

## Sobre cómo y para qué reformar el Código Procesal Civil y Comercial

*No progresas mejorando lo que ya esta hecho,  
sino esforzándote por lograr lo que aun queda por hacer.  
Khalil Gibran*

*por Silvia L. Esperanza*

**SUMARIO:** I. Introducción. II. Propuestas para la reforma del Código Procesal Civil y Comercial. a) Parte general y parte especial. b) Sistemas. c) Perfil del juez. c.1. Encolumnado en el activismo judicial. c.2. Juez modulador. c) Código Procesal de Familia. Ley de Procesos colectivos. e) Reformulación de las medidas cautelares. f) Incorporación de nuevas tutela. f.1. Tutela preventiva. f.2. Proceso urgente. f.3. Procesos de estructura Monitoria. f.4. Tutela de evidencia. g) Sistema de ejecuciones. h) La Oficina judicial. III. Palabras finales

### **I. Introducción.**

El pensamiento de Gibran, es el motivador indudable que impulsó la concreción del presente trabajo

Debemos esforzarnos para mejorar lo que aún queda por hacer después de la unificación del Código Civil y Comercial (en adelante CCyC). Ahí radica nuestra labor.

Para esa tarea tenemos que preservarnos del pensamiento cero<sup>1</sup> que tiene como corolario “no pensar”.

Entonces, ¿qué esta pendiente?

La respuesta es inmediata, las redacción de las reformas al Código Procesal Civil y Comercial, aunque ello no signifique reconocer que el CCyC contiene un sin número de normas procesales<sup>2</sup>.

¿Qué propondríamos para la reforma del Código Procesal?

Varios son los interrogantes que previamente debemos responder.

- a) ¿Dividir el Código en una parte general y otra especial?
- b) ¿Qué sistema se adoptar: oral o escrito?
- c) ¿Qué tipo de juez es el apropiado?
- d) ¿Incluir normas para el proceso de familia y para los procesos colectivos?
- e) ¿Reformular las medidas cautelares?
- f) ¿Incorporar nuevas tutelas?

---

<sup>1</sup> SARAMAGO; José, “Empiezo a creer que se engendra un pensamiento cero. El pensamiento único significa que todos estamos pensando lo mismo y del pensamiento único se pasa muy fácilmente a no pensar.

<sup>2</sup> Por citar algunas: **Prueba:** Art. 20, 36, 89, 98, 99, 288, 296, 314, 317, 330, 409, 466, 472, 491, 545, 568, 582, 584, 591, 708, 709, 710, 727, 792, 890, 894, 895, 948, 950, 969, 1048, 1053, 1262, 1273, 1285, 1310, 1312, 1365, 1571, 1606, 1734, 1735, 1736, 1767, 1771, 1779, 1810, 1817, 1916, 1954, 1976, 2013, 2243, 2256, 2257, 2258, 2263, 2268, 2270, 2281, 2473, 2506, 2515, 2607, 2622. **Medio de prueba:** 96, 97, 315, 318, 336, 413, 423, 492, 503, 506, 508, 512, 565, 569, 579, 589, 665, 895, 1019, 1020, 1249. 1415, 2264, 2483, 2621. **Presunción salvo prueba en contrario:** Arts. 282, 332, 566, 899, 1400, 1801, 1888, 1903, 1911, 1919, 1930, 1945, 1947, 2010, 2011, 2138. **Presunción legal:** Arts. 85, 282, 354, 476, 566, 641, 683, 702, 899, 1168, 1357, 1911, 1914, 1919, 1930, 2010, 2012, 2013, 2135.

g) ¿Mantener el sistema de las ejecuciones?

h) La Oficina Judicial

Las respuestas que daremos a cada interrogante, como bien lo ha dicho Arazi<sup>3</sup> ya fueron expresadas por diversos autores y en Congresos nacionales, sin dejar de ser por ello importante y con la esperanza de una voluntad política para implementarlo”. Nunca mas oportuna las palabras de Morello<sup>4</sup> “recuperemos el tiempo malogrado. Abandonando, definitivamente, el circular recorrido de empezar todos los días algo que nunca coronamos con éxito y prospectiva”.

## II. Propuestas para la reforma del Código Procesal Civil y Comercial

### a) *Parte general y parte especial:*

La norma, deberá estar dividida en dos partes: una general y otra especial.

En la primera se **¿incluirán o incluirían?** los principios procesales rectores y un capítulo especial referido al abuso procesal, en el entendimiento que es un inadecuado ejercicio objetivo de poderes, deberes funcionales, atribuciones, derechos y facultades en que puede incurrir cualquiera de los sujetos -principales o eventuales- intervinientes en un proceso civil dado, y que genera consecuencias desfavorables para el autor del abuso<sup>5</sup>.

A modo ilustrativo, cabe mencionar el Código Procesal Civil de Paraguay que tiene regulado en el Capítulo referido a los Deberes de las Partes:

Art. 51.- **Buena fe y ejercicio regular de los derechos.** Las partes deberán actuar en juicio con buena fe, y *no ejercer abusivamente los derechos que les conceden las leyes procesales.*

Art. 53.- **Ejercicio abusivo de los derechos.** *Ejerce abusivamente sus derechos, la parte que en el mismo proceso:*

a) haya promovido dos o más impugnaciones de inconstitucionalidad, rechazadas con costas;

b) haya promovido y perdido tres incidentes con costas;

c) fuere sancionada más de una vez con medidas disciplinarias; y

d) formule pretensiones o alegue defensas que, juzgadas, resulten manifiestamente desprovistas de fundamento o innecesarias para la declaración o defensa del derecho.

Art. 54.- **Oportunidad para solicitar la declaración.** En cualquier etapa del proceso y en cualquier instancia, antes que se dicte resolución, podrá requerirse que en la decisión *el magistrado se pronuncie sobre la mala fe o el ejercicio abusivo del derecho.*

Art. 55.- **Responsabilidad conjunta.** *Los profesionales que haya intervenido como apoderados o patrocinantes, serán responsables conjuntamente con sus representantes o*

<sup>3</sup> ARAZI, Roland, “Hacia un nuevo Código Procesal Civil y Comercial” AR/DOC/2924/2016.

<sup>4</sup> MORELLO; Augusto M., “Modernización y calidad de las instituciones”, Librería editora platense, p. XVII, edic. 2004

<sup>5</sup> PEYRANO, Jorge W., “El abuso procesal judicial”, L.L. 4.4.2016

*patrocinados*, por las consecuencias emergentes de la admisión de la mala fe o *del ejercicio abusivo de derechos*, salvo que de las constancias de los autos respectivos resulte que el motivo en el cual se fundó la imputación, no le sea atribuible y así se declare.

Art. 56.- **Sanciones en caso de mala fe o ejercicio abusivo de los derechos.** Sin perjuicio de otras sanciones que pueda prever la ley, *la admisión de mala fe o de ejercicio abusivo de los derechos importará una presunción juristantum* contra la parte a la que se imputen, cuando haya duda sobre el derecho invocado, o insuficiencia de prueba.

Aunque la parte culpable de mala fe o ejercicio abusivo de los derechos resulte vencedora en lo principal, serán a su cargo las costas del proceso. Los jueces y tribunales, al regular los honorarios de los letrados de la parte contraria, los aumentarán hasta el cincuenta por ciento, según la gravedad de los hechos. La parte perjudicada podrá, además, responsabilizar a la otra por los daños y perjuicios, conforme con lo dispuesto por el Código Civil.

El rol del magistrado, también, es relevante y la doctrina argentina, de la mano de Peyrano<sup>6</sup>, se ha expedido, “nos encontramos con el abuso judicial o de la jurisdicción, que puede darse, merced al hostigamiento judicial de testigos, al ejercicio de presiones judiciales intimidatorias para que se concrete una conciliación o al despacho de pruebas oficiosas al sólo efecto de “ganar tiempo”, conductas que a las claras no sólo se hallan en contraposición con los valores éticos, sino que son antijurídicas y por lo tanto censurables”.

El principio del abuso del derecho es un principio autónomo a la vez de general y, hoy, se encuentra establecido en el art.10<sup>7</sup> del CCyC.

Este punto tiene proyecciones relativas a la función de los jueces, al extremo que el CCyC ha sido llamado el “Código de jueces” por las múltiples atribuciones que concede a la judicatura.

### ***b) Sistemas***

En relación con el sistema a adoptar: oral o escrito. En este aspecto, cabe acotar la opinión de Falcón<sup>8</sup> para quien la etapa inicial del proceso debe ser escrita, aunque ello no signifique que sea en “soporte papel” y puede serlo en “soporte electrónico”. El avance de la tecnología nos lleva a expresarnos a favor, con ciertas reservas<sup>9</sup>.

