



NEGRI & PUEYRREDON
ABOGADOS

Montevideo 850 Piso:1
C1019ABR - Buenos Aires
Argentina
Tel: (54-11) 5556-8000
Fax: (54-11)
e-mail: np@negri.com.ar
web: www.negri.com.ar

DOS MINUTOS DE DOCTRINA

11 de marzo de 2016

“FUMUS BONIS IURIS”

*No se alarmen los lectores: el resto de este artículo no está en latín.
La frase mencionada es el nombre que los romanos daban a uno de los requisitos que los jueces exigían (y exigen aun ahora) antes de tomar ciertas decisiones.*

Grupo Linde Gas Argentina (“Linde”) y la Compañía Argentina de Levaduras SA (“Calsa”) estaban vinculadas por un contrato bajo el cual la primera suministraba nitrógeno e hidrógeno a la segunda.

Por razones que no conocemos, se desató un conflicto entre ambas empresas acerca del ajuste del precio que debía pagar Calsa por los gases entregados por Linde. De acuerdo con lo previsto en el contrato que las unía, las partes recurrieron al arbitraje para solucionar su diferendo.

Mientras el arbitraje estaba pendiente, Calsa se presentó ante la justicia ordinaria y pidió que se dictara una *medida de no innovar* que prohibiera a Linde cortar el suministro de gas.

En primera instancia, se aceptó el pedido de Calsa y se dictó esa medida. Linde entonces apeló.

La Cámara¹ analizó con detalle la cuestión planteada. Antes de entrar a desmenuzar la

decisión alcanzada, conviene reflexionar sobre los intereses en juego.

Si los jueces (a) permitían a Linde cortar el suministro de gas, y luego Calsa ganaba el pleito de fondo (relativo al ajuste del precio del gas), el período durante el cual Calsa se viera privada del servicio podría producirle ingentes pérdidas, o hasta quizás su cierre. Pero (b) si se permitía a Calsa seguir recibiendo gas y luego perdía el pleito, aquella se habría visto beneficiada durante todo el transcurso de la contienda. Existía también la posibilidad de que (c) Linde cortara el gas a Calsa, y que ésta perdiera el pleito. Y finalmente, (d) podría ocurrir que a Linde se la obligara a no cortar el gas y que Calsa ganara el pleito.

Ante esas disyuntivas, los jueces recordaron el sentido y propósito de las medidas de no innovar: “se orientan a preservar, mientras se sustancia el proceso principal, la *inalterabilidad* de determinada situación de hecho o de derecho, e impedir que mediante su alteración por las partes durante el curso del proceso, *la sentencia se torne de cumplimiento imposible o el derecho que ella reconoce, ilusorio*”.

¹ In re “Compañía Argentina de Levaduras SA c. Grupo Linde Gas Argentina”, CNCom (F), 2015: Expte, 25589/2015

Por eso, como una medida de no innovar es un *remedio de excepción*, las circunstancias deben ser cuidadosamente valoradas, y esa valoración debe ser extremadamente cuidadosa, sobre todo cuando se trata de limitar facultades que son inherentes a la propiedad (sin decirlo, los magistrados parecen referirse al derecho de propiedad de Linde sobre su gas, si fuera obligada a entregarlo a Calsa a un precio inconveniente).

Al mismo tiempo, para lograr el dictado de una medida cautelar, es necesario que quien la pide demuestre que su derecho es *verosímil*.

A eso, los antiguos romanos llamaban *fumus bonis iuris*: es decir, algo así como demostrar “un tufillo o la apariencia de un buen derecho”, “un humo” demostrativo de que *había algo de razón al pedir la medida*.

En otras palabras, debe probarse que quien pide protección a través de una medida cautelar *no está pidiendo un dislate*. Para eso, debe demostrar la verosimilitud del derecho que invoca, “de modo que sea factible prever que en el proceso principal, *puede* llegar a declararse la certeza de ese derecho”. En nuestros ejemplos, serían las hipótesis (a) y (d), en las que Calsa podría ganar el pleito de fondo.

