Artículo: La configuración del periculum in mora en el régimen cautelar chileno
Revista: Nº205, año LXVII (En-Jun, 1999)
Autor: Gonzalo Cortéz Matcovich

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Nº 205
AÑO LXVII
ENERO-JUNIO 1999
Fundada en 1933

ISSN 0303 - 9986

BIBLIOTECA
Universidad de Concepción
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
27 SET. 2007

REVISTA DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE CONCEPCION

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Artículo: La configuración del periculum in mora en el régimen cautelar chileno
Revista: Nº205, año LXVII (En-Jun, 1999)
Autor: Gonzalo Cortéz Matcovich

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

LA CONFIGURACION DEL PERICULUM IN MORA *EN EL REGIMEN CAUTELAR CHILENO**

GONZALO CORTEZ MATCOVICH
Profesor de Derecho Procesal
Universidad de Concepción

1. LAS NORMAS REGULADORAS DE LA TUTELA CAUTELAR

Cuando se emprende el estudio de la norma procesal se suele comenzar afirmando que éstas pueden tener una índole *orgánica* (así se habla de Derecho Procesal Orgánico), denominación comprensiva de todos aquellos preceptos referentes a la organización y atribuciones de los órganos jurisdiccionales y otras que, por oposición, tienen el carácter de *funcionales* (y se habla entonces de Derecho Procesal Funcional), que corresponden en general a las relativas a la conducta que las partes y el órgano jurisdiccional deben observar en la substanciación del proceso. La distinción en sí no es incorrecta, aunque puede extraerse de ella algo más de contenido que el que usualmente se les da. En efecto, la expresión *normas procesales funcionales* parece reservada para designar aquella normativa que concierne a la forma de la actividad jurisdiccional y, sobre todo, a las normas de procedimiento y las referentes a los requisitos externos de los actos procesales. Sin embargo, hay un grupo importantísimo de normas de indiscutible carácter procesal que no se conforman con la regulación externa de las formas procesales, sino que además determinan los presupuestos, el contenido y los efectos de ciertos actos procesales. Entre estas últimas cabe citar señaladamente la normativa que regula la tutela jurisdiccional cautelar[1].

En efecto, el proceso cautelar se configura a través de ambas clases de normas (procesales funcionales), las dos de naturaleza procesal pero de contenido diferente. De una parte las normas propiamente de procedimiento para la obtención

*El presente trabajo fue desarrollado por el autor con ocasión de los estudios de Doctorado que cursa en la Facultad de Derecho de la Universitat de València, España.

[1]Es posible mencionar otras como aquellas que regulan la comparecencia en juicio o las que conceden el beneficio de pobreza.

Artículo: La configuración del periculum in mora en el régimen cautelar chileno
Revista: Nº205, año LXVII (En-Jun, 1999)
Autor: Gonzalo Cortéz Matcovich

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

de la medida cautelar y sus relaciones con el proceso principal, normas que en nuestro derecho son muy escasas y de una deficiente sistemática; de otro lado, aquellas normas que regulan los presupuestos, el contenido y los efectos de las medidas cautelares[2].

A esta segunda categoría pertenecen las normas procesales que configuran el *perículum in mora*, de las que nos ocuparemos en el presente estudio[3].

2. *GENERALIDADES SOBRE EL PROCESO CAUTELAR CHILENO*

El Código de Procedimiento Civil Chileno (en adelante CPC), vigente desde el año 1902, con notable influencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española de 1855[4], pese a carecer de una reglamentación sistemática y unificada de las medidas cautelares, lo cierto es que se ocupa de ellas destinándole para su regulación las normas contenidas en el título V del libro II del CPC. No obstante la ubicación de estas normas, dada su naturaleza resultan aplicables a toda clase de procedimientos, incluso al ejecutivo. Desde luego, la ubicación de las normas en el Libro II nunca ha sido determinante para restringir su aplicación y aunque en principio lo deseable hubiera sido su inclusión en el Libro I, un correcto encuadre sistemático exige señalarles un libro específico propio dentro del Código, como desde hace tiempo lo viene reclamando la doctrina[5] en consonancia con la autonomía del proceso cautelar.

La legitimación para requerir del tribunal una medida precautoria viene concedida al demandante, quien puede solicitarlas en cualquier estado del juicio o aun antes de su inicio y el objeto o finalidad señalada por el legislador para dichas medidas es la de "asegurar el resultado de la acción" (art. 290 CPC).

La expresión *acción* ha sido empleada por el legislador con manifiesta impropiedad, cualquiera sea el sentido que se le pueda atribuir a ese vocablo. Tanto si la concebimos en anticuados términos romanistas -que fueron sin duda los que inspiraron a los redactores del CPC-, como un aspecto o momento del mismo derecho subjetivo privado que se ejercita jurisdiccionalmente, cuanto si la apreciamos en su acepción más moderna, como el derecho a la actividad jurisdiccional del Estado (al proceso), sigue siendo igualmente incorrecta.

[2]Ortells Ramos, M., "El procedimiento cautelar en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil", en *Presente y futuro del proceso civil*, Barcelona, Bosch, 1998, p. 682.

[3]Distintas razones -que no merecen invocarse- nos imponen limitar nuestro análisis a las medidas tratadas en el Código de Procedimiento Civil, particularmente las de su Título V del Libro II, sin perjuicio de la referencia que pueda hacerse a otras medidas comprendidas en el Código o en otros textos legales.

[4]Aun cuando ciertos antecedentes dan cuenta que en la Comisión Mixta encargada de informar sobre el Proyecto al Congreso se habría aprovechado también la LEC Española de 1881.

[5]En este sentido pueden mencionarse las ponencias y comunicaciones de la IX Reunión de Profesores de Derecho Procesal en el Sistema de Medidas Cautelares, Universidad de Navarra, Pamplona, 1974. Más recientemente, Montero Aroca, J., "medidas cautelares", en *Trabajos de Derecho Procesal*, Barcelona, Bosch, 1988, pp. 423 y ss. y destacadamente Ortells Ramos, M., *La tutela cautelar en el Derecho Español* (con Calderón Cuadrado), Granada, Comares, 1996, pp. 5-8.

