

# Prevención de daños derivados de medidas cautelares. Medidas Anticautelares

Por Lidia María del M. Cornavaca<sup>1</sup>

**Sumario:** I.- Introducción. II.- La prevención de los daños derivados de medidas cautelares. 1. La función preventiva del derecho de daños. 2. Tutela sustancial inhibitoria. A. El deber de prevención del daño. B. La acción preventiva. 3. Tutela procesal inhibitoria. III.- Las medidas anticautelares. 1. Concepto. 2. Naturaleza. 3. Tipologías. 4. Denuncia Antecautelar de bienes. 5. Análisis de las regulaciones existentes. 6. Necesidad de regulación en nuestro ordenamiento procesal local. 7. Análisis jurisprudencial. IV.- Bibliografía.

**Resumen:** En el presente trabajo se pretende analizar la función preventiva del derecho de daños, en el ámbito de las medidas cautelares. Así, en primer término, se brindan las nociones básicas relacionadas con la función preventiva del derecho de daños. Se hace un repaso de la tutela sustancial inhibitoria, a cuyo fin, se examina el contenido y alcance del deber de prevención y de la acción preventiva. Luego, se hace una breve referencia a la tutela procesal inhibitoria. En este punto, se reflexiona sobre la posibilidad de prevenir daños derivados de medidas cautelares. A partir de allí, se ingresa de lleno en el estudio de las medidas anticautelares, como mecanismos procesales tendientes a prevenir ciertos daños derivados de la traba de medidas cautelares. A continuación, se profundiza sobre el concepto, la naturaleza y las tipologías. Posteriormente, se analizan las regulaciones existentes en el país, y finalmente, se realiza un análisis de la jurisprudencia relevante.

**Abstract:** In this work we intend to analyze the preventive function of damage law, in the field of precautionary measures. Thus, first, the basic notions related to the preventive function of tort law are provided. A review of the substantial inhibitory protection is made, to which end, the content and scope of the duty of prevention and preventive action are examined. Then, a brief reference is made to inhibitory procedural protection. At this point, we reflect on the

<sup>1</sup> Abogada (UNC).  
Escribana.(UES21). Magister  
en derecho procesal  
(UES21). Maestranda en  
Derecho Civil Patrimonial  
(UNC). Profesora invitada  
de Grado (UNC) y Posgrado  
(UCC). Investigadora  
(UES21). Adscripta en  
Derecho Privado VII y Teoría  
General del Proceso (UNC).  
Asistente de magistrado en  
la Cam. Civ. y Com. 2º Nom.  
Cba.

**Palabras clave:** Prevención  
del daño - Función  
preventive - Acción  
preventive - Tutela  
sustancial inhibitoria-  
Tutela procesal inhibitoria -  
Proceso - Medidas  
cautelares- Medidas  
anticautelares.

**Keywords:** Damage  
prevention- Preventive  
function- Preventive action-  
Substantial inhibitory -  
guardianship - Inhibitory -  
procedural protection  
Process - Precautionary  
measures - Anti-  
precautionary measures

possibility of preventing damages derived from precautionary measures. From there, we enter fully into the study of anti-precautionary measures, as procedural mechanisms aimed at preventing certain damages derived from the obstruction of precautionary measures. Next, we delve deeper into the concept, nature and typologies. Subsequently, the existing regulations in the country are analyzed, and finally, an analysis of the relevant jurisprudence is carried out.

### I.-Introducción

El principio que proscribe la defensa propia del derecho implica que, en todo supuesto de violación del derecho, agotados los medios pacíficos de solución, debe recurrirse a la protección del Estado, que actúa por medio de los órganos en los cuales ha delegado su función jurisdiccional. Desde que esa protección se invoca con la interposición de la demanda, hasta que el juez la acuerda o la niega en la sentencia, median una serie de actos, cuyo conjunto toma el nombre de proceso.<sup>2</sup>

Ahora bien, desde la iniciación del proceso, hasta su culminación, existe una inevitable dilación. Este lapso temporal genera muchas veces un serio riesgo para los derechos que mediante él se quieren preservar. Este peligro en la demora, que puede ser fuente de daños irreparables, es sorteado a través de medidas cautelares, que en sus diversas modalidades, garantizan la real consecución del objeto del proceso principal, confiriendo el tiempo necesario para que la declaración pueda ser eficaz. Sin embargo, la ejecución de medidas cautelares es susceptible a su vez, de constituirse en causa de daños, para la parte contraria o para terceros.<sup>3</sup>

Desde siempre se ha conjeturado esta contingencia, razón por la cual, se ha previsto la constitución de una “contracautela”, como requisito de ejecutoriedad de la medida, a los fines de garantizar de esta forma, el eventual resarcimiento ulterior de los daños que pudieran ocasionarse.