---

<sup>6</sup> Ibidem

<sup>7</sup> ARTÍCULO 10.- Abuso del derecho. El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización

<sup>8</sup> Falcón, Enrique M., “Cómo hacer un Código Procesal Civil y Comercial”, AR/DOC/2233/2016.

<sup>9</sup> Debemos ser conciente de la crisis energética en la que nos encontramos y el tiempo que demanda el restablecimiento a un estado normal. Esa crisis afecta no sólo a las grandes ciudades, sino que debemos tener presente lo que sucede en el interior del interior del país, donde los servicios de la tecnología van de la mano con el servicio eléctrico.

### ***c) Perfil del juez***

El Código Unificado un “Código de jueces”, entonces, ¿qué juez necesitamos?

#### ***c.1. Encolumnado en el activismo judicial***

Tienen que ser magistrados enrolados en el activismo judicial, hace tiempo precisaba el maestro Morello<sup>10</sup> “la expresión ‘activismo’ ha ganado plaza para referirse a una actitud en la práctica de los Tribunales Superiores que coloca el acento de las diferencias en la participación directa, intensa y continuada que impulsa y guía, innovadoramente, el accionar del gobierno; en el caso, el que corresponde a la competencia o área del Servicio de Justicia”, también se ha expedido Manili<sup>11</sup> sobre la base del pensamiento de Morello, considera que podría agregarse que una sentencia es propia de un ejercicio activista de la judicatura cuando el tribunal, además de solucionar el caso concreto traído a su juzgamiento, envía señales innovadoras a los demás poderes, a los jueces inferiores y a la sociedad en general. Esas señales pueden consistir, por ejemplo, en:

- “*Crear*” derechos, es decir, garantizar la protección de un derecho no enumerado por considerarlo de raigambre constitucional, ampliando así la nómina de derechos protegidos.
- Ampliar las garantías procesales para la protección de los derechos, sea mediante nuevas garantías o mediante la interpretación amplia de las existentes.
- Señalarle al Congreso la necesidad de una reforma legislativa en determinada materia.

En igual corriente de opinión, Mascitora<sup>12</sup> subraya “Estoy convencido que el rol activo de los magistrados, cumplimentando efectivamente deberes y ejerciendo realmente poderes, implica el ejercicio de una soberanía y lo torna al juez verdaderamente independiente”.

A su turno Palacio de Caeiro<sup>13</sup>, se expide sobre la noción de activismo judicial según el CCyC.. Es la necesidad de que el juez se involucre activamente en el proceso, arbitrando y resolviendo las cuestiones incidentales y de fondo, desde análisis y las miradas constitucional y convencional, impuestas por cláusulas superiores que le sirven para interpretar y aplicar las leyes sustantivas y de procedimiento. La constitucionalización del derecho privado debe ser también la del derecho procesal desde que es una rama instrumental destinada a hacer posible la aplicación de aquél.

---

<sup>10</sup> MORELLO, Augusto Mario, “La Corte Suprema en Acción”, ed. Lexis Nexis, Segunda Edición, Buenos Aires, 2007, pág. 134. MORELLO, Augusto M., “Un nuevo equilibrio entre el activismo y la contención de los Jueces”, JA, 2003-III-863, Manili, Pablo L., “El activismo en la jurisprudencia de la Corte Suprema,” L.L., 2006-D, 1285; PEYRANO, Jorge W., BARBERIO; Sergio J., CARRILLO, Hernán, VARGAS, Abraham, EGUREN; Carolina, ACTIVISMO Y GARANTISMO PROCESAL, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, edic. 2009

<sup>11</sup> MANILI; Pablo, “El activismo (bueno y malo) en la jurisprudencia de la CSJN, L.L. 2006-D-1285

<sup>12</sup> MASCOTRA; Mario, “Poderes-deberes instructorios del órgano jurisdiccional”, L.L. 16.7.2015

<sup>13</sup> PALACIO DE CAEIRO, Silvia, “El Código Civil y Comercial y el federalismo”, AR/DOC/1207/2015

En ese contexto destacamos algunos aspectos particulares de lo que hoy se llama “activismo judicial democrático”<sup>14</sup>:

- *Es realista*, es decir diferencia entre el distribuidor del pan de la Justicia de la mejor manera posible, de que se conforman con solucionar el conflicto y otorgar la correspondiente paz social, con lo que se tiene, como fuere, y sin mayores miramientos.

- *Conciencia del fin del proceso civil*, lo que implica hacer realidad los derechos contemplados en las leyes sustantivas.

- *Es creativo*, se le reconoce a los jueces la potestad -excepcional, claro está- de generar nuevas herramientas procesales (poderes heurísticos de los magistrados). Esta característica no es ilusoria, ha sido expresada por la CSJN en “Halabi”: de mediar una necesidad jurídica, debe existir un mecanismo procesal, pretoriano o legal, para satisfacerla y así mejor solucionar el caso.

- *Facultad de dictar pruebas de oficio*. Es el punto neurálgico de la discusión “galantismo-activismo”, la actividad oficiosa es lo que conocemos como medidas para mejor proveer.

### c.2. Juez modulador

El juez del Código que diseñamos, también, tiene que tener la característica de “modulador”<sup>15</sup> del proceso, nos recuerda Peyrano que durante una de las visitas que realizará a nuestro país Loïc Cadiet, informó sobre lo que acontece en Francia, respeto de la conveniencia de que, en la medida de lo posible, se construyera un proceso civil “a medida”, cuando fuera menester, ajustado a las circunstancias de la causa.

El juez de la nueva norma debe tener facultades para modificar, prudencialmente, el formato del proceso<sup>16</sup>.

El nuevo Código Procesal Civil de Brasil<sup>17</sup>, dispone facultades a la judicatura que son verdaderas “adaptaciones”, a las necesidades del conflicto de modo de conferir mayor efectividad de la tutela del derecho (art. 139, apartado VI)<sup>18</sup>.

---

<sup>14</sup> PEYRANO; Federico, PEYRANO; Jorge W., “El activismo judicial democrático”, E.D. 24.2.16, denominado democrático porque para poner de resalto que su ideario respeta las garantías procesales, rectamente entendidas, que fluyen de la Constitución Nacional y de los tratados con rango constitucional.

<sup>15</sup> PEYRANO, Jorge W., “El juez modulador del proceso civil”

<sup>16</sup> Como lo prevé la Ley de Defensa al Consumidor.

<sup>17</sup> El 30 de septiembre de 2009, a través del Acto del Presidente del Senado Federal nº 379, fue designada una Comisión de Juristas destinada a elaborar el Anteproyecto de Código de Proceso Civil, compuesta por renombrados profesionales, entre los cuales están Luiz Fux, Teresa Arruda Alvim Wambier, Adroaldo Furtado Fabrício, Benedito Cerezo Pereira Filho, Bruno Dantas, Elpidio Donizetti Nunes, Humberto Theodoro Junior, Jansen Fialho de Almeida, José Miguel Garcia Medina, José Roberto dos Santos Bedaque, Marcus Vinicius Furtado Coelho, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, Verônica Maia Baraviera y Gláucio Ribeiro de Pinho. El trabajo de la Comisión mencionada, destinado a modernizar y reformar el actual Código Procesal, de 1973, tuvo como línea directriz la búsqueda de una mayor rapidez y coherencia a la tramitación de los procesos de naturaleza civil, como medida destinada a brindar mayor efectividad a los resultados producidos. Finalmente, el 8 de junio de 2010, el texto fue presentado en el Senado Federal como proyecto de ley nº 166/2010. De la misma forma, la propuesta tramitó en la Cámara de Diputados como proyecto de ley nº 8046/2010. En ambas casas legislativas, el texto sufrió enmiendas y propuestas de alteración, habiendo sido finalmente aprobado por el Congreso Nacional el 17 de diciembre de 2014, en votación en Plenario. Recientemente, la Presidenta de la República sancionó el

Sería demasiado extenso seguir expidiéndonos sobre el tema, como corolario y parafraseando a Arduino<sup>19</sup>, se trata de un juez que responda a las expectativas y necesidades propias de la sociedad argentina del siglo XXI. Un juez llamado a ser protagonista y que asegure un comportamiento ético.

#### ***d) Código Procesal de Familia. Ley de Procesos Colectivos***

Con referencia a incluir los procesos de familia y procesos colectivos en el Código Procesal Civil y Comercial. La respuesta es negativa.