Artículo: La configuración del periculum in mora en el régimen cautelar chileno
Revista: Nº205, año LXVII (En-Jun, 1999)
Autor: Gonzalo Cortéz Matcovich

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Frente a esta deficiencia, con un mayor rigor se ha afirmado que el correcto sentido en que debe tomarse la expresión *acción* es como equivalente a *pretensión*[6], pero esta aseveración si bien parece incuestionable resulta a la vez incompleta y merece una explicación más acabada. Porque el ejercicio de la pretensión es un acto o mejor dicho una *declaración de voluntad petitoria* de resultados inciertos; el éxito o fracaso de la pretensión vienen determinados por su fundamentación y por la legitimación de quien la formula. ¿Cómo entonces se puede asegurar este "resultado" (incierto) de la pretensión? Desde luego, merced a las medidas cautelares no se puede *asegurar* (en el sentido de dar certeza) el resultado favorable de la pretensión, dado que éste depende del concurso de los dos factores recién mencionados, pero sí puede decirse que frente a un posible reconocimiento judicial favorable de la pretensión, se asegura su resultado práctico. Este resultado práctico viene dado por la clase de petición o *petitum* que es el objeto de la pretensión procesal.

En síntesis, según nuestro entender, el objeto de las medidas cautelares es asegurar el resultado práctico de la pretensión, en el caso de una eventual sentencia estimatoria[7].

Dentro del sistema cautelar chileno es posible distinguir las medidas denominadas precautorias propiamente tales y las prejudiciales precautorias, en atención a la oportunidad procesal en que se solicitan. Esta distinción, que interesa principalmente a la hora de precisar los requisitos de procedencia, la eludiremos por no tener directa incidencia en el presente estudio.

Para la descripción de los presupuestos generales de procedencia de las medidas precautorias (peligro en la demora y apariencia de buen derecho)[8], el CPC emplea técnicas legislativas totalmente diversas. Mientras que el *periculum* carece de una formulación general en la legislación nacional, que aparece concretado para cada medida en particular -salvo en algunas situaciones que serán objeto de análisis más abajo-, el *fumus* en cambio aparece recogido en el artículo 298 CPC cuando dispone que para decretar estas medidas "deberá el demandante acompañar comprobantes que constituyan presunción grave del derecho que se reclama", fórmula de aplicación general válida para cualquier clase de efecto cautelar que se pretenda[9].

[6]Pereira Anabalón, H., "Embargo y cautela en el proceso chileno", en *Gaceta Jurídica* Nº 157, p. 11; en el mismo sentido Quezada Meléndez, J., *Las medidas prejudiciales y precautorias*, Santiago, Digesto Ltda., 1997, p. 45.

[7]En este sentido, Calamandrei (*Introduzione allo studio sistemático dei provvedimenti cautelari*, Padova, Cedam, 1936, pp. 58-59) se refiere a una instrumentalidad hipotética como característica de la tutela cautelar, en cuanto su concesión está subordinada a un cálculo preventivo de probabilidades en torno a lo que podrá ser el contenido de la futura sentencia que recaiga en el proceso principal.

[8]Ambos presupuestos, universalmente conocidos como *fumus boni iuris* y *periculum in mora*, no tienen una formulación explícita en el CPC, pero la doctrina es unánime al exigirlos.

[9]Esta regulación ha llevado a que la enseñanza de esta materia se aborde entendiendo que la procedencia de las medidas precautorias está supeditada al cumplimiento de un requisito general (la agregación simultánea o en breve plazo de los consabidos *comprobantes*) y de requisitos especiales dados para cada medida determinada. Esta inadecuada manera de transmitir conocimientos evidencia cómo la falta de sistemática del legislador puede llegar a inundar también la tarea docente y la formación del estudiante de pregrado.

Artículo: La configuración del periculum in mora en el régimen cautelar chileno
Revista: Nº205, año LXVII (En-Jun, 1999)
Autor: Gonzalo Cortéz Matcovich

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

La caución -también llamada contracautela-, que aparece formulada como presupuesto de la concesión o de la ejecución de las medidas cautelares en la generalidad de los ordenamientos procesales, no es sin embargo exigible en el ordenamiento nacional chileno, sino en supuestos casos excepcionales[10]:

a) Cuando se trata de medidas prejudiciales precautorias;
b) Cuando se trata de medidas no autorizadas expresamente por la legislación[11]; y
c) Cuando faltando los comprobantes acreditativos del *fumus* requerido se conceden dichas medidas por breve lapso, mientras aquéllos se agregan.

Hemos dicho que lo característico de la norma procesal cautelar es que junto con la regulación de los presupuestos de la medida, también se encarga de configurar las consecuencias o efectos jurídicos que constituyen el contenido de la medida[12]. Las técnicas legislativas disponibles para la configuración de las medidas (efectos) cautelares son diversas.

Una primera alternativa consiste en el establecimiento de una cláusula general y única en virtud de la cual se entrega a la decisión del tribunal la definición del contenido de la medida cautelar que la norma autoriza. Lo característico de la norma que consagra una potestad cautelar general es la indeterminación de las consecuencias jurídicas del precepto cautelar. Cumplidos los presupuestos de la medida el juez tiene autonomía para acordar aquella que más se adecue a la situación jurídica cuya cautela se pretende y al *perículum*.

Otra alternativa de que dispone el legislador es la regulación de la tutela cautelar mediante la enumeración de medidas concretas y específicas. Aquí se le ofrece al juez un catálogo de medidas disponibles en el que carece de libertad para seleccionar la que estime adecuada porque el sistema se preordena respondiendo a la concepción de que a cada situación jurídica cautelada le corresponde una medida determinada.

A diferencia de la opción precedente, la especificación alcanza necesariamente al supuesto fáctico de la medida o mejor dicho la *situación jurídica cautelada*, a la que se acopla la medida, aun cuando cabe sí algún grado de generalidad en la descripción del *perículum in mora* y del *fumus boni iuris*. Con todo, la mayor o menor discrecionalidad con que opere el juez seguirá dependiendo en gran medida de los términos en que esté definida la *situación jurídica cautelada*.

La actividad del juez aparece limitada a constatar la concurrencia del supuesto fáctico de la norma y si es así decretar la medida específica que la propia norma engarza con la situación concreta que el precepto describe, siempre que concurran, claro, los presupuestos del *perículum* y el *fumus*.

[10]En contra de la opinión de Jara Castro, E., "La cautela y las pruebas de inicio en la fase preparatoria de los procedimientos civiles", en *Cuadernos de Análisis Jurídico: Reforma Procesal Civil* (I), Universidad Diego Portales, N° 32, p.190.
[11]Aun en este caso la posibilidad de exigir caución es facultativa para el tribunal.
[12]Ortells Ramos, M., *La tutela*..., cit., p. 17.

Artículo: La configuración del periculum in mora en el régimen cautelar chileno
Revista: Nº205, año LXVII (En-Jun, 1999)
Autor: Gonzalo Cortéz Matcovich

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Ambos sistemas descritos pueden integrarse básicamente de dos maneras distintas, configurando las que podrían denominarse normas mixtas:

Una alternativa es la regulación de medidas concretas y a modo de cierre el establecimiento de una cláusula más o menos general. Rige entonces el principio de que a cada situación jurídica corresponde una medida específica, pero es el reconocimiento de que la previsión legislativa no puede agotar todas las situaciones imaginables dignas de tutela cautelar, lo que justifica una norma de cierre del sistema que de manera *residual* abarque todos aquellos supuestos.