En este sentido, el sistema ha ponderado que si bien es cierto que la traba de medidas cautelares puede constituirse en una fuente generadora de daños, la necesidad de garantizar el derecho objeto de juicio al litigante, tiene primacía. Por lo expuesto, se ha optado por permitir que los daños generados, en principio sean “soportados” por el sujeto pasivo de la medida. Se trataría de acciones jurídicas dañosas “justificadas” por el ordenamiento jurídico. Sólo eventualmente podrían ser resarcidos los damnificados, si resultara que el derecho no existe, o que el que trabó la medida, abusó o se excedió en la medida y siempre que concurren los requisitos de la responsabilidad civil<sup>4</sup>. Pero siempre, a partir de un análisis *ex post facto*.

Ahora bien, el instituto ha sido constituido con un fin específico, como mencionamos al inicio. En este sentido, la medida cautelar propende a asegurar la eficacia de la sentencia, y evitar que se torne ilusorio el derecho cuyo reconocimiento se pretende.

<sup>2</sup> Cfr. ALSINA, H. *Tratado teórico-práctico de derecho procesal civil y comercial*, t. I, 2º Ed. Ediar, Bs. As., 1956, Pp. 399-400.

<sup>3</sup> Cfr. ZAVALA DE GONZÁLEZ, M. *Responsabilidad por riesgo. El nuevo artículo 1113*. Hammurabi, Buenos Aires, 1987, p. 193.

<sup>4</sup> En cuanto a los presupuestos para que se configure la obligación de resarcir, existe una divergencia doctrinaria. Lo hemos desarrollado en otro trabajo.

No obstante lo apuntado, en la práctica se ha podido constatar una utilización prolífica y muchas veces abusiva de las medidas. Así, se ha señalado que el ámbito de las medidas cautelares, se ha transformado también en campo fértil para los abusos procesales<sup>5</sup>.

Se ha sostenido que en muchos casos, se han utilizado estas medidas con fines extorsivos, con el fin de generar daños innecesarios, o con el fin de alcanzar un cambio de posición negocial en el afectado por la medida.

La doctrina argentina se ha encargado de reconocer hace tiempo, la aplicación del principio del abuso del derecho, en el marco del proceso<sup>6</sup>.

Así, se ha señalado que el abuso del derecho es un verdadero principio del derecho que encontró recepción legislativa expresa, en el art. 1071 del código civil de Vélez Sarsfield, con la reforma del año 1968, y que por ser un imperativo legal, se extiende al ámbito del proceso<sup>7</sup>. En la actualidad está expresamente reconocido en el art. 10 del Código Civil y Comercial (en adelante CCCN), que replica, en general, los términos del anterior articulado, y establece un doble parámetro para su juzgamiento: así, considera que el ejercicio es abusivo cuando contraría los fines del ordenamiento, y también, el que excede los límites de la buena fe, moral y buenas costumbres.

Ya en el ámbito procesal, la doctrina mayoritaria, a la que adherimos, se ha enrolado en la concepción objetiva del abuso del derecho en materia procesal, que juzga que un acto sería abusivo, cuando se desvía de los fines que le asigna el ordenamiento, siempre y cuando dicha desviación haya causado un daño procesal<sup>8</sup>. Esta concepción, guarda perfecta coherencia con la norma citada, y con la noción de antijuridicidad material (art. 1717CCCN), que impregna nuestro sistema.

A partir de la proscripción del abuso del derecho, ha surgido la inquietud de generar vías para evitar tales abusos, en el marco del proceso.

La particularidad que tiene el ámbito procesal, es que en principio, no se puede predicar la antijuridicidad de las conductas, en forma previa a la resolución del pleito, ya que recién al finalizar el litigio, se podrá saber si a la parte le asistía el derecho o no.

Ahora bien, bajo esta noción de abuso procesal, no obstante la limitación expuesta, sería posible identificar ciertas conductas o actuaciones, que encuadrarían en este concepto, incluso en forma preliminar.

De la mano de este fenómeno, de un tiempo a esta parte, ha cobrado cada vez mayor preponderancia, la función preventiva del derecho de daños, finalmente reconocida explícitamente a partir del año 2015, en el código de fondo, a la par de la función resarcitoria, y ha sido receptada también en el ámbito del proceso.

Así, han comenzado a gestarse institutos tendientes a la prevención de daños procesales.

<sup>5</sup> PEYRANO, J.W. "Las medidas anticautelares". La Ley. AR/DOC/774/2012. Primer artículo publicado sobre el tema. No obstante, la inquietud ya había sido planteada, en una obra anterior: ver PEYRANO, J.W. "Abuso de los derechos procesales" en: PEYRANO, J.W. Abuso procesal. Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. 2006 p. 82.

