XXVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal San Salvador de Jujuy,

10 al 12 de septiembre de 2015

Comisión N° 1: DERECHO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL

Subcomisión: Jurisdicción preventiva

Título: “La caducidad de instancia en procesos con medidas de tutela anticipada”

Autor: María Florencia Alloatti

Dirección Postal: Botafogo Esq. Celso Barrios s/n. Lote 21 Mza. 37- Country Jockey Club. B° Ampliación Jardín Espinoza. 5014, Córdoba Capital (C.P 5014).

Teléfono: 0351- 152270001

Dirección de mail: floralloatti@hotmail.com

Fecha de nacimiento: 08/04/1989

Síntesis de la propuesta: Se analiza la medida de tutela anticipada de urgencia como una herramienta a los fines de la tutela judicial efectiva. Se plantea como problemática la caducidad de la instancia en aquellos procesos en los que una parte obtiene dicha medida. Se propone la aplicación de una multa procesal a aquella parte que, habiéndola obtenido deja caducar el proceso principal.

Postulación como en los premios referidos en el artículo 7 del reglamento: sí.

Sumario del contenido: 1.Introduccion 2. Medidas de tutela anticipada.3. La tutela anticipada como herramienta a los fines de satisfacer una tutela judicial efectiva 4. El problema de la caducidad de la instancia 5. Posibilidad de aplicar soluciones vigentes en nuestro sistema actual 6. Propuesta: La multa como sanción procesal.

INTRODUCCION

A raíz de la creciente proliferación del instituto de las medidas de tutela anticipada, surge un nuevo inconveniente que pesa sobre el demandado en el proceso principal y que se relaciona con la caducidad de éste operada a raíz de la inactividad del actor, atento haber obtenido la satisfacción principal anticipadamente. En virtud de ello aparece la necesidad de adoptar medidas que equilibren esa situación, ya que se produce un fenómeno que ha sido llamado "entronización de la tutela anticipatoria urgente y cautelar"[1] y que provoca una desigualdad que debe ser solucionada.

En las siguientes líneas se intentará brindar una conceptualización de estas medidas, definiéndolas como herramientas útiles para lograr una tutela judicial efectiva. A su vez trataremos de proponer herramientas a los fines de evitar que una vez conseguida la tutela anticipada se produzca una suerte de relajación en el actor, que lo lleve a concluir, por medio de la perención de la instancia, el proceso principal.

MEDIDAS DE TUTELA ANTICIPADA[2]

Se entiende a la tutela anticipada como aquel anticipo jurisdiccional que resulta tal por ser emitido antes de la sentencia definitiva, que recaiga sobre el objeto sustancial de las pretensiones esgrimidas por las partes en el proceso y presupone la necesidad de satisfacer la pretensión del peticionario de manera urgente, total o parcial.[3]

La importancia de estas medidas radica en asegurar necesidades que no podrían satisfacerse si el justiciable debiera esperar la finalización del proceso. El factor en el que se sustenta es la urgencia del requirente, quien

[1] Carbone, Carlos A. Ateneo de Estudios del Proceso Civil de Rosario (online). EJECUCION POR ENTRONIZACIÓN Y ESTABILIZACIÓN DE LA TUTELA ANTICIPATORIA DE URGENCIA Y EVIDENCIA. http://faeproc.org/wp-content/uploads/2013/07/Ros_25.pdf

[2] Se encuentran reconocidas legalmente en los Arts. Art. 231 C.P.C.C. La Pampa, Art. 242 CPCC San Juan

[3] Fernández Balbis, Amalia. Ateneo de Estudios del Proceso Civil de Rosario (online). El proceso Civil. Un cambio en la Ingeniería que hace operativa la tutela anticipada: la inmediata cuantificación del daño a la persona. http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/baires_9.pdf

argumenta que en caso en que tenga que esperarse a la sentencia, se produciría una frustración en su derecho o un daño irreparable.