##### *d.1. Código Procesal de Familia*

El proceso de familia debe tener una regulación totalmente autónoma, porque se rige por principios procesales propios, así el art. 706 del CCyC alude a los principios generales del proceso de familia, destacando el principio de tutela judicial efectiva, inmediación, buena fe y lealtad procesal, oficiosidad, oralidad y acceso limitado al expediente. Es un proceso que necesita de un juez especializado, además de actuar con el apoyo de un cuerpo multidisciplinario.

Esta perspectiva especial, hace que se considera trascendente que el CCyC incluyera reglas procesales pues operan como elemento unificador para el tratamiento de las cuestiones de familia<sup>20</sup>. Además, y como se lee en los Fundamentos de elevación del Anteproyecto de CCyC., “desarrolla una serie de normas orientadas a plasmar una verdadera ética de los vulnerables”, razones por demás suficientes para contar con un Código Procesal de Familia, con especial referencia al Código Modelo de Familia para la Ciudad Autónoma de Buenos Aires<sup>21</sup>.

Párrafo aparte merece el tratamiento de un tema que trae controversias, el vinculado con la “Restricción a la capacidad de las personas” ¿competencia de los juzgados civiles o de familia, regulación en el Código Procesal Civil y Comercial o Código Procesal de Familia?

Previamente se impone observar que el CCyC establece expresamente que la restricción a la capacidad solo puede ser en beneficio de la persona (art. 31 inc. b). A ellos se

---

texto del nuevo Código Procesal Civil (NCPC), aprobado como ley ordinaria n° 13.105, del 16 de marzo de 2015. De este modo, la nueva ley entrará en vigencia un año tras la publicación oficial, es decir, el 15 de marzo de 2016, representando el primer código procesal aprobado bajo el régimen democrático de derecho. <https://cartasblogatorias.com>

<sup>18</sup> Art. 139: El juez dirigirá el proceso conforme las disposiciones de este código, siendo de su incumbencia: VI: dilatar los plazos procesales y alterar el orden de producción de los medios de prueba adecuándolos a las necesidades del conflicto de modo de dar mayor efectividad a la tutela del derecho.

<sup>19</sup> ARDUINO, Augusto H., “Proyecciones del Código Civil y Comercial sobre el perfil del juez”, AR/DOC/2338/2016

<sup>20</sup> DE LOS SANTOS, Mabel A., “Cuestiones procesales a la luz del Código Procesal Modelo de Familia (que responde al nuevo Código Civil y Comercial)”, AR/DOC/4394/2014.

<sup>21</sup> El Código Procesal Modelo para la Justicia de Familia fue elaborado a requerimiento de la Unidad de Implementación y Seguimiento de las Políticas de Transferencia de Competencias del Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires, cuyo presidente, el doctor Julio De Giovanni, encomendó dicha labor a las doctoras Ángeles Burundarena, Marisa Herrera y Mabel De los Santos. La revisión general del texto estuvo a cargo de la doctora Aída Kemelmajer de Carlucci,

agrega los conceptos de "salud mental", hoy ya no se habla de "personas con enfermedad mental" sino de personas con discapacidad intelectual o psicosocial; y en atención a las disposiciones del CDPD, la salud mental es entendida como un proceso determinado por componentes históricos, socio-económicos, culturales, biológicos y psicológicos, cuya preservación y mejoramiento implica una dinámica de construcción social vinculada a la concreción de los derechos humanos y sociales de toda persona<sup>22</sup>.

En palabras de la CIDH la CDPD contiene normas sobre la importancia del acceso a la justicia de las personas con discapacidad "en igualdad de condiciones con las demás" e "incluso mediante ajustes de procedimientos y adecuados a la edad" (Preámbulo y art. 13.1.). En ese contexto la Corte considera tomar las medidas eficaces, como ser la priorización en la "atención y resolución del procedimiento por parte de las autoridades a su cargo con el fin de evitar retrasos en la tramitación de los procesos de manera que garantice la pronta resolución y ejecución de los mismos.

Es conveniente destacar que no es tarea sencilla determinar el sistema conforme el cual debieran regularse los mecanismos jurídicos dirigidos a garantizar "el apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica" de las personas con discapacidad mental<sup>23</sup> (art. 12 Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad). Necesariamente, los operadores jurídicos deben aprehender este contexto normativo como un cambio de paradigma, como una válvula de escape del concepto biológico-jurídico de incapacidad latente en el Código Civil<sup>24</sup> y también en los diseños procesales.

Bien se ha dicho que el legislador ha tutelado de modo específico la situación de las personas que por algún padecimiento no pueden ejercer por sí de modo pleno su capacidad de ejercicio, disponiendo que el trámite judicial tiende a fijar alguna restricción en su resguardo se realice de modo personalizado y atendiendo a las circunstancias propias y familiares de la persona<sup>25</sup>.

Este es el aspecto sobre el que se escriben estas líneas, recordando que es notorio cómo frente a situaciones que dificultan o impiden el ejercicio por sí de los derechos, el nuevo Código exige que el sistema dote de asistencia a las personas para que sean éstas las que decidan, en lugar de acudir como primera medida al reemplazo de su voluntad por la de otra persona -tutores o curadores-<sup>26</sup>.

La jurisprudencia ha resaltado que "las situaciones concretas de la vida pueden

---

<sup>22</sup> FERNANDEZ, Silvia E., "El régimen de capacidad en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación", AR/DOC/3834/2014

<sup>23</sup> FERNANDEZ, Silvia E., ob.cit.

<sup>24</sup> KRAUT, Alfredo y DIANA, Nicolás. "Un breve panorama de la legislación, la jurisprudencia y el Proyecto de Código Civil y Comercial." Revista de Derecho Privado y Comunitario. Proyecto de Código Civil y Comercial -I, 2012- 2. Rubinzal Culzoni, p. 145, citado por Fernández, Silvia, ob. cit.

<sup>25</sup> PICCINELLI, Ornella y VERBIC, Francisco, "Determinación de la capacidad de las personas en el Código Civil y Comercial: Ajustes necesarios a los procesos de declaración de incapacidad", en Revista de Derecho Procesal N° 2016-1, edit. Rubinzal-Culzoni, p.137

<sup>26</sup> CAMPS, Carlos, "La capacidad de ejercicio de derechos en el proceso civil", AR/DOC/535/2016

actualizar la necesidad de ampliación de capacidades subjetivas que tiendan al mejor cumplimiento del reconocimiento de la autovalía del sujeto, en su devenir evolutivo dinámico. En la medida en que las capacidades personales crecen y se amplifican en la proyección familiar y social, exigen el reconocimiento jurídico dinámico que las sitúe en el plano de las capacidades de obrar, a fin de evitar la discriminación indebida”. En este marco, es “deber de los operadores jurídicos comprender la dinámica de la discapacidad, para evitar la discriminación y limitación del principio de igualdad constitucional...la capacidad o la discapacidad son conceptos que evolucionan y que resultan de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan la participación plena y efectiva en la sociedad y en igualdad de condiciones con los demás”<sup>27</sup>.

Finalmente la correcta inteligencia del conjunto armónico normativo de la constitución, la jurisprudencia de la CIDH y de la CDPD, el modelo social de discapacidad y el modelo de derechos humanos que de los mismos convergen, significa que el tratamiento de un tema tan delicado para la persona como su entorno familiar sea llevado adelante por un juez especializado que cuenta con la colaboración de un equipo multidisciplinario y con un perfil adecuado para tratar con personas vulnerables.

El informe que venimos reseñando, es coincidente con la normativa de la Provincia de Buenos Aires, art. 827 del CPCPCBA, donde la estructura judicial cuenta con juzgados especializados en Familia. Consideramos que de la misma manera sería para aquellas provincias que cuentan con jueces con competencia en Familia y que por una rémora, el tema de la restricción a la capacidad tramita en los juzgados civiles y comerciales.

#### d.2. Ley de Procesos colectivos.

Con referencia a los Procesos Colectivos, como se adelantará no deben incluirse en el Código Procesal Civil y Comercial, sino a través de una ley especial, en tal sentido coincidimos con la propuesta<sup>28</sup> que fuera presentada ante el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación en el marco de la Primera Mesa de Trabajo para la elaboración de un Proyecto Normativo que regule los Procesos Colectivos, celebrada el día 30 de junio de 2016, e incorporado a la plataforma Justicia 2020 en la sección 3.3 Civil: Cambios procesales para un mejor servicio de justicia/Ley de procesos colectivos (<https://www.justicia2020.gob.ar/foro/topic/ley-de-procesos-colectivos/>).