<sup>6</sup> Para un estudio más detallado, consultar: RAMBALDO, J.A. "El abuso procesal" en: PEYRANO, J.W. Abuso procesal. Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. 2006. Pp. 215-236.

<sup>7</sup> RAMBALDO, J.A. "El abuso procesal" en: PEYRANO, J.W. Abuso procesal. Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. 2006. Pp. 224-225.

<sup>8</sup> PEYRANO, J.W. *Abuso Procesal*, Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. 2006. Pp. 189-193.

La conjunción de estas dos circunstancias, ha generado que cobre fuerza la idea de que quizás sería posible prevenir al menos algunos de los daños que pudieran ocasionar las medidas cautelares.

Esta es la novedosa idea que plantea el Dr. Peyrano, por primera vez, en un conocido artículo del año 2012<sup>9</sup>, adelantándose a lo que establecería el Código Civil y Comercial, luego, en los artículos referidos a la prevención del daño (1710-1713CCCN), y a las facultades del juez en el marco del ejercicio abusivo del derecho (art. 10 CCCN). Así, el jurista coloca sobre el reflector, la idea de que es posible prevenir el abuso procesal en materia de cautelares, a través de un nuevo instituto, la medida anticautelar.

La medida anticautelar así, se plantea como un mecanismo procesal que tiende a proscribir un ejercicio abusivo o excesivo de la potestad cautelar; circunscribiéndose a vedar que se concrete una medida cautelar en particular o la traba de una precautoria en relación con determinados bienes, cuando la realización de lo vedado acarrearía un grave perjuicio para el cautelado por afectar el giro de sus negocios y siempre que pueda ser reemplazado idóneamente por otra cautelar<sup>10</sup>.

Al respecto, cabe señalar, que se utilizarán en este trabajo, los términos “pretensión anticautelar”, “medida anticautelar”, “proceso anticautelar”, “tutela anticautelar”, “mecanismo anticautelar”, y similares, en forma indistinta.

Si bien, en el último tiempo, los autores refieren que el término correcto sería el de “pretensión anticautelar”<sup>11</sup>, entendemos que cada uno de los nombres se enfoca en algún aspecto distinto de esta herramienta, de ahí la diferente nomenclatura. Ahora bien, a los fines de facilitar la identificación del instituto, consideramos útil utilizar la denominación originaria: “medida anticautelar”, que es el nombre con el cuál ha nacido.

## II.-La prevención de los daños derivados de medidas cautelares

### 1.- La función preventiva del derecho de daños

Se ha señalado, con acierto, que la prevención es un tema que compromete tanto al derecho sustancial como al procesal, por eso, de los posibles remedios, se ocupan tanto estudiosos del derecho de fondo, como procesalistas<sup>12</sup>.

<sup>9</sup> Ver: PEYRANO, J.W. “Las medidas anticautelares” LA LEY 01/03/2012, 01/03/2012, 1. Cita: AR/DOC/774/2012.

<sup>10</sup> PEYRANO, J.W. “Las medidas anticautelares”. LA LEY 01/03/2012, 01/03/2012, 1. Cita: AR/DOC/774/2012.

<sup>11</sup> Así lo ha propuesto en el último tiempo PEYRANO, J.W. “Rebatiendo comentarios adversos formulados respecto de la tutela anticautelar” en PEYRANO, J. W. Medidas cautelares y anticautelares, Rubinzal-Culzoni.Santa Fe. 2022, p. 71. Así también: FERNÁNDEZ BALBIS, ESPERANZA, y otros.

Se observa sobre todo a partir del año 2020, el predominio de esta denominación, que pone el foco en la petición que realiza un sujeto al órgano jurisdiccional a fin de obtener la tutela preventiva del abuso cautelar.En efecto, se ha señalado que “la pretensión es la afirmación que formula un sujeto de otros. derecho de merecer la tutela jurídica y, por supuesto, la aspiración concreta de que ésta se haga efectiva” (FERREYRA DE DE LA RÚA, A. y GONZÁLEZ DE LA VEGA DE OPL, C. *Teoría general del proceso* - 2a ed. Advocatus. Córdoba ,2009, p. 21).

<sup>12</sup> KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. “La función preventiva de la responsabilidad civil en el código civil y comercial de la Nación”, en: PEYRANO (Dir) La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación. Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. 2016. P. 389

Sentado lo anterior, diremos que, el artículo 19 de nuestra Constitución Nacional consagra el principio general de no dañar a otro (*alterum non laedere*). De este principio que hunde sus raíces en el derecho romano, emergen dos de las funciones primordiales del derecho de daños: la función preventiva y la resarcitoria. Así, el principio esbozado supone primero no dañar a otro y luego, si se lo daña, reparar el perjuicio causado. Ahora bien, el no dañar a otro lleva implícito, en su misma esencia, la idea de una razonable evitación del perjuicio.<sup>13</sup> Junto con este principio general del derecho, de anclaje constitucional, se ha ubicado también al principio de la buena fe, como fundamento de la función preventiva<sup>14</sup>.

