

¿QUÉ SON LAS MEDIDAS ANTICAUTELARES?

Por Jorge W. Peyrano.

Inicialmente, diremos que es un nuevo artefacto procesal que pretende erradicar prácticas abusivas que se registran cotidianamente en el área cautelar. A qué práctica nos referimos? Pues a la siguiente:

El titular de un derecho subjetivo insatisfecho cuyo deudor se encuentra en situación de mora debitoris puede, claro está, postular la medida cautelar que más le plazca contra el patrimonio de su deudor. Sucede, frecuentemente, que dicha elección está guiada por el propósito de perjudicar al deudor, seleccionando aquella que le es particularmente nociva porque viene, por ejemplo, a dificultar grandemente la continuación del giro de los negocios del cautelado y sin ventajas para el cautelante porque sus derechos podrían quedar perfectamente asegurados merced a otra cautelar distinta. Así es que solicita, vgr, una inhibición (sabedor que se le cortará el crédito comercial y financiero al afectado) o un embargo sobre bienes (cuentas bancarias de una entidad aseguradora) que le impedirá hacer frente al flujo monetario propio del quehacer del embargado, con el propósito de “canjear” la cautelar obtenida por una transacción “leonina” (1); y ello por más que tenía a su disposición trabar otras precautorias idóneas y eficaces. Es más: aunque el destinatario de la cautelar abusiva hubiera podido resistir un tiempo y así no avenirse a la extorsión intentada, de todos modos en algunos lugares (2) el abusador podría extraer la ventaja consistente en hacerle pagar al abusado las costas del incidente de sustitución cautelar que necesariamente debió promover para conjurar el grave entorpecimiento sufrido por sus negocios.

¿Cómo prevenir dicho abuso procesal cautelar posible y habitual? Creemos que promoviendo una medida autosatisfactiva (3) por parte de quien se encuentra en situación de vulnerabilidad cautelar (vgr. estado de mora debitoris, acaecimiento de un siniestro del cual se es civilmente responsable como es el caso de las entidades aseguradoras, etc). Dicha situación de vulnerabilidad cautelar involucra suficiente urgencia (ya que puede ser objeto en cualquier momento de una cautelar abusiva) como para que pueda despacharse una autosatisfactiva preventiva que hace honor al deber funcional de los jueces de prevenir inconductas en general y abusos procesales en particular (4). Además de acreditar prima facie la existencia de la mencionada situación de vulnerabilidad cautelar el postulante de una anticautelar deberá también demostrar sumariamente: a) que es verosímil que le asiste razón en su planteo porque tal medida cautelar le es especialmente afligente o que la afectación de determinados bienes le resulta significativamente perjudicial; b) que cuenta con bienes aptos sobre los cuales puede el destinatario de la anticautelar concretar una precautoria que asegure idóneamente sus derechos sin conculcar innecesariamente el giro normal de los negocios del cautelado; c) a todo lo anterior, el promotor de una medida anticautelar deberá sumar la prestación de una contracautela real y efectiva que responda por los perjuicios que pueda ocasionar al cautelado la selección cautelar restringida que se le impone cuando

resulta ser que la precautoria abortada no era realmente abusiva. Repasando las líneas anteriores surge, nítidamente, que en la especie se encuentran presentes los recaudos vertebrales de toda autosatisfactiva. A saber: urgencia, verosimilitud acerca de que le asiste razón al requirente y contracautela (5).

Debe resaltarse que ya en algunas jurisdicciones se llevan a cabo prácticas afines al ideario de las medidas anticautelares. Tal el representado por la materialización por parte de entidades aseguradoras de presentaciones de pólizas de caución en favor de los gananciosos en miras de evitar cautelares abusivas perjudiciales, tan pronto reciben una sentencia condenatoria de primera instancia.

De lo que se trata es de prevenir abusos procesales cautelares en el marco de tradiciones procesales como la argentina tan proclives a ensalzar el principio de moralidad (6) y a denostar toda forma de abuso procesal en general (7) y al abuso procesal cautelar en particular (8).

Habida cuenta de que, al fin y al cabo, toda medida anticautelar exitosa (viabilizada siempre gracias a una autosatisfactiva) culminará con una orden judicial (en la especie, consistente en que el destinatario no lleve adelante tal o cual medida cautelar por resultarle especialmente gravosa al requirente), ésta deberá contener los apercibimientos de estilo para la hipótesis de incumplimiento (multas, astreintes, derivaciones penales, etc.); todo ello sin perjuicio de dejar en claro de que el desconocimiento de una anticautelar acarrea la nulidad de la diligencia cautelar abusiva del caso, de acuerdo con los principios generales de la proscripción del abuso procesal (9).

