

XXVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal
San Salvador de Jujuy, 10 al 12 de septiembre de 2015

Ponencia

Título: La medida anticautelar, escudo contra la falta de sentido común

Sumario

1. La anticautelar, breve reseña de una atractiva creación doctrinaria.
2. Del cuando y como pedir medidas anticautelares con posibilidad de éxito.
3. De la Sustanciación
4. De la necesidad de la existencia de la medida.

Comisión: 1.Derecho Procesal Civil y Comercial.

Tema: Jurisdicción preventiva

Autor: Trucco, Jorge Oscar

Dirección postal: Yrigoyen 9542. Lomas de Zamora. Buenos Aires.
Argentina CP: 1832

Teléfono: 4243-9190

Dirección de correo electrónico: jorget10@ciudad.com.ar

Síntesis de la propuesta: La presente es una una guía que intenta ser práctica para mejor utilización de una nueva y útil herramienta como lo es la medida en estudio.

Postulación como participante en los premios referidos en el artículo 7

del reglamento: sí

La medida anticautelar, escudo contra la falta de sentido común

La medida anticautelar, breve reseña de una atractiva creación doctrinaria.

La medida anticautelar es un tipo de medida autosatisfactiva y evolucionó hasta ser aceptada como una creación útil con el fin de prevenir el abuso procesal.

La misma consiste en promover una medida ante una situación de vulnerabilidad cautelar y una amenaza firme y cierta que una supuesta contraparte, con la cual tenemos avanzadas negociaciones y/o cerrada alguna etapa prejudicial como lo fuera la mediación, se encuentra en plena posición de trabar una medida cautelar altamente gravosa, irracional y cuyo daño no tendrá correlación con la deuda reclamada. En breve, un abuso procesal.

El Dr. Peyrano, impulsor de la creación de esta medida, puso como fundamentos que en principio *“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”*. También manifiesta la intrascendencia y, en muchos casos de abuso procesal, futilidad de la sustitución de cautelar dispuesta en el CPN art. 203, con lo que concordamos, *“la sustitución cautelar es una incidencia que necesariamente debe ser sustanciada con el cautelado 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.”*

Cabe agregar que como hubiera sido establecido en el fallo Halabi: allí donde existiera una necesidad jurídica debe haber una herramienta legal o pretoriana predispuesta para satisfacerla adecuadamente. Por lo cual en el momento del derecho en que vivimos, tan cambiante e impredecible es necesario afilar las herramientas o, para este caso una mejor analogía, aprontar los escudos para evitar los abusos.

Se encuentra una primera utilización jurisprudencial de esta nueva medida en el caso "Centro de Chapas Rosario S.A. c. Administración Provincial de Impuestos A.P.I. s/ Medida Cautelar", Expte. Nº 674/13, que tramita ante el Juzgado de Primera Instancia de Distrito en lo Civil y Comercial de la Sexta Nominación de Rosario, en el cual se logró obtener una anticautelar contra la Administración Provincial de Impuestos, para ordenarle que "no trabe inhibición general de bienes y/o embargo sobre cuentas corrientes de la actora, derivada de un expediente administrativo, 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

Del cuando y como pedir medidas anticautelares con posibilidad de éxito.

La medida anticautelar, al ser especie del género de las autosatisfactivas debe sin duda alguna ser solicitada con anterioridad que la hipotética contraparte solicite la medida cautelar que se pretende evitar. En caso de existir una medida trabada, estaríamos frente a otro remedio procesal como sería la sustitución del medida del art. 203 CPN el cual, como dijimos más arriba, en los casos de abuso es generalmente infructuoso ya que el daño ya ha sido (de una u otra manera) causado.

En principio, se debe acreditar el que el requirente de la anticautelar se encuentra en riesgo que se le trabe una medida cautelar que puede ser considerada abusiva. Al decir de Peyrano *"el solicitante deberá comprobar sumariamente que se encuentra en situación de mora debitoris"*. En rigor, el llamado "estado" o "situación" de vulnerabilidad cautelar.

En cuanto a la intencionalidad, no es necesario acreditar la voluntad de la contraparte de exponernos a la medida abusiva, ya que en esos casos (y en la hipótesis que en un futuro la medida tenga una aceptación generalizada en los foros judiciales) *“fácil le sería al acreedor guardar silencio para evitar ser objeto de una anticautelar”*.