En todo caso, lo relevante es que tratándose de los supuestos en los que el legislador expresamente ha previsto una medida específica, el juez no tiene autonomía para decretar una medida diferente de aquella que el legislador ha estimado *-a priori-* como la más adecuada para tutelar cautelarmente la concreta situación.

En cambio, para aquellas situaciones que no calzan en ninguno de los supuestos previstos legalmente, el legislador, partiendo de la base de que por más exhaustivas que sean las previsiones legales nunca podría comprender todas las situaciones de peligro relevantes y del anhelo de que ninguna situación de peligro puede quedar desprovista de tutela cautelar, la norma provee un precepto flexible, cuyo contenido es un concepto jurídico indeterminado.

La segunda alternativa que ofrece la conjugación de los sistemas antes descritos es instituir una norma cautelar de carácter general y a modo meramente enunciativo una enumeración de medidas específicas y determinadas. Debe insistirse en el carácter estrictamente indicativo de la enumeración de las concretas medidas posibles. De esta manera se puede dar una nómina orientadora para el tribunal, con lo que se puede superar aquel "miedo al vacío", en palabras de Ortells, que puede provocar en la voluntad de la persona del juez la indeterminación de las medidas a aplicar[13].

Esta técnica de señalamiento de prototipos de medidas adoptables puede resultar particularmente útil en aquellos sistemas en que se transita de un sistema de determinación específica de las medidas cautelares a uno en que se deja a la discrecionalidad del juez y a las necesidades e imaginación de los litigantes la concreción de los efectos cautelares adecuados.

En alguna ocasión anterior hemos manifestado que, en contra de la opinión generalizada de la doctrina nacional, resulta discutible la tesis de que el legislador chileno, frente a los modelos teóricos disponibles, haya introducido una potestad cautelar general en la parte final del artículo 298 CPC y que una visión sistemática y más rigurosa conduce a sostener que la citada disposición presenta más bien un carácter residual, cumpliendo la función de completar el sistema de medidas del Código, pero en ningún caso absorbiendo las restantes medidas típicas[14].

[13] Ortells Ramos, M., "Sobre las medidas cautelares indeterminadas del artículo 1.428 LEC", en *Justicia* 1989, p. 60.

[14] "Algunas consideraciones sobre el régimen de contradicción de las medidas precautorias", pendiente de publicación en esta misma Revista.

Artículo: La configuración del periculum in mora en el régimen cautelar chileno
Revista: Nº205, año LXVII (En-Jun, 1999)
Autor: Gonzalo Cortéz Matcovich

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

El artículo 298 CPC, en su parte final, expresa: "Podrá también el tribunal cuando lo estime necesario, y no tratándose de medidas expresamente autorizadas por la ley, exigir caución al actor para responder de los perjuicios que se originen". A esta disposición, en forma reiterada, se le ha venido atribuyendo un contenido y una significación que a nuestro entender difícilmente puede ostentar. Hay quienes han sostenido que a través de este precepto se "le está reconociendo y confiando al juez explícitamente un poder cautelar general"[15]; otros han visto en la citada disposición la consagración de un "amplio poder cautelar"[16]. En esta misma línea de razonamiento se ha afirmado que nuestro Código sería un "adelantado" en Latinoamérica en el tema del llamado "poder cautelar del juez"[17].

Nos permitimos discrepar con estas opiniones.

De entrada debe aclararse que la única disposición que podría invocarse como soporte de la tesis de la potestad cautelar general es la del artículo 298 CPC. El artículo 300 CPC que suele invocarse como argumento no tiene otra significación que la que fluye claramente de su tenor literal: *que las medidas cautelares del título V no excluyen las demás que autorizan las leyes,* cuestión que a nuestro juicio es indiscutible y en nada abona la opinión que rebatimos.

Enseguida, centrándonos en el análisis del artículo 298 CPC, resulta que su contenido es heterogéneo, regulando fundamentalmente tres cuestiones diversas:

a) El elemento que se ha denominado como característica *limitativa* de las medidas precautorias, que no es sino una consecuencia de la instrumentalidad de las medidas cautelares, en cuanto éstas se hallan indefectiblemente vinculadas a la sentencia que pueda dictarse en el proceso en el que inciden.

b) El establecimiento de la exigencia del *fumus* que, como se ha dicho, se expresa a través de una fórmula general.

c) Uno de los supuestos en los que, por excepción, el tribunal puede exigir caución al solicitante de la medida, a fin de responder de los perjuicios que puedan derivarse de la concesión de una medida que a la postre resulte injustificada.

Dados los términos en que aparece redactado el precepto, no vemos cómo a partir de ellos se puede aseverar que tienen la virtud de consagrar *explícitamente* un poder cautelar general; es que ni siquiera *implícitamente* cabe extraer de la referida norma una conclusión de tal magnitud. Es verdad que la literalidad del precepto parece dar a entender que existen *medidas que no están expresamente autorizadas por la ley*, pero también es claro que la norma que comentamos en caso alguno autoriza la adopción de esta clase de medidas. Los antecedentes legislativos del CPC tampoco aportan ninguna información relevante sobre la materia, pero dejan en evidencia que en el Proyecto redactado por José Bernardo

[15]Rojas Rodríguez, M. *Las medidas precautorias*, Santiago, Librotec Ltda., 1965, pp. 61-62. En el mismo sentido Quezada Meléndez, J., *Las medidas...*, cit., pp. 45 y 46.
[16]Pomes Andrade, J., *Las medidas cautelares*, M. de P., Santiago, Universitaria, 1962, p. 59.
[17]Pereira Anabalón, H., *Embargo y cautela...*, cit., p. 13.

Artículo: La configuración del periculum in mora en el régimen cautelar chileno
Revista: Nº205, año LXVII (En-Jun, 1999)
Autor: Gonzalo Cortéz Matcovich

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Lira no existía la referencia que hoy observamos en la parte final del artículo 298 CPC; tampoco fue objeto de discusión en la Comisión Revisora, por lo que la redacción actual del precepto tiene su origen en el trabajo de la Comisión designada por Decreto Supremo de 19 de marzo de 1888, que introdujo modificaciones al Proyecto de 1884 y de cuyas actas no tenemos noticia.