#### **e) Reformulación de las medidas cautelares**

---

<sup>27</sup> Tribunal de Familia N° 2, Mar del Plata, 6/9/2010, “C. S. G. S s/Insania y Curatela”, RDF 2011-III, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2011, p. 191.

<sup>28</sup> Propuesta elaborada por los Dres. Leandro J. Giannini Alejandro Pérez Hazaña Caren Kalafatich Dante Rusconi José M. Salgado Matías A. Sucunza Matías R. Tau M. Carlota Ucin Francisco Verbic



En este sentido consideramos que deben incorporarse las “medidas cautelares innovativas” como lo tienen algunos Códigos Procesales provinciales<sup>29</sup>, así también las medidas anticautelares.

Sobre las medidas anticautelares Peyrano<sup>30</sup> nos informa que su índole es la de una “autosatisfactiva” con orientación definida que puede promover el posible destinatario de una cautelar abusiva, por resultarle particularmente perjudicial para el giro de sus negocios (sea en razón de una medida cautelar precisa, sea porque la cautelar en cuestión compromete la libre disposición de ciertos bienes) y ser fácil e idóneamente reemplazable por otra precautoria. Por considerar que la motorización del mecanismo anticautelar debe ser la autosatisfactiva es que aseveramos que su despacho favorable exige lo mismo que para su género madre. A saber: urgencia, fuerte verosimilitud del derecho invocado y prestación de contracautela. Anote el lector que el requirente de una anticautelar deberá demostrar prima facie que se encuentra incurso en una situación de vulnerabilidad cautelar (SVC), es decir que el destinatario está en condiciones ya mismo de postular en su contra una cautelar que lo perjudicaría grandemente”.

Para una mayor ilustración del novel instituto, el autor se pregunta ¿dónde reside en la especie la verosimilitud acerca de que le asistiría razón al requirente de una anticautelar? Pues, en la demostración de que la traba de una medida cautelar en particular le resultaría particularmente gravosa o la de que la afectación cautelar de determinados bienes le sería especialmente perjudicial. Obviamente, el presente requisito también reclama que el requirente individualice, de manera precisa, bienes de su pertenencia que puedan servir idóneamente de asiento de una medida precautoria de recambio. En cuanto a la contracautela, creemos que deberá consistir en una caución real con aptitud para cubrir los perjuicios ocasionados por la anticautelar cuando ella hubiera servido para facilitar maniobras del requirente tendientes a insolventarse. Imagínese el supuesto de quien pide y obtiene que no se le trabe una inhibición general de bienes (por resultarle particularmente lesiva) reemplazándola por el embargo de un bien automotor que luego se comprueba que estaba en estado ruinoso y que poseía escaso valor de realización; posibilitando así la anticautelar que salieran del patrimonio del requirente otros bienes de gran cuantía económica. Por estos días, se ha conocido lo que sería el *leading case* en la materia. Se trata de “Centro de Chapas Rosario S.A. C/Administración Provincial de Impuestos A.P.I. S/ Medida cautelar”, Expte Nro 674/13, que tramita ante el Juzgado de

---

<sup>29</sup> Ley 5745 de la provincia de Corrientes, incorpora la medida cautelar innovativa: “**Artículo 232° bis.- 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. Presupuestos: 1. Probabilidad y no simple verosimilitud del derecho invocado 2. Peligro en la demora 3. Perjuicio irreparable 4. Contracautela Facultades del Juez: El Juez de oficio o a pedido de parte dictará la medida innovativa por el lapso que estimara razonable según las circunstancias del caso.”

<sup>30</sup> PEYRANO, Jorge W., “Informe, sobre las medidas anticautelares”, “Las medidas anticautelares”, “Nuevas miradas sobre las medidas anticautelares”, “Precisiones sobre las medidas anticautelares”, CARBONE, Carlos, “La medida anticautelar. Nuevos horizontes y prohibición de demandar”, ESPERANZA; Silvia L., “Evolución del ideario de la anticautelar”, FERNANDEZ BALBIS, Amalia “El puente de las medidas anticautelares”, en “La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación”, PEYRANO, Jorge W., Director, - ESPERANZA; Silvia L., Coord. Edit. Rubinzal-Culzoni, 2016, p. 609 y sgtes.

Primera Instancia de Distrito en lo Civil y Comercial de la Sexta Nominación de Rosario. En dicha causa, prosperó una anticautelar (motorizada mediante una autosatisfactiva) contra la Administración Provincial de Impuestos” ordenándose en su seno que ésta “no trabee inhibición general de bienes y/o embargo sobre cuentas corrientes de la actora, derivada del expediente administrativo N°13302-0635876-2 si el crédito no excediere el monto de \$580.000 atento al grave perjuicio que la misma importaría para la destinataria de la medida y a la existencia de los bienes puestos a disposición a los fines de efectivizar una eventual cautelar en su contra en virtud a tales actuaciones”.

Como una Sección este Capítulo, se debería incorporar normas específicas sobre la temporalidad de las medidas cautelares. Es que el CCyC presenta regulaciones de situaciones que la sociedad requería, específicamente lo vinculado con la temporalidad de las medidas provisionales<sup>31</sup>.

Es como lo expresa Morello la satisfacción de los derechos debe tener lugar en un tiempo razonablemente limitado pues de otro modo quedan comprometidos los valores justicia, seguridad y pacificación.

Cabe precisar que la finalidad del plazo de vigencia de las medidas cautelares es evitar el ejercicio abusivo de los derechos de quien obtiene una cautelar de contenido anticipatorio de su pretensión y dilata la resolución final del proceso o de quien utiliza la medida obtenida como medio de extorsión<sup>32</sup>.

Ya nos decía Peyrano<sup>33</sup> al comentar el “caso Clarín” destacamos que la mayoría de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha posibilitado la colocación de un tope temporal a la vigencia de la prohibición de innovar, al decir que "se considera conveniente la fijación de un límite razonable para la vigencia de la medida cautelar. Si el tribunal de grado no utilizara ex officio este remedio preventivo, la parte recurrente podría promover la solicitud de la fijación de un plazo". Ya hemos dicho que "La concepción clásica visualiza como regla que las medidas cautelares trabadas subsistirán durante un largo lapso. En Argentina prevalece la tesis de que, en principio, se mantendrán hasta la formación de la cosa juzgada favorable al cautelado (lo que determinará la cancelación de la medida) o hasta tanto se consolide una cosa juzgada favorable al requirente lo que provocará el inicio de la faz de ejecución.

En el derecho extranjero el Código Procesal Civil de Perú regula las “**Medidas temporales sobre el fondo**”

Artículo 674.- Medida temporal sobre el fondo.- Excepcionalmente, por la necesidad impostergable del que la pide o por la firmeza del fundamento de la demanda y prueba

---

<sup>31</sup> DE LOS SANTOS, Mabel A.; ESPERANZA, Silvia L. “Medidas provisionales”, Tratado de Derecho de Familia, KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, HERRERA; Marisa, LLOVERAS, Nora-Director, Edit. Rubinzal-Culzoni, 2016, Tomo V-B, p. 726

<sup>32</sup> DE LOS SANTOS MABEL, “Las medidas provisionales de los procesos de familia en el Proyecto de Código Civil y Comercial Unificado”, en Revista de Derecho Procesal N° 2013-1, edit. Rubinzal Culzoni, p. 191

<sup>33</sup> PEYRANO; Jorge W., “El plazo en las medidas cautelares”, LA LEY 26/10/2010, 5

aportada, la medida puede consistir en la ejecución anticipada de lo que el Juez va a decidir en la sentencia, sea en su integridad o sólo en aspectos sustanciales de ésta.

Artículo 675.- Asignación anticipada de alimentos.- En el proceso sobre prestación de alimentos procede la medida cuando es requerida por el cónyuge o por los hijos menores con indubitable relación familiar. El Juez señalará el monto de la asignación que el obligado ha de pagar por mensualidades adelantadas, las que serán descontadas de la que se establezca en la sentencia definitiva.

Artículo 676.- Asignación anticipada y sentencia desfavorable.- Si la sentencia es desfavorable al demandante, queda éste obligado a la devolución de la suma percibida y el interés legal, los que serán liquidados por el Secretario de Juzgado, si fuere necesario aplicándose lo dispuesto por el Artículo 567. La decisión del Juez podrá ser impugnada. La apelación se concede con efecto suspensivo.

