

LAS MEDIDAS ANTICAUTELARES:

UN INSTITUTO PROCESAL “A LA MEDIDA” DE LOS APREMIOS Y EJECUCIONES FISCALES.

Amalia Fernández Balbis

El momento grave y la novedad del reino me obligan a usar tales medios y a defender mis confines.

Virgilio. “Eneida”.

Síntesis:

Frente a la simplificación y amplitud que, en materia cautelar, exhiben las distintas legislaciones de apremio y ejecuciones fiscales, las *medidas anticautelares* se erigen como una eficaz herramienta para evitar trabas especialmente gravosas o perjudiciales sobre el patrimonio del contribuyente.

Sumario: I. Introducción. II. Las amplias potestades cautelares del Fisco. III. La posibilidad del planteo de las medidas anticautelares. IV. Conclusión.

I.-Introducción

La legislación vigente en materia fiscal ha buscado fortalecer la administración tributaria, acelerar y facilitar la tarea del Fisco en los procesos de ejecución judicial para dotar al Tesoro Nacional o Provincial de los recursos necesarios, de modo que el Estado pueda dar adecuado cumplimiento a las funciones que constitucionalmente le han sido asignadas.

Se ha entendido que uno de los peores males que el país soporta, es el gravísimo perjuicio social causado por la ilegítima afectación del régimen de los ingresos públicos que proviene de la evasión o bien, de la extensa demora en el cumplimiento de las obligaciones tributarias y que, en la medida en que su competencia lo autorice, los jueces tienen el deber de contribuir a la aminoración de esos dañosos factores y comprender que son disvaliosas las soluciones que involuntariamente los favorecen (1).

Para ese objetivo, el Fisco cuenta con una paleta variopinta y generosa de medidas cautelares que muchas veces coloca a los demandados en situaciones *apremiantes*, al mantenerse una postura inhibitoria o de traba generadora de perjuicios que podrían ser evitados y, peor aún, que se agravan más si no se avanza con ninguna actividad tendiente a

cobrar la deuda que se ejecutó, desvirtuándose el propósito que debe tenerse en mira para hacer uso de la jurisdicción en esta clase de juicios.

Si bien el apremio (o la ejecución fiscal), está destinado a que el Fisco perciba las cantidades de dinero que se le adeuda y busque agotar la coacción de la manera más acelerada (2), ese propósito se ve desdibujado en pluralidad de ocasiones. A modo de ejemplo, hemos podido comprobar que son muchos los casos en los que no se busca “perseguir la cosa” que ha generado la deuda ejecutada y que las medidas cautelares que, en ocasiones, asfixian al demandado (inhibición general de bienes, embargos de cuentas bancarias o de otros fondos del sistema financiero, intervenciones de caja, entre otras), se mantienen *sine die*, sin que se ponga fin a los procesos.

En términos generales, experimentamos también –por el momento- que es un hecho o una decisión de política procesal por parte del Fisco el de no llevar a cabo remates de viviendas, asimismo, que la inhibición general de bienes es la medida disponible más coercitiva con que cuenta, la que se despacha legítimamente a pesar de que, por su propia naturaleza, debería ser subsidiaria del embargo ya que, por criterio tradicional, no está colocada antes, ni corre en una misma línea con éste, siendo, por el contrario, un segundo escalón precautorio que requiere su preexistencia (3).

Cualquiera sea la despachada, las cautelares que se disponen afectan concretamente el derecho propiedad del individuo, ya que si bien no importan –en principio- una ablación de su patrimonio, su función es, precisamente, limitar de manera efectiva otros atributos no menos importantes de ese derecho, cuales son los de usar y disponer de él, con función de garantía. A nadie escapa que un bien embargado pierde peso económico en el mercado y que limita, en mayor o menor medida, las posibilidades de actuación económica del sujeto. En este sentido, no es necesario un profundo examen para advertir las negativas consecuencias económicas que sobre el giro normal de las actividades de cualquier comercio empresa o particular puede tener la traba de un embargo sobre cuentas o bienes (4).