Es cierto que una norma de cierre o de clausura del sistema puede resultar particularmente conveniente para que toda situación de peligro para la eficacia del proceso jurisdiccional tenga aparejada una medida cautelar adecuada para neutralizarla, pero el establecimiento de una potestad cautelar general, implica mucho más pues, según nuestro entender, no se trata simplemente de una opción de técnica legislativa, sino que se está frente a una decisión con un componente político importante que afecta a la concepción que se tenga acerca de la función judicial, decisión que no vemos reflejada en la disposición que se comenta.

En fin, parece poco probable que el legislador haya destinado el artículo 298 CPC –más bien una parte de él, la final– para desempeñar tan trascendental propósito, como lo es la proclamación de una potestad cautelar general al juez, máxime cuando el precepto, lejos de ser categórico, alude a la consabida potestad en forma casi accidental, para referirse a otro tema diverso como lo es la exigencia de caución; por otro lado, como se ha dicho, la historia del establecimiento del precepto no arroja ningún dato relevante sobre tan fundamental decisión legislativa. En suma, a nuestro juicio, la posibilidad de que el juez pueda decretar medidas precautorias indeterminadas está supeditada a que el legislador no haya dispuesto una norma que consagre una medida específica o típica, puesto que existiendo ésta se excluye la aplicación del artículo 298 CPC.

Pese a lo dicho, aun aceptando la primera tesis que hemos rebatido, deberá reconocerse que este hipotético poder cautelar general se ha establecido sin siquiera precisar sus presupuestos, contenido ni alcances[18].

Una vez que se han definido los lineamientos generales del sistema cautelar chileno, corresponde que a continuación nos aproximemos al estudio del *periculum in mora* y su ordenación en el Derecho chileno.

3. *EL* PERICULUM IN MORA *COMO PRESUPUESTO DE LA ACTIVIDAD CAUTELAR*

Este presupuesto de las medidas cautelares, como señala Ortells, "se integra por aquellos riesgos que amenazan potencialmente la efectividad de la sentencia del proceso principal, derivados de la necesaria demora en emitirla, y que la medida cautelar se dirige precisamente a conjurar"[19].

Este peligro recae, al decir de Montero, sobre la efectiva satisfacción de la pretensión y se deriva de la extensión temporal del proceso principal, la que puede

[18]Chiffelle Horsel, J., "Estudio sobre las medidas cautelares y sugerencias para la modificación de nuestro ordenamiento jurídico procesal en materia cautelar", en *Cuadernos de Análisis Jurídico: Estudios de Derecho Procesal*, Universidad Diego Portales, nº 29, pp. 193 y ss.

[19]Ortells Ramos, M., *La tutela cautelar*..., cit. p. 14.

Artículo: La configuración del periculum in mora en el régimen cautelar chileno
Revista: Nº205, año LXVII (En-Jun, 1999)
Autor: Gonzalo Cortéz Matcovich

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

ser aprovechada por el demandado para colocarse en una situación que haga inútil la sentencia que se dicte o los actos de ejecución[20].

Los dos elementos configuradores de este presupuesto, demora y daño, si bien en abstracto pueden concebirse por separado entendiendo que el primero es sólo la coyuntura, el escenario para que pueda producirse lo segundo, funcionalmente deben observarse formando un todo único en el que existen necesarias conexiones entre ambos. Según Serra "el retraso puede ser de mayor o menor duración, pero es indispensable para la concesión de la medida cautelar..."[21].

Un primer intento de aclaración exige distinguir entre el peligro genérico de daño jurídico al que se hace frente con la tutela ordinaria que no entra en el concepto del *períclulum* que examinamos y aquel peligro de ulterior daño "marginal"[22], "que podría derivar del retardo de la providencia definitiva, inevitable a causa de la lentitud del procedimiento ordinario" y que constituye el fundamento funcional del instituto cautelar[23].

Enseguida, debe distinguirse –y aquí el asunto deja de ser tan claro– entre el peligro de daño irreparable derivado del retraso mismo en recibir la prestación y el riesgo de una difícil o imposible ejecución[24], es decir, entre el peligro de retardo o tardanza y el de infructuosidad, a los que Alonso denomina peligro objetivo y peligro subjetivo, respectivamente[25]. El primero es independiente de cualquier conducta del demandado (objetivo) y tiene su origen en la sola tardanza del proceso principal, en la no recepción inmediata de la prestación. En el segundo es necesario, además, el despliegue de una conducta por el demandado (subjetivo) que ponga en peligro la efectividad de la sentencia.

La distinción tiene importantes consecuencias de índole probatoria[26], pero en lo que atañe a este estudio, interesa fundamentalmente para definir los efectos jurídicos de la medida concreta, porque para conjurar el peligro, en el primer caso, dado que aquél está determinado por el solo retraso en el otorgamiento de tutela judicial, la única alternativa idónea es adelantar provisionalmente la satisfacción del derecho invocado[27]. Esta consecuencia jurídica es propia de las denominadas medidas *provisionalmente satisfactivas*, las que han encontrado resistencia de un importante sector de la doctrina, puesto que a través de ellas no se trata ya de

[20]Montero Aroca, J., "Medidas...", cit., p.431.

[21]Serra Domínguez, M. "Teoría general de las medidas cautelares" (con Ramos Méndez), en *Las medidas cautelares en el proceso civil*, Barcelona, 1974, p. 40.

[22]La expresión, como apunta el propio Calamandrei, pertenece a Finzi, E., en *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1926, II, p.50, quien lo introduce a propósito de un comentario jurisprudencial sobre la ejecución provisional (pp. 49-51).

[23]Calamandrei, P., *Introduzione allo studio sistemático dei provvedimenti cautelari*, Padova, Cedam, 1936, p.18; existe una traducción castellana de Sentís, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, Bs. Aires, Edit. Bibliográfica Argentina, 1945 (en la que la cita corresponde a la página 42). En el mismo sentido, Fairén Guillén, V., "La reforma del proceso cautelar español", en *Temas del Ordenamiento Procesal*, T.II, Madrid, Tecnos, 1969, pp.901-902.

[24]Ortells Ramos, M., *El embargo preventivo*, Granada, Comares, 1998, p.16.

[25]Alonso Furelos, J.M., "Nuevas perspectivas sobre el proceso cautelar", en *Justicia* 90, nº2, p. 379.

[26]Alonso Furelos, J.M., ob. y lug. cit. nota anterior.

[27]Calamandrei, P., *Introduzione*..., cit., p.56.

Artículo: La configuración del periculum in mora en el régimen cautelar chileno
Revista: Nº205, año LXVII (En-Jun, 1999)
Autor: Gonzalo Cortéz Matcovich

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

conservar el *statu quo* vigente, sino de introducir efectos *innovativos* (de la situación de hecho existente); *satisfactivos* (del derecho cuya tutela se pide) o *anticipativos* (de los efectos de una eventual sentencia favorable)[28].

