica de un inmueble de importancia y de su propiedad, con destino a su manutención y con ello poder desarrollar el propio proyecto personal, utilizando

su tiempo de vida útil en tareas de poca retribución monetaria, por la legítima expectativa de obtener rentas de bienes de su propiedad, las que le son negadas por una actitud verosímilmente tenida por ilegítima de terceros, es un presupuesto fáctico del caso y que tiene evidente influencia en la conformación de la cotidianeidad del actor presuntamente afectado por la falta de restitución en tiempo y forma de su propiedad.

Esa situación de hecho, básicamente fundante de la decisión de librar primero y prorrogar después el despacho cuestionado se conserva aún a estas alturas del proceso y el presupuesto de verosimilitud del derecho, tanto como la gestación, más que probable, para el actor, de un daño continuado y de muy difícil reparación de otro modo que no sea con el mantenimiento de la cautela, siguen en vigencia tal y como lo estaban al momento del primer decisorio que adoptó la cautela.

Atender el pedimento de la demandada y sostener los argumentos del Juez *a quo*, en cuanto a que los tiempos que lleva de duración la medida adoptada con todas sus accesorias, ha, por si sólo y sin otras consideraciones, cambiado la situación respecto del tiempo del despacho inicial y sus modificatorias, se trataría de un desacierto del pensamiento, de la perspectiva fáctica y del punto de vista jurídico.

Todavía se mantiene el perjuicio que se consideró como causado a Arango por la demora en recibir la indemnización por falta de entrega del inmueble (lo que se relaciona con la imposibilidad de afectarlo a un uso similar).

La organización y/o reorganización de la economía familiar del afectado es justamente la base de elaboración de su proyecto de vida y economía familiar. Es en función de la renta que mensualmente percibía y que, por no estar dedicado a ninguna actividad mercantil, la detracción de ese flujo de dinero lo afecta, todavía, incidiendo directamente en la determinación del consumo suyo y de su familia, o sea en definitiva su calidad de vida.

El *a quo*, estimo, equivoca su razonamiento al decidir que esa situación no es la actual por razón de haber pasado 2 años desde la concesión de la cautelar y hasta la resolución denegatoria de la prolongación en el tiempo de la misma.

Se equivoca cuando pone en cabeza del perjudicado la carga de utilizar dicho tiempo para cambiar su personalísimo proyecto de vida. Es carga de todos los sujetos del proceso urgir el cambio substancial de los hechos que dieran origen al despacho cautelar bajo las formas y modalidades en que fueran delineándolo.

El cambio del *sustractum* fáctico substancial no puede hacerse recaer sobre la persona de uno solo de los litigantes.

Es erróneo sostener, con pretensiones de efectos jurídicos trascendentes en la causa, que Arango tuvo el tiempo suficiente como para reorganizar su economía familiar.

Tal reorganización no le es imperativamente exigible, sobre todo cuando ya se lo ha presumido como sujeto pasible, en forma altamente probable, de ser dañado por una actitud ilegítima de su contraria.

Esa organización de la economía familiar es, siempre lo fue y será una decisión que le pertenece y que ningún tercero, ni aún el Estado por vías de intervención jurisdiccional, le podría legítimamente arrebatar mientras sus decisiones no resulten ilegítimas, ilícitas o interfieran colisionando con derechos de terceros.

No puede imponérsele obligatoriamente a quien fue reconocido *ab initio* como virtual afectado por conductas ajenas, el efectivo ejercicio profesional para el que está habilitado bajo una incumbencia o especialidad determinada, sobre todo cuando el a quo reconoce expresamente que está vinculado el mismo título habilitante con la dedicación de Arango a escribir, presentar y publicar libros.

Ello independientemente de la rentabilidad o no de tal actividad, pues la utilización del título profesional en alguna específica incumbencia o habilitación, no determina que los ingresos que debiera percibir por su calidad de propietario del inmueble que no se le reintegra hayan empezado a fluir a su patrimonio y mucho menos que pudieran ser equiparados con la sumatoria de ambos, a la que cabe tener como presumiblemente con derecho.

Es cierto que el hecho de haber elegido dedicar su tiempo a una actividad no rentable (o poco rentable) es una decisión exclusivamente suya, pero siempre lo fue independientemente de las actitudes de terceras personas.

Las consecuencias de tal decisión no excluyen la conducta de la contraria como causal directa de la afectación supuesta para los intereses del actor por el Juez de 1ª Instancia.