Si bien tradicionalmente, se le ha dado una notable preponderancia a la función resarcitoria, en desmedro de las restantes, la realidad es que desde hace ya varios años, ha comenzado a tomar relevancia esta segunda función del derecho de daños, que pone el foco en la prevención de los perjuicios.

En efecto, la evolución del desarrollo industrial y tecnológico, entre otros factores, ha generado la aparición de nuevas formas de dañosidad, muchas de ellas de alcance masivo y que afectan derechos esenciales de la persona humana. En este contexto, cobra relevancia esta función preventiva del derecho de daños. Sobre todo, en aquellas situaciones en las que, por la índole de los derechos afectados, la reparación *in natura* es inviable, tales como los daños al medio ambiente o a los derechos de la personalidad<sup>15</sup>.

Se ha señalado que la función preventiva tiene entidad para cercenar el ejercicio de libertades reconocidas en aras a evitar daños no justificados. Por ello, su ejercicio importa un delicado equilibrio entre la garantía de autodeterminación libre y el deber de no dañar, emergentes ambos del art. 19 de la Constitución Nacional. Si el fundamento de esa función se halla en la regla que reza "mejor prevenir que reparar", no es menos cierto que restringir las libertades asociadas al ejercicio de derechos fundamentales y de facultades de obrar o no en determinado sentido exige una evaluación que no puede soslayar la justificación, no ya por la sola posibilidad de producirse un daño, sino de cuáles son los efectos reales en aras a la evitación de ese mal que las acciones preventivas traen aparejadas. Dicho de otra manera, "mejor prevenir que reparar si la disuasión es eficaz y eficiente", caso contrario, se incurre en una prohibición anticipada de los derechos y de la libertad<sup>16</sup>. Se han distinguido dos formas de prevención.

a) Una prevención de carácter general, que opera de manera indirecta, a través de normas que prevén consecuencias legales negativas, frente a la producción determinada de un daño. Estas normas, pueden tener, en muchos casos, un efecto disuasivo en los sujetos. Así, en estos casos, la prevención surge de la decisión del

<sup>13</sup> PIZARRO, R.D. Función preventiva de la responsabilidad civil. Aspectos generales. SJA 20/09/2017, TR LALEY AR/DOC/3952/2017.

<sup>14</sup> Así, en las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho de 2017, Comisión N° 4 sobre Derecho de Daños, se sostuvo por unanimidad: "El " *alterum non laedere*" y la buena fe ( art.1710 b) CCCN), son el fundamento constitucional de la función preventiva de la responsabilidad civil". Se pueden consultar las conclusiones en: <https://www.derechocivil.jursoc.unlp.edu.ar/index.php/jornadas-nacionales-de-derecho-civil/conclusiones-de-todas-las-ediciones?id=102>.

<sup>15</sup> Cfr. VAZQUEZ FERREYRA, Roberto A., "La función preventiva de la responsabilidad civil", LA LEY2015-C,726.

<sup>16</sup> AZAR, A. M. y OSSOLA, F., en SANCHEZ HERRERO, Andrés (Dir), "Tratado de Derecho Civil y Comercial: Responsabilidad Civil", Bs. As., Ed. La Ley, 2016. T.III, p. 30.

propio autor de la conducta potencialmente riesgosa, quien opta por tomar los recaudos para evitar la producción del daño, y así, librarse de la consecuencia negativa. Se señalado, que en este sentido, un adecuado régimen de sanciones (penales, administrativas, civiles, etcétera) puede constituirse en un factor de prevención importante, ante el temor que generan para potenciales dañadores el incurrir en las conductas previstas por la ley. También algunas instituciones jurídicas sancionatorias, como los daños punitivos (art. 52 bis, ley 24.240), cumplen, además, una clara función preventiva<sup>17</sup>.

b) Una prevención específica, que tiene lugar en un contexto más circunscripto de actividades riesgosas o peligrosas. Esta prevención se realiza, mediante la imposición de deberes especiales, a ciertos sujetos, incluidos funcionarios estatales, destinados a controlar o aminorar los riesgos de la actividad por ellos desplegada, a través de la adopción de medidas de seguridad, adecuadas, o de mecanismos orientados a impedir la consumación del daño o a detener los efectos de la acción dañosa ya iniciada. En este ámbito puede ser el juez o un funcionario administrativo, quien decida sobre la posibilidad de realizar o de continuar ciertas actividades, adoptando las medidas pertinentes a tal fin. En otros casos los deberes específicos de prevención recaen sobre particulares, por expreso mandato legal<sup>18</sup>.

