

Derecho Procesal Civil - COMISIÓN n° 4

Tema (título de la ponencia): **“Tutela anticautelar para la prevención de daños”**

Autor: Sosa, Toribio Enrique

Domicilio: Pte. Uriburu 2026 – Trenque Lauquen (Bs.As.) 6400

Celular: 02392-15612427

Correo electrónico: tesosa@live.com.ar

Conclusiones

Hemos sostenido que el derecho a evitar los perjuicios susceptibles de ser causados por una medida cautelar injustificada puede ser ejercido a través de la obtención de una tutela anticautelar, resultante de la intersección entre la teoría cautelar y la “teoría general de la función preventiva”.

Eso así, abordando los siguientes temas:

- 1- Tutela cautelar perjudicial e injustificada
- 2- Tutela cautelar razonable
- 3- Resarcimiento de los daños: la contracautela
- 4- Prevención de los daños: la tutela anticautelar
 - 4.1. Exención de prisión
 - 4.2. Demanda y sentencia anticipadas (condena de futuro)
- 5- Lo anticautelar es cautelar
- 6- Algunos ejemplos de protección anticautelar
- 7- Algunas pocas precisiones sobre la tutela anticautelar
 - 7.1. Oportunidad
 - 7.2. Interés procesal
 - 7.3. ¿Autosometimiento cautelar?

Referencia a Congresos anteriores

XXVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal 10, 11 y 12 de setiembre de 2015, San Salvador de Jujuy. COMISIÓN 1 (Derecho Procesal Civil y Comercial), SUBCOMISIÓN 2 (Jurisdicción preventiva), conclusiones & 1911 y & 1912 (en “Congresos Nacionales de Derecho Procesal. Conclusiones”, FERNÁNDEZ QUIRÓS, Juan C. Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2019, pág. 432/433)

1- Tutela cautelar perjudicial e injustificada

El derecho a una tutela judicial efectiva incluye el derecho a obtener una tutela cautelar oportuna,¹ con la finalidad de asegurar el cumplimiento futuro de la sentencia que satisfaga el derecho sustancial hecho valer a través del proceso. De allí que, como lo enseñó Piero Calamandrei, la resolución cautelar no se diferencia de otras ni por la autoría, ni por su forma, ni por su contenido, pero sí por su finalidad: instrumentalidad, subordinación o accesoriedad respecto de la sentencia definitiva porque busca contribuir al mejor éxito posible de ésta.²

Pero, claro, la tutela cautelar puede ser perjudicial para la persona afectada. Pensemos -y basta con un ejemplo- en el embargo de una cuenta bancaria que bloquea el normal flujo de fondos de una sociedad comercial impidiéndole el cumplimiento de sus obligaciones.

Entonces, la medida cautelar que causa perjuicios a quien la soporta, ¿puede generar la responsabilidad civil de quien obtuvo esa medida? Sí, puede generarla,³ en tanto y en cuanto, además de provocar perjuicios, sea injustificada, es decir, comporte de alguna manera el ejercicio irregular del derecho a una tutela judicial efectiva.⁴

¿Y cuando puede ser considerada injustificada una medida cautelar, comportando de alguna manera el ejercicio irregular del derecho a una tutela judicial efectiva?

De dos formas resulta injustificada una medida cautelar por entrañar un ejercicio irregular del derecho a una tutela judicial efectiva:

a- cuando ha sido pedida y conseguida sin derecho (sin el derecho sustancial autoatribuido en el inicio del proceso);⁵ por ejemplo, si en la

¹ CSN, "A., V. M. c/ O.S.F.G.P.I.C. y D. s/ amparo ley 16.986", 13/12/2016, Fallos: 339:1683; en <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/consultaSumarios/consulta.html>, buscar con las voces tutela judicial efectiva cautelar.

² "Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares", Librería El Foro, Bs.As. 1997, pág. 85 y sgtes.

³ De hecho, algunos ordenamientos adjetivos contienen preceptos sobre competencia y procedimiento para hacer efectiva esa responsabilidad. Ver SOSA, Toribio E. "Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires. Comenado", Ed. Platense, La Plata, 2021, t. II, anotación del art. 208.