Artículo 677.- Asuntos de familia e interés de menores.- Cuando la pretensión principal versa sobre separación, divorcio, patria potestad, régimen de visitas, entrega de menor, tutela y curatela, procede la ejecución anticipada de la futura decisión final, atendiendo preferentemente al interés de los menores afectados con ella. Si durante la tramitación del proceso se producen actos de violencia física, presión psicológica, intimidación o persecución al cónyuge, concubino, hijos o cualquier integrante del núcleo familiar, el Juez debe adoptar las medidas necesarias para el cese inmediato de los actos lesivos, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 53.

Artículo 678.- Administración de bienes.- En los procesos sobre nombramiento y remoción de administradores de bienes, procede la ejecución anticipada de la futura decisión final a efecto de evitar un perjuicio irreparable.

Artículo 679.- Desalojo.- En los procesos de desalojo por vencimiento del plazo del contrato o por otro título que obligue la entrega, procede la ejecución anticipada de la futura decisión final, cuando el demandante acredite indubitablemente el derecho a la restitución pretendida y el abandono del bien.

Artículo 680.- Separación y divorcio.- En cualquier estado del proceso el Juez puede autorizar, a solicitud de cualquiera de los cónyuges, que vivan en domicilios separados, así como la directa administración por cada uno de ellos de los bienes que conforman la sociedad conyugal.

Artículo 681.- Devolución de bien en el despojo.- En el interdicto de recobrar, procede la ejecución anticipada de la decisión final cuando el demandante acredite verosímilmente el despojo y su derecho a la restitución pretendida.

Pero volvamos la mirada al Código Modelo de Familia de CABA, allí encontramos una buena solución al regular la temporalidad de las medidas cautelares, en el “Art. 593. Medidas cautelares relativas a los bienes .Iniciado el proceso de divorcio o antes, en caso de urgencia, a pedido de parte, el juez puede disponer medidas cautelares para evitar que la administración o

disposición de los bienes de uno de los cónyuges pueda poner en peligro, hacer inciertos, o defraudar derechos patrimoniales del otro, cualquiera sea el régimen patrimonial matrimonial que rija. *Al ordenarlas, el juez debe establecer el plazo de duración, pudiendo prorrogarlo si fuera necesario.[...]*

Estas medidas también pueden disponerse en reclamos patrimoniales derivados de la nulidad del matrimonio y las uniones convivenciales.”

Aun cuando varias legislaciones domésticas incorporan la medida autosatisfactiva en el capítulo de las Medidas Cautelares, consideramos que su regulación se encuentre como una Sección del Capítulo de los Procesos urgentes, como acontece en la provincia de Corrientes<sup>34</sup>, o el Código Modelo de Familia para CABA que denomina “Proceso de satisfacción inmediata de pretensión urgente” en los arts. 511 a 513<sup>35</sup>.

#### **f) Incorporación de nuevas tutelas**

En la parte especial, incluir la tutela preventiva, los procesos de estructura monitoria,

---

<sup>34</sup> Incorporado por la ley 5745: “**Libro Octavo. Procesos Urgentes Título Único: Medidas Autosatisfactivas** Capítulo 1. Disposiciones Generales **Artículo 785°.-** Medidas autosatisfactivas. Caracterización. Ante solicitud fundada de parte, explicando con claridad en qué consisten sus derechos y su urgencia y aportando todos los elementos probatorios que fundamenten la petición y que es impostergable prestar tutela judicial inmediata, el juez o tribunal deberá excepcionalmente, ordenar medidas autosatisfactivas, según fueren las circunstancias del caso, valoradas motivadamente y se podrá exigir la prestación de caución real o personal, determinando en estos casos la vigencia. **Artículo 786°.-** Presupuestos: Para poder dictar resolución favorable se presuponen la concurrencia de lo siguientes presupuestos: a) Que fuere necesaria la cesación inmediata de conductas o vías de hecho producidas o inminentes, contrarias a derecho según la legislación procesal o de fondo. b) Que el interés del postulante se circunscriba, de manera evidente, a obtener la solución de urgencia no cautelar requerida, no extendiéndose a la declaración judicial de derechos conexos o afines c) Se podrán fijar límites temporales a las medidas autosatisfactivas que se dicten y disponer, a solicitud de parte, prorrogas de las mismas. **Artículo 787°.- Sustanciación:** Los jueces deberán decretar directamente la medida autosatisfactiva peticionada o, excepcionalmente según fueren las circunstancias del caso y la materia de la medida, someterla a una previa y reducida sustanciación, que no excederá de conceder a quien correspondiere la posibilidad de ser oído. **Artículo 788°.- Suspensión provisoria:** Se podrá solicitar la suspensión provisoria de la medida autosatisfactiva que lo afectare, en el supuesto que acreditare “prima facie” la existencia de la posibilidad de sufrir un perjuicio de difícil o imposible reparación, previo ofrecimiento y prestación de contracautela suficiente **Artículo 789°.- Impugnación:** El legitimado para contradecir la medida autosatisfactiva ordenada, podrá optar para impugnarla entre la interposición directa del recurso de apelación que será concedido en su caso, con efecto devolutivo, o iniciar un proceso declarativo general sumario de oposición cuya promoción no impedirá el cumplimiento de la decisión judicial impugnada. Elegida una vía de impugnación, se perderá la posibilidad de hacer valer la otra. **Artículo 790°.- Principios de instrumentalidad. Caducidad:** No rigen en la materia los principios de instrumentalidad y caducidad propios del proceso cautelar.”

<sup>35</sup> **Art. 511. Presupuestos.** Para la procedencia del proceso urgente de satisfacción inmediata deben cumplirse los siguientes presupuestos: a) Existencia de la necesidad de satisfacer una obligación incondicionada impuesta por ley, o de hacer cesar de inmediato conductas o vías de hecho, producidas o inminentes, contrarias a derecho según la legislación de fondo. b) Petición limitada a obtener una solución de urgencia no cautelar, que no involucre la declaración judicial de derechos conexos o afines, y que la protección de su interés jurídico no requiera de la ulterior promoción de un proceso de conocimiento. **Art. 512. Trámite.** Excepcionalmente, el juez puede admitir el trámite del presente proceso urgente, cumplidos los siguientes actos: a) El peticionante debe prestar garantía suficiente, de conformidad con las particularidades del caso. b) La contraparte debe ser oída por el juez, en una breve sustanciación, aplicando en lo pertinente las normas sobre incidentes o citando a una audiencia. Si el derecho es evidente o la urgencia es extrema, puede ordenar la medida de modo inmediato, posponiendo la sustanciación para cuando lo ordenado se haya cumplido. En todos los casos la resolución debe ser notificada personalmente o por cédula. Si no ha mediado traslado previo, con la notificación de la resolución se cita a la contraria a ejercer su derecho de defensa, haciéndole saber que debe cumplir la medida ordenada aunque formule oposición a la pretensión. **Art. 513. Oposición.** El legitimado que se haya opuesto a la pretensión urgente, puede impugnar la resolución, mediante recurso de apelación sin efecto suspensivo o mediante juicio declarativo de oposición, que tramita por las normas del proceso de conocimiento extraordinario. El referido juicio de oposición debe tramitar ante el juez que dictó la resolución urgente.

los procesos urgentes<sup>36</sup>, a su vez divididos en capítulos referentes a las medidas autosatisfactivas y, las tutelas anticipadas de urgencia y la tutela de evidencia.

Con esta propuesta, no dejamos de lado el pensamiento de Tarzia<sup>37</sup> “no es posible pensar en la proliferación ilimitada de tutelas especiales”, sino que nos encontramos ante un cambio de paradigma que se concreta en nuevas teorías, soluciones y herramientas.

#### f. 1. Tutela preventiva

Lo que se pretende a través de la tutela preventiva es el reclamo de una situación fáctica actual que objetivamente aparezca idónea para generar un daño futuro, haciendo nacer así en el potencial afectado un interés de obrar suficiente para estar en condiciones de promover una acción preventiva<sup>38</sup>.

Kemelmajer<sup>39</sup>, citando a Peyrano, nos recuerda que también, se enseña que la acción preventiva es aquella que persigue evitar el acaecimiento, repetición, agravación o persistencia de daños potencialmente posibles conforme al orden normal y corriente de las cosas, a partir de una situación fáctica existente.

Legislativamente en nuestro país se encuentra regulado en el Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Santa Cruz, con el diseño que transcribimos:

Art. 472. **Prevención del daño.** Podrá iniciarse un proceso que tenga como objeto principal prevenir un daño o disminuir su magnitud, cuando exista riesgo razonable de que se produzca o agrave, en su caso. No es exigible ningún factor de atribución.