En nuestro país, hoy tenemos una regulación orgánica, sustancial y procesal, que hunde sus raíces en la propia constitución nacional, se proyecta al código civil y comercial, y a las normas y principios de derecho público y también a ámbitos específicos<sup>19</sup>.

Dicho plexo comprende una tutela sustancial inhibitoria y una tutela procesal inhibitoria.

## 2.- Tutela sustancial inhibitoria.

Entre las normas que dan sustento a una teoría sustancial de la tutela inhibitoria, se encuentran: la acción de amparo, receptada en el art. 43 CN; el régimen estatuido por los arts. 1710 a 1713 CCCN, que regula el deber de prevención del daño y la acción preventiva; y el art. 10CCCN, que al regular la interdicción del ejercicio abusivo del derecho, se impone al juez el deber de "ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva", lo cual evidencia una clara función preventiva, de evitación y de cesación de la actividad abusiva con potencialidad dañosa y de sus efectos, entre muchas otras<sup>20</sup>.

### a.- El deber de prevención del daño

Siguiendo el análisis de AZAR y OSSOLA<sup>21</sup>, diremos que el Código Civil de Vélez Sarsfield, si bien reconocía situaciones de amenaza de daño, no concedía una

<sup>17</sup> Cfr. ACIARRI, H. "Funciones del derecho de daños y de prevención". LA LEY 04/02/2013, 1 - LA LEY2013-A, 717. TR LALEY AR/DOC/179/2013 y PIZARRO, R.D. "Función preventiva de la responsabilidad civil. Aspectos generales". SJA 20/09/2017, TR LALEY AR/DOC/3952/2017.

<sup>18</sup> Cfr. ACIARRI, H. "Funciones del derecho de daños y de prevención". LA LEY 04/02/2013, 1 - LA LEY2013-A, 717. TR LALEY AR/DOC/179/2013 y PIZARRO, R.D. "Función preventiva de la responsabilidad civil. Aspectos generales". SJA 20/09/2017, TR LALEY AR/DOC/3952/2017.

<sup>19</sup> PIZARRO, R.D. Ob. Cit.

<sup>20</sup> PIZARRO, R.D. Ob. Cit.

<sup>21</sup> AZAR, A. y OSSOLA F. "Funciones de la responsabilidad civil. Función preventiva y función sancionatoria" en: SÁNCHEZ HERRERO, A. (Dir), *Tratado de derecho civil y comercial*. 2° Ed. Tomo III (Responsabilidad civil). La Ley. CABA. 2018, Pp451-487

acción civil para su evitación, dejando librada la cuestión al poder de policía municipal, conforme surgía del art. 1132<sup>22</sup>.

Con la reforma de la Ley 17.711 del año 1968, se agregó un segundo párrafo al art. 2499, que estatuyó: *"Quien tema que de un edificio o de otra cosa derive un daño a sus bienes puede denunciar ese hecho al juez a fin de que se adopten las oportunas medidas cautelares"*.

Se receptó así, la acción de daño temido, que fue el germen de la tutela preventiva en la responsabilidad civil, especialmente porque no se limitó a los edificios sino también a "otra cosa" que pudiera causar un daño. A partir de allí, se fue construyendo y ampliando la función preventiva, doctrinaria y jurisprudencialmente, lo que finalmente desembocó en la nueva regulación del Código Civil y Comercial.

Debemos agregar que el artículo utiliza la palabra "cautelares", en sentido amplio, similar a "preventivas", y no con el específico sentido que tienen las medidas cautelares en el ámbito procesal, que ya ha sido explicado al inicio.

Sentado lo anterior, diremos que los arts. 1710 y 1713 CCCN, receptan ahora con carácter general, la función preventiva del derecho de daños<sup>23</sup>.

En los artículos citados, se establece el deber general de prevención del daño, y luego se consagra una herramienta idónea para hacerlo efectivo.

Así, el art. 1710 establece: "Deber de prevención del daño. Toda persona tiene el deber, en cuanto ella dependa, de: a. evitar causar un daño no justificado; b. adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; c. no agravar el daño, si ya se produjo".

En primer lugar, debemos aclarar que la norma citada, en cuanto norma de prevención del daño, refiere a la noción de daño lesión daño en sentido amplio. Es decir, aquel que se define como la ofensa o lesión a un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, de orden patrimonial o extrapatrimonial (conf. art. 1737CCCN)<sup>24</sup>. Se trata de lesiones que se constituyen en fuentes

<sup>22</sup> Así, el art. 1132 CC originario, disponía: *"El propietario de una heredad contigua a un edificio que amenace ruina, no puede pedir al dueño de éste garantía alguna por el perjuicio eventual que podría causarle su ruina. Tampoco puede exigirle que repare o haga demoler el edificio"*. En la nota al artículo, Vélez aclaraba: "(...)La admisión de una acción preventiva en esta materia, da lugar a pleitos de una resolución más o menos arbitraria. Los intereses de los vecinos inmediatos a un edificio que amenace ruina, están garantizados por la vigilancia de la policía, y por el poder generalmente concedido a las municipalidades de ordenar la reparación o demolición de los edificios que amenacen ruina"

