

LAS MEDIDAS ANTICAUTELARES.

Por Jorge W. Peyrano.

I.Introducción.

Harto conocido es que el área de lo cautelar revista entre las más propensas a que en su seno se registren abusos procesales (1). En otra ocasión, ejemplificamos lo dicho de la siguiente manera: “ Las medidas cautelares se conceden para asegurar el resultado práctico futuro del proceso civil, pero si el actor (una entidad bancaria, por ejemplo) conoce (por ser deudor su cliente y haber éste presentado su “manifestación de bienes”) bienes libres del demandado y postula contra éste una intervención directa de caja en su negocio, se está ante una solicitud extorsiva que no apunta realmente a evitar el desbaratamiento del patrimonio del cautelado” (2). No menos sabido es que en la actualidad -luego de muchas batallas libradas por la doctrina autoral- no sólo se encuentra incorporado al imaginario procesal el concepto y funciones del abuso procesal, sino que al compás de los estudios suscitados por tan trascendente materia ha nacido el convencimiento de que no se debe únicamente reprimirlo sino también prevenirlo. Con otras palabras: se coloca en manos de los jueces todas las facultades necesarias para impedir y obstaculizar la perpetración de maniobras abusivas en juicio. Por ello es que: “ el CPN ha dispuesto en su artículo 34 inciso 5º apartado d) que son deberes de los jueces: prevenir y sancionar todo acto contrario al deber de lealtad, probidad y buena fe. La locución elegida prevenir, no es casual, puesto que al calor de dicha fórmula amplia, los magistrados pueden y deben hacer todo lo posible para conjurar quebrantamientos de tipo ético durante la marcha del procedimiento” (3).

Por lo demás, los textos codificados se han ocupado específicamente de mostrar su repulsa hacia el abuso procesal cautelar. Buena muestra de ello es el tenor del artículo 208 CPN (4), lamentablemente poco usado quizás por su defectuosa redacción(5).

. No puede todo ello sorprender, habida cuenta que se trata de una expresión más de la denominada “jurisdicción preventiva” (6), cuya máxima exteriorización es la llamada “acción preventiva” (7) ya incorporada expresamente a la legislación nacional en el terreno, por ejemplo, de la tutela de los derechos de consumidor y del usuario (8).

Establecido todo lo anterior, nos preguntamos y le preguntamos al lector ¿por qué no prevenir un tipo de abuso procesal (el cautelar) que es moneda corriente, cual es el consistente en permitir que el acreedor elija libremente la medida precautoria que le resulte más aflicitiva a su deudor para ponerlo así de rodillas y obtener transacciones o ventajas leoninas?

Lo que denominamos “medida anticautelar” no apunta en modo alguno a proscribir la traba de cualesquier diligencia cautelar –lo que sería claramente inconstitucional (9)- sino tan sólo a proscribir un ejercicio abusivo y excesivo de la

potestad cautelar; circunscribiéndose a vedar que se concrete una medida cautelar en particular (una inhibición, por ejemplo) o la traba de una precautoria en relación de determinados bienes (embargos sobre las 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 de una suerte de sustitución cautelar anticipada.

En las líneas que siguen, procuraremos desarrollar el fundamento técnico de esta nueva institución procesal que, como se verá, se motoriza merced a la promoción de una autosatisfactiva (10) con orientación definida (puesto que tiende a impedir un abuso procesal). Vaya como argumento válido señalar que ya en algunos lugares se registra la práctica consistente en que inmediatamente después del dictado de la sentencia condenatoria de primera instancia contra aseguradoras, éstas se anticipan al pedido de eventuales cautelares abusivas por parte de los gananciosos y presentan en juicio pólizas de caución por el monto del capital de condena con más los intereses y costas aproximadas, dándolas a embargo. Se advierte, fácilmente, en dichas prácticas la materialización de un ideario a fin al de las medidas anticautelares.

