

Cortez Matcovich, Gonzalo
Contribución al estudio de las medidas cautelares previas a la demanda en el proceso civil chileno
Revista de Derecho (Valdivia), vol. XXX, núm. 1, junio, 2017, pp. 235-261
Universidad Austral de Chile
Valdivia, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173752279010>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

Contribución al estudio de las medidas cautelares previas a la demanda en el proceso civil chileno

Gonzalo Cortez Matcovich*

RESUMEN

El presente trabajo reflexiona en torno al régimen de las medidas cautelares cuando son solicitadas en forma previa al inicio del proceso. En este sentido, se analizan especialmente las condiciones bajo las cuales puede ser concedida y mantenida una medida cautelar bajo tales circunstancias y las razones por las cuales dichas condiciones son más rigurosas que las aplicables a las medidas requeridas bajo el régimen general. Finalmente se intentará demostrar que este régimen más riguroso es compatible con el derecho fundamental a la tutela cautelar.

Medidas – cautelar – prejudicial

Contribution to the study of precautionary measures prior to the lawsuit in the Chilean civil process

ABSTRACT

This paper reflects on the regime of precautionary measures when these are requested prior to the start of the process. In this sense, it is used to analyze the conditions under which it may be granted and maintained an injunction under such circumstances as the reasons why those conditions are more stringent than those applicable to the measures required under the general scheme. Finally it demonstrates that this more stringent regime is compatible with the fundamental right to interim protection.

Measures – precautionary – preliminary

* Doctor en Derecho, Universidad de Valencia. Profesor de Derecho Procesal, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción. Correo electrónico: gcortez@udec.cl.

El presente trabajo se elabora en el marco del Proyecto FONDECYT Regular N° 1140495, titulado “Análisis crítico de la regulación de la tutela cautelar en el proceso civil chileno y propuestas para su perfeccionamiento”, del que el autor es el investigador responsable.

Artículo recibido el 23 de diciembre de 2015 y aceptado para su publicación el 1 de marzo de 2017.

I. LA INSTRUMENTALIDAD COMO NOTA CARACTERÍSTICA DEL PROCESO CAUTELAR

Referirse a la instrumentalidad como aquella cualidad que identifica tanto la actividad conducente al pronunciamiento de las medidas cautelares como a estas mismas y que a la vez sirve para distinguirlas de otros institutos afines, impone la necesidad de conectar con la obra de Calamandrei. A este autor se debe la idea de reunir las notas de instrumentalidad y provisорiedad, como rasgos característicos inherentes a la tutela judicial cautelar¹. Desde entonces se viene concibiendo la tutela cautelar como una forma de tutela instrumental porque las medidas cautelares nunca se justifican por sí mismas, sino que están preordenadas en función de un proceso distinto, cuyos resultados tienden a asegurar.

II. MANIFESTACIONES DE LA INSTRUMENTALIDAD

Son manifestaciones de esta característica configuradora y distintiva de las medidas cautelares las siguientes:

- 1^a) Solo pueden adoptarse estando pendiente un proceso principal y en el caso de que puedan obtenerse previamente a este, la no incoación del proceso dentro de cierto plazo opera como una suerte de condición resolutoria de la medida acordada.
- 2^a) Deben extinguirse cuando el proceso principal termine. Si la pretensión interpuesta en ese proceso no es acogida, la medida debe extinguirse², porque ya no hay efectos que requieran ser asegurados. Si la pretensión ha sido estimada, la medida también está llamada a extinguirse, porque entonces ya pueden desplegarse los efectos propios de la sentencia principal. Cualquiera sea el resultado del pleito, las medidas cautelares no pueden subsistir una vez terminado el mismo³.
- 3^a) La instrumentalidad también se expresa en el contenido que se puede inyectar a la medida cautelar y se manifiesta en la adecuación del contenido de la medida en función de la situación jurídica cuya cautela se pretende. Desde esta perspectiva, las medidas cautelares consisten en un conjunto de efectos jurídicos diferentes según la clase de medida que, por regla general, coinciden solo parcialmente con los efectos propios de la sentencia principal, si bien en algún supuesto pueden

¹ Calamandrei, P., *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, trad. Sentís Melendo, Bibliográfica Argentina, B. Aires, 1945, p. 45.

² Bordalí Salamanca, A., “Diversos significados de la tutela cautelar en el proceso civil”, en *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, Vol. XII, diciembre 2001, p. 55.

³ “Que las medidas precautorias pueden solicitarse en cualquier estado del juicio y, por tanto, son accesorias a este y no pueden mantenerse más allá del término de la causa en que se decretaron, por lo que cesan con la sentencia de término, sea que esta acoja o no dé lugar a la demanda. Lo contrario sería sustraer del comercio humano determinados bienes sin motivo justificado, lo que se opone a la garantía del derecho de propiedad...” (C. Suprema, 25 de enero de 1999, en *Fallos del Mes*, N° 482, p. 2895).

llegar a coincidir con estos en su resultado práctico, pero siempre con el carácter de provisional⁴.

III. LAS MEDIDAS PREJUDICIALES Y, EN PARTICULAR, LAS DENOMINADAS MEDIDAS PREJUDICIALES PRECAUTORIAS

El CPC ha destinado un título completo (el V del Libro II) para regular las llamadas “medidas prejudiciales”. Se trata de un conjunto heterogéneo de diligencias previas a la presentación de la demanda –por consiguiente, previas a la iniciación del juicio– que tienen por objeto “preparar la entrada al juicio” (art. 273 CPC), ya sea mediante gestiones que tienden a aclarar la titularidad activa o pasiva en el proceso a iniciar; o relativas al estado del objeto mediato de la pretensión; destinadas a preconstituir un medio de prueba o bien a asegurar la efectividad de un futuro proceso. Estas últimas son las denominadas medidas prejudiciales precautorias⁵.

Una concepción estricta de la instrumentalidad conduciría a establecer la necesidad de que la adopción de las medidas cautelares pueda operar única y exclusivamente en el ámbito temporal que va desde la iniciación del proceso principal hasta su terminación. Sin embargo, por distintos motivos relacionados con la efectividad de la tutela cautelar, el rigor de esta regla se ha visto atenuado aceptándose la posibilidad de impetrar medidas cautelares con anterioridad al inicio del proceso principal. Con todo, en estos casos, la observancia de la nota de instrumentalidad exige que se suministre por el solicitante suficiente seguridad de la pronta iniciación del proceso principal.

Por consiguiente, como excepción, es permitida la solicitud de una medida precautoria con carácter previo a la iniciación del proceso, debiendo tenerse en consideración que la ley procesal es particularmente rigurosa al regular las medidas cautelares susceptibles de ser acordadas con antelación al proceso y para su adopción el legislador ha sido particularmente exigente, estableciendo, como se dejó constancia en el Mensaje del Proyecto de Código de Procedimiento Civil, “restrictiones que impidan todo abuso del demandante y respondan de cualquier injusto perjuicio que pudiera ocasionarse”.

Las medidas prejudiciales precautorias poseen una naturaleza idéntica a las medidas precautorias y se distinguen simplemente en que las primeras son solicitadas en forma previa al inicio del proceso⁶. De ahí que, por una elemental consideración metodológica, su tratamiento ha de ser junto con las medidas cautelares y separado de aquellas

⁴ Ortells Ramos, M., *Las medidas cautelares*, La Ley, Madrid, 2000, pp. 37-9.

⁵ Cortez Matcovich, G., *Proceso civil. El Juicio Ordinario de Mayor Cantidad. Procedimiento sumario y tutela cautelar* (Con Bordalí y Palomo), Edit. Thomson Reuters-La Ley, Santiago, 2014, p. 484.

⁶ Por este motivo se ha resuelto que la circunstancia de que una medida precautoria haya sido impetrada y concedida en el carácter de prejudicial, no hace modificar su “verdadera calidad procesal”. (C. de Apelaciones de Santiago, 14 de enero de 1949, en Rev. Der. y Jur. t. 46, sec. 2^a, p. 14).

diligencias destinadas a preparar la demanda o preconstituir un medio de prueba, ya que el único rasgo común que ostentan es su promoción previa al inicio del proceso⁷.

Sin embargo, de este mismo condicionamiento temporal y su carácter excepcional se desprenden un conjunto de particularidades de carácter procesal y procedimental, que las hacen merecedoras de un tratamiento especial como un apartado que si bien pertenece al capítulo general de la tutela judicial cautelar, ocupa en todo caso un lugar específico y diferenciado del estudio de las medidas cautelares que son pedidas durante la pendencia del juicio.

IV. REQUISITOS

Los requisitos de las medidas prejudiciales precautorias derivan del doble carácter que revisten, esto es, ser precautorias y, a la vez, solicitarse en el carácter de prejudiciales. Adicionalmente, existen disposiciones específicamente aplicables a las medidas prejudiciales precautorias. La jurisprudencia ha insistido en la necesidad de que para la concesión de una medida prejudicial precautoria se precisa la concurrencia simultánea de las circunstancias indicadas en el art. 279 CPC⁸ y que se trata de medidas señaladamente excepcionales⁹.

En este sentido, se ha resuelto que "...es menester que el solicitante de una medida prejudicial precautoria cumpla, como es obvio, con las condiciones que exigen las leyes para obtener una prejudicial y una medida precautoria, separadamente"¹⁰. Por esta razón, se ha entendido que adolece de nulidad la resolución que concede una medida prejudicial precautoria sin cumplir con los requisitos previstos en el art. 279 CPC¹¹.

Estos requisitos pueden ordenarse del siguiente modo:

- a) Los requisitos comunes a toda medida prejudicial, cualquiera sea su carácter;
- b) Los requisitos comunes a toda medida cautelar;
- c) Los requisitos particulares previstos para la concesión de una medida precautoria específica contemplada en la ley;
- d) Los requisitos específicos previstos para otorgar una medida prejudicial precautoria.

⁷ Cortez Matcovich, G., *Proceso civil. El Juicio Ordinario de Mayor Cuantía. Procedimiento sumario y tutela cautelar* (Con Bordalí y Palomo), *op. cit.*, p. 484.

⁸ C. Suprema, 28 de mayo de 1919, en Rev. Der. y Jur., t. 17, sec. 1^a, p. 150. En similar sentido, C. de Apelaciones de Concepción, 27 de diciembre de 2013, Rol N° 1393 -2013.

⁹ C. de Apelaciones de Concepción, 10 de marzo de 1999, en autos rol N° 318-99, no publicada. En similar sentido, C. de Apelaciones de Concepción, 25 de enero de 2012, Rol N° 7-2012.

¹⁰ C. de Apelaciones de Pedro Aguirre Cerda, s.f., en Gaceta Jurídica, N° 77, p. 28.

¹¹ C. de Apelaciones de San Miguel, 28 de agosto de 2012, Rol N° 805-2012.