La solución de este problema –si cabe admitir ambas clases de *perículum*, o debe excluirse el primero, con las consecuencias apuntadas– debe orientarse a establecer cómo se ha recepcionado en nuestra ordenación la característica de la homogeneidad no identidad de las medidas precautorias con las ejecutivas[29] y la instrumentalidad[30]. Con todo, y sin pretensiones de dar una respuesta completa ni definitiva sobre el asunto, debe tenerse en cuenta que esta clase de medidas no representan situaciones extrañas en nuestro ordenamiento, en el que por el contrario se contienen normas que consagran la posibilidad de decretar medidas precautorias que pueden exceder los simples efectos de aseguramiento[31], así es que queda claro que esta clase de medidas no representan un elemento insólito en nuestra ordenación procesal.

Se ha sostenido que tolerar esta clase de medidas anticipatorias, aunque siempre provisionales, implica el riesgo de destruir el propio concepto de medida cautelar, pues si a través de ellas se puede obtener lo que normalmente se obtendría por la vía del proceso ordinario, este último carecería de razón de ser[32]; sin embargo, manteniendo las notas de instrumentalidad –que en la ordenación nacional parece observarse con rigor– y de provisionalidad parece disiparse aquel peligro.

De otra parte, no vemos en el tenor literal del artículo 290 CPC[33] un argumento decisivo para desestimar la posibilidad de medidas precautorias de naturaleza anticipatoria; antes bien, por el contrario, como lo hemos dicho, si la finalidad de las medidas cautelares *es asegurar el resultado práctico de la pretensión, en el caso de una eventual sentencia estimatoria*, el vocablo *asegurar* no debe ser visto como una limitación al posible contenido de las medidas, sino como un encargo que impone al intérprete *indagar* cómo puede asegurarse dicho resultado. De esta suerte, si en respuesta a esta interrogante, llegamos a concluir que el único modo de cumplir el fin aseguratorio señalado por la norma es través de una medida provisionalmente satisfactiva, su adopción no puede contravenir ni

[28]Ortells Ramos, M., "El procedimiento cautelar...", cit., p. 685.

[29]Sobre esta nota de las medidas cautelares puede verse Carreras Ll., J., "Las medidas cautelares del artículo 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil", en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1958, p. 478; bajo el mismo título en *Estudios de Derecho Procesal*, con Fenech, Barcelona, 1962, en el que la referencia es a la p. 576. En el mismo sentido Serra Domínguez, M. "Teoría general...", cit., p. 20.

[30]Sobre esta característica véase Calamandrei, P., *Introduzione*..., cit., pp. 10-11.

[31]Aunque de cuestionable naturaleza cautelar, pueden mencionarse, por ejemplo, la concesión de alimentos provisionales y, dentro del CPC el art. 755 (juicios de nulidad de matrimonio y de divorcio) y el art. 684 (relativo a la concesión provisional de la demanda en el llamado Procedimiento Sumario). Más recientemente, el art. 3 letra h) de la Ley N° 19.325 sobre Actos de Violencia Intrafamiliar. Es indiscutible que todas estas medidas no se limitan a asegurar la posibilidad de ejecución, sino que con menor o mayor intensidad anticipan provisionalmente los efectos de la sentencia y son, en el fondo, respuesta al problema de los riesgos de la demora del proceso.

[32]Ramos Méndez, F., "Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil", en *Justicia* 1985, p. 77.

[33]Nos referimos a la expresión "asegurar" que emplea el precepto, de la que en más de una ocasión se ha querido desprender el tinte marcadamente conservativo que informaría las medidas precautorias.

Artículo: La configuración del periculum in mora en el régimen cautelar chileno
Revista: Nº205, año LXVII (En-Jun, 1999)
Autor: Gonzalo Cortéz Matcovich

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

el texto ni el espíritu de la ley. La relación instrumental con el proceso principal será diversa a la que se da respecto de las medidas conservativas, pero insuficiente para negar el carácter cautelar de estas medidas de contenido anticipatorio[34], dado que a través de ellas también se está *asegurando* la efectividad de una eventual y futura tutela definitiva.

A mayor abundamiento, acorde con una interpretación sociológica de la Ley Procesal, puede constatarse que la realidad nos enseña que hoy en día existen multiplicidad de negocios jurídicos que suponen el cumplimiento de obligaciones de hacer o no hacer; frente a un eventual incumplimiento de esta clase de obligaciones y mientras pende un proceso, se hace imprescindible imponer al demandado la cesación de una actividad o el cumplimiento de alguna prestación[35].

Finalmente, en cuanto a las clases de peligro que se enfrentan con las medidas cautelares, éstos ofrecen una gran variedad. Ortells, de modo meramente enunciativo, señala cuatro clases: aquéllos que afectan a la posibilidad práctica de ejecución considerada en absoluto; los que amenazan a la posibilidad práctica de ejecución en forma específica; los que afectan la utilidad práctica de los efectos no ejecutivos de la sentencia y aquéllos derivados del mero retraso en recibir la prestación[36].

4. *LA CONFIGURACION LEGAL DEL PRESUPUESTO DEL* PERICULUM IN MORA

El otorgamiento de tutela cautelar está subordinado siempre a un interés específico producido por la existencia de un peligro de daño jurídico, derivado del retardo de una providencia jurisdiccional definitiva[37]. Como se ha dicho más arriba, este presupuesto carece en nuestro ordenamiento de una formulación general, sino que, normalmente aparece concretado para cada medida en particular. La manera en que se reglamenta con relación a cada medida específica será objeto de estudio en el presente párrafo.

La primera de las medidas que se tratan en el Título V del Libro II del CPC es el denominado Secuestro Judicial. El artículo 290 nº 1, lo señala como "el secuestro de la cosa que es objeto de la demanda".

Conforme a los términos del artículo 291 CPC, en relación con el artículo 901 del Código Civil, esta medida es procedente cuando se entabla acción reivindicatoria o cualquiera otra relacionada con una cosa corporal mueble siempre que hubiere justo temor que se pierda o deteriore en manos del poseedor o de quien sin serlo tenga la cosa en su poder.

El propósito fundamental de esta medida, como se colige de su regulación

[34]Calderón Cuadrado, M.P., *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*, Madrid, Civitas, 1992, p. 75.

[35] Vázquez Sotelo, J. L., "La configuración de las medidas cautelares en el anteproyecto de L.E.C.", en *Presente y futuro del proceso civil*, cit., p. 678.

[36]Ortells Ramos, M., *Derecho Jurisdiccional*, II (con Montero, Gómez Colomer, Montón), Barcelona, Bosch, 1989, p. 639.