LA TUTELA ANTICIPADA COMO HERRAMIENTA A LOS FINES DE SATISFACER UNA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Nuestra Constitución Nacional, a partir de la incorporación de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, consagra el principio de la tutela judicial efectiva como un imperativo que debe beneficiar a todos aquellos que acuden al servicio de justicia.

En función de ello, aparece indefectiblemente la necesidad de brindar respuestas rápidas a los fines de tutelar los derechos vulnerados, utilizando como herramientas, medidas que posibiliten su amparo y que aseguren al hombre el goce y respeto de todas las potencias o facultades inherentes a su condición humana, protegiendo las distintas proyecciones físicas o psíquicas de la persona natural[4].

Se ha dicho que la singular característica de esta forma de tutela se da por el hecho de que el individuo no puede esperar a una resolución final cuando desistiría en la mitad del proceso por carecer de los elementos sustanciales para la continuación del mismo, léase salud, comida, un hogar, vestimenta, etc., elementos fundamentales para la calidad en el ejercicio de la vida.[5] Y que el adelanto de esta sentencia a un momento en particular no indica prejudicialidad alguna, sino más bien, que la justicia ha llegado hasta donde se encuentra el individuo y no a la inversa.[6]

EL PROBLEMA DE LA CADUCIDAD DE LA INSTANCIA

Cuando el juez decide otorgar la medida de tutela anticipada, hace una valoración en el cual pondera prioritariamente lo que el actor peticiona, es decir cuál es su necesidad, por sobre el derecho de defensa del demandado.

---

[4] LLOVERAS DE RESK, Maria Emilia y otras "Lecciones de Derecho Civil", Segunda Edición, Tercera Reimpresión, ed. Advocatus, Córdoba, 1995, pág. 81

[5] Belsito, Cecilia. Caporale, Andrés. Tutela Judicial Efectiva. Nova Tesis Editorial Jurídica, 2006, pág. 27/28

[6] *Íbid*

Es que, atendiendo a lo que el requirente invoca, considera que el mismo se encuentra en urgencia tal que debe ser atendida. Máxime cuando lo que se intenta proteger son derechos subjetivos del individuo que tienen por objeto a la persona considerada como un valor en sí misma y dotada de dignidad personal[7].

Sin embargo, puede suceder que el actor, al conseguir que con la medida cautelar se le proporcione todo o parte de lo solicitado en la demanda, el interés en proseguir el juicio desaparezca y omita su prosecución, declarándose en consecuencia la caducidad de la instancia.

Al concluirse el proceso por un modo anormal (en este caso la perención de la instancia), la medida cautelar a la que nos referimos, por tener un carácter especial, no se extingue y se produce un efecto que ha sido llamado como sobrevida del despacho interinal o entronización de la tutela anticipatoria urgente o evidente.[8]

Se ocasiona entonces una suerte de desigualdad, ya que si bien en un principio se consideró como más importante el apremio del actor por sobre el derecho de defensa del demandado, ello lo fue en razón del factor de urgencia invocado por el peticionante de la medida[9] , pero no se tuvo como objeto que se resignase al dictado de una sentencia, obtenida luego de haberse transitado por todas las etapas del proceso y producido las pruebas ofrecidas por las partes.

Interesa entonces a esta altura preguntarnos si podemos estar hablando de una conducta abusiva configurada durante la tramitación del proceso.

La figura del abuso del derecho se encuentra plasmada, en el código de Vélez Sarsfield, en el Art. 1071 y en el código Civil y Comercial de la Nación, en el Art 10, lo cual tal tiene una característica peculiar signada por su ubicación metodológica, ya que encontrándose en su título preliminar, se

[7] Soria Guidone, Esteban. Carignani, Agustín. El derecho a la salud: ¿hacia un derecho absoluto? La ley Online. AR/DOC/879/2015
[8] Íd. 1
[9] Téngase en cuenta que nos referimos a la tutela anticipada de urgencia y no a la de evidencia

llega al grado máximo de generalización de este principio dentro del Derecho Privado y todos los derechos pueden ser juzgados conforme este criterio[10].