⁴ Arts. 1716, 1717, 1718 a contrario sensu y 1737 CCyC.

⁵ Arts. 199 CPCC Bs.As. y 191 CPCC La Pampa.

sentencia definitiva se declara que por algún motivo no existe el derecho sustancial autoatribuido en la demanda;

b- o cuando ha sido pedida y conseguida con derecho pero con abuso (más para perjudicar al afectado que para asegurar la satisfacción futura del derecho sustancial del solicitante) o con exceso de derecho (más allá de lo ajustado para la satisfacción futura del derecho sustancial del solicitante);⁶ por ejemplo, un embargo realizado a sabiendas sobre un bien inembargable o sobre cierto bien pese a la existencia de otros bienes igualmente tuitivos del cumplimiento futuro de la sentencia pero de afectación menos gravosa para la persona embargada (abuso); o un embargo sobre varios bienes más allá de lo necesario para asegurar el cumplimiento futuro de la sentencia (exceso).

Silogísticamente, si toda persona tiene el deber de evitar realizar hechos que causen un daño no justificado,⁷ entonces quien obtiene una medida cautelar tiene el deber de evitar causar, con ella, un daño no justificado al afectado por la medida cautelar.

Desde luego, si la medida cautelar ha sido solicitada y obtenida con derecho y sin abuso ni exceso, aunque cause perjuicios, no ha de provocar la responsabilidad civil del solicitante: en todo caso se trata de un daño justificado resultante del ejercicio regular del derecho a una tutela judicial efectiva.⁸

Resumiendo hasta aquí:

a- una medida cautelar es injustificada e importa el ejercicio irregular del derecho a una tutela judicial efectiva, cuando ha sido pedida y obtenida sin derecho o con abuso o exceso de derecho; así, si causa daño, provoca la responsabilidad civil de quien la obtuvo;

b- al revés, una medida cautelar es justificada e importa el ejercicio regular del derecho a una tutela judicial efectiva, cuando ha sido pedida y obtenida con derecho y sin abuso ni exceso; así, si causa daño, de suyo no provoca la responsabilidad civil de quien la obtuvo.

⁶ Arts. 208 CPCC Nación, 208 CPCC Nación y 202 CPCC La Pampa.

⁷ Art. 1710.a CCyC.

⁸ Art. 1718.a CCyC.

2- Tutela cautelar razonable

Recordemos, una vez más, que para ser justificada la medida cautelar: a- debe existir el derecho sustancial hecho valer a través del proceso; b- no debe ser abusiva ni excesiva.

Y dicho eso, para avanzar en el análisis, nos preguntamos, ¿cuándo una medida cautelar es abusiva o excesiva?

Respondemos: una medida cautelar es abusiva o excesiva, cuando es irrazonable.

¿Y cuándo es irrazonable?

Es irrazonable cuando, para colmar su finalidad tuitiva (ver párrafo primero del capítulo anterior), no es idónea o no es necesaria o no es proporcionada.

Idoneidad, necesidad y proporcionalidad son los tres requisitos que contornean el concepto de razonabilidad.⁹

Para que se entienda mejor, ¿es razonable eliminar una mosca con una bomba atómica? *Intuitivamente* sabemos que lo es, porque hemos planteado una situación asaz exagerada. Pero, ¿y si mejor probamos *razonando*? Bien, idónea sería, porque eliminar, lo que se dice eliminar, la eliminaría; necesaria tal vez pudiera ser si por ventura creyésemos (equivocados, apostaríamos...) no contar con ningún otro mecanismo para eliminarla; pero, aunque fuera idónea y necesaria, seguro, muy seguro, proporcionada no sería, porque el beneficio fugaz derivado de eliminar de esa forma a la mosca sería mucho (infinitamente) menor que el perjuicio permanente que se provocaría a toda forma de vida en kilómetros a la redonda. Conclusión *racional, no meramente intuitiva*: no es razonable eliminar una mosca con una bomba atómica.

¿Y dónde aparece regulada normativamente la razonabilidad en materia cautelar?