Art. 473. **Legitimación.** Está legitimado para promover la acción cualquier persona que acredite un interés razonable.

Art. 474. **Trámite.** La acción tramitará por el proceso sumario o sumarísimo, según lo determine el juez, en resolución que será irrecurrible. Ello, sin perjuicio de las medidas cautelares que puedan decretarse

Art. 475. **Sentencia.** La sentencia que admite la pretensión deberá disponer, a pedido de parte o de oficio, en forma definitiva o provisoria, obligaciones de dar, hacer o no hacer, según corresponda

---

<sup>36</sup> Ver sobre el tema, PEYRANO, Jorge W., “El dictado de disposiciones anticipadas. El factor evidencia”, L.L. 16.3.11., MORELLO, Augusto M., “Anticipación de la Tutela”, Edit. Librería Editora Plantense SRL, pág. 17, Edic. abril 1996; RIVAS, Adolfo, “Decisiones anticipatorias y actos administrativos”, DJ, 13.4.2011, 33.; CARBONE, Carlos, “Proyección de la tutela de urgencia. Panorama crítico de los perfiles procesales en torno a los reclamos judiciales contra la emergencia”, L.L. 20.7.2004,

<sup>37</sup> TARZIA, G., “La durata del proceso civile e la tutela del deboli”, citado por Berizonace, Roberto en “Fundamentos y confines de las tutelas procesales diferentes”, en Revista de Derecho Procesal N° 2008-2, p. 47, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe,

<sup>38</sup> PEYRANO, Jorge W., “Informe sobre las acciones preventivas”, cit. por ESPERANZA; Silvia L. , en “Cuestiones procedimentales en las tutelas diferenciadas”, Revista de Derecho Procesal 2009-1, Edit. Rubinzal-Culzoni, 70.

<sup>39</sup> KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “La función preventiva de la responsabilidad en el Código Civil y Comercial de la Nación”, en “La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación”, PEYRANO, Jorge W., Director, ESPERANZA, Silvia L. Coordinadora, edit Rubinzal-Culzoni, p. 364ci

## f. 2. Proceso Urgente

Al centrarnos en este tema vemos como el derecho material, anticipa que el juez puede disponer las medidas necesarias para que los derechos personales y patrimoniales de las personas no se vean frustrados, a modo de ejemplo en los procesos de alimentos provisorios (art. 544<sup>40</sup>), de lo que se trata es dar respuestas inmediatas a temas de carácter urgente, así también apreciamos al desarrollar las medidas provisionales relativas a las personas, art. 721<sup>41</sup>, los que nos obliga a que el Código Procesal determine su regulación.

En este punto, podríamos tomar como fuente normativa el Código Procesal Civil y Comercial de Santa Cruz:

Art. 299 “**Proceso urgente.** En caso de extrema urgencia, cuando se encuentren en peligro derechos fundamentales, como la vida o la salud de las personas, el juez podrá resolver la pretensión del peticionario acortando los plazos previstos para el proceso sumarísimo y tomando las medidas que juzgue necesarias para una tutela real y efectiva; excepcionalmente podrá decidir sin sustanciación. Las normas que regulan las medidas cautelares serán de aplicación supletoria, en lo que fuese pertinente y compatible con la petición.

La resolución será notificada personalmente o por cédula; contra ella se podrá interponer recurso de reposición con o sin apelación en subsidio o apelación directa; la interposición de los recursos no suspenderá el cumplimiento del mandato judicial.

Los recursos deberán resolverse aun cuando la medida no sea susceptible de ser modificada. Si la resolución fuese revocada y se estimare que el beneficiario abusó o se excedió en el derecho, se lo condenará a pagar los daños y perjuicios si la otra parte lo hubiese solicitado. Será aplicable en lo pertinente, lo dispuesto por el artículo 209, última parte.

El afectado podrá optar, por deducir directamente una acción de daños y perjuicios.”.

## f. 3. Procesos de Estructura Monitoria

No es ocioso recordar, siguiendo a Leguisamón<sup>42</sup>, los casos de los procesos monitorios

---

<sup>40</sup> Art. 544.- **Alimentos provisorios.** Desde el principio de la causa o en el transcurso de ella, el juez puede decretar la prestación de alimentos provisionales, y también las expensas del pleito, si se justifica la falta de medios.

<sup>41</sup> Art. 721.- **Medidas provisionales relativas a las personas en el divorcio y en la nulidad de matrimonio.** Deducida la acción de nulidad o de divorcio, o antes en caso de urgencia, el juez puede tomar las medidas provisionales necesarias para regular las relaciones personales entre los cónyuges y los hijos durante el proceso. Puede especialmente: a) determinar, teniendo en cuenta el interés familiar, cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda familiar y, previo inventario, qué bienes retira el cónyuge que deja el inmueble; b) si corresponde, establecer la renta por el uso exclusivo de la vivienda por parte de uno de los cónyuges; c) ordenar la entrega de los objetos de uso personal; d) disponer un régimen de alimentos y ejercicio y cuidado de los hijos conforme con lo establecido en el Título VII de este Libro; e) determinar los alimentos que solicite el cónyuge teniendo en cuenta las pautas establecidas en el artículo 433.

<sup>42</sup> LEGUISAMON, Héctor, “El proceso monitorio”, en Revista de Derecho Procesal N° 2009-2- edit. Rubinzal-Culzoni, p. 3592

en Europa, para luego mencionar las normas nacionales.

*a) Francia*

- Por deudas de origen contractual o estatutarias de una cuantía determinada
- Aceptación, libramiento o aval de letras de cambio o pagaré
- Aceptación de cesión de créditos conforme con una ley especial (N° 81-1)

*b) Italia*

- Por obligaciones de dar suma líquida de dinero o fácilmente liquidable
- Por obligaciones de entregar determinada cantidad de cosas fungibles

*c) Alemania*

- Cuando se trate de pretensiones que tengan por objeto el pago de una determinada cantidad de dinero en moneda nacional

Nuevamente, se podría recurrir al novel Código Civil y Comercial de la provincia de Santa Cruz que dice:

Art. 464. **Supuestos.** Se aplicarán las normas del presente título a las controversias que versen sobre:

1.- Obligación exigible de dar cantidades de cosas o valores mobiliario o de dar cosas ciertas y determinadas.

2.- Desalojo de bienes inmuebles urbanos y rurales por cumplimiento de convenios de desocupación celebrados con posterioridad a la causal que dio origen a ellos, y por las causales de vencimiento de contrato y falta de pago; en este último supuesto deberá justificarse por medio fehaciente la interpelación al locatario que establecen las leyes vigentes.

3.- División de condominio.

4.- Restitución de la cosa dada en comodato.

5.- Los procesos de ejecución, de conformidad con las normas que regulan esos procesos.

Art. 465. **Requisitos.** Para acceder al proceso monitorio, salvo en los casos previstos en el inciso 5° del artículo anterior, el actor deberá presentar instrumento público o instrumento privado reconocido judicialmente o cuya firma estuviera certificada por escribano público, de cuyo contenido surja el derecho en que funda la pretensión.

Art. 466. **Sentencia.** Solicitada la apertura del procedimiento monitorio, el juez examinará cuidadosamente si el título cumple con los recaudos legales para la procedencia de esta clase de procesos. En caso afirmativo dictará sentencia monitoria conforme la pretensión deducida.

Art. 467. **Notificación.** La sentencia monitoria se notificará en el domicilio real del demandado, o en el constituido, si correspondiese, mediante cédula o acta notarial, con copias de la demanda y de la documentación acompañada. Deberá cumplirse con lo dispuesto por el artículo 316, 2ª parte. Se aplicará en lo pertinente lo dispuesto en el libro II, título II, capítulo II.

Art. 468. **Oposición a la sentencia monitoria.** Dentro del plazo de diez (10 días) a partir de la notificación, el demandado podrá deducir oposición por escrito, dando los argumentos de hecho y de derecho en que la funda y ofreciendo la totalidad de la prueba de la que intenta valerse. El oponente tiene la carga de la prueba. Si el juez considera formalmente admisible la oposición, correrá traslado al actor quien podrá ofrecer los medios de prueba que pretenda producir.

En todo lo que no se encuentre expresamente modificado, para el trámite de la oposición se aplicarán las normas establecidas para el proceso sumarísimo.

Art. 469. **Rechazo “in límine”.** Deberá rechazarse “in límine” la oposición que no se funde en hechos concretos y no se ofrezca prueba idónea para desacreditar la eficacia probatoria del documento que fue base de la sentencia monitoria.