Para esto, “no se trata de exigir una prueba concluyente, pero es necesario, como mínimo, un mero acreditamiento” dijo la Cámara.

Pero junto con el *fumus bonis iuris*, también es necesario demostrar que existe “peligro en la demora”: probar que si no se dicta la medida en cuestión, las consecuencias pueden ser irreparables. A ello, los romanos llamaron *periculum in mora*.

Ese “peligro en la demora” se identifica con el interés en evitar o disipar un temor de daño inminente (estas serían las hipótesis en las que Calsa deja de recibir gas, con lo cual su supervivencia misma podría estar en juego).

Finalmente, un tercer y último requisito es la “contracautela”; esto es, una *garantía* que se exige a quien pide la medida cautelar, para el caso que deba responder por los daños causados mientras aquella permanece en vigor.

Obviamente, verificar si existe el *fumus bonis iuris* (otra vez, “la verosimilitud del derecho” de quien pide la medida cautelar) requiere analizar la vinculación de la medida solicitada con un pleito o proceso, del cual aquella es un accesorio.

En otras palabras, *no puede dictarse una medida cautelar en ausencia de un pleito principal*. De lo contrario, se cometerían arbitrariedades: debe existir un juicio pendiente en el que se esté discutiendo el derecho que se ha querido asegurar.

Sobre estas bases, la Cámara entendió que la medida cautelar por la que se obligaba a Linde a seguir suministrando gas a Calsa “era procedente”, pues tenía relación con el objeto del pleito existente entre las partes y sometido a los árbitros.

Los magistrados notaron que la medida cautelar *es una decisión excepcional*, puesto que “altera el estado de cosas existente al momento en que se la dicta”. Y, para colmo, parece “un anticipo de una decisión favorable respecto del fallo final”. Pero eso *no implica prejuzgar*, sino que es consecuencia de haberse demostrado el *fumus bonis iuris*.

La Cámara hizo pie en un precedente de la Corte Suprema federal, según el cual, para

que las medidas cautelares sean admitidas, “deben estar dirigidas a evitar la producción de situaciones que podrían tornarse de muy dificultosa o imposible reparación al dictarse la sentencia definitiva”.

En otras palabras, los jueces prestaron atención a la posibilidad de que Calsa cesara sus actividades si no se le suministraban más gases. Eso podría haber sido “irreparable”.

El “peligro en la demora”, para la Cámara, se dio por cumplido ante la posibilidad de que se interrumpiera el suministro de hidrógeno y nitrógeno por parte de Linde, con los perjuicios que ello ocasionaría.

Los magistrados pusieron énfasis en el hecho de que serían los árbitros quienes, finalmente, juzgarían con respecto a si la medida cautelar era procedente o no.

El fallo es correcto y está bien fundado, pero sobre la base de argumentos puramente procesales. Un análisis sustentado en los aspectos económicos del

derecho (aunque probablemente llegara al mismo resultado) permitiría establecer precedentes más claros y previsibles acerca de la suerte que han de correr los pedidos de medidas cautelares.

En efecto, preguntarse quién ha de sufrir más daños si la medida se otorga o no parece un estándar más que aceptable para satisfacer el *fumus bonis iuris*.

Calsa no pretendía recibir gas gratis, ni tenía derecho a ello, pero podía verse obligada a cerrar si se cortaba el suministro. Es difícil pensar que para Linde suministrar gas a un precio que no consideraba justo mientras durara el pleito pudiera tener las mismas consecuencias fatales que la falta de gas para Calsa.

Por otra parte, si se determinaba que Calsa debía pagar a Linde un precio más alto por los gases, ese pago sólo sería posible si Calsa seguía en actividad y no se había visto obligada a cerrar por falta de uno de sus insumos básicos.

* * *

Esta nota ha sido preparada por Juan Javier Negri. Para más información sobre este tema pueden comunicarse con el teléfono (54-11) 5556-8000 o por correo electrónico a np@negri.com.ar.

**Este artículo es un servicio de Negri & Pueyrredon Abogados a sus clientes y amigos.
No tiene por objeto prestar asesoramiento legal sobre tema alguno.**