<sup>23</sup> En este punto coincidimos con PIZARRO, quien considera que el emplazamiento del instituto, dentro del capítulo referido a la responsabilidad civil, es errado. Ello por cuanto, la función preventiva no forma parte de la responsabilidad civil. En efecto, la responsabilidad civil (entendida en la concepción clásica, como reparación del daño injustamente causado), la prevención del perjuicio y la punición por el derecho privado de ciertos ilícitos calificados por su especial gravedad, forman parte de una temática más amplia, que denominamos derecho de daños (Cfr. PIZARRO, R.D. Op. Cit). Una posición diferente sostiene GALDÓS, J.M. en: *La teoría general de la prevención del daño. Principales reglas y principios*. LA LEY 27/10/2021, 1. Cita: TR LALEY AR/DOC/3020/2021. La distinción no es menor, y tiene incidencia práctica, por ejemplo, en relación al alcance subjetivo de las normas de prevención (1710-1715), respecto del Estado, atendiendo a lo que disponen los arts. 1764 y 1765CCCN.

<sup>24</sup> Así lo entienden: PIZARRO y VALLESPINOS, *Manual de responsabilidad civil*. Tomo I. Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. 2019, P. 8-81; AZAR y OSSOLA OpCit.. P. 465.

potencialmente generadoras de consecuencias perjudiciales o daños resarcibles (conf. art. 1738 y 1741).

Sentado lo anterior, cabe señalar, que de la norma citada surge que el deber de prevención pesa sobre "toda persona". La locución "toda persona" comprende no sólo a quien puede causar el daño con su acción u omisión, sino también a terceros que no generaron el peligro pero que están en posibilidad de evitar el suceso dañoso, o mitigar sus efectos. Ello incluye también a la posible víctima del daño<sup>25</sup>.

Las tres situaciones previstas en la norma.

1. En primer lugar, la norma impone el deber de evitar causar daños injustificados. La doctrina ha señalado, que la causación o la no evitación de daños debe provenir de una conducta antijurídica, de acuerdo con lo que surge del art. 1717 CCCN. Ello por cuanto, únicamente hay deber de evitar daños que derivan de conductas contrarias al ordenamiento jurídico integralmente considerado, y no cuando éstos sean legítimos. A contrario sensu, si la conducta potencialmente dañosa se encuentra permitida, ello importa justificación, pues no existe deber de prevenir daños justificados<sup>26</sup>. Además, la no causación o evitación del daño, debe depender del sujeto, es decir, el sujeto debe tener poder o autoridad, por sí o por terceros, para gobernar el desenlace de los hechos. Ello así, la evitación del daño, debe encontrarse dentro de la esfera de control del sujeto al que se le impone ese deber.<sup>27</sup>

Todo ello deberá ser ponderado, atendiendo a las circunstancias del caso, en base a estándares de causalidad adecuada, calibrados a la luz del principio de la buena fe y de la regla que veda el ejercicio abusivo de los derechos y libertades. En efecto, nadie está constreñido a lo imposible, ni a cargas desmesuradas; menos aún a actos de heroísmo o de inmolación. Por eso la imposición de deberes preventivos en modo alguno puede entrañar sacrificios desmedidos ni un peligro injustificado o excesivo para el principio de libertad que el art. 19 de la CN consagra. Es preciso que las circunstancias concretas impongan al sujeto un deber de actuar efectivo. Una solución contraria desnaturalizaría la esencia misma de la antijuridicidad por omisión, con grave riesgo para la libertad<sup>28</sup>.

2. En segundo término, la norma impone el deber jurídico de adoptar de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud. Se ha señalado que la norma se orienta esencialmente a las situaciones de peligro de daño o su agravación originadas en un hecho ajeno (hecho de un tercero, hecho fortuito)<sup>29</sup>. Debe existir previsibilidad de que ocurrirá un daño.

Se ha criticado la redacción de la norma, por ser demasiado amplia y estar dotada de vaguedad. En efecto, si bien el artículo incluye expresiones destinadas a calibrar el deber, al estatuir: "en cuanto de ella dependa", "de buena fe y conforme a las

<sup>25</sup> Ver: PIZARRO, R.D. "Función preventiva de la responsabilidad civil. Aspectos generales". SJA 20/09/2017, TR LALEY AR/DOC/3952/2017. El autor aclara, en opinión que compartimos, que toda persona incluye lógicamente al Estado, a pesar de la inaplicabilidad de las normas del Código Civil que surge de los arts. 1764 y 1765, pues sería escandaloso sostener una solución contraria.