He aquí, entonces, una nueva aplicación de la autosatisfactiva, idónea, creemos, para eliminar abusos procesales cautelares, fuentes de provechos para acreedores acostumbrados a sacar réditos inaceptables de situaciones de vulnerabilidad cautelar sufridas por sus deudores.

NOTAS:

1. PEYRANO, Jorge W., “ Apuntes sobre el abuso procesal”, en “Problemas y soluciones procesales”, Rosario 2008, Ed. Juris, p. 54.
2. Así sucede en la provincia de Santa Fe donde mediante la invocación de que se trata de un trámite realizado en el interés exclusivo del cautelado éste debe cargar con las costas cuando no media resistencia de parte del cautelante. Sobre el tema, puede consultarse “Las costas en la modificación cautelar”, por JULIO CHIAPPINI, en Zeus T. 55 D-I.
3. PEYRANO, Jorge W., “Vademecum de las medidas autosatisfactivas”, en “Procedimiento Civil y Comercial. Conflictos procesales”, Rosario 2002, Ed. Juris, T. I, p. 350: “ ¿Qué es y qué no es una “medida autosatisfactiva”??. Principiamos por decir que no es una diligencia cautelar. Si bien se asemeja a la cautelar porque ambos se inician con una postulación de que se despache favorablemente e inaudita et altera pars un pedido; se diferencian nítidamente, en

función de lo siguiente: a) su despacho (el de la medida autosatisfactiva) reclama una fuerte probabilidad de que lo pretendido por el requirente sea atendible y no la mera verosimilitud con la que se contenta la diligencia cautelar; b) Su dictado acarrea una satisfacción “definitiva” de los requerimientos del postulante (salvo, claro está, que el destinatario de la precautoria hubiera articulado exitosamente las impugnaciones del caso); c) Y lo más importante: se genera un proceso (a raíz de la iniciación de una medida autosatisfactiva) que es autónomo en el sentido de que no es tributario ni accesorio respecto de otro, agotándose en sí mismo. En cuanto a la prestación de contracautela que reclama el proceso cautelar, rectificamos nuestra opinión vertida en otra oportunidad según la cual el despacho de una autosatisfactiva no exige en ningún supuesto el otorgamiento de contracautela. Hoy nos parece excesiva tal afirmación. Creemos que serán las circunstancias del caso –aprehendidas y reguladas por el ordenamiento legal- las que determinarán su despacho “con” o “sin” fianza u otro tipo de contracautela”.

4. OTEIZA, Eduardo, “Abuso de los derechos procesales en América Latina”, en publicación del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, Ed. Forense, Río de Janeiro 2000, p. 23. Cabe señalar que el tenor del artículo 34, inc. 5, ap. d, que establece que es deber funcional de los jueces “prevenir y sancionar todo acto contrario al deber de lealtad, probidad y buena fe”, constituye una buena apoyatura para la fundamentación legal de las denominadas “medidas anticautelares”.
5. DE LOS SANTOS, Mabel, “Medida autosatisfactiva y medida cautelar (semejanzas y diferencias entre ambos institutos procesales)”, en “Revista de Derecho Procesal”, Ed. Rubinzal-Culzoni, N° 1, p. 31 y ss.
6. Conf. “Lineamientos del principio de moralidad” por Sergio J. BARBERIO y Marcela M. GARCÍA SOLÁ, “El principio de moralidad en el proceso civil actual”, por Fernando Adrián HEÑIN, “El principio de la buena fe procesal y su fundamento constitucional”, por Joan PICÓ I JUNOY y “El principio que prohíbe el abuso de los derechos procesales”, por Miryam BALESTRO FAURE, en “Principios Procesales”, obra colectiva del Ateneo de Estudios del Proceso Civil de Rosario, Santa Fe 2011, Ed. Rubinzal-Culzoni, T.I, p. 727/881.
7. BILESIO, Juliana y GASPARINI, Marisa, “Reflexiones sobre al abuso en materia procesal”, en “Abuso procesal”, obra colectiva del Ateneo de Estudios del Proceso Civil de Rosario, Santa Fe 2001, Ed. Rubinzal-Culzoni, p. 17 y ss.
8. CARBONE, Carlos, “Abuso del proceso en las medidas cautelares y en los procesos diferenciados: sentencia anticipada y autosatisfactiva”, en la obra citada en la nota anterior, p. 349 y ss.
9. PEYRANO, Marcos, “El abuso del derecho y su inserción como un nuevo principio del proceso. Su diferenciación con el principio de moralidad procesal”, en la obra citada citada en la nota anterior, p. 99 y ss.