Su uso *abusivo* puede generar enormes perjuicios o agravios, de tardía o imposible reparación ulterior, al contribuyente que se ve inmerso en los avatares de este tipo de juicios en los que se traban cautelares *duras* sin previa audiencia de la parte que, muchas veces, tiene defensas para oponer. No debe perderse de vista que la interferencia en el derecho de propiedad debería estar justificada a través de un equilibrio entre el interés general y la protección de los derechos fundamentales del individuo debiendo existir una razonable relación de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido (5).

Frente a esta realidad, las denominadas “medidas anticautelares” han venido a erigirse como una creación procesal que promete hacer un interesante aporte.

Podría decirse de ellas que, de algún modo, se fundamentan en lo que se ha dado llamar en doctrina autoral “deber del deudor de información patrimonial en el proceso” (6), es decir, en el deber que pesa sobre el deudor demandado –o reconvenido- de informar al

juez y a la contraparte cuál es su situación patrimonial, para de ese modo facilitar el cumplimiento efectivo de la sentencia, evitando que ésta quede reducida a un mero reconocimiento formal de los derechos materiales reclamados. Se basa en la colaboración forzosa que deben prestar las partes a los jueces y tribunales, obviamente en aras a que el proceso civil respectivo resulte eficiente en los términos indicados. ¿Se puede hablar de un deber cuando *todavía no hay proceso*? Entendemos que a pesar de no existir, en términos estrictos, ninguna obligación al respecto, es indudable que con el planteo de las anticautelares, el contribuyente-deudor, al tiempo que busca evitar el perjuicio que le ocasionaría la cautelar libremente escogida por el Fisco, *está prestando una colaboración* en pro de que el proceso civil llegue a buen puerto (7).

Veamos, primeramente, el contexto legislativo fiscal para poder percibir, después, con mayor nitidez, los favores que ofrece el nuevo instituto.

II. Las amplias potestades cautelares del Fisco.

La Ley Nacional n° 11.683 que, con sus modificaciones, rige en materia de ejecuciones fiscales, establece en su artículo 92 que la Administración Federal de Ingresos Públicos (A.F.I.P), por intermedio del agente fiscal, estará facultada para trabar por las sumas reclamadas las medidas precautorias alternativas indicadas en la presentación de prevención o que indicare en posteriores presentaciones al Juez asignado. Asimismo, que podrá decretar el embargo de cuentas bancarias, fondos y valores depositados en entidades financieras, o de bienes de cualquier tipo o naturaleza, inhibiciones generales de bienes y adoptar otras medidas cautelares tendientes a garantizar el recupero de la deuda en ejecución, y que podrá controlar su diligenciamiento y efectiva traba. En cualquier estado de la ejecución podrá disponer el embargo general de los fondos y valores de cualquier naturaleza que los demandados tuvieran depositados en las entidades financieras regidas por la ley 21.526, las que dentro de los quince (15) días de notificadas de la medida, deben informar a la AFIP acerca de los fondos y valores que resulten embargados, no rigiendo a tales fines el secreto que establece el artículo 39 de la ley 21.526. Las entidades financieras y terceros deberán transferir los importes totales líquidos embargados al banco de depósitos judiciales de la jurisdicción del juzgado, hasta la concurrencia del monto total de la boleta de deuda, dentro de los DOS (2) días hábiles inmediatos siguientes a la notificación de la orden emitida por el juez. (Párrafo incorporado por art. 1° pto. XXVI de la Ley N° 26.044 B.O. 6/7/2005).

Luego del fallo del cívico Tribunal de la Nación en la causa: “AFIP c/Intercorp S.R.L. s/ejecución fiscal” (A.910. XXXVII, del 15/6/10), que declaró –por mayoría- la inconstitucionalidad del inc.5° del art.18 de la ley 25.239, sustitutivo del art. 92 de la ley 11.683, es práctica consolidada el despacho judicial de embargos dirigidos al Banco Central de la República Argentina, sobre las cuentas bancarias que tuviera el deudor.

En el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, la Ley n° 13.406 (texto actualizado con las modificaciones introducidas por las Leyes 13.930 y 14.333), establece en su artículo

5° que ya con el escrito de inicio, el actor podrá acompañar los oficios para la traba de las medidas cautelares requeridas. Los autos principales deberán ser despachados y los oficios de traba de las medidas cautelares librados, dentro de los cinco (5) días hábiles contados desde el inicio del juicio.

