

VADEMECUM DE LA POSTULACIÓN ANTICAUTELAR. SU FRONTERA¹

por Silvia L. Esperanza

SUMARIO: I. Palabras previas. II. Introducción. III. Postulación anticautelar. IV. Jurisprudencia correntina. V. Palabras de cierre.

I. Palabras previas

Es necesario realizar algunas advertencias al lector de las líneas que siguen. Por de pronto, alertamos acerca de que nos enfocaremos al área procesal civil sin perjuicio que pueden ser tratadas en otros fueros.

Siempre a título previo, diremos que el tema de la prevención del daño debe ser lo central de permanentes reflexiones. Consideramos que las líneas que siguen contribuirán a esas deliberaciones.

Finalmente, señalamos que cuando hablamos de postulación anticautelar, lo hacemos desde la visión de prevención del daño que causa el abuso procesal cautelar.

II. Introducción

Aclarado lo anterior, subrayamos que el concepto de anticautelar en estas horas ha logrado incorporarse al vocabulario procesal, a pesar de no estar legislado, sin embargo y con muy buen tino lo vemos en el anteproyecto de reforma del CPCC de Corrientes en el artículo 203².

La finalidad del presente consiste en analizar el instituto para evitar la consumación del daño por el abuso de las medidas cautelares. Consideramos que es una herramienta procesal que logra el objeto propuesto, equilibrio entre la necesidad del aseguramiento y el perjuicio que ocasiona una cautelar abusiva.

¹ Publicado en la Revista LL. Código Civil y Comercial. Junio 2020 p. 17.

² Proyecto presentado en noviembre de 2019 a la H.Cámara de Diputados. Art. 203. Quien se encuentre en riesgo de que se dicte en su contra una medida cautelar que considere abusiva y que podría causarle graves e irreparables perjuicios, podrá peticionar que la jurisdicción se abstenga de decretarla, acreditando la verosimilitud del derecho y el peligro de la demora y ofreciendo bienes o un seguro de caución suficientes para sustituir la medida cuya prohibición solicita. La resolución que la admita fijará la contracautela por los daños y perjuicios que pudiera ocasionar. La anticautelar podrá ser impugnada por vía de revocatoria o incidental, las que no tendrán efecto suspensivo.

III. Postulación anticautelar

La *postulación anticautelar*, consideramos esta terminología correcta en reemplazo de medida anticautelar como se la conoce, es una herramienta preventiva del abuso procesal cautelar, que procura evitar que quien se encuentra en condiciones de trabar una diligencia cautelar elija la más perjudicial para el cautelado cuando tiene a la mano otras opciones³.

Destacamos que el peticionante de una anticautelar no se opone a ser gravado por cautelar alguna, sino a determinadas medidas precautorias que pueden perjudicar el desenvolvimiento normal de sus actividades. La postulación anticautelar no apunta en modo alguno a proscribir la traba de cualquier diligencia cautelar, 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 (inhibición general, por ejemplo) o la traba de una precautoria de determinados bienes (embargos sobre las cuentas de una entidad aseguradora) cuando puede ser reemplazada idóneamente por otra cautelar⁴.

En sus orígenes la *medida anticautelar* -denominación inicial- se consideraba un proceso autosatisfactivo, autónomo. Hoy, Peyrano⁵ nos dice y coincidimos con su pensamiento que existe una pretensión anticautelar exógena que da nacimiento a un proceso urgente principal que se desarrollará tal y como cualquier medida⁶ autosatisfactiva, solo que culminará con la orden judicial de no afectar tal o cual parte del patrimonio del requirente. Pero también existe una pretensión incidental endógena que puede tener lugar en el seno de un proceso en trámite⁷. Tal pretensión anticautelar endógena no genera un proceso principal sino uno meramente incidental, con singularidades atípicas. Subraya que el éxito está sujeto a los mismos recaudos prescriptos para la variante exógena. Avanza aún mas y nos dice que ambas no admiten mayores

³ PEYRANO, Jorge W., *Precisiones sobre las medidas anticautelares*, en *La acción preventiva en Código Civil y Comercial de la Nación*, Peyrano, Jorge W., director, Esperanza, Silvia L., coord., Rubinzal Culzoni, p. 643.