Por un lado, en general, toda resolución cautelar debe ser razonablemente fundada (art. 3 CCyC), de manera que, ya nada más por eso, la medida cautelar resuelta debe ser idónea, necesaria y proporcionada. Y por otro lado, en particular, la medida cautelar:

⁹ ALEXY, Robert "Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales", Ed. Centro de Estudios, Madrid, 2004.

a- debe ser la más idónea posible para llenar su finalidad (idoneidad; art. 1713 al final CCyC);

b- no debe causar perjuicios innecesarios a la persona afectada (necesidad; art. 204 CPCC Nación; art. 204 CPCC Bs.As.; art. 198 CPCC La Pampa);

c- al par que procure un beneficio a quien la obtiene, debe causar la menor restricción posible al afectado (proporcionalidad; arts. 2 y 1713 al final CCyC);

Silogísticamente, si toda persona tiene el deber de evitar realizar hechos que causen un daño no justificado,¹⁰ entonces los jueces, al responder al pedido de tutela cautelar, en caso de hacerle lugar deben disponer una medida precautoria razonable, es decir, idónea, necesaria y proporcionada.

3- Resarcimiento de los daños: la contracautela

Ciertamente el levantamiento o al menos la sustitución de una medida cautelar no justificada no son capaces de evitar los perjuicios que ya hubiera causado desde su traba. Así que, ya producidos los perjuicios, ¿con qué bienes habrá de responder el solicitante de la medida cautelar injustificada?

Desde luego que habrá de responder en general con todos sus bienes, pero, para evitar que éstos deban ser rastreados recién luego de levantada o sustituida la medida cautelar, la ley como regla exige que, antes de su traba, el solicitante de la medida cautelar debe prestar *contracautela*.

La contracautela tiene por finalidad, entonces, proteger de antemano la situación jurídica subjetiva de la persona afectada por la medida cautelar, procurando asegurar la futura reparación de los daños causados por la efectivización de una medida cautelar no justificada.

No obstante, insistimos, cuando llega el momento de activar la contracautela, es que ya se ha dispuesto levantar o sustituir una medida cautelar injustificada y ya se han producido los daños cuya indemnización la

¹⁰ Art. 1710.a CCyC.

contracautela de antemano procuraba asegurar, pero que no procuraba ni podía evitar. Dicho con menos palabras: la contracautela opera sobre la indemnización de los daños –para asegurarla-, pero no sobre los daños –para evitarlos-.

4- Prevención de los daños: la tutela anticautelar

Empero, ¿no pueden ser evitados los daños que pudiere causar una medida cautelar injustificada?

La respuesta es: *sí, se los puede evitar, a través de una **medida anticautelar**, que consiste en **el levantamiento o la sustitución “anticipados” de una futura y temida medida cautelar injustificada.***

Si toda persona tiene el deber de evitar causar un daño injustificado (art. 1710.a CCyC), en el envés, por lógica, toda persona tiene derecho a evitar que se le cause un daño injustificado. Toda persona tiene derecho a evitar los perjuicios causables mediante una medida cautelar injustificada. Como se puede apreciar, **a través de la tutela anticautelar, la teoría cautelar hace intersección con la** -denominada así en las conclusiones al XXVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal- **“teoría general de la función preventiva”**.¹¹

Para entender más rápido y mejor en qué consiste una tutela anticautelar -o dicho menos sintéticamente: un levantamiento o sustitución “anticipados” de una futura y temida medida cautelar injustificada- trazaremos brevemente un paralelo con otras herramientas procesales afines.

4.1. Exención de prisión.

En una causa penal, quien ha sido privado de libertad durante el proceso puede intentar recuperarla a través de un pedido de excarcelación; pero, quien aún no ha sido privado de su libertad pero tema serlo, puede solicitar una preventiva exención de prisión, para lisa y llanamente evitar de antemano ser privado de libertad durante el proceso.

