

## UNA AUTOSATISFACTIVA CON ORIENTACIÓN DEFINIDA: LA MEDIDA ANTICAUTELAR.

Por Jorge W. Peyrano.

En general y salvo honrosas excepciones (1) las legislaciones procesales iberoamericanas guardan silencio respecto de lo que deberían llamarse “urgencias puras”, es decir las que requieren “per se” una pronta respuesta jurisdiccional sin referencia a otras consideraciones o a procesos principales presentes o futuros. La “urgencia pura” se presenta cuando se da un verdadero “periculum in damni” y no un simple “periculum in mora”, vale decir que se da una fuerte probabilidad de que se genere un grave perjuicio a un justiciable si los estrados judiciales no hacen ya mismo lo conducente a conjurarlo. Vaya un ejemplo: una persona de edad avanzada y viuda que se encuentra en estado comatoso debe ser operada de inmediato. El equipo médico quirúrgico interviniente –en atención a la complejidad de la operación y posibles secuelas- reclama el consentimiento de sus dos hijos. Sucede que uno lo otorga y el otro lo niega. He aquí una muestra de “urgencia pura” que exige el despacho de una solución urgente no cautelar, y que ninguna otra acción principal acompaña o acompañará el pedido de autorización judicial para que se proceda (o no) a dicha intervención quirúrgica. Eso sí: en algunos supuestos, el requirente de una solución urgente no cautelar –más comúnmente denominada medida autosatisfactiva (2)- debe prestar contracautela para hacer frente a los perjuicios que pudiere irrogar su despacho (3).

En la actualidad, dos aspectos relacionados con la autosatisfactiva no se discuten: a) que hoy encuentra fundamentación en los conceptos de tutela judicial efectiva y en la garantía de que la prestación judicial correspondiente se acordará dentro de un plazo razonable, y no es otra cosa que una herramienta procesal neutra –nacida para cubrir carencias y que de algún modo compagina adecuadamente con lo sustentado en “Halabi” por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en cuanto declarara que donde no exista un derecho debe concurrir un remedio procesal (legal o pretoriano)- y su buena o mala utilización, depende de sus operadores; b) que la autosatisfactiva cubre una importante función preventiva de daños y de la comisión de conductas contrarias a Derecho (4). Vale decir que sirve eficazmente para instrumentar una tutela judicial preventiva que guarda relación con el perfil deseable del juez civil de hogaño (5), que también puede y debe brindar una jurisdicción preventiva (6).

Los campos del abuso procesal en general y del abuso procesal cautelar en particular, son (o deberían ser) frecuentes escenarios de actividades judiciales preventivas tendientes a conjurar la perpetración de dichos desmanes; actividad que encuentra respaldo legal en el artículo 34, inc. 5, C.P.N (7) y en la potente defensa del principio de moralidad (8) que lleva a cabo el legislador procesal civil actual que, por ejemplo, muestra su repulsa específica respecto del abuso cautelar (9). Sobre el punto, se ha declarado judicialmente que el área de lo cautelar es terreno propicio para la incidencia del abuso procesal y que la proscripción de éste es una válida derivación del principio de moralidad (10).

Ahora bien: ¿de qué se trata cuando hablamos de la medida anticautelar del epígrafe? Pues de una autosatisfactiva con orientación definida que puede promover el posible destinatario 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 reemplazable por otra precautoria. Apunta a prevenir un abuso cautelar probable, anticipándose a su consumación merced al dictado de una autosatisfactiva que le ordena a su destinatario que no trabe determinada cautelar (una inhibición general, por ejemplo) que puede redundar en que se le “corte” al requirente su crédito comercial y financiero indispensables para el giro de sus negocios o que cautele ciertos bienes (cuentas bancarias de una entidad aseguradora) porque su indisponibilidad conspira contra el flujo monetario que signa su actividad. Obviamente, no se trata de vedarle toda medida cautelar contra el requirente sino tan sólo de forzar al destinatario a que no seleccione alguna que perjudica innecesariamente al requirente porque éste posee un patrimonio cuya composición (que deberá precisar el solicitante) permite la traba de otra cautelar idónea. Además, el requirente deberá prestar una contracautela para responder por los perjuicios que pudiera ocasionar al destinatario la anticautelar del caso cuando resultara, en rigor de verdad, que ella no era abusiva.