Creemos que aún esta medida no presenta estas características de aceptación y, para lograr la mencionada aceptación, por ahora creemos apropiado y beneficioso presentar elementos de prueba como los mencionados. Creemos conveniente, además, presentar como pruebas todas las variables que puedan acreditar que la hipotética contraparte tiene la facultad y la intencionalidad de trabar una cautelar excesiva contra de nuestro cliente. Tales pueden ser por ejemplo: Cartas documento (en el caso que conste una intimación real y concreta del pago de la supuesta deuda y la amenaza legal de trabar la medida gravosa) o incluso el acta de mediación donde pueda haber constado una manifestación tal.

Damos por hecho que, al no ser una medida cautelar per se, sino una de aquellas “primas cercanas” creadas doctrinariamente y adoptadas jurisprudencialmente, no es absolutamente necesario probar verosimilitud del derecho. Tampoco es necesario establecer un riesgo cierto del daño a causar. No hay certezas, sino que nos movemos en el universo de las hipótesis, ciertas y posibles, pero aun no actuales.

Podemos decir entonces que lo que se debe establecer ante el juez para lograr una resolución favorable es la POSIBILIDAD con riesgo cierto de una medida excesiva y abusiva que de ser trabada causara un daño mucho mayor al necesario para que sea exitosa. Esta posibilidad se logra acreditando debidamente el estado de vulnerabilidad cautelar mencionado más arriba.

En cuanto al peligro en la demora, o su correlato en la medida en estudio, creemos que existe tal en el tiempo transcurrido entre la aparición del peligro y la traba de la medida cautelar que se quiere evitar, ya que como hubiéramos repetido, en caso de abuso procesal las sustituciones de medidas del art. 203 CPN son infructuosas en cuanto a evitar los daños injustos.

Distinta es la acreditación del daño que puede causar el transcurso del tiempo con la, siempre hipotética, medida cautelar trabada. Este debe asimismo ser debidamente establecido de una manera convincente para que el juez acoja de forma favorable tal pedido. Tengamos en cuenta que estaremos solicitando muchas veces algo que en varios estrados judiciales no ha sido visto ni aceptado como válido y la falta de simpatía con innovaciones que a veces tienen los funcionarios en dichos ámbitos.

De esa suerte, tendríamos que hacer un esfuerzo dialéctico para convencer al juez de dos extremos:

1. Que hay un peligro real que de un momento a otro será trabado contra nuestra parte una medida excesivamente dañosa.

2. EL daño que la medida va a causar ciertamente teniendo en cuenta el transcurso de tiempo entre que se tramite una sustitución o levantamiento de la misma.

Por último, y como recaudo final, debemos intentar probar fehacientemente el daño desmedido que la traba de la medida causa a nuestro cliente; sin correlato alguno con el monto de la supuesta deuda o indemnización que se trate y con las consecuencias gravosas desmedidas también para los terceros que se desprenden de la misma resolución

Podemos además agregar la pertinencia de la contracautela. Sin adentrarnos en la juratoria o personal, sería importante establecer cual sería el monto o la cantidad conveniente en el caso de la caución REAL. Creemos, y ha sido objeto de algún intercambio de ideas en el “Ateneo de Estudios Procesales C.A.B.A. Lino E. Palacio”, que la caución real debe llegar a un monto en el que se pueda cubrir el total de la deuda pretendida (la cual en todos los casos hipotéticos es muy inferior al daño posible a causar por la traba de la cautelar) y por otro lado los que sostenían la postura contraria, alegando que tal monto debe ser suficiente solo para “cubrir los daños causados en el caso que la cautelar que hipotéticamente va a solicitarse sea frustrada”. Entendemos que ambas opiniones son atendibles, dependiendo del caso concreto.

Creemos que, para tal novedoso intento, necesitamos darle la mayor seguridad al juez que, al otorgarlo no va a ser en detrimento del

acreedor o quien estime tenga el derecho de accionar y solicitar una cautelar. De tal manera, la primera opinión sería la correcta en los casos de deudas cuantificables en dinero, ya que tendríamos una cifra cierta y establecida que el acreedor puede llegar a perder en caso de frustrarse su medida. En cambio, se debería ofrecer una caución para evitar el daño causado por la falta de traba en los casos no fácilmente cuantificables, cuyo monto debe ser determinado por el juez ordenante. Por ejemplo, cuando la medida hipotética fuera una de no innovar por cuestiones de medio ambiente la que detendría la producción en una fábrica por tiempo indeterminado produciendo pérdidas económicas descomunales con todas las conocidas consecuencias subsiguientes (quiebra, cierre, pérdida de puestos de trabajo, etc). Es por tal motivo que estimamos, hay tantas soluciones como casos concretos en cuanto a este interrogante.