Trasplantando ese esquema al terreno de las medidas cautelares en el proceso civil, la persona ya afectada por una medida cautelar dispuesta

¹¹ Comisión 1 Derecho Procesal Civil y Comercial, Subcomisión 2 Jurisdicción preventiva; ver QUIROZ FERNÁNDEZ, Juan C. “Congresos Nacionales de Derecho Procesal. Conclusiones”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2019, & 1911, pág. 432

judicialmente, puede requerir su levantamiento o sustitución, lo que haría las veces de una “excarcelación”.¹²

Pero ¿y si aún la medida cautelar no hubiera sido ordenada pero el futuro afectado *temiera fundadamente*¹³ que lo ha de ser? En tal caso, y haciendo las veces de una exención de prisión, el futuro afectado podría tomar la iniciativa para conseguir una medida anticautelar (*id est*, un levantamiento anticipado o una sustitución anticipada de medida cautelar), es decir, una resolución judicial que, ahora, bloquee de antemano toda medida cautelar en general (v.gr. alegando y probando *prima facie* que no existe el derecho invocado por el adversario) o sólo alguna medida cautelar en particular que pudiere resultarle más perjudicial que cualquier otra posible o que, desde ahora, obture la afectación de algún bien en particular habiendo otros equivalentes (ver más abajo en capítulo 6-). Así presentado el asunto, no es nada tan raro pues, en definitiva, no es mucho más que la prerrogativa que en esencia la ley ya otorga, sólo que, nada más, ejercitada *preventivamente* antes de ser ordenada la medida cautelar.

4.2. Demanda y sentencia anticipadas (condena de futuro)

Una herramienta afín a la tutela anticautelar es la condena de futuro.

Se trata de la obtención de una condena actual a cumplir una obligación futura que no es exigible aún pero cuyo incumplimiento, al tiempo de su exigibilidad, se exhibe hoy como verosímil.¹⁴

La demanda se entabla y la sentencia de condena llega antes del incumplimiento de la obligación y la fuerza ejecutoria de ésta despierta cuando llega el momento de la exigibilidad de la obligación. La sentencia de condena de futuro es portadora de una ejecutoriedad dormida, diferida en el tiempo.

¹² Ver arts. 202 y 203 CPCC Nación, . 202 y 203 CPCC Bs.As. y 195 y 196 CPCC La Pampa.

¹³ V.gr. ante la existencia de un intercambio epistolar que deje entrever un reclamo judicial en ciernes.

¹⁴ Carlos COLOMBO citó como ejemplo la situación de que, quien tiene a su cargo la obligación, haya manifestado que no cumplirá oportunamente (“Condena de futuro”, en Revista Argentina de Derecho Procesal”, Ed. La Ley, Bs.As., nro. 1, enero/marzo 1969, p.68)

Con la herramienta procesal de la condena de futuro el acreedor puede munirse de un título ejecutivo antes del incumplimiento de la obligación, para cuando el cumplimiento sea exigible.

La pretensión de condena de futuro tiene un requisito de admisibilidad específico: el temor fundado de futuro incumplimiento obligacional.

En la legislación procesal vernácula la única hipótesis de condena de futuro reglada es la del desalojo,¹⁵ pero es dable extender esta instituto a otros supuestos posibles, como ser: obligaciones de dar dinero o cosas ciertas y determinadas, a día fijo; obligaciones periódicas o en cuotas (en caso de incumplirse una, se demanda por todas), etc.¹⁶

La condena de futuro y la tutela anticautelar comparten *el sentido de la anticipación*: la primera actúa antes de la exigibilidad ante el *temor fundado* del incumplimiento futuro de la obligación; la segunda actúa antes de ser ordenada una medida cautelar injustificada ante el *temor fundado* de su traba futura.

5- Lo anticautelar es cautelar

La medida anticautelar equivale virtualmente a una prohibición, más o menos amplia (ver capítulo 6-), de innovar cautelarmente.

Alegóricamente, la tutela anticautelar es tutela cautelar con signo negativo, así como la antimateria es materia pero con carga eléctrica contraria. ¿Qué sucede cuando la materia y la antimateria entran en contacto? Se transforman en energía (bariogénesis). ¿Y qué sucede cuando lo anticautelar y lo cautelar entran en contacto? Se transforma la situación jurídica subjetiva tanto del pretendiente anticautelar y como del futuro pretendiente cautelar:

a- cual “vacuna” inyectable en el situación jurídica subjetiva de quien la obtiene, la tutela anticautelar “inmuniza” contra alguna futura e injustificada medida cautelar “patógena”, evitando preventivamente los perjuicios que ésta podría causar;

¹⁵ V.gr. arts. 686.1 CPCC Nación, 677 CPCC Bs.As. y 655 CPCC La Pampa.