En su artículo 6°, esa misma ley fija que la parte actora podrá solicitar toda medida cautelar o modificación de las decretadas con anterioridad, y el juez deberá disponerla, en el término de veinticuatro horas, sin más recaudos ni necesidad de acreditación de peligro en la demora.

Podrá solicitarse, entre otras, traba de embargos sobre: 1) Dinero efectivo o cuentas o activos bancarios y financieros, a diligenciar directamente ante las entidades correspondientes para el supuesto de encontrarse determinadas, caso contrario ante el Banco Central de la República Argentina para que proceda a efectuar las comunicaciones pertinentes a las instituciones donde puedan existir, instruyendo la transferencia a cuenta de autos exclusivamente del monto reclamado con más lo presupuestado para responder a intereses y costas. Para el caso de resultar insuficientes, las cuentas permanecerán embargadas hasta que se acredite y transfiera el monto total por el cual procedió la medida asegurativa del crédito fiscal, 2) Créditos, efectos, valores y derechos realizables en el acto o a corto plazo. 3) Sueldos u otras remuneraciones siempre que sean superiores a seis salarios mínimos, en las proporciones que prevé la ley. 4) Bienes inmuebles y muebles sean o no registrables. En caso de embargo de bienes existentes en caja de seguridad, el Juez ordenará el procedimiento sin más trámite.

Se prevé, también, la intervención de caja y el embargo de las entradas brutas equivalentes al veinte (20) por ciento y hasta el cuarenta (40) por ciento de las mismas, importes que, recaudados, deberán ser informados y depositados dentro de las 24 horas hábiles posteriores o en el plazo que el Juez fije, que no podrá exceder los diez (10) días hábiles desde que se comenzó a efectivizar la medida. Asimismo, contempla la inhibición general de bienes e incluso su extensión a los activos bancarios y financieros, pudiendo oficiarse a las medidas bancarias correspondientes o al Banco Central de la República Argentina.

Las distintas leyes de apremio provinciales, se alinean en igual sentido, atribuyendo amplias facultades al Fisco para cautelar bienes del deudor garantizando la satisfacción de la deuda que se reclama.

III.- La posibilidad del planteo de medidas anticautelares.

Frente a este cuadro de situación, el nuevo artefacto procesal de las medidas anticautelares, que es una aplicación de la medida autosatisfactiva con orientación definida (8), permite al destinatario de una cautelar que pudiera resultarle particularmente perjudicial para el giro de sus negocios, ofrecer de antemano otro bien suficiente, evitándose así las contingencias propias de un pedido de sustitución con el consiguiente desgaste de costas y de tiempo.

La medida anticautelar presentada recientemente por Jorge Peyrano, ha sido definida como una orden judicial que viene a morigerar la libre elección cautelar que posee su destinatario, cuando la selección de una precautoria específica le generaría graves perjuicios al requirente y puede ser reemplazada idóneamente por otra. Apunta a proscribir un ejercicio abusivo y excesivo de la potestad cautelar; circunscribiéndose a vedar que se concrete una medida en particular (una inhibición, por ejemplo) o la traba de una precautoria en relación de determinados bienes (embargos sobre cuentas de una entidad aseguradora), cuando la realización de lo vedado importaría un grave perjuicio para el cautelado por afectar el giro de sus negocios y poder ser reemplazado idóneamente por otra cautelar. Si bien se mira y para simplificar las cosas, se trataría –para su autor- de una suerte de sustitución cautelar anticipada (9).

Son sus recaudos, la demostración *prima facie* del requirente, de que se encuentra incurso en una *situación de vulnerabilidad cautelar*, es decir, que el destinatario está en condiciones ya mismo de postular en su contra una cautelar que lo perjudicaría grandemente. El recaudo ocupa el lugar de la urgencia propia de toda autosatisfactiva porque la situación de vulnerabilidad cautelar apremia y no admite demoras frente a la posibilidad de que el requirente pueda ser víctima de un abuso cautelar, tan habitual en la actualidad.

