

La pretensión anticautelar codificada

Autora:

Fernández Balbis, Amalia

Cita: RC D 284/2021

Sumario:

I. La norma incorporada en el art. 203 del CPCC de Corrientes - Sus lineamientos. II. La Eticidad de la pretensión anticautelar y su actividad preventiva de daño. III. Cuestiones relativas a la contracautela. IV. Cierre.

La pretensión anticautelar codificada

I. La norma incorporada en el CPCC de Corrientes - Sus lineamientos

En la Provincia de Corrientes se sancionó recientemente el Código Procesal Civil y Comercial (Ley 6556), que coronó el esmerado trabajo de quienes aportaron con su ciencia todo lo necesario para una propuesta de vanguardia en la materia. La "República de Corrientes" (permítasenos la licencia de uso de ese mote popular), nos tiene acostumbrados a innovaciones sin titubeos ni flaquezas, de modo que no sorprende encontrar en su texto numerosos institutos útiles y novedosos, aunque ya ensayados por una jurisprudencia que es frecuentemente "punta de lanza" en el procesalismo nacional.

Entre otros institutos o herramientas procesales de la Escuela de los Ateneos, se ha incorporado al creado en 2012 por el Dr. Jorge W. Peyrano: *la pretensión anticautelar*, motivo de estas breves líneas^[1].

El nuevo CPCC de Corrientes establece en el capítulo 9 del Título IX (Medidas cautelares), en su art. 203 que:

"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 en 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 que pudiera ocasionar.

La anticautelar podrá ser impugnada por vía de revocatoria o incidental, las que no tendrán efecto suspensivo".

Se ha incorporado así, a la pretensión anticautelar definida como aquélla que está en condiciones de promover el posible beneficiario 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 libre disposición de ciertos bienes) y ser fácil e idóneamente reemplazables por otra precautoria.

Se establece que para su planteo deben reunirse los requisitos de urgencia, situación de vulnerabilidad cautelar con fuerte verosimilitud del derecho, el ofrecimiento de bienes suficientes de recambio y el de contracautela.

Coincidimos con la denominación escogida de "pretensión anticautelar" y consideramos justo que un instituto con lineamientos propios reciba un nombre que también lo sea.

En tal sentido, tenemos cierta reserva relativa a que se la mencione como un "levantamiento o sustitución anticipados de cautelar"^[2], dado que consideramos que no puede sustituirse lo que todavía no existe, recordando que la anticautelar necesariamente debe plantearse antes de que se despache una cautelar muy gravosa o abusiva porque esa desmesura -precisamente- es la nota que intenta evitarse.

Se las ha identificado también, con "medidas anti procesos cautelares y de fondo", englobadas dentro de las denominadas "*anti suit injunctions*" del derecho anglosajón y de las cuales las cautelares constituyen una modalidad menor o atenuada, en virtud de las cuales un tribunal judicial o arbitral puede prohibir a una parte la

solicitud de una determinada cautelar bajo apercibimiento de desobediencia ("*contempt of court*")^[3], con la virtualidad que le es propia o natural a las cautelares.

También Peyrano ha destacado alguna similitud de la anticautelar con la "Carta de protección" de Alemania (*Schutzschrift*), en inglés, "*precautionary writing of defence*"^[4].

II. La Eticidad de la pretensión anticautelar y su actividad preventiva de daño

Ahora bien, permítanos el lector detenernos por un momento en la redacción relativa a que el requirente "*podrá peticionar que la jurisdicción se abstenga de decretarla*", mención que no admite una interpretación ajena al propósito del instituto anticautelar, que no es otro que el de constituirse en un *facilitador de la traba de medidas cautelares*.

Ninguna afectación a la garantía del juez natural (art. 18 de la CN) puede encontrarse en un instituto que no está encaminado a coartar ni limitar los poderes de los jueces, sino a evitar que un *eventual acreedor* ejercite abusivamente su derecho, cautelando bienes cuando otros suficientes son ofrecidos por el deudor de antemano, con el propósito cargado de ética y fundamentos de derecho, de hacer realidad la letra del art. 10 del Código Civil y Comercial.

Se trata así, de una pretensión dirigida a evitar el ejercicio *abusivo* de un derecho de un acreedor pero no de un impedimento de un ejercicio regular. Recordemos que ese artículo 10 del CCC en su segundo párrafo refiere a que:

"La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

Esa misma norma, seguidamente, señala que: *"El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado anterior y fijar una indemnización"*.

Como se advierte, cuando se alude al *ejercicio de los derechos* se habla de un deber del magistrado de evitar los efectos de un ejercicio abusivo como así también, del deber del juez de procurar una reposición al estado preexistente, dejando naturalmente en claro que las órdenes que éste dicte no pueden de modo alguno quedar al margen de aquel impositivo legal que veda a *todos* el ejercicio abusivo de los derechos.

La claridad de un principio de tanta trascendencia para nuestro derecho despeja cualquier cuestionamiento en torno la inconstitucionalidad de la pretensión anticautelar (como violatoria del art. 18 de la Constitución Nacional), pues ningún juez podría torcer con sus potestades el imperativo legal de evitar el ejercicio abusivo de los derechos como así tampoco, podría retrocederse lo actuado con prudencia por otro juez que, a pedido del deudor y antes de la traba de una cautelar valorada como eventualmente abusiva, ha trabado ya otra para garantizar el derecho del acreedor suficientemente, valiéndose para ello del novedoso instituto de la pretensión anticautelar.