- d.1. Los requisitos específicos de una medida prejudicial precautoria que responden a su carácter excepcional.
- d.2. Los requisitos específicos que responden a la necesidad de reforzar la instrumentalidad.

1. *Los requisitos comunes a toda medida prejudicial*

Como toda medida solicitada con carácter previo al proceso, es preciso que el solicitante exprese la acción que se propone deducir y someramente sus fundamentos (art. 287 CPC). Esto supone que el solicitante debe señalar cuál es la pretensión que oportunamente deducirá (por ejemplo, una acción reivindicatoria) y los principales componentes objetivos y subjetivos que la fundamentan, requisitos del todo decisivos e ineludibles porque solo de este modo queda el tribunal en situación de poder apreciar la procedencia y necesidad de la medida solicitada¹². Desde luego, debe precisarse el futuro demandado, que ha de coincidir con el sujeto pasivo de la medida, razón por la que no es procesalmente admisible la concesión de medidas prejudiciales precautorias en contra de una persona jurídica, si quien las pide no ha expresado claramente en su solicitud que entablará en contra de esa sociedad una acción judicial determinada¹³.

El problema consiste en determinar el grado de precisión con que debe singularizarse la pretensión que se pretende deducir. En este sentido, no parece que sea exigible una descripción detallada y minuciosa de la acción a entablar, porque en tal caso los requisitos de la medida prejudicial terminarían identificándose con los previstos para una demanda. En este sentido, nuestros tribunales han resuelto que no resulta exigible una pormenorización exhaustiva de todas las pretensiones que se anuncian¹⁴, ni resulta necesaria, tampoco, la indicación del procedimiento a que deberá someterse la pretensión¹⁵.

Se ha entendido que al expresar la acción que se propone deducir y someramente sus fundamentos, el solicitante debe señalar los montos de la acción que se pretende

¹² Anabalón Sánderson, C., *Tratado de Derecho procesal civil: Juicio Ordinario de Mayor Cuantía*, Libro Homenaje (reimpresión), Edit. El Jurista, Santiago, 2015, p. 46.

¹³ Se ha dispuesto el alzamiento de medidas precautorias obtenidas anticipadamente si el solicitante en ninguna parte del escrito en que impetró las medidas anunció que iba a dirigir demanda en contra de la sociedad anónima que se ha visto afectada con las medidas decretadas “no siendo procesalmente admisible la concesión de medidas prejudiciales precautorias en contra de un sujeto de derecho, en este caso la sociedad anónima, si quien las pide no ha expresado claramente en su solicitud que va a deducir en contra de esa sociedad una acción judicial determinada” (C. de Apelaciones de San Miguel, 10 de agosto de 2012, Rol N° 725-2012, Cita online: CL/JUR/1694/2012).

¹⁴ C. de Apelaciones de Arica, 20 de enero de 2012, Rol N° 1-2012.

¹⁵ En este sentido, se ha resuelto que “la disposición legal citada no exige, al solicitar la medida prejudicial precautoria, que se indique el procedimiento sino que solamente la acción y someramente sus fundamentos, de manera que en la especie al presentar su demanda de cumplimiento de contrato ha cumplido con la exigencia legal, siendo irrelevante que haya utilizado el procedimiento ejecutivo” (C. de Apelaciones de Concepción, 7 de marzo de 2008, Rol N° 59-2008, Cita online: CL/JUR/1767/2008).

interponer, ya que constituye la referencia para la fijación de la respectiva fianza¹⁶. Con la advertencia de que tampoco a propósito de este requisito puede requerirse una cuantificación exacta, sino solo aproximada, se trata de una exigencia complementaria a aquella contenida en el art. 279 1^a CPC, que impone determinar el monto de los bienes en los que deben recaer las medidas precautorias. Sin el antecedente de la demanda, la única forma de controlar la proporcionalidad de la medida es conociendo el monto por el que se pretende demandar.

2. *Los requisitos comunes a toda medida cautelar*

El señalado doble carácter que revisten las medidas solicitadas en forma previa al juicio, esto es, el ser precautorias y, a la vez, solicitarse en el carácter de prejudiciales, supone como primera exigencia el cumplimiento de los requisitos generales de toda medida precautoria. Por lo demás, el art. 279 CPC comienza señalando que “podrán solicitarse como medidas prejudiciales las precautorias de que trata el Título V de este Libro”, de lo que se sigue que también resultan aplicables los requisitos generales de las medidas precautorias¹⁷.

La profunda variedad que puede existir entre las diversas formas de tutela provisional en un ordenamiento no ha impedido que se haya elaborado una teoría general que abarque las cuestiones fundamentales respecto del proceso cautelar, con los condicionamientos impuestos por cada regulación positiva, pero no por ello con menor pretensión generalizadora. Aunque respecto de ciertos temas la doctrina todavía no haya alcanzado una *communis opinio* y aparezca aún dividida frente a algunos, como el relativo a la propia naturaleza jurídica de la actividad cautelar o acerca del alcance que puede concedérsele en concreto a las medidas¹⁸, se tiene asumido que la procedencia de una medida cautelar está supeditada al cumplimiento de unos presupuestos y que corresponden a la apariencia de derecho y al peligro en la demora. Ambos presupuestos, a los que suelen agregarse –ya no tanto basado en elaboraciones científicas, sino debido a condicionamientos de derecho positivo– el requisito de la caución, han sido tradicional y universalmente conocidos como *fumus boni iuris* y *periculum in mora* y, a pesar de no tener siempre una formulación explícita en los textos legales, la doctrina ha sido unánime en exigirlos^{19, 20}. Su desarrollo corresponde al capítulo general de las medidas cautelares.

¹⁶ C. de Apelaciones de San Miguel, 3 de noviembre de 2014, Rol N° 1723-2014, Cita *online*: CL/JUR/8058/2014.

¹⁷ Anabalón Sánderon, C., *op. cit.*, p. 45.

¹⁸ Estos y otros aspectos menciona Carreras Ll., J., “Las medidas cautelares del art. 1.428 de la LEC”, en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1958, pp. 473-4, en una enumeración no exhaustiva de algunos de los temas que integran “.la cantidad ingente de cuestiones que ofrece la problemática de las medidas cautelares en general...”.

¹⁹ Cortez Matcovich, G., “Apuntes sobre los presupuestos de la Tutela Cautelar en el Anteproyecto de Código Procesal Civil”, en *Estudios de Derecho Procesal Civil* (coord. De La Fuente, P.), Librotecnia, Santiago, 2010, pp. 199-215.

²⁰ Como se tiene resuelto: “Por tratarse, en el fondo, de medidas precautorias que se conceden con antelación a la existencia del juicio, deben cumplir, además, con los requisitos propios que se exigen para esta clase de medidas” (C. de Apelaciones de Temuco, 8 de marzo de 1985, en *Gaceta Jurídica*, N° 57, p. 86).

3. Los requisitos particulares previstos para la concesión de una medida precautoria específica

En este caso se trata, por un lado, de acreditar la situación jurídica cuya cautela se pretende, la que si bien siempre mira a la pretensión principal próxima a entablar, admite distintas formas de concreción. Así, en el CPC hay ocasiones en que aparece referida a la pretensión misma que se ejerce en el proceso principal (como el caso de quien reclama una herencia ocupada por otro); en otras, al objeto mediato de la pretensión, que es definido en términos jurídico-materiales (como aquellas acciones con relación a cosa mueble determinada); en fin, puede referirse a la situación jurídico-material en que la pretensión se funda (como la acción del que pide cuentas al comunero)²¹.

Además, debido a que el *periculum* carece de una formulación general, sino que aparece concretado para cada medida en particular, es necesario acreditar la situación de peligro concreta definida para cada medida específica.

4. Los requisitos específicos previstos para otorgar una medida prejudicial precautoria

Los requisitos específicos de una medida prejudicial precautoria responden a su carácter excepcional²² y a la necesidad de reforzar la nota de instrumentalidad. La excepcionalidad de las medidas solicitadas en forma previa al proceso deriva, en mi concepto, principalmente del riesgo que su concesión entraña para la vigencia de la regla de la instrumentalidad. Probablemente la infracción más flagrante de esta nota característica de la tutela cautelar se presenta en el supuesto de que se haya articulado una medida cautelar previa al proceso sin que se presente demanda alguna, porque en tal caso se habría adoptado y eventualmente podría subsistir una medida sin estar al servicio de un proceso principal, que es su fundamental razón de ser. Se ha decidido que de forma excepcional las medidas precautorias pueden solicitarse en el carácter de prejudiciales y, para tal efecto, la ley condiciona su concesión a la concurrencia tanto de los requisitos generales de las medidas prejudiciales como de las propiamente precautorias²³.

La excepcionalidad de las medidas solicitadas en forma previa al proceso se expresa en una acentuación de las exigencias comunes de toda medida cautelar y en la explicitación de un nuevo requisito no exigible para las cautelares solicitadas en régimen ordinario.

4.1. La determinación del monto de los bienes en donde debe recaer la medida

El art. 279 del CPC dispone como requisito adicional para obtener una medida prejudicial precautoria que deba determinarse el monto de los bienes en donde recaerá la medida, requisito que responde a la exigencia general de toda medida cautelar, en orden a que deben limitarse a los bienes necesarios para responder a los resultados del

²¹ Ortells Ramos, M., *La tutela judicial cautelar...op. cit.* (con Calderón Cuadrado), p. 13.

²² C. Suprema, 11 de noviembre de 2009, Rol N° 5870-2008.

²³ C. de Apelaciones de Concepción, 16 de agosto de 2013, Rol N° 552-2013.

juicio (art. 298 CPC) y es la forma que tiene el tribunal de controlar que la medida no sea abusiva y determinar su proporcionalidad. Se trata de una manifestación del principio de proporcionalidad de las medidas cautelares, cuyo fundamento es limitar al máximo el componente opresivo que toda medida cautelar lleva consigo²⁴. Constituye, en general, una regla para la concesión de las medidas cuyo destinatario es principalmente el juez, pero que en el caso de las medidas prejudiciales, la ley la eleva a requisito de la solicitud misma de medida cautelar previa²⁵. Si bien la exigencia parece razonable porque se trata de un elemento importante que permite al tribunal controlar que la medida no sea abusiva y de conocer qué parte del patrimonio del imputado se desea afectar²⁶, presenta la dificultad de que no siempre es sencilla la tarea de determinar el alcance cuantitativo de la disposición. La medida consistente en el nombramiento de un interventor, por ejemplo, es difícilmente cuantificable en cuanto a su objeto, especialmente cuando recae en una unidad económica. Lo propio ocurre cuando se trata de órdenes de abstención. En tal caso, debe proporcionarse por el interesado antecedentes suficientes para el que juez pueda apreciar el significado económico del ámbito jurídico material cubierto por la medida y la magnitud del potencial perjuicio a que puede quedar expuesto el sujeto pasivo de la medida. Sin embargo, la dificultad persiste en aquellos supuestos en que se invocan en el proceso derechos o intereses dignos de protección jurídica pero que carecen de una expresión monetaria. Se incumple este requisito si de los elementos de información proporcionados por el peticionario no es posible determinar el monto de los bienes en los que debería recaer la medida precautoria y desde ahí poder establecer la proporción entre la cautela requerida y la necesidad que se garantiza²⁷. Esta exigencia es coherente y opera en conjunto con la restricción contenida en el art. 298 CPC, al señalar que estas medidas se limitarán a los bienes necesarios para responder a los resultados del juicio.