¹⁶ SOSA, Toribio E. “Reingeniería procesal”, Ed. Platense, La Plata, 2005, capítulo 9.

b- la medida anticautelar produce una merma de la capacidad procesal del futuro pretendiente cautelar restringiendo el espacio de medidas cautelares asequibles: si no logra desactivarla impugnándola, ¹⁷ no podrá admisiblemente pedir ni válidamente conseguir las medidas cautelares contrarrestadas anticautelarmente.

Si tenemos 10 manzanas, les restamos “algo” y nos quedan 4 manzanas, ¿qué es ese “algo” que les restamos? Pues también manzanas. Si lo anticautelar resta a lo cautelar y nos queda algún un residuo cautelar, entonces lo anticautelar es cautelar también.

Si la tutela cautelar se caracteriza por ser accesoria a la sentencia definitiva y si la tutela anticautelar “resta” a la tutela cautelar, entonces la tutela anticautelar, restando a la tutela cautelar, termina siendo también de algún modo accesoria a la sentencia definitiva.

6- Algunos ejemplos de protección anticautelar

Concretamente, la tutela anticautelar podría consistir, entre otras alternativas: a- ninguna cautelar: la prohibición de trabar cualquier medida cautelar (ej. alegándose y probándose *prima facie* los hechos extintivos, impeditivos o invalidativos que sean contrarios a los hechos constitutivos que dan o darían sustento a una pretensión de condena del adversario); b- ninguna cautelar sobre algún bien: la prohibición de afectar algún bien puntual con cualquier medida cautelar (ej. exención cautelar sobre bienes inembargables); c- ninguna cautelar sobre algún bien, pero sí alguna cautelar sobre otro bien (ej. que no se trabe embargo sobre cuentas bancarias, lo que afectaría el giro de la empresa, ofreciéndose otros bienes suficientes a embargo); d- no alguna cautelar, pero sí otra (ej. que no se trabe inhibición general de bienes, ofreciéndose bienes suficientes a embargo).

Es claro que, como tratándose de cualquier otra medida cautelar, el órgano judicial requerido tiene atribuciones para disponer la tutela anticautelar solicitada, u otra diferente más razonable (ver más arriba, capítulo 2-).

7- Algunas pocas precisiones sobre la tutela anticautelar

¹⁷ Si la medida anticautelar es cautelar, entonces es impugnabile por las mismas vías que cualquier otra medida cautelar.

Por obvias razones de límites impuestos a este tipo de aporte, no podremos abordar aquí todas las cuestiones posibles que es necesario destramar para perfilar en detalle una tutela anticautelar. Si, unas pocas, a continuación.¹⁸

7.1. Oportunidad

El pedido de levantamiento o sustitución anticipados de medida cautelar debe ser introducido antes de la decisión que haga lugar a la pretensión cautelar, ya que, luego de decidida la medida cautelar, el afectado tiene a su disposición las vías impugnativas (recursos e incidentes) expresamente previstas por la ley contra esa decisión. Específicamente, si el afectado procurase levantar o sustituir una medida cautelar ya dispuesta, evidentemente la solución no podría ser ya un levantamiento o una sustitución “anticipados”: se puede anticipar lo que aún no sucedió –medida cautelar aún no acogida-, no lo que ya sucedió –medida cautelar acogida-. Lo sucedido después del hecho no puede ser anticipación del hecho.

7.2. Interés procesal

Como ha quedado dicho, las pretensiones de levantamiento o sustitución “anticipados” de medida cautelar no son más que las tradicionales pretensiones de levantamiento o sustitución de medida cautelar sólo que ejercitadas preventivamente antes de haberse dispuesto la medida cautelar.