<sup>26</sup> En este sentido: ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *La responsabilidad civil en el nuevo Código*, Ed. Alveroni, Córdoba, 2015, t. I, p. 184; PIZARRO, R.D. Ob. Cit.; AZAR y OSSOLA, Ob. Cit. p.466, entre otros.

<sup>27</sup> VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto, "La función preventiva de la responsabilidad civil", LA LEY, 2015-C-726, citado por: PIZARRO, Ob. Cit.

<sup>28</sup> Cfr. PIZARRO, R.D. Ob. Cit.

<sup>29</sup> Así lo entienden: PIZARRO, R.D. Ob. Cit.; AZAR y OSSOLA, Ob. Cit. Pp. 451-465.

circunstancias" y "medidas razonables", no deja de ser una norma que impone una tarea hermenéutica, en orden a determinar su verdadero alcance.

Así, se ha procurado interpretarla de la forma más armónica con el ordenamiento jurídico integralmente considerado, y en aras a lograr una aplicación factible y que genere frutos positivos. Así, se ha señalado que este deber pesa sobre la persona, cuando una norma le impone un deber específico de actuar en determinado sentido y el agente omite hacerlo. Y también, cuando pueda configurarse un abuso del derecho de abstenerse de actuar, supuesto en el cual también podría configurarse un caso de responsabilidad por omisión<sup>30</sup>.

Creemos que esta es la hermenéutica correcta, porque de otro modo, el deber de prevención, en muchos casos, entraría en franca colisión con el derecho a la libertad de actuar (o no actuar), que posee toda persona, conforme lo estatuido en el art. 19 de nuestra Constitución Nacional.

3. Por último, la ley imponer el deber de no agravar el daño ya producido. Sea cual sea la causa del daño (propia o extraña), se consagra el deber de no acrecentarlo, en tanto ello se proyecte a la esfera de los intereses jurídicos ajenos<sup>31</sup>. Se ha señalado, que este supuesto no constituye técnicamente un supuesto de prevención del daño, sino una carga de minimización o mitigación del perjuicio ya producido, en cabeza del propio damnificado.<sup>32</sup> Se trata de un deber que emana del principio de buena fe.

#### b.- La acción preventiva

El deber de prevención del daño, que hemos analizado *ut supra*, es el que justifica la concesión de una acción sustancial, mediante un proceso autónomo cuyo único objeto es evitar su producción, agravación o continuación, y no requiere (como sucede, por ejemplo, en el amparo) que no exista otro medio más idóneo<sup>33</sup>.

Así, está prevista en el art. 1711, que estatuye: "*La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución*".

Peyrano señala que la acción preventiva (que también puede ser colectiva) tiene por destinatario a quien está en condiciones de evitar la producción, repetición, persistencia o agravamiento de un daño posible según el orden normal y corriente de las cosas; debiendo prosperar en la medida que el accionante posea un interés razonable. Excepcionalmente puede hacerse valer contra quien no ha generado la amenaza de daño en ciernes, pero que se encuentra emplazado de modo tal que

<sup>30</sup> Esta es la posición de PIZARRO, R.D. en la obra citada, y también fue la conclusión mayoritaria obtenida en la Comisión N° 3 sobre Derecho de Daños, en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil del año 2022, celebradas en Mendoza. Así, las conclusiones rezan: "*DEBER DE PREVENCIÓN DE TERCEROS. Existe deber de prevención de terceros solo si hay deber específico o si la no actuación configura un abuso del derecho*". Estas conclusiones fueron aprobadas por mayoría por: Matilde Pérez, Eduardo Carena, Leonardo Marcellino, Cristian Werlen, Fernando Ubiría, Norma Martínez, R. Sebastián Danuzzo, Tomás Rueda, Enrique Müller, Rosario Etchevesti, Lucas Zudaide, Paula Cicchino, Pamela Tolosa, Raúl Martínez Appiolaza, Pablo Quirós, Juan C. Pandiella y Martín Juárez Ferrer (Ver: <https://mendozalegal.com/2022/09/27/conclusiones-y-ponencias-de-las-xxviii-jornadas-nacionales-de-derecho-civil-mendoza-2022/>)

<sup>31</sup> Cfr. AZAR y OSSOLA, Ob. Cit. p. 466.

<sup>32</sup> Cfr. PIZARRO, Ob. Cit.