[37]Calamandrei, P., *Introduzione...*, cit. p. 15.

Artículo: La configuración del periculum in mora en el régimen cautelar chileno
Revista: Nº205, año LXVII (En-Jun, 1999)
Autor: Gonzalo Cortéz Matcovich

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

positiva, es garantizar la integridad material del bien *que es objeto mediato de la pretensión*, evitando su destrucción o su pérdida por el mal trato o descuido de quien lo posee o detenta. En general, el riesgo que se pretende suprimir mediante esta cautela es el que afecta a la posibilidad práctica de una ejecución sobre el bien específico y en condiciones de plena utilidad[38].

Es posible observar que en la regulación de esta medida la formulación del peligro es expresa pero a la vez genérica, dado que pese a que la norma es explícita a la hora de señalar cuál es la *pericula* que se trata de conjurar con la medida (temor de pérdida o deterioro), no es sin embargo igual de específica para manifestar el contenido de la conducta reveladora de aquel peligro. Deja entonces en manos del juez la función de concretarlo, entregándosele las facultades necesarias para resolver si en el caso concreto las circunstancias invocadas son efectivamente evidenciadoras de aquel peligro.

El riesgo de pérdida o deterioro de la cosa que es el peligro que se trata de conjurar con la medida, no es un hecho directamente demostrable, por lo que el juez debe echar mano de un razonamiento de tipo presuncional, que enlace la afirmación base o indicio con el hecho presumido (que a la vez es el supuesto fáctico de la norma cautelar cuya aplicación se pretende)[39].

La situación no difiere sustancialmente tratándose de la segunda medida que regula el artículo 291 CPC, esto es, "el nombramiento de uno o más interventores", dado que la configuración normativa de la medida está presidida por la idea de evitar aquellos riesgos que impidan que la entrega de un inmueble pueda materializarse en condiciones de plena utilidad para el actor que haya obtenido en el pleito[40].

Pese a que la norma hace una enumeración de los casos en que es procedente la medida de secuestro, lo cierto es que el análisis de cada caso particular –salvo del que nos ocupamos más abajo– no reviste especial trascendencia para nuestro estudio, si se tiene presente el numeral 4º que constituye la regla general y que comprende todos los otros casos que enuncia la disposición.

En efecto, el artículo 293 nº 4 indica que es procedente esta medida "siempre que haya justo motivo de temer que se destruya o deteriore la cosa sobre que versa el juicio, o que los derechos del demandante puedan quedar burlados". Esta descripción general del peligro incluye las específicas menciones de los numerales 1º y 2º. La del numeral 5º se limita a hacer referencia a otros casos señalados por las leyes, como ocurre con la Ley de Quiebras.

Sin embargo, especial atención merece la situación contenida en el numeral 3º de la citada disposición en cuanto indica la procedencia de la medida en el caso del "comunero o socio que demanda la cosa común, o que pide cuentas al comunero o socio que administra". Nótese que el precepto se refiere a dos situaciones distintas. De una parte, alude al caso del comunero (o socio) que

[38]Ortells Ramos, M., *La tutela cautelar...*, cit. p. 15.
[39]Sobre las presunciones como método de prueba puede verse a Montero Aroca, J., *La prueba en el proceso civil*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 1998, pp. 84-87.
[40]Ortells Ramos, M., *La tutela cautelar...*, cit. p. 83.

Artículo: La configuración del periculum in mora en el régimen cautelar chileno
Revista: Nº205, año LXVII (En-Jun, 1999)
Autor: Gonzalo Cortéz Matcovich

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

demanda la cosa común y, de otra, al del socio que pide cuentas al otro que administra.

La particularidad de esta norma es que, a diferencia de los otros preceptos que hemos referido, no formula referencia explícita al *periculum in mora*. Frente a este callar del legislador es posible ensayar más de una interpretación.

De partida, puede concluirse que la omisión legislativa significa ni más ni menos que el legislador no exige para esta medida, en este caso concreto, más requisitos que la demostración específica del *fumus*. Al no aparecer expresado en la norma cautelar, debe entenderse que éste figura implícito en la misma y debe presumirse su concurrencia y, por consiguiente, escapa del control judicial.

La razón estribaría en que en el primer caso -el del comunero o socio que demanda la cosa común- el socio acciona en el pleito en defensa del derecho que le corresponde de servirse o usar las cosas pertenecientes al haber social, que le concede el Código Civil[41]. Lógicamente desde ese instante la idoneidad de quien administra aparece cuestionada y dada la naturaleza de las funciones que le competen al interventor (art. 294 CPC) se comprende por qué a partir del momento en que se acredite la presunción grave del derecho que se reclama, pueda decretarse sin más la medida a la que nos referimos. Lo mismo cabe afirmar respecto de la situación del socio que pide cuentas al otro que administra.

Pero también puede razonablemente sostenerse que la falta de previsión legislativa del presupuesto no nos debe llevar necesariamente a presumir su concurrencia, sino que el *periculum* debe deducirse de la finalidad y efectos de la propia medida. Consiguientemente, no puede descartarse *a priori* una razonable cuota de discrecionalidad judicial a la hora de ponderar las circunstancias reveladoras de aquel peligro[42], aunque como acertadamente señala Ortells, "la falta de expresa previsión debe excluir una exigencia muy rigurosa del presupuesto"[43].

Sobre este punto refiere, acertadamente a nuestro entender, Fernández López que aunque la ley no exija formalmente la concurrencia del *periculum in mora*, "no impide que el demandado ponga de relieve la ausencia de peligro en el caso concreto, pues el juez debe, siempre, velar porque las medidas cautelares sirvan sólo para asegurar una futura y eventual condena, evitando que, como a veces se pretende -y en ocasiones se consigue-, las medidas cautelares se conviertan en un fin en sí mismas, cuyo principal objetivo es presionar sobre la voluntad del demandado"[44].

Esta segunda forma de comprensión del silencio del legislador está además avalada por la disposición del artículo 301 CPC en cuanto prescribe de modo imperativo el deber de hacer cesar estas medidas en cuanto "desaparezca el peligro

[41] Rojas Rodríguez, M. *Las medidas...*, cit., p. 125.

[42] Fairén Guillén, V. advierte que la subjetividad en la determinación del peligro es uno de los mayores problemas del procedimiento cautelar, aunque reconoce que su presencia es ineludible. "La reforma del proceso cautelar español", en *Temas del Ordenamiento Procesal*, T. II, Madrid, Tecnos, 1969, p. 906.

[43] Ortells Ramos, M., *La tutela cautelar...*, cit. p. 87.