Aquí intentaremos diseñar una institución con aplicaciones amplias, es decir no limitadas al campo asegurador y que, además, puede hacerse valer con mucha antelación al dictado de una sentencia condenatoria, dado que visualizamos que las medidas anticautelares pueden –si concurren los recaudos exigibles– pedirse y despacharse aún antes de que el acreedor del caso haga valer sus derechos en juicio. Ciertamente es que quien ha sido objeto de una medida cautelar que le resulta particularmente gravosa tiene a su alcance la chance de incoar un incidente de sustitución cautelar amparado, vgr, por el artículo 203 C.P.N (11). Ciertamente es, también, que la sustitución cautelar es un principio general en materia cautelar (12), que siempre procede en tanto la cautelar de reemplazo sea suficiente para responder por el derecho asegurado (13). Acertadamente se ha dicho: “que estando suficientemente garantizado el derecho del acreedor, debe reconocerse al deudor otra medida menos perjudicial y abusiva” (14). Ahora bien, la sustitución cautelar es un incidencia que necesariamente debe ser sustanciada con el cautelado (15) y, obviamente, lo que se resuelva será recurrible con efecto suspensivo. Así las cosas, la víctima de un abuso procesal consumado deberá sufrir durante un largo lapso los efectos de una precautoria que puede llevarlo a la ruina económica y a la desesperación. Sencillo deviene colegir que en la mayoría de los supuestos, el abusado claudicará y se someterá a los términos dictados por el abusador.

II. ¿Cuál es la naturaleza jurídica de la medida anticautelar?

Se está ante una nueva aplicación de la ya muy difundida medida autosatisfactiva incorporada explícitamente a muchos códigos procesales civiles nacionales (16) y que ha sido objeto de numerosísimos precedentes jurisprudenciales. A veces es tan importante un artefacto procesal nuevo como encontrarle a uno conocido nuevas aplicaciones útiles. Esto último acontece con la “medida anticautelar” que, al fin y al cabo, es una

autosatisfactiva con una finalidad específica: proscribir preventivamente el abuso cautelar.

La medida autosatisfactiva, recordamos, es una solución urgente no cautelar y autónoma que implica una respuesta expeditiva del poder jurisdiccional en vista a satisfacer postulaciones urgentes avaladas por una fuerte verosimilitud de que le asistirá razón al requirente y por la prestación eventual de una contracautela que respondería por los perjuicios que pudiera acarrear su dictado (17).

En el caso de las denominadas anticautelares, nos topamos con un supuesto de autosatisfactiva donde, como siempre, hay urgencia, verosimilitud de que contaría con razón el requirente y eventualmente otorgamiento de contracautela, pero con un cometido específico: conjurar un posible abuso procesal cautelar.

III. Descripción, recaudos.

Ya nos encontramos en condiciones de ensayar una descripción de la nueva figura procesal que nos ocupa: la medida anticautelar es una autosatisfactiva con orientación definida que puede promover el posible destinatario de una cautelar abusiva, por resultarle particularmente perjudicial para el giro de sus negocios (sea en razón de una medida cautelar precisa, sea porque la cautelar en cuestión compromete la libre disposición de ciertos bienes) y ser fácil e idóneamente reemplazable por otra precautoria.

Veamos ahora los recaudos.

En primer término, el requirente de una anticautelar deberá demostrar prima facie que se encuentra incurso en una situación de vulnerabilidad cautelar (SVC); es decir que el destinatario está en condiciones ya mismo de postular en su contra una cautelar que lo perjudicaría grandemente. Así, por ejemplo, el solicitante deberá comprobar sumariamente que se encuentra en situación de mora deudor, que ha acontecido un siniestro del cual es civilmente responsable sin mayores aditamentos cual es el caso de las aseguradoras o la concurrencia de cualquier otro episodio que lo coloque en un emplazamiento análogo. Claro está 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. Si se exigiera la demostración de tales intimaciones o amenazas, fácil le sería al acreedor guardar silencio para evitar ser objeto de una anticautelar. El presente 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.

Ahora bien: ¿dónde reside en la especie la verosimilitud acerca de que le asistirá razón al requirente de una anticautelar? Pues en la demostración de que la traba de una medida cautelar en particular le resultaría especialmente gravosa o la de que la afectación cautelar de determinados bienes le sería especialmente perjudicial. Obviamente, el presente 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.

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 (18).