La resolución será apelable.

Art. 470. **Prueba admisible.** La prueba ofrecida para fundar la oposición no podrá limitarse, en ninguno de los supuestos, exclusivamente en la declaración de testigos.

En los casos previstos en el inciso 2º del artículo 464 sólo se admitirá la prueba documental, la declaración de la parte contraria y la pericial.

Art. 471. **Ejecución. Costas.** Si no hubiese habido oposición dentro del plazo establecido en el artículo 490 o quedare firme el rechazo de la oposición podrá pedirse la ejecución de la sentencia de conformidad con lo dispuesto por los artículos 477 y ss.

La falta de oposición no obstará a la impugnación de la condena en costas y la regulación de honorarios mediante el recurso de reposición con o sin apelación en subsidio, que tramitará por vía incidental sin suspender la ejecución.

De igual manera se podría tener presente la ley N° 6002 de la provincia del Chaco que ha determinado el proceso de estructura monitoria para:

a) Los procesos ejecutivos establecidos por los artículos 498, 501, 502, 503 siguientes y concordantes de la ley 968 y sus modificatorias-Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia.

b) Las ejecuciones hipotecaria, prendaria y fiscal previstas por los artículos 573, 575, 578, 580, siguientes y concordantes de la ley 968 y sus modificatorias-Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia-

c) Las ejecuciones establecidas por los artículos 97 de la ley 848 y sus modificatorias-Código Contencioso Administrativo-; 492 de la ley 1062 y sus modificatorias y 499 de la ley 4538 y sus modificatorias-Código Procesal Penal de la Provincia.

#### f. 4. Tutela de evidencia



En otra oportunidad hemos dicho<sup>43</sup>, que el aspecto más sobresaliente de esta novísima institución, se halla en el fundamento de la pretensión, que tiene una fortísima verosimilitud en virtud que se encuentra sustentada "en la evidencia", que se acompaña a la petición.

La consecuencia más importante radica en que quien solicita la actividad de la jurisdicción, no soportará el agotador y penoso trámite del proceso, cuya finalidad es predecible, pues ya cuenta con el precedente, lo que facilitara la decisión, no obstante, aunque de un modo provisorio, satisficiera integral o parcialmente lo requerido.

En este caso, también, es adaptable la "Teoría de los Juegos con transferencia de utilidad". Ello así, porque en el mundo no lúdico, tanto en las relaciones económicas como en las políticas o sociales, es habitual que el escenario, al igual que en los juegos, condicione el resultado a la conjunción de decisiones de diferentes agentes<sup>44</sup>, porque tiene por axioma el paradigma más adecuado para la llevar a cabo la cooperación o colaboración. Y la colaboración o cooperación, se encuentra sustentada en el aporte del precedente, con aceptación de la parte requerida y del activismo de la magistratura.

De Lázzari<sup>45</sup> propone la ejecución provisional de la sentencia como tutela de urgencia y como tutela de evidencia, aún cuando exista previa fianza, cita legislación de Brasil y Uruguay, incluye entre los casos de evidencia la existencia de jurisprudencia vinculante que defina la materia debatida con precedentes reiterados y sostenidos de la CS que se hubiera pronunciado inequívocamente sobre los derechos debatidos; la existencia de una causa de puro derecho y respecto de la cual militan precedentes judiciales y doctrinarios recibidos, que tornan indudablemente predecible el desenlace del litigio; un accionar de la demandada signado por el abuso del derecho de defensa y el palmario propósito de retardar maliciosamente la marcha del procedimiento.

### ***g) Sistemas de Ejecuciones***

En el Código que se intenta diseñar, cabe insistir con la necesidad de incorporar en el Capítulo referente a las ejecuciones, una Sección que otorgue un tratamiento específico a las ejecuciones provisionales, en miras de evitar responsabilidades potenciales del estado argentino ante la CIDH en especial referencia al plazo razonable de los procesos.

¿Qué nos permite la ejecución provisional de las sentencias?

---

<sup>43</sup> ESPERANZA; Silvia L., "La tutela anticipada de evidencia", L.L. Sup. Doctrina Judicial Procesal, marzo 2012, cit. on line AR/DOC/715/2012

<sup>44</sup> ESPERANZA, Silvia L., "Las sentencias constitucionales y el efecto erga omnes. Adaptabilidad de la Teoría de los Juegos", Proceso y Constitución, Osvaldo Gozaíni-Coordinador, Edit. Ediar, pág. 251/264. Edic. octubre 2009.

<sup>45</sup> DE LAZZARI, Eduardo, "La ejecución provisoria de la sentencia como tutela de urgencia y evidencia", AR/DOC/3973/2013

Coincidente con Panigadi<sup>46</sup> diremos que, permite ejecutar decisiones recurridas, que condenan total o parcialmente al demandado o actor reconvenido. Esta ejecución queda condicionada en su efectividad a que la sentencia recurrida, que es su base, no sea revocada por el tribunal a quo.

Por ser un tipo especial de ejecución, es que propiciamos que deba ser una Sección dentro del Capítulo de las Ejecuciones de Sentencia.

¿Cuál es el objetivo? Procurar satisfacer la pretensión del ejecutante en una resolución judicial no firme, cuyos efectos quedan supeditados a la confirmación de la sentencia impugnada<sup>47</sup>.

En el derecho europeo<sup>48</sup>, la ejecución provisional de la sentencia apelada, bajo garantía y riesgo del vencedor, ha tenido considerable difusión, especialmente en Francia -donde tiene tradición histórica<sup>49</sup>-.

En Italia<sup>50</sup> el art. 282 del Codice di Procedura Civile, prescribe: “La sentencia de primer grado es provisoriamente ejecutable entre las partes”. Por otro lado el art. 283 -según reforma vigente a partir del 1 de marzo de 2006- permite que el juez de apelación, en caso de que le sea requerido en la impugnación -cuando existan graves y fundados motivos, o la imposibilidad de insolvencia de una de las partes-, suspenda en todo o en parte la eficacia ejecutiva o la ejecución de la sentencia recurrida, con o sin caución.

Alemania, la reforma del Código Procesal Civil (ZPO) que comenzó a regir el 1 de enero de 2002, tuvo entre sus objetivos primordiales fortalecer la primera instancia y limitar la apelación. El art. 704 contempla los supuestos de ejecutabilidad provisoria de las sentencias de primera instancia sin otorgamiento de caución (art. 708), distinguiéndolos de los genéricos que exigen caución (art. 709 y 710); regula la posibilidad de evitar la ejecución mediante un depósito en caución (art. 711) y las previsiones para la protección del deudor (art. 712), siendo el tribunal de alzada el encargado de decidir sobre la ejecutividad provisoria (art 718).

El Nouveau Code de Procédure Civile francés dispone que serán provisionalmente ejecutables de pleno derecho las ordonnances de référé, las resoluciones por las que se acuerden medidas provisionales durante la sustanciación del proceso, aquellas por las que se acuerden medidas cautelares, así como las resoluciones del juez encargado de preparar el juicio que ordene un pago a cuenta a favor del acreedor (art. 504) y fuera de los casos en que

---

<sup>46</sup> PANIGADI, Mariela, “Breves consideraciones sobre la ejecución provisional de la sentencia civil”, en Revista de Derecho Procesal N° 2013-2, edit. Rubinzal Culzoni, p. 170

<sup>47</sup> Aclara Carnelutti que el adjetivo tiene su justificación en que tal ejecución puede ser rescindida; en tal sentido, la palabra “provisional” deberá sustituir por la de “condicional”, CARNELUTTI, Francesco, Sistema de Derecho Procesal Civil. Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, Buenos Aires, 1944, vol 1, p. 441-442, citado por PANIGADI; ob. cit.

<sup>48</sup> GARRIDO, Alejandra Fátima, “Medidas cautelares genéricas y no enumeradas”, Edit. Alveroni, p. 561

<sup>49</sup> CABALLOL ANGELATS, LL, “La ejecución provisional en el proceso civil”, Bosch, Barcelona, 1993, p. 104. Señala que la ordenanza de Luis XIV de abril de 1667 ya preveía la ejecución de la sentencia de primera instancia siempre previa la prestación de una caución, cuando estaban fundadas en contratos, promesas reconocidas o condenas precedentes. Citado por Garrido, Alejandra, ob. cit.

