

16 de octubre de 2020

### EL TURISMO “EN EL AIRE”

*El impacto de la pandemia en el turismo puso nervioso a un posible viajero.  
Los jueces reaccionaron con una buena sentencia de pésima redacción.*

Pablo tenía todo previsto para hacer el viaje de sus sueños por lugares con los que siempre había soñado. Incluso había confirmado todas sus reservas y pagado por anticipado por medio de su agente casi todos los pasajes de su futuro gran periplo por el mundo.

Hasta que estalló la pandemia y el viaje tuvo que ser cancelado.

No tenemos muchos datos para saber por qué, pero parece que Pablo decidió hacer pleito contra su agente de viajes (Tije SA) para lograr la devolución de lo anticipado.

Su abogado lo convenció también de pedir un embargo preventivo sobre los fondos que aquella empresa tenía depositados en un banco, *aun antes de iniciar la demanda*, por temor a que la agencia terminara siendo insolvente y no pudiera devolver lo ya cobrado.

En primera instancia el juez negó el pedido. Pablo entonces apeló<sup>1</sup>.

El tribunal recordó que “el embargo preventivo *como medida cautelar*, tiende a prevenir un daño y se anticipa al recono-

cimiento del derecho que asegura”. En otras palabras, se lo puede dictar *antes* de que un derecho sea reconocido para asegurar que, cuando tal reconocimiento ocurra, habrá modo de satisfacerlo.

El embargo preventivo es uno entre varios tipos de medidas cautelares que un juez puede dictar *antes o durante* un pleito para asegurar algún derecho del demandante y a pedido de éste<sup>2</sup>.

Las medidas cautelares tienen una atractiva característica: el juez las dicta *sin haber escuchado a la otra parte*.

Por eso mismo, se otorgan con criterio restrictivo y una vez que quien las pide haya logrado demostrar que existe una base razonable para hacerlo (lo que los juristas llaman *fumus bonis iuris* o “apariencia de buen derecho”) y que la cuestión es urgente pues, de no ser dictada, corre riesgo el derecho de quien demanda (*periculum in mora* o “peligro en la demora”).

Un requisito adicional es la garantía que el juez exige a quien pide una medida cautelar

<sup>1</sup> In re “Santoro c. Tije SA”, CNCom (feria), Exp. 5395/10, 15 julio 2020; *ElDial.com* XXIII:5558, 13 agosto 2020, AABDD2.

<sup>2</sup> Nos hemos referido a ellas, entre otras ocasiones, en “Fumus bonis iuris”, *Dos minutos de doctrina* XIII:612 (11 de marzo de 2016).

para el caso de que, si se la otorga, se causen daños y perjuicios al demandado.

Pero, en todos los casos, la decisión acerca de si existe el derecho en cabeza de quien pide la medida (al menos en apariencia) y el peligro en la demora, es del juez. Éste debe ser convencido por quien pide la medida cautelar, con todos los medios de prueba a su alcance, de que existe base suficiente para que se la ordene.

La ley establece varios casos específicos en los que se puede pedir un embargo preventivo —generalmente asociados con la posible insolvencia del demandado—.

Pero nada impide que se dicte un embargo en otras circunstancias, siempre que se cumplan los requisitos aplicables.

Por eso, cuando existe el riesgo de que, en el período que corre entre el momento en que se inicia un pleito y éste termina, el deudor ya no tenga más fondos para hacer frente al pago de lo que juez mande pagar, se permite embargar *preventivamente* algún bien de ese mismo deudor.

(Esto, dicho así, tan sencillamente, en este caso los jueces lo describieron de este modo: “dado que la satisfacción instantánea, de cualquier pretensión o petición extra contenciosa resulta materialmente irrealizable, el legislador ha debido contemplar la posibilidad de que durante el lapso [*rectius*: lapso] que inevitablemente transcurre entre la iniciación de un proceso y el pronunciamiento de la decisión final, sobrevenga cualquier circunstancia que imposibilite o dificulte la ejecución forzada o torne inoperantes los efectos de la resolución definitiva, lo que ocurría [*rectius*: “ocurriría”], si desaparecieran los bienes o disminuyese la responsabilidad patrimonial del presunto deudor, se operase una alteración del estado de hecho existente

al tiempo de interponerse la demanda, o se produjese un daño irreparable a la integridad física o moral de las personas”. Muy lindo, muy largo, pero así y todo parece faltar algún verbo).

Para dictar una medida cautelar (y, como dijimos, un embargo preventivo es una de ellas) “es suficiente la mera posibilidad de que el derecho exista y no una incontrastable realidad, de que [*sic*] sólo se logrará al agotarse el trámite además de demostrarse el peligro en la demora”.

En este caso, los jueces opinaron que “con los elementos de juicio incorporados al presente y [los] hechos expuestos” no existían los requisitos para dictar una medida cautelar; en particular, el peligro en la demora.

El tribunal dijo que “si bien no se desconoce [*sic*] las circunstancias por la [*sic*] que atraviesa todo el sector turístico, ilustradas por cierto con las constancias periodísticas acompañadas, lo cierto es que ello no refleja la insolvencia del presunto obligado”.

Para los jueces, “para dar curso favorable a la cautelar, sobre cualquier consideración, el peligro [...] debe ser objetivo, es decir no un simple temor o aprensión del solicitante sino *derivado de hechos concretos* que puedan ser apreciados en sus posibles consecuencias. De manera que [...] sin otros elementos que demuestren objetivamente o den cuenta de una situación concreta de insolvencia del presunto demandado, la cuestión se traslada al plano meramente conjetural y subjetivo”.

En consecuencia, confirmaron la decisión de primera instancia que negó el embargo preventivo.

Conclusión: la difícil situación genérica de un sector de la economía, a los ojos de los jueces, no demuestra por sí misma que un integrante determinado de ese mismo sector esté necesariamente afectado de modo tal de justificar un embargo. Será necesario demostrar que el demandado en cuestión corre el riesgo de caer en la insolvencia.

No debe olvidarse que, de todos modos, otra medida cautelar puede ser pedida en cualquier otra instancia posterior del mismo pleito.

En este punto, el Filosofito, que nos lee en borrador, se pregunta: “Si el derecho se expresa con palabras, ¿no deberían ser los jueces maestros en el uso de la palabra? ¿Cómo es eso de que redactan mal?”

\* \* \*

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](mailto: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.**