También es cierto que las consecuencias de tal decisión (elección del proyecto de vida) deben ser asumidas exclusivamente por él, pero resulta muy importante destacar que si no existiera el pleito y la propiedad hubiera sido reintegrada, su proyecto de vida no se vería afectado y podría dedicarse a lo que quisiera, mientras los ingresos que su propiedad del inmueble no reintegrado se lo permitiera.

Es por dicho motivo que se considera errada la conclusión del a quo en cuanto arriba en su decisión a que corresponde rechazar el pedido de prórroga de la medida cautelar, por lo que el recurso deberá ser acogido, revocándose el decisorio, con costas a la recurrida en su carácter de perdedora.

Se ha planteado cuestión ante esta Sala por la declaración, por parte del a quo, de un eventual desistimiento de la parte actora respecto de recurso de revocatoria deducido, por la demandada y en su oportunidad, contra Decreto que tiene por ofrecida la prueba de la actora.

Se agravia la parte actora por ello diciendo que no se ha tenido en cuenta su planteo de extemporaneidad de foja 417 contra la introducción por la demandada, a foja 304 con relación a la extemporaneidad del ofrecimiento probatorio de la actora de foja 375.

Cuestión resuelta por el *a quo* a foja 452 y siguientes bajo las consideraciones que se resumen a continuación.

El Decreto de foja 375 vta. tuvo por ofrecida la prueba de la actora, la contraria recurrió a foja 394 por entender el ofrecimiento como extemporáneo, la actora respondió el recurso a foja 417, argumentando a su vez la extemporaneidad en la interposición del recurso de la demandada y sosteniendo también haber ofrecido su prueba en término.

De ello, sostiene el *a quo*, no le fue corrido traslado al recurrente por revocatoria de foja 394 (ya que no fuera ordenado a foja 418 vta.).

Sostiene el sentenciante que por ello la demandada no pudo defenderse de tal planteo.

Señala el decisorio del Juez de anterior instancia que la actora nunca petitionó que se subsane lo que considera una omisión.

Para el *a quo* resultaría entonces imprescindible que tal traslado fuera ordenado y notificado para dilucidar la cuestión de temporaneidad versus extemporaneidad.

Considera el sentenciante anterior que la omisión de pedir que se ordene y notifique el traslado de su alegada extemporaneidad prosiguiendo con las otras alternativas de la causa merece la calificación de conducta incompatible con su pretensión de mantener la discusión abierta respecto de la extemporaneidad del recurso interpuesto por su contraria.

Luego se introduce el *a quo* en dar razón a la recurrente en lo que califica como materia de fondo y en consecuencia, dice, corresponde hacer lugar a la revocatoria de la demandada y, consecuentemente, tener por no ofrecida la prueba de la actora a foja 375. Aunque sin perjuicio de trasladar la que se produzca en expedientes conexos y de la ya agregada a los autos.

Para fundar su resolución recurre a la interpretación del escrito en que Iván J. M. Cullen, abogado, por la parte actora y Ariel Bertolotto por la demandada, acordaran que "las partes de común acuerdo vienen a pedir suspensión de términos, en el presente expediente tanto en el juicio principal como en sus incidentes, debiéndose señalar nueva audiencia para vista de causa para el incidente de revocatoria planteado respecto de la medida cautelar luego del fenecimiento del plazo de la suspensión de términos acordada.

La suspensión de términos se acuerda por 15 días hábiles a contar desde el 26 de febrero del corriente año, reanudándose los términos el día 22 de marzo del corriente año, en forma automática, quedando las partes notificadas a partir del día de la fecha de dicha reanudación.

La presente suspensión comprenderá también el plazo de la apertura de la causa a prueba, como así también cualquier tipo de recursos que las partes pudieren interponer contra los Decretos de fecha 10/02/10 y 12/02/10 relacionados con el ofrecimiento de prueba y de los que se dan por notificados en este acto a los efectos que pudieran corresponder.

Se transcribe lo acordado para su mejor entendimiento y claridad al momento de su interpretación y consecuente aplicación las normas que, se entienda puedan corresponder.

En materia de costas y dentro de esta cuestión, el *a quo* las impone al actor en razón de considerarlo vencido.

La actora se alza contra esta decisión basando sus argumentos en que si bien es cierto que nunca se corrió traslado a la recurrente del planteo de extemporaneidad respecto de su recurso de revocatoria de foja 417 y que la actora nunca solicitó tal decreto y notificación, ello no debe interpretarse como que se desistió del planteo de extemporaneidad.

Entiende como imprescindible y necesario que el Decreto que suspende los términos y fija un plazo extraordinario de pruebas (foja 358) deba notificarse por cédula.