<sup>50</sup> MASCIOTRA, Mario, “El poder-deber de ejecución de los pronunciamientos judiciales” en Revista de Derecho Procesal N° 2013-2, edit. Rubinzal Culzoni, p. 96-98

resulte procedente de pleno derecho, la ejecución provisional podrá decretarse a instancia de parte o de oficio en todos aquellos casos en que el tribunal lo considere necesario y compatible con la naturaleza del asunto, siempre que no lo prohíba la ley (art. 515). El sistema permite disponer oficiosamente, en la oportunidad de dictar sentencia, si esta será ejecutable provisionalmente o no; también puede ser adoptada ulteriormente por el *Premier Président de la Cour d'Appel* o por el *Conseiller de la mise états*. El recurso de casación carece de efecto suspensivo (art. 527 y 579) por lo que todas las resoluciones dictadas y recurridas por dicha vía pueden ejecutarse.

La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil de España (1/2000) ha adoptado un sistema más amplio, que opera a petición de parte sobre toda la sentencia de condena<sup>51</sup>, sin necesidad de prestar caución ni fianza alguna. Se solicita mediante demanda similar a una demanda ejecutiva, llevándose a cabo los mismos trámites que la ejecución ordinaria las partes disponen de los mismos derechos y facultades procesales; se regula la oposición que puede formular el ejecutado (art. 528 a 530), la suspensión de la ejecución provisional (art. 531) y la confirmación o revocación de la sentencia provisionalmente ejecutada (art. 532 a 534), como asimismo la ejecución provisional de sentencias de condena dictadas en segunda instancia (art. 535 a 537).

Veamos como se ha regulado en el derecho de los países americanos:

Brasil<sup>52</sup>. “La ejecución provisoria de títulos ejecutivos judiciales” se encuentran regulados como supuestos legales y supuestos judiciales. Se habla doctrinariamente, en ese país, de ejecución provisoria *ope legis*, y de ejecución provisoria *ope judicis*. La ley procesal ha previsto la ejecución provisoria de resoluciones que sean objeto de recuso sin efecto suspensivo<sup>53</sup>. Para lo que venimos proponiendo es relevante tener como precedente el segundo supuesto, es decir el *ope judicis*. La ejecución provisoria autorizada por el propio magistrado en cada caso concreto. Scarpinella Bueno<sup>54</sup> afirma que el sistema procesal civil brasileño admite la ejecución provisoria *ope judicis*, esto es aquella que autoriza el propio magistrado en cada caso concreto cuando estén presentes determinados presupuestos; es el juez quien retira el efecto suspensivo de la apelación abstractamente previsto y con esto admite la ejecución provisoria de lo juzgado, anticipando el momento en que la tutela jurisdiccional podrá ser prestada, son los casos en que el instituto de la tutela anticipada prevista por el art. 273 debe

---

<sup>51</sup> Art. 525.LEC, están excluidas: Las sentencias dictadas en los procesos sobre paternidad, maternidad, filiación, nulidad de matrimonio, separación y divorcio, capacidad y estado civil y derechos honoríficos, salvo los pronunciamientos que regulen las obligaciones y relaciones patrimoniales relacionadas con lo que sea objeto principal del proceso. Las sentencias que condenen a emitir una declaración de voluntad. Las que declaren la nulidad o caducidad de títulos de propiedad industrial. Las sentencias extranjeras no firmes, salvo que expresamente se disponga lo contrario en los Tratados Internacionales vigentes. Los pronunciamientos de carácter indemnizatorios que declaren la vulneración de los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”, citado por MASCOTRA, ob cit

<sup>52</sup> MOSMAN, María Victoria, “Ejecución de sentencia y plazo razonable. Ejecución anticipada de sentencia”, en Revista de Derecho Procesal, N° 2013-2, edit. Rubinzal-Culzoni, p. 130

<sup>53</sup> Art. 475-I, 52, 587, en la redacción dada por ley 11.382/2006, cit. por Mosman, ob. cit.

<sup>54</sup> SCARPINELLA BUENO, Cassio, “Tutela jurisdiccional ejecutiva”, Saraiva, vol 3. p. 180, citado por MOSMAN, ob.cit. p. 130

ser aplicado para dar efecto a lo que de otro modo sería ineficaz por fuerza del efecto suspensivo del recurso.

Perú. La ejecución provisional de la sentencia es conocida con el nombre de “actuación de la sentencia impugnada”. Admitida en las pensiones alimentarias (art. 566) y además en condenas en procesos constitucionales, hábeas corpus, amparo, hábeas data, acción popular e inconstitucionalidad<sup>55</sup>.

Ahora bien, podemos decir que en nuestro país está legislado de manera excepcional ante la regla del efecto suspensivo del recurso de apelación (art. 243 CPCCN), por lo que se reduce a los casos que se encuentra normado expresamente (arts. 81,96,105, 179,198, 353, 498, 509, 555, 647, 258), sin embargo, el Código Modelo de Procesos de Familia para CABA lo prevé expresamente, en el Título VI del Libro I, que regula la "Ejecución de resoluciones judiciales", consagra el deber genérico del juez de dirigir el proceso con autoridad y adoptar todas las medidas necesarias para el cumplimiento específico de sus decisiones<sup>56</sup>. Prevé no sólo la ejecución definitiva de la sentencia sino también la ejecución provisoria, es decir, la ejecución de la sentencia sujeta a recurso, bajo fianza. Asimismo regula la ejecución parcial de la sentencia en el art. 363<sup>57</sup>.

Después del ver el derecho comparado y la norma de CABA se nos presenta el interrogante de la irreversibilidad de la ejecutoriedad provisoria.

Para darnos un panorama esclarecedor, recurrimos a la interpretación de Marinoni<sup>58</sup> del art. 27, párrafo 2 del CPC de Brasil, al disponer que no se concederá anticipación de tutela cuando hubiere peligro de irreversibilidad del proveimiento anticipado, y entiende que la tutela sí puede ser concedida, aunque cause perjuicio irreversible al demandado, en los casos en que su no concesión puede hacer surgir para el actor un perjuicio igualmente irreversible. Y afirma que si la tutela anticipatoria está preordenada a evitar un daño irreparable al derecho probable, no hay como no admitir la concesión de la tutela sobre la base del argumento de que ella puede traer un perjuicio irreversible para el demandado, sería como decir que el derecho probable debe ser siempre sacrificado por la posibilidad de perjuicio irreversible aún derecho improbable.

---

<sup>55</sup> Simons Pino por aplicación del art. 22 del Código Procesal Constitucional. Citado por Masciotra, Mario, ob. cit.

<sup>56</sup> Art. 361. "Facultades del tribunal y de las partes. La etapa de ejecución se circunscribe a la realización o cumplimiento concreto de lo establecido en la resolución dictada por el tribunal. El juez debe dirigir el proceso con autoridad y adoptar todas las medidas necesarias para el cumplimiento específico de sus decisiones. La ejecución subrogada o la sustitución por indemnización procede sólo cuando se han agotado las medidas de compulsión para obtener el cumplimiento efectivo de los mandatos. El juez puede ordenar que las decisiones relativas a exclusión del hogar, re-vinculación parental, cumplimiento del régimen de comunicación u otras medidas análogas se cumplan con el auxilio de personas que integran el equipo técnico multidisciplinario del juzgado u otros profesionales que se estimen necesarios para otorgar eficacia plena a la resolución".

<sup>57</sup> Art. 363. "Normas generales. La ejecución provisoria y la definitiva se realizan conforme los mismos procedimientos. Cuando sea pertinente, el trámite incidental de liquidación precede a ambos. Las cuestiones decididas en la sentencia que no han sido objeto de recurso son susceptibles de ejecución parcial definitiva".

<sup>58</sup> MARINONI, G., "Medidas cautelares", coord. por Jaime Greif, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, p. 397, citado por MOSMANN, ob. cit.

#### ***h) La Oficina Judicial***

La denomina Oficina Judicial o Oficina de Gestión, cualquiera sea el nombre que se le otorgará, consideramos que no tiene que estar normado en un Código Procesal, tampoco en una ley, antes bien, debe ser en el Reglamento Interno de Administración de Justicia. De esta manera las modificaciones que se pudieran suscitar ya sea, incorporando u suprimiendo actividades o funciones es mas accesible, rápido y eficaz que se encuentre en manos del Máximo Tribunal y no en la legislatura, nadie mejor, en estos casos, para delinear los perfiles deseados en la organización interna.

#### **III. Palabras finales**

El CCyC rige en nuestro país con instituciones muy modernas y necesita de un Derecho Procesal que lo acompañe, en el presente trabajo sólo intentamos bosquejar algunos aspectos a tener presente al momento de redactar el nuevo Código Procesal Civil y Comercial.