Este requisito se complementa con la expresión de la acción que se propone deducir y someramente sus fundamentos, incluyendo en ello la carga para el solicitante de señalar los montos de la acción que se pretende interponer, ya que constituye la referencia para la fijación de la respectiva fianza²⁸.

²⁴ Marín González, J. C., *Tratado de las medidas cautelares. Doctrina, Jurisprudencia, antecedentes históricos y derecho comparado*, Edit. Jurídica, Santiago, 2016, p. 307.

²⁵ En este sentido, se tiene resuelto que la proporcionalidad que constituye un límite destinado a proteger derechos civiles fundamentales involucrados como acontece con el derecho de propiedad y el derecho a desarrollar actividades económicas, con el objeto que la medida cautelar sea razonable, justa e impida en la medida de lo posible la generación de daños para el afectado (C. de Apelaciones de Punta Arenas, 21 de septiembre de 2015, Rol N° 101-2015, Cita online: CL/JUR/5482/2015).

²⁶ Marín González, J. C., *op. cit.*, p. 387.

²⁷ C. de Apelaciones de Arica, 26 de septiembre de 2012, Rol N° 288-2012.

²⁸ C. de Apelaciones de San Miguel, 3 de noviembre de 2014, Rol N° 1723-2014, Cita online: CL/JUR/8058/2014.

4.2. La existencia de motivos graves y calificados

No hay una única manera de comprender esta exigencia. Una primera alternativa es considerarla como una exigencia diferente de las generales, asociada a los fundamentos de la solicitud, que deben ser de mucha entidad o importancia, para justificar la concesión de medidas en estas particulares circunstancias, esto es, sin previa presentación de la demanda.

También podría ser interpretada como una condición que no difiere sustancialmente de las generales, pero que se traduce en una cualificación de los requisitos generales para la adopción de medidas cautelares, es decir, no se trata de una exigencia novedosa, sino de la imposición de un criterio de mayor rigurosidad en el análisis de los requisitos señalados.²⁹

En nuestra doctrina, Marín entiende que la exigencia de “motivos graves y calificados” es la plasmación del presupuesto del *periculum in mora*³⁰. En mi opinión, los motivos graves y calificados a que alude la norma deben entenderse referidos a los razonamientos que justifiquen que la adopción de la medida en un momento previo al proceso es la única manera de asegurar la efectividad de la sentencia. La gravedad se relaciona con la importancia o entidad de las razones invocadas y la calificación se relaciona con la concurrencia de todos los requisitos necesarios para la concesión de la medida. Dicho de otro modo, que la espera hasta ese momento resultaría en todo caso desfavorable para el éxito de la diligencia cautelar, sea porque la cautela ha de adoptarse “ya”, sea porque existan razones para temer que el sujeto pasivo de la misma, tan pronto tenga noticia de la demanda, intentará poner sus bienes a salvo de cualquier reclamación judicial. Lo relevante, en todo caso, es que la motivación debe estar en directa conexión con el momento en que la cautela se solicita, es decir, motivos graves y calificados para solicitar la adopción de la medida ahora y no más tarde³¹. En suma, no se trataría de un requisito diferente a los generales sino que de una suerte de *periculum* cualificado en razón de la excepcional oportunidad en que la cautela es requerida. Como señala Anabalón, el examen de este requisito “se reduce, como es natural, al análisis de la situación planteada por el solicitante, con el fin de verificar si este requiere con urgencia la medida para entrar sin temor al juicio, o si, por el contrario, no hay peligro alguno inmediato para él y, en cambio, se irroga al presunto demandado un daño inútil e irreparable”³². Un concepto diferente de estos motivos graves y calificados, que parece confundirse con la noción de acreditamiento del *fumus* y que se desvincula de la exigencia del peligro en la demora, es

²⁹ C. Suprema, 3 de julio de 1931, en Rev. Der. y Jur., t. 28, s. 1^a, p. 630.

³⁰ Marín González, J. C., *op. cit.*, pp. 385-6.

³¹ Así parece entenderlo Marín cuando agrega que *Son situaciones en las que la conducta del imputado hace presumir que de no adoptarse por el tribunal alguna medida urgente, será muy difícil posteriormente asegurar el cumplimiento de la pretensión que en su momento intente la víctima, por ejemplo, que el imputado intente ocultar sus bienes, disiparlos, venderlos o gravarlos con la finalidad de disminuir el derecho de garantía general que todo acreedor posee de conformidad con la ley* (Marín González, J. C., *op. cit.*, p. 386).

³² Anabalón Sánderson, C., *op. cit.*, p. 47.

la que en ocasiones ha mantenido la Corte Suprema³³. En otros casos, nuestros tribunales han entendido que los motivos graves y calificados también se relacionan con la clase de bienes en los que ha de recaer la medida y la capacidad patrimonial del sujeto pasivo de la misma, accediéndose en definitiva a la medida pero respecto de otros bienes del demandado³⁴. En fin, se ha resuelto que resultan irrelevantes para constituir motivos graves y calificados las acusaciones que son objeto de una indagación judicial en fase primaria, sin que hayan sido confirmadas por resolución judicial³⁵.

4.3. Nuevo requisito no exigible para la concesión de una cautelar de régimen ordinario: la prestación de fianza por parte del solicitante

El art. 279 2^a CPC exige del solicitante que se rinda fianza u otra garantía suficiente, a juicio del tribunal, para responder por los perjuicios que se originen y multas que se impongan. En el ordenamiento chileno la caución no es, por regla general, presupuesto ni de la concesión ni para la ejecución de las medidas cautelares e incluso, en los supuestos excepcionales que la contemplan, en alguno de ellos es discrecional para el juez su exigencia. En esta clase de diligencias la caución es un requisito que imperativamente debe imponer el juez y se ha considerado que obra con falta o abuso el juez que no exige la fianza al conceder una medida prejudicial precautoria, “pese a lo imperativo de la norma legal respectiva”³⁶.

Anabalón sostiene que la rendición de fianza u otra garantía suficiente tiende a hacer efectiva en contra de este su responsabilidad por los perjuicios que se originen con tales medidas y las multas que puede imponerle el tribunal, en caso de haber procedido maliciosamente^{37, 38}.

³³ “Que, tanto de los datos proporcionados por el banco solicitante en la ya aludida presentación, como de los antecedentes a ella acompañados y demás cuadernos que se tienen a la vista, aparece que no ha habido incumplimiento alguno por parte del deudor en cuanto al pago del capital –cuyas cuotas incluso a la fecha no se hallan vencidas–, ni tampoco en relación al pago de los intereses; 3º) Que en consecuencia, a juicio de este Tribunal, no han existido los motivos graves y calificados que autorizan la concesión –como prejudicial–, de la medida precautoria solicitada y concedida en los autos tenidos a la vista –por lo que no ha podido otorgársele...” (C. Suprema, de 28 de julio de 1986, en Fallos del Mes, N° 332, p. 424).

³⁴ C. de Apelaciones de Talca, 13 de junio de 2014, Rol N° 3289-2013, Cita online: CL/JUR/3432/2014.

³⁵ C. de Apelaciones de P. Aguirre Cerda, 4 de abril de 1989, en Rev. Der. y Jur., t. 86, s. 2^a, p. 17.

³⁶ C. de Apelaciones de P. Aguirre Cerda, 4 de abril de 1989, en Rev. Der. y Jur. t. 86, s. 2^a, p. 17.

³⁷ Anabalón Sánderon, C., *op. cit.*, p. 47.

³⁸ La referencia a las multas que hace el art. 279 CPC es explicable porque en el Proyecto de 1893 la sanción prevista en la disposición siguiente hacía responsable al solicitante no solo de los perjuicios causados sino que, además, lo hacía incurrir en una multa a beneficio del perjudicado, que podía llegar al diez por ciento del monto de los bienes precautoriados. Sin embargo, esta última frase fue suprimida por la comisión mixta, habida consideración de que los comisionados Riesco y Richard estimaron que era una sanción más que suficiente la obligación de responder de los perjuicios causados, por lo que en su concepto no habría razón para imponer, además, una multa. No obstante, si bien prosperó la indicación de suprimir la frase final, no se reparó en que la referencia a la sanción de multa aún continuaba figurando en el artículo precedente, situación que subsiste hasta nuestros días.

4.3.1. *Responsabilidad del fiador.* La rendición de fianza u otra garantía suficiente requerida al solicitante, tiende a hacer efectiva su responsabilidad por los perjuicios que se originen con tales medidas, cuando el solicitante no presenta la demanda oportunamente, o no solicita la mantención de la medida una vez que la demanda ha sido presentada o cuando el tribunal, al pronunciarse sobre la solicitud de mantención, resuelve no conservarla.

4.3.2. *Obligación caucionada.* Como es sabido, todas las cauciones presentan como característica distintiva la accesoria, es decir, se encuentran vinculadas al acto o contrato al que acceden y penden de las obligaciones que garantizan. Parece bastante impreciso sugerir que con la fianza se garantiza la seriedad de la solicitud de medidas cautelares. No parecería sensato sostener que el legislador exige que se proceda con seriedad para requerir medidas cautelares únicamente cuando estas se solicitan en forma prejudicial, no así las que están sujetas al régimen ordinario. La fianza u otra garantía suficiente sirve para garantizar dos cosas: a) La oportuna presentación de la demanda y b) la mantención de la medida una vez que la demanda ha sido presentada.

Por consiguiente, una vez presentada la correspondiente demanda, en la oportunidad y cumpliendo con las condiciones que más adelante se dirán y el tribunal haya dispuesto su mantención, ahora, como precautoria, la garantía debe ser alzada porque ya cumplió su cometido y la carga a la que accedía se extinguió, pues una vez que la medida ha sido mantenida por el tribunal, pasa a sujetarse al régimen común de las medidas precautorias, las que de ordinario no precisan constitución de fianza.

Luego, la obligación caucionada cesa cuando concurren copulativamente las siguientes circunstancias: a) oportuna presentación de la demanda; b) petición de mantención de la medida decretada y c) resolución del tribunal que decida acoger esta última solicitud y mantener la medida³⁹.