[44] Fernández López, M.A., *Derecho Procesal* III (La ejecución forzada. Las medidas cautelares), Madrid, C.E. Ramón Areces, 1992, p. 341.

Artículo: La configuración del periculum in mora en el régimen cautelar chileno
Revista: Nº205, año LXVII (En-Jun, 1999)
Autor: Gonzalo Cortéz Matcovich

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

que se ha procurado evitar". Los términos que emplea el precepto han sido redactados con la suficiente generalidad como para entender, en primer lugar, que resultan aplicables a cualquier clase de medidas cautelares. En seguida, esta norma no sólo es indicativa de que ninguna medida puede mantenerse en vigor sin que exista un temor de un riesgo real que imposibilite o dificulte notoriamente una futura y eventual ejecución, sino que además, a nuestro entender, deja muy claro que toda medida precautoria existe en función del presupuesto del *perículum in mora* y que su concesión no es procedente sino en cuanto el demandante esté enfrentado a un peligro de daño, derivado de la situación o conducta del demandado que perjudiquen la ejecución en la forma anotada.

La tercera medida que regula el artículo 290 CPC está referida a "la retención de bienes determinados". Para precisar cómo el legislador ha recogido el presupuesto del *perículum* debe distinguirse qué clase de bienes están afectos a la medida. De una parte se encuentran los bienes que son materia del juicio y de otra, los otros bienes determinados del demandado.

Con anterioridad a la reforma introducida por la Ley 11.183 de 10 de junio de 1953, la distinción anotada era irrelevante a los efectos de determinar la configuración del presupuesto. En efecto, el proyecto redactado por José Bernardo Lira no establecía la medida de retención como tal sino la del *embargo de bienes determinados* (art. 225)[45]; más tarde en la sesión 3ª de la Comisión Revisora el precepto fue aprobado con la indicación propuesta por el comisionado Zegers en orden a agregar, a continuación de la palabra "embargo", las de "o retención de bienes determinados". A su vez, el artículo 230 del Proyecto señalaba las situaciones de peligro que hacían procedente la medida, exigiendo en su numeral 2º que "las garantías del demandado no ofrecieren suficiente garantía i hubiere motivo racional para creer que procurará ocultar sus bienes". La Comisión sustituyó la conjunción copulativa por la disyuntiva "o", de manera que cualquiera de ambas circunstancias hacía procedente la medida[46]. En todo caso, ninguna mención hubo acerca de la clase de bienes sobre los que había de recaer la medida.

La promulgación de la Ley 11.183 obliga ahora a trazar una distinción elemental para averiguar la concreción del *perículum*[47]. Cuando la medida afecta a bienes que son materia del juicio, entendiéndose como el *objeto mediato de la pretensión*, la ley no parece condicionar su concesión a otro presupuesto aparte de la acreditación del *fumus* a través de los pertinentes *comprobantes*.

En este caso, los antecedentes legislativos de la reforma parecen dar pie para sostener que el silencio de la norma viene a significar que el legislador no exige para la procedencia de esta medida ninguna actividad demostrativa del *perículum*, debiendo entenderse que éste figura implícito en la misma y presumirse

[45]V. *Proyecto de Código de Enjuiciamiento Civil* (conforme a los acuerdos hasta ahora celebrados por la Comisión encargada de su examen). Santiago, Imprenta de "El Progreso", 1884, pp. 66-67.

[46]*Proyecto de Código...*, cit. pp. 107-109.

[47]Algunos antecedentes sobre esta reforma pueden verse en Rojas Rodríguez, M. *Las medidas...*, cit. pp. 167-169.

Artículo: La configuración del periculum in mora en el régimen cautelar chileno
Revista: Nº205, año LXVII (En-Jun, 1999)
Autor: Gonzalo Cortéz Matcovich

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

su concurrencia, siendo innecesaria su comprobación judicial. Dichos antecedentes demuestran que la modificación introducida perseguía salvar una "omisión del Código" consagrando un diferente tratamiento para los bienes que son materia de juicio de los demás bienes, tal como se hace a propósito de la medida cautelar de prohibición de celebrar actos y contratos. El alcance de la reforma no era otro que liberar al solicitante de la medida de la carga de probar la insuficiente garantía de las facultades del demandado[48].

En cambio, cuando la medida pretende hacerse efectiva sobre bienes diferentes a los que son materia del juicio, pesa sobre el demandado la carga de acreditar o que las facultades del demandado no ofrecen suficiente garantía o que hay motivo racional para creer que procurará ocultar sus bienes.

Hay aquí una caracterización del *perículum* expresa pero a la vez manifestada en términos lo suficientemente amplios, como para dar un considerable margen de discrecionalidad al juez a la hora de resolver sobre la concurrencia del presupuesto, valorando racionalmente las circunstancias reveladoras del peligro, a través de un razonamiento de tipo presuncional.

La prohibición de celebrar actos o contratos sobre bienes determinados es la cuarta y última de las cautelas que enuncia el artículo 290 CPC.

La historia del precepto permite concluir que en la configuración del *perículum in mora* siempre ha estado presente la distinción entre los bienes que son materia del juicio y otros bienes determinados del demandado, aunque no siempre de igual manera.

En efecto, en el proyecto de José Bernardo Lira se sentaba la regla que la "prohibición de celebrar actos y contratos sobre bienes determinados se limita a los que son materia del juicio" (art. 232), sin embargo, a continuación se señalaba los casos en que la medida resultaba procedente sobre otros bienes diversos de aquellos que son materia del juicio (art. 233). La enumeración que efectuaba la disposición estaba informada por un criterio que atendía la peculiar condición de quien obraba como demandante[49], salvo en su remisión al artículo 230[50]. Posteriormente los artículos 232 y 233 del Proyecto Lira fueron condensados en uno solo en el Proyecto de 1893, conservando la denominación actual[51]. Se suprimieron las referencias a aquellos demandantes "especiales", subsistiendo solamente la anterior referencia al artículo 230, incorporándose su texto en forma parcial.

Sin embargo, en la redacción actual, si bien se mantiene un criterio diferenciador en relación a categoría de los bienes objeto de la medida dado que en el caso de afectar a otros bienes diferentes de los que son materia del juicio, aquél ya no mira a la especial situación del demandante, sino a una posición precisamente del sujeto pasivo de la medida, que lo ubica en una situación que el

[48]Rojas Rodríguez, M. *Las Medidas...*, cit. pp. 167-168.
[49]La disposición incluía, por ejemplo, a la mujer casada que litiga con su marido o al pupilo con su tutor o curador en razón de la tutela o curaduría.
[50]Que indicaba las dos causales de procedencia del *embargo cautelar*.
[51]Lazo, S., *Los códigos chilenos anotados. Código de Procedimiento Civil*, Santiago, Poblete Cruzat Hnos., 1918, p. 249.