Recuerda que el mismo día 12 de febrero el Juez proveyó por ofrecida prueba y que dicho Decreto queda notificado en Secretaría.

Sostiene que, habida cuenta que la parte demandada interpuso la revocatoria y apelación subsidiaria contra dicho proveído, alegando la extemporaneidad en la presentación de la prueba por escrito de fecha 25/3/10 (foja 304 y vta.), y que es evidente que el planteo recursivo resultó extemporáneo.

Sostiene que el *a quo* no discute este punto, sino que interpreta que el hecho de no haber insistido en el tema implicó un desistimiento de la pretensión.

Rechaza esa argumentación del sentenciante en función de sostener que todo desistimiento, señala, debe ser expreso y no tácito.

Agrega a este argumento el de que de ninguna manera puede aceptarse que se presuma la voluntad de declinar defensas.

Así las cosas, dado que la revocatoria planteada por la demandada contra el Decreto que tiene por ofrecida su prueba es extemporáneo, debe rechazarse dejándose sin efecto la decisión del Tribunal anterior en lo pertinente.

Sin perjuicio de considerar, la parte actora, suficientes esos argumentos para revocar lo decidido en el punto en debate, pasa a analizar el que califica como problema de fondo, el que se tiene por no ofrecida la prueba de su parte a foja 375. Remite a la invocación por parte del sentenciante de la suspensión de términos solicitada por ambas partes y transcripto *supra*.

Señala que hubo pedimento conjunto de suspensión de términos formulado a foja 357 y destaca que el Juez provee a foja 358 por Decreto de fecha 16/12/09.

Entiende que recién al momento del dictado de dicho Decreto el Juez admite la suspensión de términos hasta el 28/12/09 como había sido pedido y autoriza aplicar término extraordinario de prueba.

Este proveído no fue notificado por cédula, razón por la cual el ofrecimiento de prueba de foja 375 y vta. resulta tempestivo.

Literalmente expresa: "La distinción entre el pedido de suspensión de términos y la decisión del Juez que lo admite trae como consecuencia que recién al disponerse esta última puede entenderse que existe una suspensión de términos con el agregado de la fijación de un plazo extraordinario de pruebas y la fecha desde la cual dicho plazo debía computarse".

Resalta que este último aspecto requiere necesariamente la notificación por cédula, conforme lo exige la letra del art. 62 inciso 21 del Código Procesal Civil y Comercial y, como no hubo tal notificación, la prueba fue presentada, dice, temporáneamente.

Destaca que la apertura a prueba es instancia substancial de todo proceso lo que, sostiene, convoca e principio interpretativo según el cual se deberá estar a favor del derecho de defensa y, por tanto, de la validez del ofrecimiento de pruebas.

Califica la solución contraria como exceso ritual manifiesto.

Más adelante se explaya al contestar agravios, en calificar de error al razonamiento de la demandada al aludir al tema a fojas 547 y siguientes.

Es desde fojas 546 que la demandada contesta este agravio.

Divide su contestación, dice, en 3 puntos.

En el 1º recurre: a la carga de la prueba de la notificación automática que, sostiene, pesaba sobre la actora respecto del Decreto de foja 375 vta. y, también,

al acuerdo de suspensión de términos cuyo texto fuera transcripto *supra*, efectuado a foja 376 y decretado a foja 377.

Señala que este Decreto no fue objeto de recursos y por tanto se encuentra firme.

El Decreto de foja 377 lleva fecha 26/2/10; pero cabe destacar que a su pie lleva una nota actuarial de reconocimiento de omisión de firma de dicho decreto en la fecha indicada, y que tal acto tiene lugar en fecha 3/3/10 y el pedido de foja 376 es de fecha 26/2/10.

Luego hace alusión al Decreto de foja 418 vta. en el que se tiene por contestado el traslado de la revocatoria interpuesta contra el Decreto de foja 377.

Dicha revocatoria fue interpuesta en fecha 25/3/10 y proveída su contestación en fecha 13/4/10 (foja 418 vta.).

Su resolución corresponde a parte (punto 31) de la Resolución N° 220 de fecha 451.

Insiste en la notificación por retiro de expediente por la parte actora, más allá de tratarse de un Decreto de notificación automática, refiriendo al de foja 418 vta.

Refiere al que tiene por contestada la revocatoria de la demandada por parte de la actora, a quien el *a quo* achaca omisión decisiva al no solicitar traslado y notificación del mismo, tratándose de una defensa por extemporaneidad.