Señala ese autor que, obviamente, ese requisito también reclama que el requirente individualice, de manera precisa, bienes de su pertenencia que puedan servir idóneamente de asiento de una medida precautoria de recambio y que en cuanto a la contracautela para responder por eventuales perjuicios derivados de la efectivización de una anticautelar, no se notan diferencias respecto del régimen general de las autosatisfactivas (10).

Coincidimos que no será necesario que el requirente pruebe que ha sido objeto de intimaciones que amenacen con la futura traba de una cautelar que lo afecta grandemente, siendo bastante con la demostración de que se encuentra en situación de vulnerabilidad cautelar. Ese relevo es válido también para esta materia específica, pues aún cuando en el caso de deudas fiscales es moneda corriente la previa comunicación de que existe una deuda pendiente de pago, muchas veces la traba de la cautelar que “maniata” el patrimonio del contribuyente, lo toma por sorpresa cuando el daño ya está hecho.

El instituto debe despacharse sin sustanciación previa, sin perjuicio de su recurribilidad por parte del destinatario una vez que sea notificado de su dictado. Asimismo, que el despacho de una anticautelar exitosa presupone que su destinatario no ha petitionado en sede judicial la traba de la precautoria aflictiva del caso. Por último, y esto es interesante en estos casos, que la desobediencia de la anticautelar acarrearía la nulidad de la cautelar abusiva correspondiente, dictada en sentido contrario a la veda decretada, dado que esa es la consecuencia de un abuso procesal (11).

IV. Conclusión.

En su célebre obra “El príncipe”, Nicolás Maquiavelo dice que “los hombres olvidan más fácilmente la muerte del propio padre que la pérdida del patrimonio”. Dejando a un lado la crudeza de las palabras, coincidimos en que nadie puede discutir que quien experimenta estar sujeto a cautelares que inmovilizan sus bienes y se halla en riesgo de su pérdida, no transita sus días con la misma serenidad que quienes no están inmersos en ese problema.

“Al César, lo que es del César”, pero mejor si es posible cumplir sin pesares desproporcionados. Para ello, las medidas anticautelares son una herramienta eficaz que permite al deudor de deudas fiscales, que no siempre se trata de un incumplidor recalcitrante, garantizar su pago y, al mismo tiempo, evitar un perjuicio que agrave su situación y no haga más que generar, con la inmovilización de su patrimonio, más y mayores incumplimientos.

.....

Notas bibliográficas:

1. C.S.J.N. Fallos: 313:1420 y sus citas.
2. FALCÓN, ENRIQUE, *Procesos de Ejecución*, Rubinzal-Culzoni ed, t.II, pág 238/9.
3. MORELLO- SOSA-BERIZONCE, *Códigos Procesales Civiles y Comerciales*, ed. LEP, tomo II-C, pág. 921
4. Dictamen del Procurador General de la Nación en la causa A.413.XXXVII “AFIP c/Consortio Forestal Andina s/ejecución fiscal” al que se remite en la causa “AFIP c/Intercorp S.R.L. s/Ejecución fiscal”, A. 910.XXXVII, del 15/6/2010
5. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso “Gasus Dosier –und Fördertechnik GmBh c/Países Bajos” (20 EHRR 403, sentencia del 23 de febrero de 1995).
6. LOUGE EMILIOZZI, ESTEBAN, *La colaboración del deudor en el proceso*, Buenos Aires 2007, Lexis Nexis.
7. PEYRANO, JORGE W, “El proceso civil: una empresa común. El deber de información patrimonial del deudor en el seno de un proceso”, Revista La Ley, 10/2/11, pág.1.
8. PEYRANO, JORGE W., “Una autosatisfactiva con orientación definida: la medida anticautelar”, en Boletín de J.A. del 7/3/12.
9. PEYRANO, JORGE W, “Las medidas anticautelares”, en Rev La Ley, 1/3/12, pág. 1
10. BARBERIO, SERGIO, *La medida autosatisfactiva*, Santa Fe 2006, Ed.Panamericana, p.100 ss
11. Ibidem nota 9.