Artículo: La configuración del periculum in mora en el régimen cautelar chileno
Revista: Nº205, año LXVII (En-Jun, 1999)
Autor: Gonzalo Cortéz Matcovich

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

legislador *a priori* ha considerado como reveladora de un riesgo cierto de insatisfacción de la pretensión invocada en el proceso.

En consecuencia, tratándose de los bienes que son materia del juicio el artículo 296 CPC no formula exigencia alguna respecto de la concreción ni acreditamiento del *periculum*. Se ha dicho que en este caso la medida "se impone siempre o es ineludible"[52]. Se estaría por tanto frente a otro de aquellos supuestos en los que la concurrencia del *periculum* se presupone, se entiende implícito en la *ratio iuris* de la norma. El legislador ha entendido pues que la sola duración del proceso es causa suficiente para conceder la cautela, siempre, claro está, que se acredite suficientemente el *fumus boni iuris* y la situación jurídica cautelable, es decir, que los bienes a que la medida se refiere efectivamente son materia del juicio o, mejor dicho, el *objeto mediato de la pretensión*.

La situación es radicalmente distinta tratándose de aquellos bienes ajenos al pleito, pues el legislador ha partido de la idea de que la sola ocasión del peligro no es suficiente por sí sola para justificar la medida y exige en consecuencia que el peligro se haya actualizado a través de un comportamiento o conducta del demandado[53]. En el caso concreto se exige acreditar que las facultades del demandado *no ofrezcan suficiente garantía para asegurar el resultado del juicio*. Dicho en otros términos, el solicitante de la medida está en necesidad de acreditar una situación del insolvencia de parte del demandado, de una entidad tal que podría frustrar o dificultar notoriamente la ejecución de la sentencia.

Al confiársele al juez la valoración de las circunstancias reveladoras del *periculum*, se le está imponiendo verificar -como señala Ortells- "un razonamiento presuncional, porque el peligro no es un hecho susceptible de ser directamente probado, como un juicio sobre la idoneidad de los hechos, indicio para poner en peligro la ejecución de la sentencia habida cuenta del contenido de ésta"[54].

5. CONCLUSIONES

El *periculum in mora* es el fundamento necesario de toda la actividad cautelar, de modo que sin él la tutela cautelar no tendría sentido ni razón de ser. Este peligro tiene su germen en la propia pendencia del proceso y las medidas cautelares son un medio para no hacer inútil el proceso[55].

El peligro, según Serra, debe estar "presente en la intención del legislador al conceder la medida cautelar..."[56]. Cuestión distinta -nos dice Fernández López- es que la ley imponga o no al actor la carga de acreditar que tal situación de peligro concurre en el caso concreto[57], pues el hecho de eximirlo de esa prueba no obsta que el demandado en oportunidad procesal correspondiente alegue su ausencia.

[52]Anabalón Sanderson, C. *Tratado práctico de Derecho Procesal Civil Chileno*, 2ª edición, Santiago, Arancibia Hnos. Editores, 1963. T. III, p. 85.
[53]Ortells Ramos, M., *El embargo preventivo*, Granada, Comares, 1998, p. 17.
[54]Ortells Ramos, M., ob. y lug. cit. nota anterior.
[55]Carreras Ll., J., "Las medidas...", cit. p. 477.
[56]Serra Domínguez, M. "Teoría general...", cit. p. 40.
[57]Fernández López, M.A., *Derecho Procesal* III..., cit., p. 341.

Artículo: La configuración del periculum in mora en el régimen cautelar chileno
Revista: Nº205, año LXVII (En-Jun, 1999)
Autor: Gonzalo Cortéz Matcovich

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Situados en el plano de la técnica legislativa, las alternativas disponibles que puede aplicar el legislador para la ordenación del presupuesto del *periculum in mora* son diversas:

En primer lugar, el *periculum* puede no aparecer expresado en la norma, sino figurar implícito en la norma cautelar. Forma parte, al decir de Ortells, de la *ratio iuris* de la norma que establece la medida cautelar[58].

En otras situaciones, la formulación del peligro es expresa pero genérica, es decir, se le entregan al juzgador facultades para resolver si en el caso concreto las circunstancias invocadas son efectivamente evidenciadoras de aquel peligro, como por ejemplo el temor de pérdida o deterioro de la cosa.

En otros casos en cambio, frente a la subjetividad en la determinación del peligro, puede la misma ley fijar los presupuestos o la prueba del peligro, siendo innecesaria su prueba o haciéndola más leve[59], es decir, junto con la formulación explícita del peligro o sin ella, se le añade por el legislador la descripción de determinadas situaciones o conductas del demandado, definidas *a priori* como reveladoras de este peligro[60].

Esta variedad en la configuración del presupuesto tiene importantes repercusiones en cuanto a la valoración judicial del *periculum in mora*. Si el legislador ha optado por la tipificación de circunstancias reveladoras del peligro, el papel del juez se reduce a verificar la concurrencia o no de dichas circunstancias; si el resultado es positivo, deberá conceder la medida, supuesto el cumplimiento de las restantes condiciones para la procedencia de la medida.

Los problemas aparecen en los otros dos supuestos, esto es, cuando el legislador o no formula manifestaciones del peligro en la norma o lo hace genéricamente.

En el primer caso puede estimarse que el peligro, si bien no está expresado en la norma, debe entenderse presumido, implícito en ésta[61]; deja pues de ser presupuesto específico, manteniéndose siempre, eso sí, como fundamento de la cautela. Esto no nos debe llevar a concluir otra cosa que no sea la no necesidad de ser positivamente verificada su concurrencia.

En cambio, cuando el legislador tipifica los riesgos pero de manera genérica, el *principio de aportación de parte* que domina el proceso civil impone al solicitante de la medida el despliegue de una actividad probatoria concreta en orden a afirmar los hechos reveladores de aquel riesgo formulado en términos generales en la ley y a producir certeza sobre ellos en el juzgador. De otra parte, el juzgador frente a aquellos hechos afirmados por las partes, que de ser efectivos pasarán a considerarse como *indicios*, llevará adelante un razonamiento de tipo deductivo, para concluir o no la presencia del *periculum*, y si procede decretar la concesión de la medida, en el entendido que concurran los demás presupuestos de la actividad cautelar.

[58] Ortells Ramos, M., *La tutela cautelar...*, cit. p. 15.
[59] Fairén Guillén, V., "La reforma...", cit. en *Temas...*, pp. 906-907.
[60] Ortells Ramos, M. *El embargo...*, cit. p. 17.
[61] Calderón Cuadrado, M.P., *Las medidas...*, cit., pp. 48-49.