Contesta respecto del tema sobre la falta de desistimiento expreso, diciendo que ello resulta aplicable cuando se trata de un proceso y en los términos del art. 229 del Código Procesal Civil y Comercial; sin perjuicio de lo cual suma cita jurisprudencial, firma de 1ª Instancia, según la cual "... a falta de una manifestación expresa, la intención de renunciar puede resultar de cualquier manifestación o actitud en los autos, que sea incompatible con la pretensión jurídica...".

Ataca la forma de introducción del tema extemporaneidad por parte de la parte actora, diciendo que se limita a denunciarla sin pedir la revocatoria que es a su criterio, el medio pertinente.

Textualmente finaliza su 1ª parte del conteste diciendo: "Aún cuando, en muchos casos, los Jueces por las facultades que le son propias sustancian los referidos planteos de extemporaneidad, ello siempre se hace como facultad ordenatoria y dentro de un incidente con la lógica de una revocatoria.

Es así que si el accionante hubiera cuestionado correctamente nuestra actuación interponiendo un recurso de revocatoria (incluyendo ello incluso como punto del petitorio), siendo claro y explícito en su pretensión, hubiera obtenido el correcto Decreto por parte del Juzgado.

Luego y en 2º lugar, entra en el análisis de si el ofrecimiento de pruebas de la actora resulta o no tempestivo en función de los argumentos esgrimidos por ésta con relación a que el Decreto de fecha 16/12/09 no fue notificado por cédula.

Al respecto dice, en primer lugar, que su conducta resulta contradictoria con la asumida en anteriores pedidos conjuntos de suspensiones de términos.

Llama la atención sobre el punto de las contradicciones y manifiesta que el Decreto del Juez aceptando la suspensión lo hace reconociendo la notificación automática.

Recorre también al texto del acuerdo de partes de foja 376 y dice que el actuar de la contraria es contra la doctrina de los actos propios.

Ajustando el contenido de este pronunciamiento al estricto marco de lo que corresponde resolver en esta instancia puede afirmarse que:

Es obvio que ningún traslado tenía que correr, obligatoriamente y por mandato legal. La parte actora estaba contestando un traslado de la demandada, formulado en términos de revocatoria respecto de un proveído.

La cuestión a debatir y resolver era el planteo impugnativo, en términos de revocatoria, el que tiene como trámite el traslado de la petición revisiva y su contestación, allí termina el trámite exigido por la legislación ritual.

Este punto debe tenerse en cuenta, sin perjuicio de las argumentaciones en orden a quien debe probar si la demandada firmó los libros de asistencia posteriores al 12/2/10.

A este último respecto, en autos, era la demandada quien debía probar que firmó los libros de notificaciones, porque ello era la excepción a la regla de la notificación automática.

El Decreto era simple y tenía por contestado traslado; para el *a quo* se evidenciaba el cierre de la etapa de debate; si alguna de las partes no estaba conforme con el cierre del debate debía recurrir y hacerlo saber en tiempo útil.

La actora nada dijo, lo consintió, esperó resolución y luego, al serle desfavorable ésta, la impugnó vía recurso.

La demandada pretende que la notificación de dicho Decreto, que tiene por cerrado el debate de la revocatoria que ella planteó, no fuera impugnado por la demandada.

Correspondía a esa parte pedir el traslado que no se corriera en dicho Decreto si es que se sintió afectada en su derecho por la falta de dicha orden.

El Juez *a quo*, respecto de la extemporaneidad planteada por la demandada, no entró en el problema de fondo sino que argumenta sobre la base de que el actor habría desistido tácitamente porque nunca pidió que se corriera traslado a la contraria.

Resulta absolutamente contrario a derecho dicho razonamiento y, por tanto constituye una fundamentación errónea que desnaturaliza el debido proceso recursivo imponiendo, por la sola voluntad del magistrado, cargas que la ley no impone, arrogándose la potestad que corresponde al legislador y dirigiendo el proceso en forma arbitraria, llegando a conclusiones que contrarían las miras del legislador al dictar el cuerpo ritual e imponer las cargas procesales que corresponden a cada parte interesada.

No sólo se incurre en arbitrariedad al dirigir el proceso por violar la orientación dada por el legislador a la imposición y distribución de las cargas procesales, sino si se lo hace sorpresivamente y perjudicando indubitadamente a una de las partes en detrimento, consecuente, de la otra, produciéndose una violación al principio de igualdad de tratamiento ante la ley.

También se roza y menoscaba el principio de división de poderes, al arrogarse el judicante facultades legislativas que tornan al proceso previsto en otro completamente distinto.