4.3.3. *Calidad de la fianza o garantía.* La ley exige la constitución de una fianza u otra garantía suficiente, de modo que, como principio general, son admisibles todas las clases de caución previstas por el ordenamiento⁴⁰. Específicamente respecto de la fianza, que es una de las cauciones que con más frecuencia se emplea para cumplir el requisito, la ley ha impuesto importantes restricciones al juez para aceptarla, pues se debe observar lo previsto en el art. 2350 CC.

³⁹ En este sentido, se ha resuelto que la responsabilidad contraída por el fiador cesa “toda vez que el actor dedujo su demanda oportunamente, pidió en ella que se mantuvieran las medidas decretadas y al resolver sobre esta petición el tribunal acogió dicha solicitud” (C. de Apelaciones de Pedro Aguirre Cerda, 13 de mayo de 1987, en Rev. Der. y Jur., t. 84, s. 2^a, p. 67).

⁴⁰ Resaltando esta amplitud, se ha resuelto que, para otorgar una medida prejudicial precautoria, “no es necesario exigir una hipoteca o una fianza con garantía hipotecaria, ya que el artículo 279 CPC solo exige una fianza nominal u otra garantía suficiente, a juicio del tribunal, la que debe guardar relación con la obligación garantizada, consistente únicamente en los perjuicios que originen la precautoria solicitada y el valor de las multas que pudieren imponerse al peticionario” (C. de Apelaciones de Pedro Aguirre Cerda, 13 de mayo de 1987, en Rev. Der. y Jur., t. 84, s. 2^a, p. 67).

Tratándose de otras formas de caución, son generalmente aceptados los depósitos de dinero, valores mobiliarios al portador, depósitos a plazo, hipotecas, etcétera⁴¹. Su monto lo ha de determinar el tribunal en función de las circunstancias concretas del caso, pero siempre teniendo principalmente en vista los potenciales perjuicios que puedan derivarse de la adopción de la medida, labor no exenta de dificultades, especialmente porque nos encontramos en una etapa preliminar al proceso principal.

4.4. Reforzamiento de la instrumentalidad mediante la fijación de un plazo perentorio para la presentación de la demanda

La instrumentalidad tiene una concreta manifestación en la exigencia de presentar la demanda principal ante el mismo tribunal que concedió la medida dentro del plazo de diez días contados desde la aceptación de la solicitud (art. 280 CPC).

4.4.1. *Tribunal ante el que debe presentarse la demanda.* El legislador no señala expresamente que la demanda se ha de entablar ante el mismo tribunal que concedió la medida cautelar previa, pero esta exigencia se desprende del art. 178 COT. No existe norma que establezca cuál es el tribunal competente para conocer de una medida prejudicial precautoria sino que la atribución del conocimiento de estas gestiones viene dada por la previa determinación del tribunal competente para conocer del asunto principal, de modo que una errónea determinación del tribunal competente en la fase previa no puede justificar la presentación de la demanda ante el mismo tribunal. Esta disposición no es una regla de competencia sino que aparece inspirada en la conveniencia de reunir en un mismo órgano jurisdiccional la competencia para conocer de la cautela y del negocio principal.

4.4.2. *Requisitos de la demanda.* La necesaria vinculación al proceso principal derivada de la regla de la instrumentalidad exige, en primer lugar, la efectiva presentación de la demanda, por lo que quedan excluidas actuaciones preliminares distintas de la demanda como actos procesales conducentes al mantenimiento de la medida, razón por la que se ha resuelto que una diligencia preparatoria de la vía ejecutiva, por no ser una demanda, no es idónea para la mantención de una medida cautelar previa⁴². En mi concepto, la solución es discutible y no parece que deba generalizarse una interpretación estrictamente literal del precepto, pues es perfectamente posible que se haya anunciado como acción a deducir, por ejemplo, el cobro de una obligación que conste de una factura, previa preparación de la vía ejecutiva, en cuyo caso la efectividad de la medida exige una interpretación amplia de la noción de demanda, incluyendo en ella no solo el acto procesal específico sino otro equivalente, al que incluso la ley sustantiva le confiere eficacia suficiente para la interrupción de la prescripción.

En segundo término, no basta tampoco cualquier demanda sino que esta debe estar funcionalmente relacionada con la medida acordada. Se trata pues, del complemento

⁴¹ Jara Castro, E., "La cautela y las pruebas de inicio en la fase preparatoria de los procedimientos civiles", en *Reforma Procesal Civil (I)*, Cuadernos de Análisis Jurídico, Universidad Diego Portales, N° 32, p. 192.

⁴² C. de Apelaciones de Concepción, 7 de septiembre de 1933, en *Gaceta de los Tribunales*, 2º sem., N° 101, p. 352.

de la exigencia del art. 287 CPC en orden a que en la solicitud de medida prejudicial el peticionario ha de “expresar la acción que se propone deducir”. Es decir, la pretensión ha de referirse al mismo derecho o situación jurídica que se alegó para obtener la medida previa.

En tercer lugar, la carga de demandar corresponde al solicitante de la medida cautelar y respecto de la misma situación alegada como cautelable, debiendo también haber coincidencia entre el demandado y el sujeto respecto del que fue adoptada la medida. Por esta razón se ha dispuesto el alzamiento de una medida decretada en el carácter de prejudicial si se comprueba que recayó sobre un bien perteneciente a una tercera persona y no al demandado⁴³.

4.4.3. *Plazo para la presentación de la demanda.* Naturaleza, duración y cómputo. La demanda ha de presentarse dentro de los diez días siguientes a la aceptación de la solicitud, plazo que puede ampliarse hasta treinta días por motivos fundados. Son las únicas medidas prejudiciales sujetas a un plazo preclusivo para la presentación de la demanda⁴⁴.

Como primera cuestión, debe advertirse que se trata de un plazo de caducidad y no de prescripción. Si bien prescripción extintiva y caducidad se asemejan en cuanto ambas suponen la extinción de un derecho como consecuencia de la inactividad de su titular durante un determinado lapso⁴⁵, se distinguen en que la caducidad opera *ipso iure*, por lo que no requiere ser alegada y no admite suspensión ni interrupción. Como dice Rioseco, lo que da fisonomía a la caducidad es la circunstancia de tratarse de un plazo fatal, generalmente breve, dentro del cual, si el derecho no se ejerce se extingue *ipso iure*⁴⁶. Adicionalmente, como lo tiene resuelto la Corte Suprema, la función práctica de una y otra son disímiles, pues mediante la prescripción se quiere evitar que queden por largo tiempo sin ejercitarse los derechos subjetivos, mientras que por la caducidad se trata de procurar que ciertos derechos sean ejercitados dentro de un término breve⁴⁷. En lo inmediato, las consecuencias más importantes de encontrarnos frente a un plazo de caducidad y no de prescripción son que el primero no admite suspensión ni interrupción⁴⁸ y que su transcurso puede ser apreciado de oficio por el juez, sin necesidad de que sea alegado⁴⁹.

Este plazo es de días hábiles (art. 66 CPC) y no obstante tratarse de un plazo fatal⁵⁰ (art. 64 CPC) se puede ampliar hasta por treinta días existiendo motivos fundados⁵¹.

⁴³ C. de Apelaciones de Concepción, 29 de octubre de 2009, Rol N° 1.290-2008.

⁴⁴ C. Suprema, 14 de enero de 2011, Rol N° 8.008-2008.

⁴⁵ Ramos Pazos, R., *De las Obligaciones*, Edit. Jurídica, Santiago, 1999, p. 453.

⁴⁶ Rioseco Enríquez, E., *La prescripción extintiva ante la jurisprudencia*, Edit. Jurídica, Santiago, 1994, p. 43.

⁴⁷ C. Suprema, 19 de mayo de 1983, Rev. Der. y Jur., t. 80, s. 1^a, p. 34.

⁴⁸ Así. C. Suprema, 19 de marzo de 2015, Rol N° 22.807-2014.

⁴⁹ Gascón Inchaurt, F., *La adopción de medidas cautelares con carácter previo a la demanda*, Cedecs, Barcelona, 1999, p. 100.

⁵⁰ C. de Apelaciones de San Miguel, 10 de agosto de 2012, Rol N° 752-2012.

⁵¹ El plazo que establece el artículo 280 del Código de Procedimiento Civil, es fatal, pero es prorrogable. Así, C. Suprema, 11 de noviembre de 2009, Rol N° 5870-08. En similar sentido, C. de Apelaciones de Coyhaique, 28 de septiembre de 2001, Rol N° 1.662.

La ampliación del plazo legal puede ser pedida al momento de solicitar la medida o bien con posterioridad siempre, desde luego, dentro del plazo legal máximo. En este sentido, respecto de la posibilidad de ampliar el señalado plazo, se ha resuelto que debe imponerse antes de su vencimiento, debiendo enterarse, eso sí, el plazo así ampliado, a contar de la fecha en que es dictada la resolución que concede la medida⁵².

La interpretación literal del precepto –que habla de “Aceptada la solicitud...”– puede conducir a estimar que el plazo para la presentación de la demanda debe ser computado desde la fecha de la resolución que concede la medida y no necesariamente desde su notificación⁵³. No parece ser esta la correcta interpretación. En este sentido, la Corte de Apelaciones de Santiago, por aplicación de lo previsto en el art. 38 CPC, ha establecido la que parece ser la correcta doctrina, al sostener que el plazo a que se refiere el art. 280 CPC debe computarse desde que los peticionarios tomaron conocimiento de la aceptación de lo que solicitaron, pues antes no estaban en condiciones de saber lo que había decretado el tribunal y esto solo lo determina su notificación, acorde además con el principio fundamental consignado en el art. 38 CPC, de que las resoluciones judiciales solo surten efecto en virtud de una notificación efectuada con arreglo a la ley⁵⁴.

Naturalmente que solo una demanda que sea admitida sirve para tener por satisfecho el requisito, aunque para los efectos de entender cumplido el mencionado plazo debe ser considerado el momento de la presentación de la demanda y no la fecha en que fue admitida.

4.4.4. *La inexistencia de plazo para notificar la demanda.* Debido a la organización judicial chilena y, en particular, el estatuto de los denominados auxiliares de la administración de justicia, en la notificación de las resoluciones judiciales juega un papel decisivo la voluntad de la parte interesada en la práctica de la diligencia. Esto genera una autonomía entre la presentación de la demanda y el acto de su notificación, lo que ha sido resaltado por la Corte Suprema⁵⁵. Así las cosas, cumple el requisito legal el solicitante de la medida prejudicial que presenta la demanda aun cuando esta no sea notificada.

Este defecto técnico, que ya ha sido observado por la doctrina, proponiéndose el establecimiento de “la obligación de notificar la demanda y no solamente de presentarla dentro de un cierto plazo”⁵⁶, puede acarrear consecuencias indeseables. En primer lugar,

⁵² Así, Corte de Apelaciones de Talca resolvió que “el juez de la causa no debió hacer lugar al planteamiento del solicitante de la medida de retención en cuanto a que esta tuviera vigencia de treinta días contados desde su notificación, para la presentación de la demanda, toda vez que la ley prescribe que esos plazos de diez o treinta días se cuentan desde que es aceptada la solicitud y no desde la notificación de la misma” (C. Suprema, 6 de mayo de 1985, en Rev. Der. y Jur., t. 82, s. 1^a, p. 19).