Si bien no cabe que el órgano judicial otorgue al afectado por la medida cautelar la chance de ser escuchado antes de ser dispuesta y trabada¹⁹, eso es así cuando media un pedido cautelar y en el trámite corriente desde ese pedido hasta la efectivización de la medida. Pero eso no obsta a que, antes de ser decidida la medida cautelar, pueda ser escuchado el futuro afectado que toma la iniciativa para bloquear toda o alguna clase o modalidad o alcance de alguna -fundadamente temida- medida cautelar injustificada y para ahorrarse así futuros perjuicios innecesarios. Precisamente, si es fundado el temor de ser perjudicado por una medida cautelar injustificada, la

¹⁸ Para más: SOSA, Toribio E. “Levantamiento o sustitución ‘anticipados’ de medida cautelar”, *El Derecho*, 16/4/2014. SOSA, Toribio E. “Levantamiento o sustitución ‘anticipados’ de la medida cautelar”, en en “La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016, pág. 715.

¹⁹ Arts. 198 párrafo 1° CPCC Nación, 198 párrafo 1° CPCC Bs.As. y 190 párrafo 1° CPCC La Pampa.

evitación de próximos perjuicios innecesarios otorga al futuro afectado interés procesal actual y suficiente para abrir las puertas al más oportuno y eficaz posible ejercicio de su derecho de defensa: la falta de reglamentación procedimental²⁰ es un obstáculo necesariamente removible,²¹ si no se quiere colocar a la (ausencia de) ley ritual sobre la Constitución Nacional.²²

7.3. ¿Autosometimiento cautelar?

El pedido de sustitución anticipada de medida cautelar debe ir acompañado del autosometimiento a alguna clase de garantía suficiente del interés del futuro adversario (v.gr. embargo sobre bienes ofrecidos por el peticionante anticautelar, caución personal bastante, etc.), no así el liso y llano pedido de levantamiento anticipado de medida cautelar.

Es que la sustitución anticipada supone reconocer el derecho del adversario a obtener una medida cautelar aunque razonable, mientras que el levantamiento anticipado implica de algún modo negar o desconocer ese derecho.²³

De tal manera, ese reconocimiento del derecho del adversario (del futuro pretendiente cautelar) a obtener una medida cautelar razonable, reconocimiento inherente al pedido de sustitución anticipada, releva de la acreditación de los recaudos de procedencia de la medida cautelar a la que ha de someterse *motu proprio* el pretendiente anticautelar. Pero el futuro pretendiente cautelar, no quedará exento del otorgamiento de contracautela²⁴ para que pueda ser efectivizada la medida cautelar a la que se autosomete el pretendiente anticautelar.

²⁰ El CPCC Corrientes, ley 6556/2021, en su art. 203 regula expresamente la pretensión anticautelar, ubicándola entre las medidas cautelares y no entre los procesos urgentes (amparo y medida autosatisfactiva).

²¹ V.gr. tan siquiera ubicando la tutela anticautelar entre las medidas cautelares genéricas (art. 232 CPCC Nación, art. 232 CPCC Bs.As. y art. 224 CPCC La Pampa).

²² Arts. 18, 28, 31 y 75.22 Constitución Nacional; arts. 2, 8.1 y 25.1 Pacto de San José de Costa Rica).

²³ Si se pide que no sea embargado un bien inembargable, ¿por qué habría que denunciarse otro bien a embargo en su “reemplazo”? Que un bien sea inembargable no quiere decir que pueda o deba necesariamente ser embargado otro.

²⁴ La situación del pretendiente anticautelar que solicita la sustitución anticipada de una temida medida cautelar irrazonable futura y así se autosomete a una medida cautelar actual, es asimilable a las situaciones previstas en los arts. 212 CPCC Nación, 212 CPCC Bs.As. y 206 CPCC La Pampa: quien consigue la medida cautelar debe prestar contracautela pese a contar con sentencia a favor, o pese que el adversario hubiera incurrido en rebeldía o en confesión expresa o táctica, o en incontestación de demanda o en contestación defectuosa de demanda, o –agregamos- pese que el pretendiente anticautelar se hubiera autosometido a una medida cautelar diferente de otra futura temida.