El abuso procesal es un inadecuado ejercicio objetivo de poderes, deberes funcionales, atribuciones, derechos y facultades en que puede incurrir cualquiera de los sujetos -principales o eventuales- intervinientes en un proceso civil dado, y que genera consecuencias desfavorables para el autor del abuso"[11]

Para que se configure un abuso procesal es necesario que el sujeto ejercite un acto que tiene un comienzo legítimo, un respaldo jurídico, una norma que lo autoriza, pero que posterior o simultáneamente -en su ejercicio- se desvía de sus propósitos o fines, generando un daño injustificado.[12]

Por ello, la conducta abusiva o el ejercicio abusivo, a diferencia de lo que ocurre con el acto ilícito, no es manifiesto, ni tampoco inicialmente antijurídico. Es un modo, - irregular, desviado- de ejercer los derechos subjetivos acordados por el ordenamiento.[13]

A mérito de lo anteriormente dicho, ¿podemos concluir que por el hecho de haber obtenido una medida anticipada (cumpliéndose todos los requisitos exigidos para que prospere esta medido) y por tener satisfecha toda o parte de la pretensión principal el actor deja caducar la instancia? Y, ¿podemos también decir que esto configura un abuso procesal?

En primer lugar tenemos la situación de quien ya obtuvo su satisfacción la adquirió en forma rápida y urgente a raíz de la necesidad que él tenía de que sea satisfecha en forma expeditiva. Pero sin embargo, su actividad no concluía con la medida de tutela anticipada, sino que sobre

---

[10] Lorenzetti, Ricardo Luis. Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. De Lorenzo Miguel Federico, Lorenzetti, Pablo (coordinadores). Rubinzal Culzoni Editoriales, Santa Fe, 2014. Tomo I pág. 56

[11] PEYRANO, Jorge W., Abuso de los Derechos Procesales. En Abuso Procesal. Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2001, pág. 78.

[12] Antoraz, Soledad. Ateneo de Estudios del Proceso Civil de Rosario. El Abuso Procesal como PrincipioMoral.(online).http://elateneo.org/documents/trabajosBajar/El_Abuso_Procesal_como_Principio_Moral.pdf

[13] Ibidem

él pesaba la carga de instar el proceso y probar que lo que se reclamaba era conforme a derecho, pero sin embargo no cumplió con su carga y lo dejó caducar.

Y presumimos que dejo caducarla, por la simple razón ut supra indicada, es decir porque dejó de tener un interés para obrar, porque lo que necesitaba ya le había sido otorgado.

Además, lejos de ser reiterativos, recalcamos que el fundamento por el cual se otorgó la medida fue por el factor de urgencia invocado por el requirente, amén de demostrar una fuerte verosimilitud en el derecho que se invocaba; pero que si quizás ésta se hubiese presentado en un grado mayor, se hubiera optado por una medida autosatisfactiva[14] .

El juez al momento de conceder la medida consideró que lo sostenido por el requirente de la misma era, axiológicamente, más importante que el derecho de defensa del demandado, que no se eliminó, sino que se suspendió temporariamente hasta el momento del proceso principal.

Entonces con mayor razón el actor tiene el deber de instar el proceso, porqué debe probar que tiene razón y el demandado tiene derecho a ejercer su reacción.

Podemos consiguientemente concluir, que estamos frente a una conducta abusiva del actor porque habiendo obtenido su satisfacción, abusa de su situación, en razón de su inactividad en el proceso y su consecuente perjuicio en el demandado.

Esta conducta abusiva debe ser sancionada, teniendo principalmente un fin preventivo, ya que ocasionan no solo un daño a las partes sino también al sistema de justicia, caso en el cual se ve afectado el interés comunitario[15]

[14]La medida autosatisfactiva se agota en sí misma y para su procedencia se exige un grado de verosimilitud mayor que para la medida de tutela anticipada

[15] La buena fe procesal y la conducta de las partes. Díaz Solimine Omar Luis – La Ley Online 19/03/2013

POSIBILIDAD DE APLICAR SOLUCIONES VIGENTES EN NUESTRO SISTEMA ACTUAL

Analizando la legislación actual, podemos colegir que existirían normas o soluciones legales en las cuales podría ampararse el afectado por esta situación y que se resumirían en las siguientes:

1. Algunos códigos procesales facultan a la parte perjudicada a solicitar que se condene al pago de daños y perjuicios, y ya sea que las distintas legislaciones se enrolen por un fundamento objetivo o subjetivo de la responsabilidad, establecen un trámite a los fines de determinar el quántum de éstos, que puede ser el incidental o el ordinario.[16]
2. La imposición de costas que recae sobre la parte que dejo caducar el proceso.