⁵³ C. de Apelaciones de Talca, 29 de enero de 1982, en Gaceta Jurídica N° 34, pp. 92-4

⁵⁴ C. de Apelaciones de Santiago, 29 de mayo de 1986, en Gaceta Jurídica, N° 71, p. 23.

⁵⁵ “La presentación de la demanda constituye un acto procesal independiente de su notificación, y tanto es así que ella produce, dentro de nuestro ordenamiento procesal, efectos propios como lo demuestran, entre otros el artículo 280 del Código de Procedimiento Civil...” (C. Suprema, 24 de noviembre de 1994, en Gaceta Jurídica 173, Año 1994; Cita online: CL/JUR/1196/1994).

⁵⁶ Así, Chiffelle Horsel, J.: “Estudio sobre las medidas cautelares y sugerencias para la modificación de nuestro ordenamiento jurídico procesal en materia cautelar”, en *Estudios de Derecho procesal* (Cuadernos de Análisis Jurídico), Universidad Diego Portales, N° 29, pp. 213-4.

unida esta deficiencia a la imperfecta regulación del procedimiento de las medidas prejudiciales, puede llevar a la insólita situación de que el afectado por una medida no tome conocimiento de ella, sino hasta que se apersone, por ejemplo, al registro donde se ha efectuado la anotación de la medida, si se trata de medidas que afecten a inmuebles sujetos a régimen registral. En segundo lugar, puede apuntarse un riesgo de mayor gravedad que consiste en la posibilidad de variación de los presupuestos que se tuvieron en cuenta a la hora de acordar la medida, durante el lapso que media entre la concesión de la medida y la notificación de la demanda.

En todo caso, partiendo de la base que la norma antes referida establece como exigencia solamente la presentación de la demanda dentro del plazo otorgado por el tribunal, se ha resuelto que si el propio solicitante se autoimpuso la exigencia de que dentro de dicho lapso, amén de ser deducida la demanda, será notificada y de este modo fue concedida por el tribunal, debe ser dejada sin efecto si fue notificada excedido el plazo fijado al efecto⁵⁷.

4.4.5. *Solicitud de mantención de la medida como requisito autónomo.* El legislador ha impuesto un requisito adicional a la presentación oportuna de la demanda, ya que el art. 280 CPC establece que: “Aceptada la solicitud (de medida cautelar previa), deberá el solicitante presentar su demanda en el término de diez días y pedir que se mantengan las medidas decretadas”. Que estamos frente a requisitos diferentes, parece que es indudable, afirmación que se ve corroborada con lo previsto en el inciso 2º del art. 280 CPC⁵⁸.

Una interpretación literal del precepto lleva a la conclusión de que resulta indispensable que la petición de mantención de la medida prejudicial precautoria se formule en el escrito mismo de la demanda, lo que se desprendería de la frase “...no se pide en ella”, contenida en el inciso 2º de la disposición. En este sentido, la Corte de Apelaciones de Valdivia declaró que las medidas prejudiciales precautorias concedidas quedan sin efecto por el solo ministerio de la ley, al no ser solicitada su mantención junto con deducirse la demanda anunciada. La Corte Suprema, conociendo de un recurso de queja y sobre la base de que efectivamente se había solicitado la mantención de la medida, aunque en un cuaderno separado, resolvió dejar sin efecto la referida resolución⁵⁹. Sin embargo, la propia Corte Suprema con posterioridad confirmó una sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, que declaró la caducidad de la medida prejudicial precautoria en razón de no haberse pedido, en el escrito de demanda, su mantención⁶⁰.

⁵⁷ C. de Apelaciones de Arica, 24 de noviembre de 2006, Rol N° 646-2006, Cita *online*: CL/JUR/3748/2006.

⁵⁸ Por esta razón, se ha resuelto que aun cuando se haya presentado oportunamente la demanda respectiva, el incumplimiento de la exigencia expresada de “pedir que se mantengan las medidas decretadas”, conlleva que resulte incurso en el apercibimiento, dando lugar así al efecto jurídico consiguiente, esto es, la caducidad de las medidas que habían sido decretadas con carácter de prejudiciales, debiendo en consecuencia procederse a su alzamiento (C. de Apelaciones de Santiago, 16 de enero de 2009, Rol N° 6.074-2007).

⁵⁹ C. Suprema, 25 de enero de 1989, en Fallos del Mes, N° 362, p. 898.

⁶⁰ C. de Apelaciones de Valparaíso, 21 de julio de 1989, confirmada por la Corte Suprema, en Fallos del Mes, N° 372, p. 713.

No parece que exista contradicción entre lo dispuesto en los incisos 1º y 2º del art. 280 CPC, lo que sucede es que una interpretación estrictamente literal no debe llevarse a situaciones extremas, en las que el cumplimiento de este requisito –que al tribunal le consta por el propio acto de presentación de la demanda– llegue a equipararse en importancia a la de la propia presentación de la demanda. Hay que hacer notar, además, que en el texto original del CPC se exigía “hacer en ella (en la demanda) formal petición para que se mantengan las medidas decretadas”. La reforma de esta disposición en virtud de la Ley 7.760 de 5 de febrero de 1944, redujo la exigencia a simplemente “pedir que se mantengan”. Es probable que por una inadvertencia del legislador se haya omitido modificar el inciso segundo de la citada disposición que sigue exigiendo que la petición se formule “en ella”, esto es, en la propia demanda, excluyendo la posibilidad de recabar su mantención en una solicitud separada⁶¹.

En cualquier caso, no se puede compartir la interpretación que hace Anabalón⁶² que, a mi juicio, cae en un excesivo grado de formalismo al entender que existe la necesidad de incorporar la petición al escrito de demanda y “reproducir la petición en escrito aparte” para ser incorporado al cuaderno separado de medida cautelar. Parece claro que la petición de mantención de la medida no puede entenderse implícita en la demanda sino que exige una formulación expresa, es decir, la presentación de la demanda y la solicitud de mantención de la medida comportan dos exigencias diferentes⁶³, aunque debe concluirse en que esta última petición deviene en ineficaz si no se presenta la demanda.

En cuanto a la oportunidad para solicitar la mantención de la medida, resulta dudoso establecer si la petición debe formularse al mismo tiempo que se entable la demanda. De insistirse en la necesidad de pedir en la propia demanda la mantención de la medida, no cabe duda de que ambas actuaciones deben verificarse en un mismo momento. Sin embargo, ya que se trata de requisitos independientes, nada impediría que se presentara primero la demanda y luego –siempre dentro de plazo– la petición de mantención. Lo que no resulta admisible es la petición de mantención anterior a la demanda, porque adolecería de la falta de un requisito primordial para ser aceptada.

4.4.6. *Efectos derivados de la falta de presentación de la demanda y otras situaciones asimiladas.* La falta de presentación oportuna de la demanda, así como otras situaciones asimiladas por el legislador, como la falta de petición de mantención de la medida y la decisión del juez de no mantenerlas, genera importantes consecuencias:

4.4.6.1. *Alzamiento de la medida.* La primera y más lógica consecuencia de la falta de presentación de la demanda, la omisión de la petición de mantención o simplemente, que pese al cumplimiento de los señalados requisitos, el juez decida no mantenerlas, es que la medida concedida en el carácter de prejudicial queda sin efecto y deja, por

⁶¹ Véase la sesión 11ª de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, de 12 de enero de 1943, en “Modificaciones al Código de Procedimiento Civil”, Ley N° 7760, *Consultor práctico de las leyes*, año I, N° 8, Santiago, El Imparcial, 1943, p. 27.

⁶² Anabalón Sánderson. C., *op. cit.*, p. 48.

⁶³ C. de Apelaciones de Concepción, 16 de agosto de 2013, Rol N° 552-2013.

consiguiente, de ser vinculante para su destinatario⁶⁴. En ocasiones, esta consecuencia jurídica viene impuesta expresamente por el legislador, como ocurre en el procedimiento laboral (art. 444 inc. 4º C. del T.). Sin embargo, a pesar de que en el CPC no existe una consagración expresa de este efecto, la lógica impone que en estos casos se produzca la extinción de la medida cautelar, pues desaparece su instrumentalidad⁶⁵. En efecto, pese que el precepto no lo establece en términos explícitos⁶⁶, se ha entendido que la medida cesa *ipso facto* por el solo hecho de la no presentación oportuna de la demanda, sin que sea preciso ni una resolución que así lo declare ni una solicitud previa de parte interesada; el mismo efecto produciría la circunstancia de no recabar oportunamente su mantención⁶⁷. Se trataría, siguiendo a Tavolari, de un supuesto de nulidad de pleno derecho reconocido por el ordenamiento procesal chileno⁶⁸.

Es preciso destacar que la falta de incoación oportuna del proceso tiene incidencia en la vigencia de la medida, pero no puede traducirse en una restricción para la admisión de la demanda misma⁶⁹. Las consecuencias de la falta de presentación oportuna de la demanda repercuten directamente en la eficacia de la medida, pero en ningún caso pueden conducir a la inadmisión de la demanda⁷⁰.

4.4.6.2. *Responsabilidad*. La ley ha establecido, además, que por el solo hecho de no deducir la demanda oportunamente o no pedir la mantención de las medidas precautorias o al resolver acerca de esta petición el tribunal no mantiene dichas medidas, queda el solicitante responsable de los perjuicios causados “considerándose doloso su procedimiento” (art. 280 inciso 2º *in fine* CPC).

Como es conocido, no hay en nuestro ordenamiento una regla general expresa reguladora de la responsabilidad derivada de la utilización de medidas cautelares, que es otro defecto importante de que adolece la regulación de la tutela cautelar en nuestro proceso civil⁷¹. Frente a este panorama general, es doblemente notable que una disposición se

⁶⁴ Gascón Inchausti, F., *op. cit.*, p. 125.

⁶⁵ Gascón Inchausti, F., loc. cit.

⁶⁶ Marín González, J. C., *op. cit.*, p. 392.

⁶⁷ C. Suprema, 14 de noviembre de 1989, en Fallos del Mes, N° 372, pp. 713 y ss. En similar sentido, C. Suprema, 11 de noviembre de 2009, Rol N° 5870-2008 y C. de Apelaciones de Concepción, 16 de agosto de 2013, Rol N° 552-2013.

⁶⁸ Tavolari Oliveros, R., “Reflexiones actuales sobre la nulidad procesal”, en Rev. Der. y Jur., t. 91, 1^a parte, p. 1.