IV. Algunas cuestiones procedimentales y conexas.

1. Sustanciación.

Por su finalidad pensamos que la anticautelar es una autosatisfactiva que debe despacharse sin previa sustanciación; sin perjuicio, por supuesto, de su recurribilidad por parte del destinatario una vez que sea notificado de su dictado. Todo, tal y como ocurre dentro del régimen general de las autosatisfactivas.

Casi es de Perogrullo traer a cuento señalar que si se alertara al destinatario de la anticautelar muy posiblemente, éste se apresuraría a postular la cautelar abusiva del caso.

2. Oportunidad para su planteo.

Entendemos que el despacho de una anticautelar exitosa presupone que su destinatario no ha peticionado en sede judicial la traba de la precautoria aflictiva del caso. Es que conforme al principio de prevención (19) una vez que un órgano jurisdiccional se aboca al conocimiento de un asunto (un pedido cautelar, en la especie) ningún otro juez puede interferir, directa o indirectamente, en la cuestión (20). Y esto último ocurriría si se despachara una cautelar luego de que un tribunal comenzara a conocer en la solicitud precautoria que se pretende abortar o neutralizar.

3. La anticautelar encierra una orden judicial.

La anticautelar es -como según se infiere todo lo hasta aquí consignado- 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.

Si ello es así, y lo es, su desobediencia tiene connotaciones penales, puede estar sujeta a penalidades civiles (multas, astreintes) y, lo que más interesa, su desconocimiento acarrearía la nulidad de la cautelar abusiva correspondiente, dictada en sentido contrario a la veda decretada. Esto último porque una de las consecuencias del abuso procesal (y se está frente a uno) es la nulidad del acto abusivo (21), y la proscripción de toda ventaja procesal que le pueda reportar al abusador la materialización del abuso (22).

V. Coda.

Ha sido una constante en nuestro pensamiento denunciar el error que radica en que nuestro ordenamiento jurídico favorezca ostensiblemente a los demandados (y habituales deudores, en sentido lato) frente a los actores (corrientemente, acreedores en

sentido lato). Insistimos en la prédica. Pero ello no nos cierra los ojos ante realidades como las que justifica que en ciertos supuestos se inviertan los roles y sean los actores los inicualemente favorecidos. Las medidas anticautelares intentan poner fin preventivamente a maniobras abusivas cautelares y dar cauce técnico a soluciones aisladas e inorgánicas dictadas por imperio de la necesidad. Tal es la verdadera misión de la doctrina autoral de hogaño: proporcionar soluciones técnicas a necesidades experimentadas por los justiciables no debidamente reguladas por el legislador.

NOTAS.

1. PEYRANO, Jorge W., “Abuso de los derechos procesales”, en “Abuso procesal”, obra colectiva del Ateneo de Estudios del Proceso Civil de Rosario, Santa Fe 2001, Ed. Rubinzal Culzoni, p. 82.
2. PEYRANO, Jorge W., “Apuntes sobre el abuso procesal”, en “Problemas y soluciones procesales”, obra colectiva del Ateneo de Estudios del Proceso Civil de Rosario, Rosario 2008, Ed. Juris, p. 54.
3. PEYRANO, Jorge W., “Lineamientos del recurso ad infinitum”, en “Problemas y soluciones procesales”, obra colectiva del Ateneo de Estudios del Proceso Civil de Rosario, Rosario 2008, Ed. Juris, p. 65.
4. Artículo 208 del CPN: “ Salvo en el caso de los arts. 209, inc. 1), y 212, cuando se dispusiere levantar una medida cautelar por cualquier motivo que demuestre que el requirente abusó o se excedió en el derecho que la ley otorga para obtenerla, la resolución lo condenará a pagar los daños y perjuicios si la otra parte lo hubiere solicitado. La determinación del monto se sustanciará por el trámite de los incidentes o por juicio sumario, según que las circunstancias hicieren preferible uno u otro procedimiento a criterio del juez, cuya decisión sobre este punto será irrecurrible”.
5. RIVAS, Adolfo, “Medidas cautelares”, Buenos Aires 2007, Ed. LexisNexis, p. 72 y ss.
6. PEYRANO, Jorge W., “ La jurisdicción preventiva civil en funciones”, en “Cuestiones procesales modernas”, Suplemento Especial de LA LEY de octubre de 2005, p. 151 y ss.
7. PEYRANO, Jorge W., “La acción preventiva”, Buenos Aires 2004, Ed. LexisNexis-Abeledo Perrot, passim.
8. Vide las acciones preventivas consagradas por los artículos 52 y 55 de la Ley 24.240.
9. PICO I JUNOY, Joan, “Las garantías constitucionales del proceso”, Barcelona 2012, Ed. Bosch, p. 90: “La tutela jurisdiccional –no indica el T.C.- no es tal sin medidas cautelares que aseguren el efectivo cumplimiento de la futura resolución definitiva que recaiga en el proceso. Por ello, el legislador no puede eliminar de manera absoluta la posibilidad de adoptar medidas cautelares dirigidas a asegurar la efectividad de las sentencias pues así vendría a privarse a los justiciables de