No se trata entonces, sólo de una postulación que se traducirá en una orden dirigida contra el potencial titular de una potestad cautelar que tendría por objeto *limitar la selección de la medida precautoria que éste podría concretar*, sino de ofrecer anticipadamente bienes a ese fin. De tal modo, ningún juez obediente de la letra del art. 10 del CCC y observador de las normas constitucionales podría considerar que su poder jurisdiccional traspasa cualquier límite, habilitándolo -inclusive- a incurrir en antojadizos abusos, cuando es posible y está a su alcance evitarlos. En tal sentido, la pretensión anticautelar se enmarca dentro de los institutos propios de la prevención del daño (art. 1710, 1711 y 1713 del CCC) y en su marco, el deudor propone y ofrece bienes al acreedor para la traba de cautelares que, por imperativo legal, no deben incurrir en excesos ni generar perjuicios innecesarios.

III. La cuestión relativa a la contracautela

El solicitante de una pretensión anticautelar debe garantizar los daños que originará si abusó o se excedió en el

derecho que la ley otorga para obtenerla. Esa contracautela debe limitarse a cubrir la responsabilidad por los daños y perjuicios que de ellas se sigan y se fundamenta en el principio de igualdad y de seguridad^[5].

La contracautela garantiza también, el pago de las costas generadas por la pretensión anticautelar atacada, en el caso de que su pretensor resultare vencido en el reclamo de daño.

Cabe señalar que quien justifique ser reconocidamente abonado, o quien actuase con beneficio de litigar sin gastos estaría exento del requisito de la contracautela que, necesariamente deberá ser una caución real, es decir, consistir en bienes de propiedad del requirente o bien, de un tercero que los ofrezca voluntariamente a esos fines. Así también, será admisible la contratación de seguros de caución o la aportación de valores suficientes a ese efecto^[6].

IV. Cierre

Como procesalistas, nos complace la novedad incorporada al Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Corrientes. Como operadores del derecho, recibimos con beneplácito una herramienta que, planteada a tiempo, resultará útil para la prevención del daño cautelar.

Sean los humildes aportes de estas líneas un reconocimiento a quienes se animaron a ser parte de una innovación necesaria, que ya venía abriéndose paso en la jurisprudencia argentina.

[1]

Peyrano, Jorge W., "Las medidas anticautelares", L.L., 2012-I, 1251 y ss; "Una autosatisfactiva con orientación definida: la medida anticautelar", J.A. 2012-I, 1251 y ss; "Lo anticautelar", en L.L. 21/11/13, 1, L.L. 2013-F, 1180; "Precisiones sobre las medidas anticautelares", en E.D. 5/5/14, pág.1, entre otros; también Fernandez Balbis, Amalia, L.L. 30/12/14, 1; "El despuntar de las medidas anticautelares", L.L. 2015-A, 591.

[2]

Sosa, Toribio E., "Levantamiento o sustitución "anticipados" de medida cautelar", en E.D. 16/4/14, pág. 1.

[3]

García Martín Alférez, F., "Derecho Internacional Privado", L.L., 2º ed., pág. 191. Las ASI son comunes en la mayoría de los países de tradición common law como los Estados Unidos y los países de la Commonwealth y se ha admitido en los Países Bajos, Alemania y Francia (Raphael, T., "The Anti-suit Injunction", Oxford University Press, 2008, pág. 2; Benayas, Ma.Jesús Elvira, "¿Existe alguna posibilidad por pequeña que sea, de salvar lo nuestro? Las antisuit injunction y el Convenio de Bruselas. A propósito de la STJCE de 27/04/2004 (c 159/02)", Revista Electrónica de Estudios Internacionales (REEI), ISSN-e 1697-5197, n° 9, 2005. Citados por Kielmanovich, Jorge L., en "Medidas antiprocesos cautelares y de fondo", L.L. 23/04/2021, 23/04/21,1, Cita Online: AR/DOC/1035/2021.

[4]

Peyrano, Jorge W. - Peyrano, Federico J. "La tutela anticautelar. Su aceptación en Alemania", L.L. 2018-B, 1247, Cita Online: AR/DOC/681/2018. La similitud está dada por la condición de su presentación previa a que una medida judicial sea despachada pero, a diferencia de la anticautelar, no consiste en un ofrecimiento anticipado de bienes en garantía del crédito por quien se sabe en situación de vulnerabilidad cautelar, sino de una suerte de pedido de "detención" de una orden judicial o, al menos, de una detención provisoria a través de la cual se aportan datos o circunstancias de hecho que fundamentan ese pedido, para que el juez pueda considerarlas y que, muchas veces, se sujeta a una audiencia previa en la que se ejercerá ese derecho de ser oído por el magistrado.



[5]

Loutayf Ranea, Roberto y Ovejero López, Julio, "Caución juratoria y personal, como Contracautela", en L.L. 149, pág. 773, citado por Peyrano, Jorge W, Compendio de reglas procesales en lo Civil y Comercial, Ed. Zeus, Rosario, 1983, 2° edición, 1997, pág. 75.

[6]

Sin perjuicio de que le compete al "asegurado" la eventual impugnación de la solvencia de la aseguradora.