⁶⁹ Marín González, J. C., *op. cit.*, p. 395.

⁷⁰ No lo entendió así un fallo de la Corte de Apelaciones que Santiago, que frente a la interposición extemporánea de la demanda, debido a que había interpuesto vencido el plazo previsto en el art. 280 CPC, resolvió tenerla por no presentada (la demanda). La Corte Suprema, acogiendo un recurso de casación en el fondo contra la señalada sentencia, resolvió que, al haberse establecido una sanción distinta de aquella prevista en el artículo 280 del Código de Procedimiento Civil, a saber, tener por no presentada la demanda, por extemporánea, los jueces del fondo cometieron error de derecho al infringir la referida disposición (C. Suprema, 11 de noviembre de 2009, Rol N° 5870-2008).

⁷¹ Cortez Matcovich, G., “La responsabilidad derivada del empleo de la tutela cautelar: realidad actual y perspectivas de reforma”, en *Estudios de Derecho en Homenaje a Raúl Tavolari Oliveros* (coord. Romero Seguel, A.), LexisNexis, Santiago, 2007, pp. 257-269.

pronuncie respecto de esta clase de responsabilidad, señalando que el solicitante “quedará responsable” de los perjuicios causados y, además, se provea una norma sustantiva reguladora de la responsabilidad, considerando doloso el procedimiento empleado para su utilización. Esta disposición, si bien tiene un supuesto de hecho que acaece en el proceso, como lo son las hipótesis descritas en el art. 280 inc. 2º CPC, en que la medida no se mantiene, sus consecuencias jurídicas se proyectan fuera del proceso alcanzando a uno de los presupuestos para que opere la responsabilidad civil. Por consiguiente, debe discreparse de la doctrina de la Corte Suprema de encontrarnos frente a una norma de naturaleza procesal o “adjetiva”⁷², pues la naturaleza de una norma no depende del cuerpo normativo en el que se halle inserta⁷³.

La Corte Suprema ha entendido que la disposición establece una presunción de dolo en contra de quien solicita una medida prejudicial precautoria y no deduce oportunamente la demanda y que frente a una presunción simplemente legal como la enunciada, le corresponderá a quien se ha colocado en la situación fáctica que le sirve de sustento, desvirtuar tal presunción, por los medios de prueba que autoriza nuestro ordenamiento jurídico, probando la inexistencia del hecho que legalmente se presume⁷⁴. En este sentido se pronuncia Diez, para quien esta disposición contempla una presunción de dolo y de responsabilidad⁷⁵. En general, la jurisprudencia ha transitado por la línea de considerar que se trata de una presunción de dolo⁷⁶, pero precisando que la antedicha presunción opera únicamente en los específicos supuestos previstos en el art. 280 CPC, razón por la que debe desestimarse la presunción de dolo si el alzamiento de la medida prejudicial se produjo en circunstancias distintas de las contempladas en la citada disposición⁷⁷. Incumbe al solicitante y no a su contraparte el *onus probandi* encaminado a desvirtuar los fundamentos de la presunción legal que obra en su contra⁷⁸.

Acerca del particular, es preciso destacar que la última de las hipótesis generadoras de responsabilidad es bastante amplia, ya que simplemente se refiere a que “o al resolver sobre esta petición (la de mantención de las medidas) el tribunal no mantiene dichas medidas”. Desde luego, la situación parece clara si la decisión de alzamiento de la medida obedece a la no presentación oportuna de la demanda o la ausencia de petición de mantención. Pero fuera de esos supuestos, la cuestión es más dudosa. Por un lado,

⁷² Se sostuvo que los sentenciadores de fondo acogieron la indemnización solicitada *por aplicación de una norma de carácter adjetivo, como lo es la contenida en el artículo 280 del Código de Procedimiento Civil*, considerando doloso el actuar de los demandados por la sola circunstancia de haberse alzado la medida prejudicial precautoria decretada en los autos. C. Suprema, 15 de marzo de 2005, Rol N° 5.487-2003.

⁷³ Ortell Ramos, M., Cámara Ruiz, J., Juan Sánchez, R., *Derecho Procesal. Introducción*, Punto y Coma, Valencia, 2000, p. 398.

⁷⁴ C. Suprema, 2 de julio de 2008, Rol N° 83-2007.

⁷⁵ Diez Schwerter, J. L., *El Daño Extracontractual. Jurisprudencia y Doctrina*, Edit. Jurídica, Santiago, 2000, nota N° 100, p. 44.

⁷⁶ C. Suprema, 20 de junio de 1934, en Rev. Der. y Jur., t. 31, sec. 1^a, p. 462; C. Suprema, 11 de noviembre de 2009, Rol N° 5870-2008.

⁷⁷ C. Suprema, 24 de marzo de 1949, en Rev. Der. y Jur., t. 46, sec. 1^a, p. 399.

⁷⁸ C. Suprema, 2 de julio de 2008, Rol N° 83-2007.

la disposición impone al juez, una vez presentada la demanda y pedida la mantención de la medida, realizar un nuevo análisis de los antecedentes, con “demanda en mano” si se quiere. Así las cosas, la decisión del alzamiento puede obedecer a los más variados motivos y por esta razón el ámbito de la responsabilidad previsto por el legislador se torna excesiva y peligrosamente amplio. De este modo, la aparente taxatividad inicial de los supuestos de responsabilidad presunta se desvanece en esta tercera hipótesis, es decir, cuando el tribunal al resolver respecto de la petición de mantención de las medidas decide no mantenerlas.

En este sentido, se ha resuelto que si bien los presupuestos de la disposición legal citada para considerar doloso el procedimiento pueden no resultar configurados toda vez que la demanda se dedujo dentro del plazo legal, se pidió en la misma la continuación de las medidas precautorias decretadas, medidas que fueron mantenidas, de todos modos el tribunal puede considerar que el demandado al ejercer su derecho para asegurar su pretensión lo hizo en forma temeraria⁷⁹. Por esta razón, también se tiene decidido que carece de influencia en lo dispositivo la errónea aplicación del art. 280 CPC, si el tribunal calificó la actuación de la demandada como un ejercicio abusivo del derecho, ya que su propósito al imponer la referida medida prejudicial precautoria excedió el interés protegido por la ley, desde que lo perseguido por ella condujo a provocar un daño con el fin de forzar a la contraria a una solución en favor de sus aspiraciones⁸⁰. Como se adelantó, la doctrina ha considerado que la disposición establece un supuesto de presunción de ejercicio abusivo del derecho, que debe entenderse comprendido en el ilícito más general de ejercicio abusivo de actuaciones judiciales⁸¹. Sin embargo, se ha resuelto que de la lectura de esta norma se infiere una verdadera responsabilidad objetiva cuya fuente es la ley, no siendo necesario recurrir al actuar doloso o culpable del hechor, bastando que se den los requisitos que la ley procesal puntualiza⁸².

Desde otra perspectiva, se ha visto en esta disposición consagración del principio de probidad o de buena fe, que exige a los contendientes una actuación leal en el uso de pretensiones, defensas o recursos, sancionándose cualquier exceso en el uso de expedientes dilatorios o pretensiones infundadas⁸³.

Hay que puntualizar que resulta irrelevante para los efectos de la aplicación de esta disposición si la decisión de no mantener la medida fue adoptada por el propio juez de la causa o por la Corte de Apelaciones, conociendo de un recurso⁸⁴, siempre y cuando el alzamiento obedezca a alguna de las circunstancias que tipifica el legislador.

⁷⁹ 16º Juzgado Civil de Santiago, 21 de abril de 1998, Rol N° 214-1994.

⁸⁰ C. Suprema, 2 de julio de 2008, Rol N° 83-2007.

⁸¹ Barros Bourie, E., *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, Edit. Jurídica, Santiago, 2006, p. 645.

⁸² C. de Apelaciones de Santiago, 14 octubre de 2003, Rol N° 1.351-1999.

⁸³ C. de Apelaciones de Santiago, 9 de noviembre de 1992, t. 89, 2ª parte. Secc. 2ª, p. 180. En similar sentido, Romero Seguel A., “Comentario a la sentencia de la Corte Suprema, 9 de mayo de 2001. El principio de la buena fe procesal y su desarrollo en la jurisprudencia, a la luz de la doctrina de los actos propios”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 30, N° 1, 2003, p. 170.

⁸⁴ C. de Apelaciones de Santiago, 14 octubre de 2003, Rol N° 1.351-1999.

V. RÉGIMEN PROCESAL DE LAS MEDIDAS SOLICITADAS ANTES DE LA NOTIFICACIÓN DE LA DEMANDA O CONJUNTAMENTE CON LA PRESENTACIÓN DE LA MISMA

Como es sabido, gracias a una interpretación sistemática de las disposiciones de los arts. 1603 inc. final CC y 1911 inc. 2º CC, unidas a la regla del art. 2503 CC, que se entiende que son aplicación general, se ha entendido que antes de la notificación de la demanda no se ha constituido aún una relación jurídico procesal válida y, por consiguiente, no habría juicio. Coherente con esta afirmación es que el art. 148 CPC permite al demandante, antes de la notificación de la demanda, el retiro de la misma sin trámite alguno, la que se entenderá como no presentada⁸⁵.

Por consiguiente, las medidas precautorias pedidas y decretadas por el tribunal en una fecha anterior a aquella en que se traba la relación jurídica procesal, debe concluirse que lo fueron en carácter de prejudiciales y sometidas al régimen de esta última clase de diligencias⁸⁶. Por este motivo, se tiene resuelto que las medidas precautorias propiamente tales solo pueden solicitarse y decretarse cuando existe ya juicio, esto es, cuando la demanda está notificada, lo que viene a significar que las prejudiciales precautorias pueden solicitarse no solo antes de presentarse la demanda, como será lo habitual, sino también cuando ya haya sido presentada con tal de que no esté notificada⁸⁷. Por este motivo, no puede compartirse el criterio de que habiéndose decretado al momento de proveerse la demanda, las medidas concedidas deben considerarse como precautorias⁸⁸.

Así las cosas, si la demanda ya fue presentada, pero aún no es notificada, es posible solicitar una medida prejudicial precautoria y el efecto que se produce al concederse la medida en ese caso es el mismo que los autores admiten que se produce en los casos habituales cuando tras la prejudicial se presenta la demanda y en ella se pide y obtiene que se mantenga la medida; esto es, a partir de ese momento la medida subsiste como precautoria simple⁸⁹.

Naturalmente que esta circunstancia implica no hacer exigible el cumplimiento de todas las cargas procesales impuestas al solicitante de una medida prejudicial. Como se tiene resuelto, en tales casos, es insostenible suponer que rija para lo posterior la carga del art. 280 CPC, pues por su misma naturaleza, en el caso propuesto, la medida lleva en sí el cumplimiento de tales exigencias, es decir, la solicitud posterior a la demanda presupone el cumplimiento del requisito de presentar esta y requerir su mantención⁹⁰.