Claro está que no cualquiera puede hacer valer una anticautelar sino tan sólo aquél que acredite que se encuentra en situación de vulnerabilidad cautelar, por ejemplo, haber caído en mora debitoris o ser responsable civil “preferido” de un ilícito como es el supuesto de las aseguradoras; acreditación que viene a cumplir con el requisito de “urgencia” propio de toda autosatisfactiva.

¿ Y dónde reside la fuerte verosimilitud de que le asistirá razón al requirente de una anticautelar, que es también recaudo connatural de la autosatisfactiva? Pues en la comprobación prima facie de que la traba de cierta cautelar afectaría gravemente al requirente, sin otra ventaja (espuria, por cierto) para el cautelante, que la de dejarlo en situación de poder extorsionar al cautelado para lograr una transacción usuraria. Por cierto que podría la víctima de un abuso procesal cautelar plantear un incidente de sustitución precautoria (11). Ahora bien: ¿cuánto tiempo le demorará su trámite completo, que debe ser sustanciado y que puede dar pie a una apelación con efecto suspensivo? Mucho. Tanto que es muy posible que el abusado opte por satisfacer las exigencias extorsivas de su abusador.

Lo que deberá tener en cuenta el requirente es que no podrá plantear exitosamente una anticautelar si es que ya el Servicio de Justicia se encuentra abocado al conocimiento de la precautoria que lo preocupa y procura evitar (12).

Eso sí, despachada correcta y éxtiosamente una anticautelar mejoran sensiblemente las cosas para la posible víctima de un abuso procesal cautelar. Es que su dictado involucra una orden judicial que no puede ser desconocida y cuya desobediencia, entre otras consecuencias acarrea la nulidad de la cautelar decretada a pesar de la existencia de una anticautelar (13), lo que conjuga adecuadamente con una de

las derivaciones de la violación de la prohibición de abusar procesalmente cual es aquella que reza “que ninguna ventaja puede reportarle al abusador su conducta” (14)

Tenemos, entonces, que: a) la anticautelar es un nuevo artefacto procesal o, más rectamente, una nueva aplicación de uno ya conocido, cual es la medida autosatisfactiva; b) que dicha nueva aplicación reúne todas y cada una de las características y recaudos de su género madre que no es otro que las soluciones urgentes no cautelares o medidas autosatisfactivas.

Estamos persuadidos de las bondades de la anticautelar, nueva prenda de un proceso civil más interesado que el de otrora por revisar los pliegos por donde todavía se cuelan la malicia, la mala fe y los abusos.

### **NOTAS:**

1. Es el caso de Chile que cuenta con el recurso de protección que posee un perfil muy afín al de la autosatisfactiva. Sobre esta cuestión, puede consultarse “El recurso de protección como medio de amparo de los contratos”, por Enrique BARROS BOURIE, en “Instituciones modernas de Derecho Civil”, Santiago de Chile 1996, Ed. Jurídica Conosur, p. 334.
2. PEYRANO, Jorge W. y EGUREN, María Carolina, “Medidas autosatisfactivas y la necesidad de su regulación legal”, en “Problemas y soluciones procesales”, Rosario 2008, Ed. Juris, p. 226: “El desarrollo de la figura ha permitido llegar a un consenso en punto a los recaudos para su despacho, a saber: 1. Pretensión no declarativa de derechos, cuyo objeto resulte circunscripto de manera evidente a la cesación inmediata de conductas o vías de hecho, producidas o inminentes, contrarias a Derecho según la legislación de fondo o procesal. El interés del postulante debe limitarse a obtener la solución de urgencia no cautelar requerida, sin extenderse a la declaración judicial de derechos conexos o afines. 2. Acreditación de una fuerte probabilidad de la existencia del derecho: a diferencia de lo que sucede con las sentencias anticipadas, no se exige certeza o convicción suficientes de que es atendible lo solicitado, sino que es bastante con la demostración de una probabilidad de que ello sea así, lo que implica una mayor exigencia que la representada por la “verosimilitud” propia de las cautelares típicas. 3. Urgencia pura o intrínseca: la demostración prima facie de la concurrencia de una situación urgente que de no ser conjurada puede irrogar un periculum damni. En ulteriores párrafos reflexionaremos sobre este punto y sus diferencia con la denominada urgencia funcional. 4. Prestación de contracautela circunstanciada: no se exige de modo irreductible, sino que será dispuesta discrecionalmente por el juez, mediante una necesaria ponderación de los restantes recaudos”.
3. BARBERIO, Sergio, “ La medida autosatisfactiva”, Santa Fe 2006, Ed. Panamericana, p. 100 y ss.