Hay que atender al momento del dictado de la resolución cuestionada por la parte actora respecto de la revocatoria.

Recién una vez despachada la orden jurisdiccional que acoge el pedimento nace la obligación de notificar.

Es el dictado del auto o de la providencia respectiva la que impone la necesidad de que se produzca la secuencia de actos previstos en el Código Procesal Civil y Comercial, los que son exigidos formalmente por la ley para que se tenga por operado el anoticiamiento de lo dispuesto por el judicante, acogiendo o rechazando la petición formulada por cualquiera o por ambas partes en conjunto. Cada uno de tales Decretos corresponde que sean notificados en la forma prevista en el código de procedimientos, según el contenido o las circunstancias que rodean a la respectiva providencia.

Para el ordenamiento procesal santafesino, la regla es la notificación automática. Cabe, entonces, considerar a la notificación por cédula como la excepción y como tal las circunstancias y contenidos que determinan la necesidad de tal medio notificadorio.

El código prevé exclusivamente y de modo expreso la excepción que consiste en la facultad de los jueces de disponer la notificación por cédula en casos en que tal forma de anoticiamiento no está expresamente exigida; de ningún texto legal

puede extraerse la facultad contraria, la de ordenar notificaciones automáticas cuando corresponde, por ley, hacerlas en forma cedularia.

Las formas a ser requeridas para que opere válidamente una notificación son las que están previamente establecidas en el ordenamiento procesal.

Esta respuesta finca en la necesidad de dar seguridad jurídica a los contendientes en un pleito, ya que de otra manera, la interpretación quedaría librada al azaroso criterio del Juez que recibiera la causa.

Las formas de desistimiento contempladas en nuestro Código Procesal Civil y Comercial no incluyen la posibilidad de que se tenga a este tipo de peticiones como renunciadas, cuando ya están a resolución y no existe paso procesal obligado, previo y pendiente, estando la cuestión recursiva en estado de dictarse el pronunciamiento correspondiente.

En el caso de autos se está frente a una extemporaneidad alegada y contestada, las constancias e instrumentos públicos, disponibles y a la vista del Juez *a quo*, elementos de la causa que resultan suficientes para consultar cuánta información es necesaria para resolver.

Asiste razón a la parte actora cuando sostiene que su contraria debió cuestionar el Decreto que tuvo por contestado el traslado y pedir, ella, que se corriera traslado del pedido de extemporaneidad de la revocatoria si consideraba lesivo para sus intereses el decreto tal como fuera dictado.

Al haber contestado la actora la revocatoria planteada por su contraria (fojas 417/418), se había dado por culminado el trámite correspondiente a la revocatoria, cualquier disconformidad debió motivar la impugnación del Decreto de cierre del debate recursivo ya planteado.

Con ello, quedaron las cuestiones bajo recurso en situación de resolver.

En síntesis la actividad correspondía al juzgado, quien pudo o no disponer el traslado que la demandada dice ignorado y dejado de lado con alcances de desistimiento; fue la parte interesada la que no cuestionó el Decreto respectivo.

Destácase que el Decreto que obra a foja 375 reza: "ha ofrecido prueba" y refiere a la de la actora, llevando fecha 12/02/2010 consintiéndolo, con todos los efectos que ello conlleva.

Cuanto mucho, hubiera resultado aceptable, en su caso y transcurrido el lapso legal pertinente, un planteo que hablase sobre una eventual caducidad del incidente. Ésta se hubiera operado si los plazos hubieran corrido con inactividad absoluta de las partes y así se hubiera petitionado o declarado judicialmente; pero esa es una historia diferente de la ocurrida en el *sub discussio*.

No se planteó caducidad incidental alguna y no se tramitó el respectivo incidente; tampoco hubo actividad oficiosa tendiente a su declaración.

Sin embargo el *a quo* concluye diciendo que la parte actora ha abandonado toda pretensión en la revocatoria que se tuviera por contestada por decreto del *a quo*, no cuestionado por ninguna de las partes.

Como acto procesal de parte, constituye requisito subjetivo de admisibilidad de todo recurso el interés de quien lo interpone. El interés se halla determinado por el perjuicio o gravamen que la resolución ocasiona al recurrente y consiste, en términos generales, en la disconformidad entre lo peticionado y lo decidido, aunque aquélla sea parcial.

Constituye requisito elemental para la procedencia del recurso de apelación la existencia de un agravio actual y concreto, es decir, existir al momento en el que es invocado.

Se trata de la aplicación de la regla según la cual ha de existir agravio para que un interés se vea afectado y es precisamente ese interés la medida del agravio y éste la del recurso; pues no es función de los Tribunales de justicia formular declaraciones abstractas, esto es, allí donde no hay lesión o conflicto.