⁸⁵ Cortez Matcovich, G., *Proceso civil. El Juicio Ordinario de Mayor Cantidad. Procedimiento sumario y tutela cautelar* (Con Bordalí y Palomo), *op. cit.*, p. 140.

⁸⁶ C. de Apelaciones de Santiago, 22 de mayo de 2014, Rol N° 289-2014.

⁸⁷ C. de Apelaciones de Rancagua, 6 de noviembre de 2000, Rol N° 16456-2000.

⁸⁸ C. de Apelaciones de Santiago, 23 de julio de 2013, Rol N° 144-2013.

⁸⁹ C. de Apelaciones de Temuco, 8 de marzo de 1985, confirmada por la C. Suprema por sentencia de 6 de mayo de 1985, ambas en *Rev. Der. y Jur.*, t. 82, s. 1^a. p. 19. La sentencia es brevemente comentada por Quezada Meléndez, J., en *Las Medidas Prejudiciales y Precautorias*, Ediar ConoSur Ltda., Santiago, 1987, p. 189.

⁹⁰ C. de Apelaciones de Rancagua, 6 de noviembre de 2000, Rol N° 16456-2000.

VI. ACTIVIDAD PROCESAL CONDUcente A LA OBTENCIÓN DE UNA MEDIDA PREJUDICIAL PRECAUTORIA

1. *Tribunal competente*

La determinación del órgano jurisdiccional competente para conocer de la medida cautelar solicitada en forma prejudicial tiene especial relevancia porque importa no solo para los efectos de decretar la medida cautelar, regulando sus efectos, sino también para determinar su forma de actuación y resolver todas las incidencias que se promuevan⁹¹.

La regulación de las medidas cautelares, tanto las que se solicitan con antelación al inicio del pleito como las que se requieren con posterioridad a su comienzo, está informada por la idea de atribuir la competencia a un único órgano jurisdiccional, que ha de conocer tanto del proceso principal como del cautelar. Esta regla no parece desprenderse en rigor de ningún precepto legal específico, sin embargo, es la aplicación de una norma de competencia funcional la que conduce a atribuir el conocimiento del proceso cautelar al tribunal que conoce del principal. (art. 111 COT). Por consiguiente, en principio, la determinación del tribunal competente para conocer de las medidas cautelares solicitadas en forma previa no debiera plantear problemas propios, diferentes de los generales. Luego, para determinar el tribunal competente que ha de conocer de la medida prejudicial debe efectuarse un análisis anticipado de los factores de competencia en función de los elementos de la pretensión principal anunciada en la solicitud de medida prejudicial.

Así vistas las cosas, es de toda lógica la regla del art. 178 COT, pues se trata, como lo tiene resuelto el máximo tribunal, de una directriz que hace excepción a las reglas de distribución de causas en lugares de asiento de Corte en que hubiere más de un juez de letras en lo civil, que otorga competencia para conocer de una demanda a aquel tribunal ante el que se dedujo la gestión preparatoria correspondiente, denotando en su espíritu la preeminencia de los principios de concentración y de economía procesal, por cuanto dicha etapa previa constituye el antecedente del juicio propiamente tal del que forma parte⁹². Se debe precisar que, si bien el tribunal competente para conocer del asunto principal lo es también para resolver acerca de la medida, la afirmación inversa no es exacta. El tribunal competente para conocer del proceso principal, cuando ha habido una medida prejudicial, es el competente para conocer de esta última, pero no porque la competencia para conocer de la medida impele la del proceso principal, sino porque, para determinar el tribunal competente para conocer de la medida, hubo de efectuarse en forma previa la determinación del tribunal competente para conocer del proceso principal.

El criterio de atribuir competencia para conocer de las medidas cautelares previas al tribunal que ha de conocer del proceso principal es el que informa la regulación de la materia en los ordenamientos italiano e inglés. Sin embargo, hay situaciones en las que,

⁹¹ Calderón Cuadrado, M. P., *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*, Civitas, Madrid, 1992, p. 192.

⁹² C. Suprema, 11 de junio de 2014, Rol N° 1862-2013.

desde la óptica de la efectividad de la tutela cautelar, resultaría más beneficioso conceder la posibilidad de impetrar dichas medidas ante un tribunal diverso de aquel que deba conocer del proceso en el que incide la cautela. En este sentido, atribuir competencia para acordar una medida cautelar al juez del lugar donde se encuentren los bienes que se pretenden afectar con la medida, aunque dicho tribunal no sea el competente para conocer del asunto principal, redundaría en una mayor inmediatez en la ejecución de la propia medida. En el ordenamiento alemán, por ejemplo, la competencia para acordar el embargo preventivo recae indistintamente en el tribunal que conoce de la pretensión principal o el del lugar donde se halle el bien objeto de la medida (§ 919 ZPO)⁹³.

2. Tramitación

En cuanto a la tramitación que debe dársele a la solicitud de medida prejudicial precautoria, el doble régimen jurídico a que están sujetas esta clase de medidas plantea algunos problemas importantes ante la substanciación a que se debe sujetar la solicitud de medida prejudicial precautoria.

Se ha estimado que medidas prejudiciales precautorias se deben conceder de plano, sin intervención del sujeto pasivo de la misma, rechazándose incluso la posibilidad de que el sujeto en contra de quien se solicitó la medida pueda intervenir en este estadio procesal, postergándose, por consiguiente, las posibilidades defensivas del futuro demandado, a aquél momento en que se le dé noticia de la medida ya concedida⁹⁴. Un argumento decisivo para concluir de este modo es la disposición del art. 289 CPC que establece que la regla general en la concesión de medidas prejudiciales es que se decreten sin audiencia de la persona en contra de quien se piden⁹⁵.

Sin embargo, los problemas más agudos se plantean una vez que, presentada la demanda y pedida la mantención de las medidas, el tribunal resuelve conservar la medida, porque no hay consenso respecto de la necesidad de poner en conocimiento de la parte demandada las resoluciones que a su respecto se dicten en este estadio procesal⁹⁶.

Un esquema relativamente claro de la tramitación a que debe sujetarse la medida cautelar una vez que el tribunal ha decidido mantenerla es el que se hace en una sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco⁹⁷:

⁹³ Gascón Inchausti, F., *op. cit.*, p. 19; Pérez Ragone, A., Ortiz Pradillo, J. C., *Código Procesal Civil alemán (ZPO)*, Traducción con un estudio introductorio al proceso civil alemán contemporáneo, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2006, p. 144.

⁹⁴ Marín González, J. C., *op. cit.*, pp. 406.

⁹⁵ Corte Suprema, 6 de mayo de 1985, en Rev. Der. y Jur. t. 82, s. 1^a, p. 19. También se ha entendido que la regla general es decretar dichas medidas sin audiencia de la persona contra quien se solicitan, pues el término salvedad que emplea dicha disposición es una clara referencia a la excepción de lo normado (C. de Apelaciones de Talca, 23 de octubre de 2009 Rol N° 782-2009). En el mismo sentido, C. de Apelaciones de Concepción, 9 de noviembre de 2004, Rol N° 3787-2003.

⁹⁶ C. Suprema, 30 de septiembre de 2010, Rol N° 419-2009.

⁹⁷ C. de Apelaciones de Temuco, 8 de marzo de 1985, en Rev. Der. y Jur., t. 82, s. 1^a, p. 19, confirmada por sentencia de la C. Suprema de 8 de mayo de 1985.

- a) Las medidas concedidas en forma previa al inicio del proceso pasan a investir la función de precautorias ordinarias al pronunciarse el tribunal sobre su mantenimiento, cuando es proveída la demanda;
- b) En ese mismo momento, el tribunal debe ordenar la formación del correspondiente cuaderno separado para los efectos del art. 302 CPC;
- c) Desde este momento es procedente la aplicación de esta última disposición legal que presupone, en conformidad a las reglas generales, la notificación de la medida precautoria a la persona en contra quien se dicta, pudiendo excepcionalmente llevarse a efecto antes de la notificación, cuando el tribunal así lo dispone por existir motivos graves para ello, pudiendo también, previa resolución judicial, efectuarse por cédula la notificación;
- d) Si la notificación no se realiza dentro del plazo de cinco días desde la fecha en que la medida precautoria se lleva a efecto, quedarán sin valor las diligencias practicadas.

Sin embargo, la jurisprudencia existente sobre la materia es bastante discordante pues no solo se ha cuestionado la aplicación de la disposición del art. 302 CPC a la situación que se analiza, sino que los fallos que aceptan la aplicación de este precepto no siempre coinciden en la forma en que se hace operativa la norma para el caso planteado.

En el primer sentido, se ha entendido que tratándose de la concesión de medidas prejudiciales, no corresponde dar aplicación a la norma del art. 302 CPC que solo ha sido establecida respecto de las medidas precautorias propiamente tales, es decir, aquellas que pueden decretarse una vez que se ha trabado la litis. Así las cosas, el solicitante de la medida prejudicial debe únicamente cumplir con las exigencias señaladas en el aludido art. 280 CPC, es decir, presentar su demanda en el término de diez días y pedir la mantención de la medida decretada, constituyendo una falta el imponerle una carga que ha sido prevista por el legislador para una situación ajena a aquella que se sometió al conocimiento del juez de la causa⁹⁸. El problema de esta interpretación es que conduce a que una medida concedida en forma previa al proceso pueda mantenerse de modo indefinido sin darle noticia al sujeto pasivo de la misma, aun cuando se haya presentado la demanda, pues no existe la carga procesal de notificarla. La situación se ve agravada por la circunstancia de que resulta dudoso que el sujeto pasivo de la medida pueda instar por el abandono del procedimiento, ya que, de modo general, se ha entendido que no procede esta forma de terminación del proceso en aquellas gestiones judiciales que no constituyen un juicio propiamente dicho, como sucede con las medidas prejudiciales o las gestiones preparatorias⁹⁹.

En un intento por superar los negativos efectos de la interpretación antes señalada, se ha sostenido que, sin ser aplicable la norma del art. 302 CPC, la medida debe ser

⁹⁸ C. Suprema, 28 de julio de 1988, en Fallos del Mes, N° 356, p. 376. En el mismo sentido, C. de Apelaciones de Concepción, Rol N° 2.248-2006 y C. de Apelaciones de Antofagasta, 14 de agosto de 2008, Rol N° 349-2008. Cita online: CL/JUR/5385/2008.

⁹⁹ En este sentido, C. de Apelaciones de Santiago, 6 de septiembre de 2010, Rol N° 3.030-2010.

notificada, pero en el plazo de diez días que impone la ley para la presentación de la demanda¹⁰⁰. En cualquier caso, resulta preferible la doctrina mantenida por la Corte de Temuco mencionada al comienzo que hace aplicable a la situación que se comenta la norma del art. 302 CPC, que ha sido seguida también por la Corte de Apelaciones de Rancagua¹⁰¹ y cuyo fundamento ha sido claramente delineado por la Corte de Apelaciones de Concepción¹⁰².