4. PEYRANO, Jorge W., “ La acción preventiva”, Buenos Aires 2004, Ed. LexisNexis-Abeledo Perrot, p. 42: “Desde ya que también las medidas autosatisfactivas –esas soluciones urgentes no cautelares- pueden servir de carril procesal a una tutela preventiva si es que se dan las exigencias propias de dicha figura. En el campo de la protección del derecho a la vida y a la salud, ha encontrado asidua aplicación la medida autosatisfactiva como formato procesal idóneo para otorgar tutelas preventivas”.
5. PEYRANO, Jorge W., “El perfil deseable del juez civil del siglo XXI”, en J.A. 2001-IV-863.
6. PEYRANO, Jorge W., “La jurisdicción preventiva civil en funciones”, en “Cuestiones procesales modernas”, Suplemento Especial de LA LEY de octubre de 2005, p. 151 y ss.
7. Artículo 34, inciso 5, ap. d, C.P.N.: “ Son deberes de los jueces ... prevenir y sancionar todo acto contrario al deber de lealtad, probidad y buena fe”.
8. PEYRANO, Jorge W., “ El proceso civil. Principios y fundamentos”, Buenos Aires 1988, Ed. Astrea, p. 171 y ss.
9. Artículo 208 del C.P.N.: “Responsabilidad. Salvo en el caso de los arts. 209, inc. 1), y 212, cuando se dispusiere levantar una medida cautelar por cualquier motivo que demuestre que el requirente abusó o se excedió en el derecho que la ley otorga para obtenerla, la resolución lo condenará a pagar los daños y perjuicios si la otra parte lo hubiere solicitado. 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”.
10. Conf. Protocolo de Resoluciones de la Sala IV de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, Interlocutorio 477/11, dictado en “Cristoferoni, Juan Carlos c/ Petrobras Energía S.A. s/ embargo preventivo”.
11. Vide artículo 203 C.P.N.
12. PEYRANO, Jorge W., “Sobre usos equivocados de la prohibición de innovar y de la medida innovativa”, en “Prohibición de innovar y prohibición de contratar”, obra colectiva del Ateneo de Estudios del Proceso Civil de Rosario, Santa Fe 2007, Ed. Rubinzal Culzoni, p. 116. En dicho lugar se alude al principio de prevención -permanentemente defendido por nuestro máximo tribunal-, conforme al cual cuando un tribunal se ha abocado al conocimiento de un asunto ningún otro puede interferir –de modo directo o indirecto- en el desarrollo y desenlace de aquél”.
13. PEYRANO, Marcos, “El abuso del derecho, su inserción como un nuevo principio del proceso. Su diferenciación con el principio de moralidad procesal”, en “Abuso procesal”, obra colectiva del Ateneo de Estudios del Proceso Civil de Rosario, Santa Fe 2001, p. 208: “También, dado que el abuso procesal está prohibido, y lo prohibido es en definitiva nulo, se sigue que el acto antifuncional puede llegar a ser nulificado. Al respecto se ha sostenido que: “según el caso, la

declaración judicial de acto abusivo puede traer como consecuencia la declaración de nulidad del acto, y de los que sean consecuencia inmediata del mismo”.

14. Ibidem, p. 207.