Al dictarse la providencia que tuvo por contestado el recurso deducido por su contraria, la parte actora no encontró perjuicio alguno del cual agravarse y, si la parte recurrente se hubiera sentido agraviada, debió expresarlo ella mediante la interposición del recurso correspondiente; sin embargo, lo consintió mediante sus actuaciones posteriores, todo siguiendo sus propios argumentos desarrollados a lo largo del proceso.

Es decir que, más allá de las firmas en los libros de Secretaría, la parte demandada consintió actuaciones posteriores y pretende luego ampararse en el sostenimiento de la resolución que declara un desistimiento no expresado respecto a contestar su revocatoria en el hecho de que era la contraria quien debía defender sus intereses pidiendo un traslado que, si bien no fue decretado, tampoco fue pedido por la demandada, quien pudo hacerlo en tiempo y forma oportunos pero recién a esta altura de los acontecimientos procesales, se dice interesada en que ello ocurriera.

Por lo expuesto entiendo que la decisión del *a quo*, en cuanto a considerar desistida la posición procesal de la actora en la revocatoria intentada por la parte demandada (respecto de la extemporaneidad denunciada por la accionante), es equivocada y contraria a derecho, arbitraria y causante de gravamen irreparable en términos substanciales de la defensa al derivar en privación de prueba de la actora, mediante argumentos no aplicables a la cuestión decidida.

Por ello, entiendo que debe hacerse lugar a la apelación deducida contra la Resolución N° 220/10, la que debe ser revocada, teniéndose por bien admitida la

contestación del traslado de revocatoria y por temporáneo el ofrecimiento de pruebas de la actora, dado que la misma no ha desistido de su pretensión como lo entendiera el *a quo* y el pronunciamiento del Juez anterior ha equivocado el razonamiento al tenerla por extemporánea.

Por ello se considera que corresponde la admisión del recurso a este respecto, con costas a la recurrida.

De modo que, concluyendo, corresponde: 1) Rechazar los recursos de apelación interpuestos por la demandada, con costas. (art. 251, Código Procesal Civil y Comercial). 2) Hacer lugar a los recursos de apelación interpuestos por la actora, conforme lo expresado en los considerandos de la presente, revocándose lo resuelto y en su lugar: ordenar la prórroga de la medida cautelar en la forma solicitada y tener por ofrecida la prueba de la actora tempestivamente, con costas a la demandada vencida (art. 251, Código Procesal Civil y Comercial).

Seguidamente, dijo el Dr. Chaumet: 1. Por razones metodológicas trataré en primer término los agravios expuestos por la parte demandada contra la concesión de la medida cautelar, que posteriormente el Juez de Grado no prorrogó.

En cuanto al relato del caso, tanto de los fundamentos de la resolución como de los agravios y su contestación, me remito a la detallada y precisa descripción hecha por mi colega.

1.1. Toca sí insistir que en el caso, el actor interpuso una demanda pretendiendo se condenara a la demandada al cumplimiento de las obligaciones nacidas del contrato de usufructo oneroso sobre un inmueble destinado a "estación de servicio". Entre sus argumentos sostuvo que su resistencia a recibir el inmueble estaba plenamente justificada por la actitud de la demandada, que pretendía demostrar que cumplía todas las exigencias cuando para ello se valía de subterfugios y croquis adulterados. Invocó informes de la Municipalidad y normas de seguridad de la Secretaría de Energía de la Nación.

Pretende no sólo la devolución del inmueble sino, además, la reparación de todos los perjuicios que sufría como consecuencia de no poder disponer de su propiedad.

1.2. Al contestar la demanda, la demandada reconoció el contrato de usufructo pero controversió la interpretación hecha por el actor en cuanto a las características y alcances de sus obligaciones, reconoció que algunas de ellas no estaban cumplidas, pero sostuvo que aún no estaban vencidos los plazos para hacerlo.

La misma demandada interpuso una demanda de consignación contra la aquí actora que se encuentra acumulada a los presentes.

1.3. En estas actuaciones el Juez interviniente ordenó como medida cautelar innovativa, mientras el litigio estuviera pendiente, el pago a la actora de una provisión dineraria mensual similar al último pago del contrato de usufructo y en las mismas condiciones. Más allá de ello, expresamente consignó que: "la medida tendrá vigencia desde el 1/9/08 hasta el día 31/8/09 sin perjuicio de su prórroga si correspondiera".

