

Evolución del ideario de la anticautelar

*No hay cosa, por fácil que sea,
que no lo haga difícil la falta de voluntad.
Juan Luis Vives*

por Silvia L. Esperanza

Sumario: I. Prefacio. II. Concepto. III. Presupuestos. IV. Oportunidad para su presentación. V. Resolución. Contenido. Incumplimiento. VI. Antecedentes jurisprudenciales. VII. Corolario.

I. Prefacio

Desde hace tiempo la situación económica del país ha llevado a que el poder creativo de los doctrinarios y magistrados argentinos aflore para dar respuestas a situaciones impensables. Aquellas sólo se alcanzan cuando, además, se enrolan en la corriente del activismo judicial. Este considera que la lectura de la Constitución Nacional no constituye un obstáculo para distribuir el pan de la Justicia sino más bien, un estímulo¹ o como lo destaca Stiglitz², es la garantía del progresismo del sistema.

En otra oportunidad dijimos que, la realidad reclama una rápida solución³.

Todo ello lo recordamos por estar vinculado a la temática de estas líneas: *la medida anticautelar* la que a su vez se encuentra íntimamente ligada al abuso procesal, y en particular con el abuso de las medidas cautelares y los efectos dañosos que produce en el cautelado, especialmente cuando de empresas o sociedades comerciales se trata.

En esta ocasión nos detendremos en la novel herramienta del derecho procesal para poner límite al abuso en materia cautelar: *la medida anticautelar*.

II. Concepto

Peyrano nos presenta las medidas anticautelares, describiéndolas “como 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

¹ Peyrano, Jorge W. “Sobre el activismo judicial”, L.L. 26.2.2008,1.

² Stiglitz, Gabriel; “Funcionalidad de las medidas autosatisfactivas en el derecho del consumidor”, en *Medidas Autosatisfactivas*, Segunda Edición, T. II, p. 260 Edit. Rubinzal Culzoni.

³ Esperanza, Silvia L.; “Las sentencias constitucionales y el efecto erga omnes. Adaptabilidad de la “Teoría de los Juegos”, *Proceso y Constitución*, Gozaini, Osvaldo; Coordinador, Editorial Ediard, pág. 252, edic. 2009

libre disposición de ciertos bienes) y ser fácil e idóneamente reemplazable por otra precautoria”. Avanza aún más y la considera “como una herramienta preventiva del abuso procesal cautelar, que procura evitar que quien se encuentra en condiciones de trabar una diligencia cautelar elija a la más perjudicial para el cautelado cuando tiene a la mano otras opciones”⁴. Explica que no apunta en modo alguno a proscribir la traba de cualquier diligencia cautelar, sino tan solo a proscribir un ejercicio abusivo y excesivo de la potestad cautelar, circunscribiéndose a vedar a 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 cautelar⁵.

Resulta interesante destacar coincidiendo con la opinión de Carbone⁶, que el peticionante de una anticautelar no se opone a ser gravado por cautelar alguna, sino a determinadas medidas precautorias.

Recordamos al lector que en torno a la necesidad de prevenir el abuso procesal y los daños producidos, especialmente en el ámbito de lo cautelar, también, la doctrina ha desarrollado una alternativa a la medida anticautelar: la denominada *denuncia antecautelar de bienes*, que como lo sostienen sus autores de ningún modo viene a sustituir a la ya vigente y en práctica medida anticautelar, muy por el contrario. *La antecautelar* procura evitar que se traben medidas cautelares sin derecho o con abuso o exceso de derechos, a través de una suerte de levantamiento o sustitución anticipada que es impulsada en el mismo procedimiento principal en trámite, ante el conocimiento por parte del demandado -posible destinatario de la medida cautelar abusiva-, de la acción instaurada en su contra. Es decir, consiste en dotar al juez de la información necesaria fin de que pueda éste, de ser necesario, morigerar la libre elección cautelar con la que cuentan las partes ante la posibilidad de que la selección, pedido y traba de una medida precautoria específica -siempre y cuando pueda ser reemplazada idóneamente por otra-, le genere graves y evitables perjuicios a la contraria⁷.

⁴ Peyrano, Jorge W.; “Precisiones sobre las medidas anticautelares”, E.D., boletín del 5 de mayo de 2014.

⁵ Peyrano, Jorge W.; “Las medidas anticautelares”, L.L. 2012-B,670

⁶ Carbone, Carlos; “La medida anticautelar y su posible expansión”, L.L. 2.7.2014,8

⁷ Fiorenza, Alejandro Alberto-Mainoldi, María Soledad; “Una alternativa a la medida anticautelar: La denuncia antecautelar de bienes”, E.D, boletín del 2 de junio de 2014.