⁴ ESPERANZA, Silvia L., *El ideario anticautelar* en ob. cit. *La acción...* p. 678

⁵ PEYRANO, Jorge W., *La pretensión anticautelar*, LL 26.3.20, LL 2020-B

⁶ Consideramos que la denominación correcta es **Proceso** autosatisfactivo

⁷ Por ejemplo, el caso que juzgo la Cámara de Trenque Lauquen, 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-, causa: "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... El co-ejecutado peticionó la medida anticautelar, rechazada "in limine" en primera instancia, apelada la Cámara hizo lugar a la tutela anticautelar requerida".

demoras ni substanciación previa porque, claro está, ello posibilitaría que quien estuviera en condiciones de perpetrar el abuso cautelar del caso se apresurara a cometerlo, sabedor de que la postulación anticautelar nada puede hacer ante el abuso consumado.

Es de tener presente que cualquiera sea la postulación anticautelar -endógena o exógena- no puede peticionarse cuando el abuso cautelar se ha concretado, porque justamente, lo que se pretende es evitar el daño que causa la cautelar abusiva. He ahí el límite o frontera de toda postulación anticautelar. Un claro ejemplo de lo que no debe ser es la causa “Pcia. del Chaco s/Medida”, Expte. N° 9340-19 del juzgado Civil y Comercial N° 6 de Resistencia de fecha 31.7.2019, en la que se despachó una medida anticautelar pretendiendo dejar sin efecto una cautelar de fecha anterior, dictada por la Cámara Contenciosa Administrativo de Resistencia (Expte. 10621-19 “CH.S.T. s/Medida cautelar”, Res. N°516 de fecha 29.7.19) en la que se decidió suspender la vigencia del Decreto Provincial 2518/19 que alteró el calendario eleccionario previsto y fijó, como nueva fecha de realización de las elecciones para el 13.10.19. Reiteramos, la vigencia de una cautelar es la frontera de la postulación anticautelar.

Si bien es cierto que no tiene consagración “procesal” legislativa, podemos afirmar que la base normativa se encuentra en los arts. 1710 y 1712 del Código Civil y Comercial, este último se refiere a los legitimados activos “quienes acrediten un interés razonable en la prevención del daño”.

Respecto al abordaje del órgano competente para resolver una postulación anticautelar, consideramos que dependerá si esta es endógena o exógena. Para el primer supuesto será competencia del que resuelve la postulación principal y de ser exógena será competente el del domicilio del requirente pues este es quien reclama la intervención judicial dada la urgencia.

Ciertamente que para obtener una decisión favorable a la postulación anticautelar se debe cumplimentar determinados presupuestos, mas allá que no se haya materializado cautelar alguna. Así tenemos:

a) *Urgencia* configurada por una situación de vulnerabilidad cautelar del requirente que, por ejemplo, ha caído en estado de *mora debitoris*, por lo que en cualquier momento puede ser objeto de una precautoria que de ser aquellas que lo perjudican especialmente podría llevarlo a la ruina

b) *Verosimilitud del derecho*, radica en la manifestación de que la medida precautoria 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 sentencia favorable a la postulación anticautelar.

c) *Contracautela*, Sosas dice que opera sobre la indemnización de los daños -para asegurarla- pero no sobre los daños -para evitarlos-, sobre el tema coincidimos con Peyrano creemos que deberá consistir en una caución real o personal con aptitud para cubrir los perjuicios ocasionados por la anticautelar cuando ella hubiera servido para facilitar maniobras del requirente tendientes a insolventarse. El anteproyecto correntino expresamente dice “La resolución que la admita fijará la contracautela por los daños y perjuicios que pudiera ocasionar.”.

IV. Jurisprudencia correntina

Buen ejemplo de la postulación anticautelar lo aporta el antecedente jurisprudencial, “Coliber S.A.” del juzgado Civil y Comercial de Curuzú Cuatiá (Ctes.) del 13.7.2018.