En cuanto a la primera posibilidad, debemos tener en cuenta que dichas normas son aplicables para las medidas cautelares. En su mérito, si entendemos que la tutela anticipada no se enrola dentro de éstas, ergo no podríamos aplicar estas normas a dicha medida, con lo cual entraríamos en una zona gris.

De igual modo, no debemos olvidarnos que en este caso lo que se intenta perseguir es la indemnización de daños y perjuicios, de modo tal que quien los reclama debe probar su existencia y el monto indemnizatorio, debiendo desplegar una actividad procesal que implica al demandado ciertas erogaciones dinerarias y también que se consuma un determinado tiempo hasta obtenerlo. Asimismo lo que se intenta obtener es el resarcimiento de quien la solicita y no intenta sancionar a quien incurre en este abuso procesal.

[16] El código procesal civil y comercial de la Provincia de Córdoba establece en el Art. 459 del C.P.C. que la determinación del monto de los daños y perjuicios se sustanciará por vía incidental. Por su parte, el código procesal civil y comercial de la nación, en el Art. 208 reza: …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.

En cuanto a la imposición de costas, éstas se refieren a los gastos del proceso y no se relación en nada con una indemnización a favor de quien se encuentra perjudicado ni con una sanción a quien incurre en un abuso en el proceso.

PROPUESTA: LA MULTA COMO SANCIÓN PROCESAL

Analizando lo anteriormente expresado concluimos que cuando el proceso caduca, habiéndose otorgado una medida de tutela anticipada de urgencia, presumimos (por haber el demandado satisfecho su pretensión principal en forma total o parcial) que se debió a que el actor incurrió en abuso procesal y que como tal debe ser sancionado; ya que si en un primer momento se tuvo en cuenta el derecho del actor por sobre el de defensa del demandado, era en el proceso principal en donde éste último tenía la oportunidad de desplegar su actividad defensiva y probar (o no) que el actor no tenía razón. Por su parte, era al actor quien le pesaba la carga de instarlo.

Por ello proponemos la aplicación de una multa al actor que incurre en esta falta, y que ocasiona un perjuicio sobre aquel sobre quien recae.

La razón de esto es a los fines de hacer valer en el proceso el principio de moralidad, teniendo como finalidad disuadir a las partes a evitar este tipo de accionar en el futuro y a analizar las consecuencias de sus inconductas.

En cuanto a la naturaleza jurídica de esta multa, podemos afirmar que tiene el carácter de sanción disuasoria, que funciona independientemente de la indemnización de daños y perjuicios, porque como hemos visto anteriormente dicha reparación tiene un carácter resarcitorio y para determinar su monto es necesario acreditarlo, desplegar cierta actividad probatoria, (independientemente que se tramite por una vía incidental).

El carácter disuasivo es a los fines de evitar en un futuro los perjuicios que se producen en el demandado frente a esta conducta abusiva, y sancionar a quien incurre en una actitud reticente y desmedida. No tiene la función de cláusula penal legal, porque no intenta ser subsidiaria al pago de

daños y perjuicios[17] sino, como se ha expresado, intenta sancionar y prevenir.

Las partes cuando atentan en contra de los principios de buena fe, moralidad y abuso procesal deben ser sancionadas, porque tienen el deber de colaborar con la justicia y propender a que se respeten las garantías procesales.