De la Sustanciación

Tenemos a continuación que establecer si es necesario dar traslado a la contraparte de esta medida. Siempre se tiende, al ser un tipo de autosatisfactivas, a negar la posibilidad de sustanciación y tal es la posición del Dr. Peyrano.

Analicemos primero cual sería el daño de no dar este traslado: La contraparte en la medida se encontraría con la prohibición de realizar una acción judicial que CREEMOS que iba a llevar adelante. Corremos el peligro de “dar ideas” ya que acreditaríamos la situación de vulnerabilidad cautelar, que en la primera oportunidad se presente y pida la misma medida que estamos intentando evitar, dando razones para ello y llevando al juez a dejar sin efecto contrario sensu la medida anticautelar.

Esto, por supuesto, lleva a una dilación y por la sola razón de economía procesal creemos que la contraparte debe ser oída, con un traslado corto, ANTES de la traba de la medida anticautelar dándole la oportunidad real de manifestarse en las razones, no solo estableciendo la verosimilitud del derecho, peligro en la demora y, de estimarse, contracautela, sino también manifestando razones por la cual la medida que solicitaría en la misma oportunidad no es excesivamente gravosa y contestando uno por uno los fundamentos del presentante. Vemos ahora

que la anticautelar se puede convertir, en caso que el juez de lugar a la fundamentación del demandado, en este caso, en la medida cautelar que se intentaba prohibir. Vemos virtud en esto, rapidez y economía. El peligro, siempre, corre por el que ,adelantándose, presenta la anticautelar. Es por esto que nos manifestamos a favor que, a diferencia de las demás medidas autosatisfactivas, debiera en estos casos darse traslado con las características presentadas más arriba.

De la necesidad de la existencia de la medida.

En este punto iremos un poco mas allá del derecho establecido y sus principios. Tenemos que indagar un poco en aquello que es *el sentido común* definido como capacidad natural de juzgar los acontecimientos y eventos de forma razonable.

La medida anticautelar nace del temor por la falta de ese sentido común en tres sujetos claramente diferenciados. La intentamos por miedo a la falta de sentido común en la contraparte hipotética, que nos amenaza gravemente con trabar una medida cuasi extorsiva para que reconozcamos y satisfagamos absoluta y totalmente su pretensión; a la falta del mismo en el abogado de la contraparte (y a veces olvidamos que entre la parte y la justicia estamos los colegas, como ariete o armadura) que, llevado por ese impulso de la parte que representa, va a solicitar (o en el ámbito hipotético intentaría solicitar) la medida excesivamente gravosa y abusiva; por ultimo pero nunca menos importante, la falta de sentido común de un juez que mandaría a trabar una medida que no se condice en ningún modo con el daño que se podría causar por la frustración de la sentencia.

El miedo, dicen, nunca es buen consejero. No estamos de acuerdo. El miedo IRRACIONAL debe ser evitado a toda costa, pero los temores establecidos en el párrafo anterior no son de ningún modo infundados. Sabemos los que nos movemos en esta profesión, de uno u otro lado del mostrador de mesa de entradas, que los tres extremos mencionados son usuales en la vida profesional.

No se ha dejado en estos casos de usar la expresión del derecho procesal como “derecho vestido para la guerra”, y como en toda guerra, siempre se espera “sangre”. Cuanto mas daño le sea causado a la

contraparte, máximo va a ser el beneficio (aún cuando estas victorias prueban ser muchas veces, pírricas). Cuanto mayor la amenaza de gravamen, más se obtendrá del contrario.

La primera línea de defensa contra tal animosidad es, como fuera mencionado mas arriba el poderoso y simple SENTIDO COMUN. Pensemos en la parte, diciéndose a si misma: “La medida es excesiva, abusiva y va a causar mucho daño a mi deudor y tal vez a terceros”. De no pasar lo anterior, pensemos en el abogado de la parte aconsejando de esta suerte a la misma. Pensemos ahora en el juez no trabando la medida por idéntica razón. Al ver que ninguna de estas funciona, con mucho tino se ha creado esta nueva medida como solución.

En los casos en que nos enfrentemos a contrapartes amenazantes, vestidas para la guerra y con intenciones de atacar, la falta de sentido común hace las veces de lanza que viene a lesionar indebidamente el patrimonio, las relaciones y la vida misma de las personas. Esta novedad consta de un ESCUDO propicio y útil. Como tal no fue creado con animo de causar daños, sino de defender del daño injusto, del abuso procesal. Necesitamos intentarla y promoverla. Necesitamos apreciar, atender, preservar y mantenerla viva hasta que sea normalmente aceptada o, por evolución humana o gracia divina, ya no sea necesaria.