El caso: Se promovió medida autosatisfactiva anticautelar, por los apoderados de COLIBER S.A., manifiestan que tiene una relación de más de diez años con la firma propiedad de Gustavo L. Bozzi. En el marco de esa relación comercial, y al ver que era inminente la suba de precios de combustible, el Sr. Bozzi ofrece a COLIBER S.A. realizar una compra de combustible a futuro, fijando el precio en el momento de la operación, y entregando en garantía de pago del precio cheques de pago diferidos por un monto total de \$ 8.828.500, debiendo Bozzi entregar el combustible a medida que COLIBER S.A. lo requería. Los valores se enviaron y fueron recibidos por Bozzi, dejando constancia que los cheques estaban confeccionados A LA ORDEN del citado proveedor. Aclaran que su mandante tiene capital suficiente para responder frente a los acreedores, y por ello pretende evitar la inhibición general en forma apresurada por los organismos jurisdiccionales. Luego de la entrega de los cheques, se intentó comunicar con Bozzi para acordar la entrega del combustible, pero la comunicación resultó infructuosa, pese a lo cual los cheques eran presentados al cobro e ingresados vía clearing bancario y debitado el monto de la cuenta corriente de Coliber S.A., siendo requeridos sus pagos por las distintas entidades bancarias, causándole serios perjuicios a la empresa que se ve perjudicada.

Fundamentos del fallo: la medida anticautelar prevé en algunas situaciones la posibilidad de una sustanciación con la parte contraria. En el caso concreto, tal situación

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

no es factible, toda vez que -conforme el relato de la actora-, y como se ha acreditado con la causa que tramita por ante este Juzgado caratulada "*CREDITO SOCIAL NORTE COOPERATIVA DE CREDITO, CONSUMO, VIVIENDA, TURISMO Y SERVICIOS ASISTENCIALES LIMITADA C/ COLIBER S.A. S/ EJECUTIVO*", Expte. N° CXP 10.634/18, es evidente que los valores han sido negociados en el circuito financiero, por lo cual, es imposible saber a ciencia cierta quiénes son los actuales tenedores de los mismos, si bien existe un indicio con las cartas documento que se van recibiendo. Por ello, y a fin de no afectar sus legítimos derechos, el presentante deberá notificar a tales entidades el ofrecimiento anticipado del inmueble a embargo, una vez que esté en condiciones de ello, es decir, una vez que se anote el embargo como se ordena mediante el presente. En el caso se dan los presupuestos que doctrinaria y jurisprudencialmente se vienen exigiendo para la procedencia de medidas anticautelares, que forman parte de las llamadas tutelas diferenciadas, de urgencia, anticipatorias o preventivas del daño; que, como tales, requieren de un procedimiento expedito, de plazos breves, que como toda tutela urgente privilegia el valor tiempo por sobre el de contradicción plena. Comparten con las autosatisfactivas el carácter de ser específicas y exclusivas, por cuanto el interés del postulante se limita a la tutela requerida (prohibición de un despacho cautelar determinado), sin pretensiones conexas.

Resolución: Se dispone trabar embargo sobre el inmueble inscripto en el Registro de la Propiedad Inmueble de Corrientes, hasta cubrir la suma de \$ 3.445.000 (\$ 2.295.000 correspondiente a capital con más la suma de \$ 1.150.00 que se presupuestan provisoriamente para intereses y costas de las futuras ejecuciones) Acreditada la anotación del embargo dispuesto, se decreta la medida autosatisfactiva solicitada y se dispone que el Juzgado Civil, Comercial, Laboral y Familia de esta ciudad, deberá abstenerse de dictar medidas cautelares (sea inhibición general, embargos o medidas de no innovar) sobre la Cuenta Corriente N° xx, CBU xxx del Banco de la Nación Argentina de titularidad de Coliber S.A., CUIT xxx, por hechos relacionados con los cheques xxx.

V. Palabras de cierre

Se encuentra en el ámbito procesal una novel herramienta que nos permite la función preventiva del daño causado por el abuso procesal en las medidas cautelares, sus rasgos característicos son:

1. Urgencia, basada en la existencia de una situación de vulnerabilidad cautelar.

2. Verosimilitud del derecho invocado en la manifestación de que la medida precautoria a despacharse altera el normal desenvolvimiento de la actividad del afectado.
3. Se puede peticionar dentro de un proceso (endógena) o antes de iniciarse el proceso (exógena).
4. Trámite: si es exógena, se tramita vía proceso autosatisfactivo, si es endógena, vía incidental, inaudita pars.
5. Competencia: de ser endógena, es competente el juez que entiende la causa principal, si es exógena el juez del domicilio del requirente que es quien pretende.
6. Es indispensable que no se haya materializado cautelar alguna.

Como toda institución nueva encuentra resistencia, el tiempo nos ira dando la razón, estamos en presencia de un instituto procesal muy útil para prevenir el daño que produce el abuso cautelar.