III. Presupuestos

Conceptualiza, veamos sus presupuestos.

El requisito más destacable es demostrar la situación de vulnerabilidad cautelar en que se encuentra el requirente, otorgando a esa situación el perfil de urgencia que caracteriza a toda medida autosatisfactiva, además invocar verosimilitud del derecho y peligro en la demora -vinculado de modo directo con el desenvolvimiento económico-.

Lo que se pretende con esta nueva institución es destrabar o impedir la inmovilidad económica producida por lo abusivo de la cautelar decretada o a decretarse.

Verosimilitud del derecho, radica en la manifestación de que la medida precautoria decretada o a despacharse altera el normal desenvolvimiento de la actividad del afectado, lo que a su vez se torna perjudicial. Así también debe, en el sentido de carga, individualizar de modo inequívoco los bienes o valores (acciones, por ejemplo) a los que se recurrirá para el dictado de la medida anticautelar.

Ahora bien, el pronunciamiento que anotamos de la Cámara de Apelaciones de Trenque Lauquen expresó sobre el particular:“... en un juicio ejecutivo la medida que solicite el ejecutante no será estrictamente ‘cautelar’, sino ‘ejecutiva’: la sola potencia dada por la ley al título ejecutivo hace que se exima al ejecutante de tener que reunir los clásicos requisitos de la verosimilitud del derecho, el peligro en la demora y la contracautela. Pero atento lo reglado en los arts. 233 y 533 2do. párrafo CPCC, esa exención al ejecutante no parece impedir absolutamente al ejecutado, bajo ciertas circunstancias, tematizar v.gr. la falta de verosimilitud del derecho, abriendo cause así a la operatividad de la -digamos- tutela anticautelar”.

Con respecto a *la contracautela*, Sosa⁸ dice que opera sobre la indemnización de los daños -para asegurarla- pero no sobre los daños -para evitarlos-, Peyrano, citando a Barberio⁹, por su parte es de opinión, que no se notan diferencias respecto del régimen general de las autosatisfactivas, posición que compartimos.

IV. Oportunidad para su presentación

Puede hacerse valer con mucha antelación al dictado de una sentencia condenatoria, dado que si concurren los recaudos exigibles las medidas anticautelares

⁸ Sosa, Toribio E., “Levantamiento o sustitución “anticipados” de medida cautelar”, E.D. 16.4.14

⁹ Barberio Sergio; “La medida autosatisfactiva, Santa Fe, 2006, Edit. Panamericana, p. 100 y ss.

pueden pedirse y despacharse aun antes de que el acreedor del caso haga valer sus derechos en juicio¹⁰.

En el caso en comentario, se peticionó en un proceso ejecutivo cuando se ha puesto en tela de juicio por uno de los co ejecutados, el instrumento ejecutivo -saldo deudor de cuenta corriente-¹¹.

V. Resolución. Contenido. Incumplimiento

Toda petición de una antecautelar culmina con el dictado de la resolución judicial que determinará la no prosecución de la medida cautelar por ser particularmente perjudicial o peor aún podría llegar a ser extorsiva para el destinatario. Dispondrá, además, la imposición de apercibimientos para el supuesto de la falta de acatamiento.

Ahora bien, ¿qué consecuencias trae el incumplimiento de la resolución antecautelar? a esos fines se deben tener en cuenta los principios procesales, especialmente el de moralidad. A partir de la concepción de que el proceso es un verdadero instrumento para la consagración de la justicia, deben los curiales desenvolverse con probidad, buena fe y lealtad en sus relaciones con las partes entre sí y respecto al tribunal¹². En este punto nos detendremos para mencionar el principio de proscripción procesal que es derivación del de moralidad. La proscripción procesal plasma conductas privativas, estén o no reguladas y se desarrollen en el transcurso del proceso desviando sus fines. Viene a colación lo anterior, justamente porque la consecuencia del incumplimiento de la antecautelar es la nulidad de la medida cautelar por aplicación del principio de proscripción del abuso de los derechos procesales, es decir, por el abuso del instituto de la medida cautelar.

VI. Antecedentes jurisprudenciales

El instituto que analizamos, de creación doctrinaria, es acompañado por los pronunciamientos del pretor, así se destaca su aplicación en las tres instancias. Veamos cronológicamente.