Como surge del relato de mi colega, con posterioridad el Juez de Grado no hizo lugar al pedido de prórroga solicitado por el actor.

2. Ha sostenido esta Sala que en la tutela anticipada se distinguen la tutela provisoria de la definitiva (ver Camps, Carlos, E.: "La proyectada recepción legislativa de la tutela anticipada", JA., boletín N° 6161, 29/9/99). Esta última, a su turno, se presenta bajo variadas formas de "procesos urgentes". En los últimos tiempos se utilizan diversos remedios procesales tales como los procesos de conocimiento abreviado, los procesos especiales (interdictos, amparo), las medidas autosatisfactivas.

2.1. Reiteradamente, tanto actuando como Juez de 1ª Instancia como así también como miembro de este Tribunal, he recordado que tal como lo ha expuesto Peyrano, la medida cautelar innovativa "es una medida cautelar excepcional que tiende a alterar el estado de hecho o derecho existente antes de la petición de su dictado; la medida que se traduce en la injerencia del Juez en la esfera de libertad de los justiciables a través de que cese una actividad contraria a derecho o de que se retrotraigan las resultas consumadas de una actividad de igual tenor" (Peyrano, Jorge W.: "Medida cautelar innovativa", Ed. D., Buenos Aires, 1981, pág. 21). Más recientemente el mismo autor, en su trabajo "Medida Cautelar innovativa, balance de situación ajustes. Nuevos Horizontes", vuelve a advertir sobre el carácter excepcional de esta medida cautelar no recepcionada por el derecho planificado provincial. "Es que ella, a diferencia de la mayoría de las otras, no afecta la libre disponibilidad de bienes por parte de los justiciables (verbigracia, embargo, prohibición de contratar, inhibición, etc.), ni tampoco impera que se mantenga el status existente al momento de la traba de la litis. Va más lejos ordenando, sin que medie sentencia firme, que alguien haga o deje de hacer algo en sentido contrario al representado por la situación existente" (JA., T° 1995 IV, pág. 681).

También se trae a la memoria las recomendaciones del Congreso de Derecho Procesal de 1979 según el despacho de la comisión presidida por Augusto M. Morello que reiteró el Congreso celebrado en 1995 en la que se dejó sentado que "... para la sanción de una medida cautelar innovativa no basta con la verosimilitud en el derecho y el peligro en la demora, lo que sería suficiente para decretarla si se la ubicara dentro de la prohibición de innovar, sino que, por el contrario, exige recaudos propios..." (Ponce, Carlos J.: "Precisiones sobre la medida cautelar innovativa, en Sistemas cautelares y procesos urgentes", en "Revista de Derecho Procesal", T° 2009 2, págs. 161 y siguientes).

2.2. A su vez, y no obstante que muchas veces se canalice a través de una medida innovativa, la denominada "anticipación de tutela" exhibe una gravedad todavía mayor: concretamente, se está adelantando parte o todo de aquello que será objeto de la pretensión principal misma. En estas condiciones, no resulta extraño que los habituales requisitos de verosimilitud en el derecho invocado por el peticionante y peligro en la demora reclamen una carga de justificación en la argumentación o, en otras palabras, una exhaustiva motivación tanto por parte del pretensor cuanto del Juez que ordena su despacho, y no sólo respecto de las premisas normativas sino también de las fácticas.

2.3. La simple lectura del escrito de demanda (y aun del de su contestación) admite preguntar si se puede inferir tanto desde las cuestiones normativas como desde las fácticas planteadas por las partes que se trata de una postulación innovativa, apoyada en un alto grado de verosimilitud del derecho del actor, como así también de certeza del peligro de sufrir un perjuicio de difícil o imposible reparación, que determine que como medida cautelar se anticipe lo que se debe decidir en la sentencia.

Obligaciones contractuales complejas y notoriamente controvertidas, negativas sobre la autenticidad de documentos e informes, referencias a normas municipales y nacionales de la Secretaría de Energía, diferencias sustanciales sobre temas de ingeniería y arquitectura, discrepancias sobre el patrimonio o sobre los ingresos del actor, son algunos pocos ejemplos (entre muchas otras cuestiones) que demuestran que el caso es altamente controvertido, que no presenta una situación de certezas, ni desde lo fáctico, ni desde lo normativo.

No se dan mínimamente en el caso los presupuestos que permitan subsumir lo otorgado como medida cautelar en las condiciones de aplicación para este tipo excepcional de medida.