VII. COMPATIBILIDAD DEL RÉGIMEN DE TUTELA CAUTELAR PREVIA Y EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA TUTELA CAUTELAR

El derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales garantiza que lo decidido en una sentencia se cumpla, asegurándose a la parte que obtuvo un pronunciamiento judicial favorable que el contenido de la sentencia tenga efectividad práctica, es decir, que el *deber ser* declarado en la sentencia sea susceptible de ser llevado a la realidad. Es un componente del derecho a la tutela judicial y presenta como contenidos mínimos: i) la inmodificabilidad de las resoluciones judiciales (o respeto de la cosa juzgada); ii) disponer de medidas cautelares, y iii) la ejecución de las resoluciones judiciales¹⁰³.

En efecto, la tutela cautelar es una exigencia de la efectividad de las resoluciones judiciales que son, a su vez, el instrumento por el que se otorga la tutela judicial¹⁰⁴. En este sentido, resulta indudable la naturaleza de derecho fundamental que ostenta la tutela cautelar, lo que deriva de su carácter de instrumento y garantía de la efectividad de la tutela judicial.

¹⁰⁰ C. de Apelaciones de Talca, 23 de octubre de 2009, Rol N° 782-2009.

¹⁰¹ “Desde que la medida se concedió, pasó a ser obligatorio para la parte demandante notificarla en el plazo de cinco días que señala el artículo 302, o bien solicitar la ampliación de ese plazo; y como no hizo ni lo uno ni lo otro, con su omisión caducó la medida cautelar que se le concediera” (C. de Apelaciones de Rancagua, 6 de noviembre de 2000, Rol N° 16456-2000).

¹⁰² “Lo requerido es en su esencia y naturaleza una medida precautoria, siendo este el elemento predominante en la actuación ordenada, solo que con la particularidad de que ella fue dispuesta en un momento procesal distinto al habitual, como lo es antes de la presentación y notificación de la demanda, situación que refuerza la necesidad de dar pronta noticia al sujeto pasivo de tal resolución judicial, tanto para evitar que inadvertidamente realice conductas reñidas con la medida decretada por simple ignorancia de su existencia, cuanto para que, a propósito de ella, pueda ejercer los derechos y formular las pretensiones que estime convenientes a sus intereses. Que el conocimiento de lo resuelto por el tribunal, otorgado por la vía de la notificación que dispone el artículo 302 del Código de Procedimiento Civil, permite una pronta recuperación del deseado equilibrio procesal entre los sujetos del pleito, que se encuentra roto merced al otorgamiento de la medida prejudicial precautoria, la que una vez que ha sido concedida y se encuentra produciendo sus efectos, debe ser prontamente conocida por el titular del bien amagado, cesando prontamente su opacidad por las razones antes expuestas y en resguardo de la deseable y necesaria bilateralidad del proceso”. (C. de Apelaciones de Concepción, 27 de diciembre de 2013, Rol N° 1393 -2013).

¹⁰³ Bordoní Salamanca, A., “Análisis crítico de la jurisprudencia del tribunal constitucional sobre el derecho a la tutela judicial”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 38 N° 2 (2011), p. 329.

¹⁰⁴ Chinchilla Marín, C., “El derecho a la tutela cautelar como garantía de la efectividad de las resoluciones judiciales”, en *Revista de Administración Pública*, N° 131 (1993), p. 168.

En este orden de ideas, es posible plantear si las restricciones impuestas para acceder a la tutela cautelar previa al proceso son compatibles con el reconocimiento de la misma como derecho fundamental. Como primera cuestión, se debe aclarar que el derecho a la tutela cautelar concebido en la forma señalada no es un derecho absoluto o ilimitado. No existe un derecho a que se conceda una determinada medida cautelar, sino que la garantía implica que se tiene frente al juez ordinario el derecho a un pronunciamiento fundado en derecho y motivado sobre la petición de tutela cautelar y no un derecho a obtener una concreta medida. Establecida la imperatividad de establecer un régimen legal de tutela cautelar, el legislador tiene un margen de discrecionalidad para modular o condicionar la concesión de una medida cautelar y el juez otro tanto para conceder, denegar o disponer el alzamiento de la cautela pedida, previa ponderación de las circunstancias del caso¹⁰⁵. El régimen particular a que se sujeta la cautela previa al proceso deriva de su singularidad, al constituir una excepción a la regla de la instrumentalidad. Esta excepcionalidad justifica que su concesión esté sujeta a requisitos más severos y el solicitante a un régimen de responsabilidad más intenso, lo que si bien torna más difícil el derecho a obtener una medida cautelar, no compromete el derecho en su esencia, siempre y cuando se interpreten dichos requisitos de forma más favorable para la efectividad de dicha garantía y orientados siempre hacia la efectividad del derecho.

VIII. CONCLUSIONES

- a) La posibilidad de obtener medidas cautelares en forma previa al proceso constituye una situación especial porque representa una excepción a la regla de la instrumentalidad.
- b) Su procedencia está justificada por la necesidad de asegurar la efectividad de la tutela judicial, ya que las situaciones de peligro pueden suscitarse no solo durante el proceso sino antes de su incoación.
- c) La excepcionalidad que gobierna esta clase de medidas justifica que su procedencia esté sujeta a mayores requisitos para su concesión y a un régimen de responsabilidad más intenso que las medidas sujetas al régimen ordinario.
- d) Estas mayores exigencias podrían llegar a comprometer el derecho a obtener una tutela cautelar de parte de los tribunales que garanticen la efectividad de la sentencia que llegue a pronunciarse en el proceso.
- e) La respuesta frente a esta tensión supone que, sin derogar los requisitos de procedencia de la tutela cautelar previa al proceso, se realice una interpretación flexible de los mismos y, en todo caso, favorable hacia la efectividad de la tutela judicial cautelar.

¹⁰⁵ Así lo tiene resuelto el Tribunal Constitucional español en STCE 238/92, de 17 de diciembre.

BIBLIOGRAFÍA

- ANABALÓN Sánderson, C., *Tratado de Derecho procesal civil: Juicio Ordinario de Mayor Cuantía*, Libro Homenaje (reimpresión), Edit. El Jurista, Santiago, 2015.
- BARROS Bourie, E., *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, Edit. Jurídica, Santiago 2006.
- BORDALÍ Salamanca, A., "Diversos significados de la tutela cautelar en el proceso civil", en *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, Vol. XII, diciembre 2001, pp. 51-66.
- BORDALÍ Salamanca, A., *Proceso civil. El Juicio Ordinario de Mayor Cuantía. Procedimiento sumario y tutela cautelar* (Con Cortez y Palomo), Edit. Thomson Reuters-La Ley, Santiago, 2014.
- CALAMANDREI, P., *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, trad. Sentís Melendo, Bibliográfica Argentina, B. Aires, 1945.
- CALAMANDREI, P., "Verità e verosimiglianza nel processo civile", en *Studi sul processo civile*, A. Milani, Padova, 1957.
- CALDERÓN Cuadrado, M. P., *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*, Civitas, Madrid, 1992.
- CARRERAS Ll., J., "Las medidas cautelares del art. 1.428 de la LEC", en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1958.
- CASARINO Viterbo, M., *Derecho procesal orgánico I*, Edit. Jurídica, Santiago, 1977.
- CORTEZ Matcovich, G., "La responsabilidad derivada del empleo de la tutela cautelar: realidad actual y perspectivas de reforma", en *Estudios de Derecho en Homenaje a Raúl Tavolari Oliveros* (coord. Romero Seguel, A.), Edit. LexisNexis, Santiago, 2007.
- CORTEZ Matcovich, G., "Apuntes sobre los presupuestos de la Tutela Cautelar en el Anteproyecto de Código Procesal Civil", en *Estudios de Derecho Procesal Civil* (coord. De La Fuente, P.), Librotecnia, Santiago, 2010.
- CHIFFELLE Horsel, J.: "Estudio sobre las medidas cautelares y sugerencias para la modificación de nuestro ordenamiento jurídico procesal en materia cautelar", en *Estudios de Derecho procesal* (Cuadernos de Análisis Jurídico), Universidad Diego Portales, N° 29.
- DIEZ Schwerter, J. L., *El Daño Extracontractual. Jurisprudencia y Doctrina*, Edit. Jurídica, Santiago, 2000.
- GASCÓN Inchausti, F., *La adopción de medidas cautelares con carácter previo a la demanda*, Cedecs, Barcelona, 1999.
- JARA Castro, E., "La cautela y las pruebas de inicio en la fase preparatoria de los procedimientos civiles", en *Reforma Procesal Civil (I)*, Cuadernos de Análisis Jurídico, Universidad Diego Portales, N° 32.
- MARÍN González, J.C., Tratado de las medidas cautelares. Doctrina, Jurisprudencia, antecedentes históricos y derecho comparado, Edit. Jurídica, Santiago, 2016.
- MARTÍN Pastor, J., *La anotación preventiva como medida cautelar y el registro*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2000.
- MONTERO Aroca, J., "Medidas cautelares", en *Trabajos de Derecho procesal*, Bosch, Barcelona, 1988.
- ORTELLS Ramos, M., *La tutela judicial cautelar en el Derecho español* (con Calderón Cuadrado), Comares, Granada, 1996.
- ORTELLS Ramos, M., Cámara Ruiz, J., Juan Sánchez, R., *Derecho Procesal. Introducción*, Ed. Punto y Coma, Valencia, 2000.
- ORTELLS Ramos, M., *Las medidas cautelares*, La Ley, Madrid, 2000.
- QUEZADA Meléndez, J., en *Las Medidas Prejudiciales y Precautorias*, Ediar ConoSur Ltda., Santiago, 1987.
- RAMOS Pazos, R., *De las Obligaciones*, Edit. Jurídica, Santiago, 1999.
- RIOSECO Enríquez, E., *La prescripción extintiva ante la jurisprudencia*, Edit. Jurídica, Santiago, 1994.

- ROMERO Seguel A., “Comentario a la sentencia de la Corte Suprema, 9 de mayo de 2001. El principio de la buena fe procesal y su desarrollo en la jurisprudencia, a la luz de la doctrina de los actos propios”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 30, N° 1, 2003.
- SERRA Domínguez, M., “Teoría general de las medidas cautelares”, en *Las medidas cautelares en el proceso civil* (con Ramos Méndez), M. Pareja, Barcelona, 1974.
- TAVOLARI Oliveros, R., “Reflexiones actuales sobre la nulidad procesal”, en *Rev. Der. y Jur.*, t. 91, 1^a parte.
- VÁZQUEZ Sotelo, J.L., “La construcción del proceso cautelar en el Derecho procesal civil español”, en *Justicia* 1990-4.