Ahora bien, en esta instancia debemos justificar por qué se impone una sanción tan gravosa al actor. Y decimos tan gravosa, ya que puede aplicarse incluso adicionándose a la reparación integral prevista en las legislaciones procesales. Respondiendo a tal interrogante debemos volver a lo analizado y tener en cuenta dos cuestiones de gran importancia.

La primera se refiere a que en el momento en que el juez decide hacer lugar a la medida de tutela anticipada implica para el demandado otorgar a favor del requirente un valor, un monto o un interés que proviene de aquello que se considera su derecho de propiedad[18]. El derecho de propiedad se encuentra reconocido constitucionalmente declarándose expresamente su inviolabilidad y admitiéndose su privación en caso en que exista sentencia fundada en ley.

Esta sentencia fundada en ley, independientemente de su carácter, debe respetar ineludiblemente el derecho de defensa del demandado. Lo que entendemos entonces que para privar a alguien de su propiedad por sentencia es necesario que aquel que fue privado haya ejercido su derecho de defensa.

---

[17] Independientemente que se entienda que la cláusula penal tiene carácter punitivo y sancionador, no debemos olvidarnos su carácter resarcitorio y recalcar que sustituye la indemnización de daños y perjuicios, conforme se encuentra expresado en nuestro Código Civil y Comercial de la Nación en su Art. 793. El carácter que se le intenta otorgar a la multa que proponemos es exclusivamente a los fines de sancionar y prevenir y completamente independiente a la indemnización que puede ser reclamada en un futuro.

[18] Según la CSJN el término propiedad comprende todos los intereses apreciables que el hombre pueda poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad. Todo derecho que tenga un valor reconocido como tal por la ley, sea que se origine en las relaciones de derecho privado, sea que nazca de actos administrativo (derechos subjetivos privados o públicos), a condición de que su titular disponga de una acción contra cualquiera que intente interrumpirlo en su goce así sea el Estado mismo, integra el concepto constitucional de propiedad". CSJN, Fallos, 145:307

Entonces nos preguntamos, ¿cuándo se otorgó la medida de tutela anticipada, se le dio al demandado la posibilidad de ejercer plenamente su defensa? A ello contestamos que no, porque si bien se le dio la posibilidad de audiencia, no se satisfizo la posibilidad de defensa en forma plena y total. Aunque esta posibilidad no se dio porque urgía satisfacer un derecho que tenía mayor valor. Con lo cual la posibilidad de defensa fue suspendida hasta el momento del juicio principal, pero este juicio no pudo llevarse a cabo en forma total porque el actor dejó caducarlo.

La segunda cuestión se relaciona con la anterior, en virtud que se otorgó a favor del actor un bien o un valor relegando la defensa de la demandada, que debía esperar al juicio para articularla.

En consecuencia, la gravedad de la multa se da porque el actor se aprovechó de su situación. Situación que implicó afectar la propiedad y la defensa del demandado. Situación que generó una desigualdad entre las partes que debe ser compensada.

Por otra parte, la sanción se aplica una vez que el juez declara la caducidad de instancia, siempre que la contraria la haya solicitado. El actor va a tener su oportunidad de defensa y la posibilidad de invocar razones válidas para no imponerla, en el incidente de caducidad de instancia. En consecuencia el fundamento de aplicación de la multa es subjetivo.

En conclusión, y sin perjuicio de recalcar la necesidad de legislar respecto a las medidas de tutela anticipada, proponemos una norma legislativa que engloba lo anteriormente expresado:

“En los casos en que en un proceso se hubiere otorgado una medida cautelar de tutela anticipada de urgencia, incumbe al actor la carga de instar el proceso principal, a los fines del esclarecimiento de la verdad. En caso de que se declare la caducidad de la instancia, el juez deberá aplicar una multa, la que será otorgada a favor del demandado y solicitada a instancia de parte, cuyo monto será graduado teniendo en cuenta:

1. *El valor de lo obtenido en la medida cautelar*
2. *El estado del proceso*

3. *Del monto reclamado en la demanda y*
4. *De la actividad desplegada por el demandado*

Todo ello será sin perjuicio del reclamo de daños y perjuicios.”