Cabe simplemente citar las idas y venidas en las justificaciones del propio Juez de Grado, comparando los argumentos que expuso tanto para librar la medida como para no otorgar la prórroga. En el caso no puedo dejar de recordar lo tantas veces señalado por el distinguido magistrado del Tribunal Supremo español, Perfecto A. Ibáñez, cuando remarca que "... no es lo mismo resolver conforme a una corazonada que hacerlo con criterios idóneos para ser comunicados" ("Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal", en "Doxa", N° 12, 1992).

Es que otorgar una medida que anticipa lo pretendido para decidir en una sentencia, requiere algo más que conjeturas basadas en pareceres personales sobre cuestiones que van desde complejas discrepancias normativas, hipótesis sobre cuestiones de hecho, nociones de arquitectura y valoraciones sobre estilos de vida.

2.4. Así tratándose de un caso en donde en realidad se ha anticipado la ejecución de la sentencia, son menester elementos fácticos y normativos inequívocos, tan robustos que infundan en el Juez un sentimiento de certeza. No en vano en el

derecho anglosajón se señala como estándar de prueba que hace a la evidencia requerida para el despacho de estas medidas el denominado "*clear and convincing evidence*" que indica que el hecho a probar es altamente probable o razonablemente cierto y, en el brasileño, la prueba inequívoca (Meroi, Andrea A.: "Aproximaciones al razonamiento judicial en la tutela de urgencia", JA., T° 2005 II, págs. 17 y siguientes).

2.5. Con elocuencia la recurrente afirmó que en todo reclamo de daños y perjuicios (en cualquier ámbito: contractual, extracontractual o laboral) existe la posibilidad de que los actores se vean perjudicados en su "economía familiar" al no poder gastar hoy aquella suma a la que tendrán derecho el día de mañana con las resultas del pleito y, en virtud de ello, expresó que una medida como la presente se podría aplicar en todos los expedientes en curso (foja 278 vta.).

Es cierto que desde la doctrina que emana del *leading case* "Camacho Acosta" se destaca el perjuicio irreparable que implicaría no adoptar en forma inmediata la medida cautelar innovativa que presupone una situación excepcional. Pero como lo señalaba Morello y la propia Corte Nacional, son medidas que producen modificaciones sustanciales en la realidad fáctica o jurídica y sobre la proyección material de la pretensión ("La cautela material", JA., T° 1992 IV, pág. 214).

De ahí tal propiedad: "excepcional".

Cabe recordar que en "Camacho Acosta" se trataba de un operario al que una máquina de propiedad de la demandada le había amputado el antebrazo izquierdo. Al respecto, alcanza con pasar revista a los casos en que la doctrina especializada ha valorado su adopción (verbigracia Arazi cita casos sobre la exhibición de un film televisivo que trataba sobre medicamentos perjudiciales para la salud, la remisión de fondos para la manutención de los presos federales, la obligación de una obra social de otorgar una prestación médica, etc.; Cfr. "Tutela anticipada, como medida cautelar innovativa", en "Sistemas cautelares y procesos urgentes", en "Revista de Derecho Procesal", T° 2009 2, págs. 167 y siguientes; otros refieren a casos sobre menores, ancianidad, medio ambiente, consumidores, etc.).

En virtud de ello, Berizonce ha dicho que tales cautelares materiales constituyen una técnica procesal particularmente apropiada para la tutela de derechos fundamentales de protección preferente ("Fundamentos y confines de las tutelas diferenciadas", en "Revista de Derecho Procesal", N° 2009 1, págs. 40 y siguientes).

2.6. En consecuencia, corresponde hacer lugar al recurso interpuesto por la parte demandada y revocar la cautelar innovativa dispuesta mediante la Resolución N° 3136/08.

Debe ponerse de resalto el carácter provisional de las decisiones cautelares, lo que autoriza su mutabilidad cuando se modifiquen las circunstancias que determinan su admisión o su rechazo, en cualquier estado o grado del trámite.

2.7. En función de lo resuelto, los restantes agravios de ambas partes sobre las otras resoluciones apeladas carecen de relevancia práctica, lo que torna abstracto el tratamiento de los planteos.

Seguidamente, dijo la Dra. Álvarez: compartiendo los argumentos expuestos por el Dr. Chaumet, adhiero a su voto.

Se resuelve: 1. Hacer lugar al recurso interpuesto por la parte demandada y revocar la resolución apelada, no haciendo lugar a la medida cautelar solicitada, con costas (art. 251, Código Procesal Civil y Comercial). 2. Fijar los honorarios de los profesionales intervinientes en el 50% de los que, oportunamente, resulten regulados en 1ª Instancia.

Cúneo (en disidencia). Chaumet. Álvarez.