una garantía que se configura como contenido del derecho a la tutela judicial efectiva”.

10. PEYRANO, Jorge W., “ Régimen de las medidas autosatisfactivas. Nuevas propuestas”, en “ Medidas autosatisfactivas”, obra colectiva del Ateneo de Estudios del Proceso Civil Santafesino, Santa Fe 1999, Ed. Rubinzal Culzoni, p. 27: “ La medida autosatisfactiva es un requerimiento urgente formulado al órgano jurisdiccional por los justiciables que se agota –de ahí lo de autosatisfactiva- con su despacho favorable, no siendo entonces necesaria la iniciación de una ulterior acción principal para evitar su caducidad o decaimiento”.
11. Artículo 203 del C.P.N.: “ El acreedor podrá pedir la ampliación, mejora o sustitución de la medida cautelar decretada, justificando que ésta no cumple adecuadamente la función de garantía a que está destinada. El deudor podrá requerir la sustitución de una medida cautelar por otra que le resulte menos perjudicial, siempre que ésta garantice suficientemente el derecho del acreedor. Podrá, asimismo, pedir la sustitución por otros bienes del mismo valor, o la reducción del monto por el cual la medida precautoria ha sido trabada, si correspondiere. La resolución se dictará previo traslado a la otra parte por el plazo de cinco días, que el juez podrá abreviar según las circunstancias”.
12. KIELMANOVICH, Jorge, “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado y Anotado”, Buenos Aires 2005, Ed. LexisNexis-Abeledo Perrot, T. I, p. 311.
13. ARAZI, Roland y ROJAS, Jorge, “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado, Anotado y Concordado con los Código Provinciales”, Santa Fe 2007, Ed. Rubinzal Culzoni, T. I, p. 786.
14. FALCÓN, Enrique, “ Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial”, Santa Fe 2006, Ed. Rubinzal Culzoni, T. IV, p. 100.
15. DE LÁZZARI, Eduardo, “Medidas cautelares”, La Plata 1984, Ed. Platense, T. I, p. 187.
16. Los códigos procesales civiles, por orden cronológico, de Chaco, La Pampa, Corrientes, Formosa, San Juan y Santiago del Estero han incorporado la autosatisfactiva en sus textos. Sobre su particular, puede consultarse, de nuestra autoría, “La medida autosatisfactiva: causas principales de su génesis y difusión”, en Doctrina Judicial Procesal, N° 6 de julio de 2010, p. 76 y ss.
17. DE LOS SANTOS, Mabel, “Medida autosatisfactiva y medida cautelar (semejanzas y diferencias entre ambos institutos procesales)”, en Revista de Derecho Procesal, Editorial Rubinzal Culzoni, N° 1, página 31 y ss.
18. BARBERIO, Sergio, “La medida autosatisfactiva”, Santa Fe 2006, Ed. Panamericana, p. 100 y ss.
19. Fallos: 249:670, LA LEY, T. 112, p. 775.
20. PEYRANO, Jorge W., “Medida cautelar innovativa”, Buenos Aires 1981, Ed. Depalma, p. 75.

21. PEYRANO, Jorge W., “ Otro principio procesal: la proscripción del abuso del derecho en el campo del proceso civil”, en la obra citada en nota 1, p. 194.
22. Ibidem, p. 192.