¹⁰ Peyrano, Jorge W.; “Las medidas antecautelares”, ob.cit.,

¹¹ “Banco de la Provincia de Buenos Aires c/Hernández Cristian -Transportadora Los Pinos II S.A. S/Cobro Ejecutivo”, Expte. 89131. “...al explorar la potencialidad ejecutiva de aquella constancia elaborada por el banco -en la dimensión en que fue cuestionada- lo que prima facie se desprende, es que la cuenta a la cual se refiere está a nombre de una sociedad anónima...Pero el nombre de la cuenta corriente bancaria -tal como aparece en el título ejecutivo- estaría identificado al titular de la misma y ese nombre es sólo el de la sociedad...”.

¹² Peyrano, Marcos; “El abuso del derecho y su inserción como nuevo principio del proceso, Su relación con el principio de moralidad procesal,” citado por Airasca Ivana María en “Reflexiones sobre a proscripción del abuso del derecho en el proceso”, Abuso Procesal, p. 90, Edit. Rubinzal Culzoni.

1. Primera Instancia. Causa: “Centro de Chapas Rosario S.A. c/Administración Provincial de Impuestos A.P.I. s/medida cautelar”, expediente N° 6741/13, Interlocutorio N° 3007/13, Juzgado de primera instancia de distrito en lo Civil y Comercial de la sexta Nominación de Rosario.

El caso: Prosperó una anticautelar (mediante una autosatisfactivas) contra la Administración Provincial de Impuestos que ordenaba en su seno que ésta “no trabee inhibición general de bienes y/o embargo sobre cuentas corrientes de la actora, derivada del expediente administrativo N° 13302-0635876-2 si el crédito no excediere el monto de \$ 580.000 atento al grave perjuicio que la misma importaría para la destinataria de la medida y a la existencia de los bienes puestos a disposición a los fines de efectivizar una eventual cautelar en su contra en virtud a tales actuaciones.

2. Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chaco. Sala Primera Civil, Comercial y Laboral. Causa: “Ceshma S.A. c/Fundación Encuentro por la Vida; Cultura y Democracia s/medida cautelar”, N° 1990/13-1-C, Sentencia N° 120 del 2 de junio de 2014.

El caso: La medida cautelar fue promovida por la firma Ceshma S.A. -en su carácter de responsable de la construcción del centro comercial “Resistencia Mall”- contra la Fundación Encuentro por la Vida; Cultura y Democracia, a fin de que esta última -habiendo a través de sus representantes manifestado públicamente su postura opuesta a dicho emprendimiento-, se abstenga de realizar cualquier acto u omisión que implique la perturbación de la ejecución del proyecto edilicio y urbanístico. Fundaron tal petición en la existencia de antecedentes administrativos y reglamentarios tramitados ante los pertinentes organismos de contralor estatal que dan cuenta de la legalidad del proyecto -en actual proceso de ejecución-, lo que se vería gravemente afectado ante presumibles acciones judiciales tendientes a paralizar el mismo. El Superior Tribunal hizo lugar a petición.

3. Cámara de Apelación Civil y Comercial –Trenque Lauquen. Causa: “Banco de la Provincia de Buenos Aires c/Hernández Cristian -Transportadora Los Pinos II S.A. S/Cobro Ejecutivo”, Expte. 89131.

El caso: Se promovió, por el Banco Provincia de Buenos Aires, el cobro ejecutivo del saldo deudor de cuenta corriente contra una sociedad anónima y una persona física, de la constancia elaborada por el banco se desprende que la cuenta está a nombre de una sociedad anónima, aún cuando se observa que la solicitud de apertura de la cuenta

corriente aparece suscripta por el co-ejecutado, a título personal y en representación de la anónima. Pero el nombre de la cuenta corriente bancaria -tal como aparece en el título ejecutivo- estaría identificando al titular de la misma y ese nombre es sólo el de la sociedad. El co-ejecutado petitionó la medida anticautelar, rechazada “in limine” en primera instancia, apela la Cámara hizo lugar a la tutela anticautelar requerida.

VII. Corolario

La medida anticautelar esta dando sus primeros pasos, lo interesante es destacar que con ella se logra la prevención de conductas abusivas y que el deudor encuentra un instrumento, no para evitar la medida precautoria, sino para ofrecer otros bienes ha ser cautelados, sin que afecte el desenvolvimiento económico de su actividad.

Los magistrados tienen en sus manos una nueva herramienta que podrán aplicarla en uso de las facultades que le confiere el art. 34 inc. 5 del CPCC..

Los legisladores se encuentran en presencia de un instituto, no regulado y que, en sus manos se halla esa facultad.