<sup>33</sup> AZAR y OSSOLA, Ob. Cit. Pp. 467-468.

puede contribuir a evitar el daño o a morigerarlo. Reclama, eso sí, la existencia de una conducta antijurídica unida causalmente al daño posible.<sup>34</sup>

### Requisitos

La doctrina en general coincide, en que deben concurrir los siguientes requisitos para la promoción de la acción: 1. Una acción u omisión que origina un peligro de daño; 2. Antijuridicidad de la conducta riesgosa; 3. Previsibilidad del resultado nocivo; 4. Lesión a un interés razonable del actor y 5. La posibilidad de detener el emprendimiento nocivo.<sup>35</sup>

1. En primer lugar, es necesario que exista una acción u omisión actual, que sea idónea para producir un daño futuro (o para provocar su persistencia o agravamiento). Es decir, que posea una razonable aptitud causal para generar un peligro de daño no justificado. El demandante debe acreditar la vinculación razonable entre la actividad o inactividad ilegítima del demandado y el daño que conforme a estándares de causalidad adecuada podría derivar como consecuencia inmediata o mediata previsible de aquella. No se exige demostración de la certeza del daño que amenaza; basta con una probabilidad o previsibilidad objetiva y seria.<sup>36</sup>

2. Es preciso la conducta (acción u omisión) sea antijurídica, es decir, contraria al ordenamiento jurídico integralmente considerado. No procede acción preventiva contra el peligro de daño derivado de conductas lícitas. La antijuridicidad requerida, es una antijuridicidad material. Así, lo que se requiere es que de manera clara e inequívoca exista un deber de actuar para prevenir el daño, emergente del ordenamiento jurídico integralmente considerado. Ella puede surgir no sólo de lo que formalmente establezca una norma, sino también de todo un plexo que se integra con los valores y principios fundamentales que emergen de aquél. Se incluye aquí el abuso del derecho, el fraude a la ley, la regla moral, las buenas costumbres y el orden público.

3. Es preciso que quien articula la acción preventiva acredite suficientemente un resultado dañoso previsible, conforme parámetros de causalidad adecuada, esto es, de acuerdo al curso normal y ordinario de las cosas. De otro modo no se justifica la invasión en la esfera ajena.

4. Debe existir una amenaza concreta, cierta, real de un interés no ilegítimo del accionante, individual o colectivo, patrimonial o extrapatrimonial.

5. Finalmente, debe ser posible para el destinatario impedir el daño que amenaza. Para ello, se requiere que la acción dañosa no se encuentre totalmente consumada.

### Ausencia de factor de atribución.

<sup>34</sup> PEYRANO, J.W. "Más sobre la acción preventiva" en: PEYRANO, J.W. (Dir) *La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación*. Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. 2016. P. 31.

<sup>35</sup> Cfr. ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *La responsabilidad civil en el nuevo código*. Alveroni. Córdoba, 2015., P. 211; OSSOLA, Federico, *Responsabilidad civil*. AbeledoPerrot. CABA. 2016, Pp. 177-178; PIZARRO, R.D. Ob. Cit.; KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. "La función preventiva de la responsabilidad civil en el código civil y comercial de la Nación", en: PEYRANO (Dir) *La acción preventiva* (Cit.) p. 391. Estos requisitos fueron aprobados por unanimidad en la Comisión de Derecho de Daños de las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil del año 2017, conforme surge de las conclusiones de aquel año. Consultar en: <https://www.derechocivil.jursoc.unlp.edu.ar/index.php/jornadas-nacionales-de-derecho-civil/conclusiones-de-todas-las-ediciones?id=102>.

<sup>36</sup> Cfr. PIZARRO, Ob. Cit.

Cabe aclarar, conforme surge de la norma, que para la procedencia de esta pretensión, no se exige la concurrencia de ningún factor de atribución<sup>37</sup>.

No se requiere que exista una vía judicial más idónea.

En efecto, este requisito no es exigido por la ley.

#### Legitimación activa

El art. 1712 CCCN estatuye que están legitimados para reclamar quienes acreditan un interés razonable en la prevención del daño.

Ello así, toda persona que acredite un interés razonable en la prevención del daño, se encuentra legitimada para accionar.

Peyrano aclara que puede tratarse de un interés simple, y no necesariamente ser un derecho subjetivo con aprobación legislativa<sup>38</sup>.

Tratándose de derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos, como por ejemplo derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente, a la competencia, a los derechos de consumidores y usuarios, a los derechos de sujetos discriminados, etcétera, rige de manera operativa el art. 43, CN, en cuanto a los legitimados para ejercer la acción<sup>39</sup>.

Se ha señalado, con acierto, que la configuración de un interés razonable presupone la confección de un test comparativo de "razonabilidad" entre el daño que se procura conjurar y las consecuencias perjudiciales que ello pueda acarrear al destinatario de la acción preventiva del caso<sup>40</sup>.

#### Legitimación pasiva

La acción procede contra quienes de manera directa, indirecta, por el hecho de las cosas o por realizar actividades riesgosas podrían ser civilmente responsables del daño que se procura evitar.

De igual modo, contra quienes tienen un deber específico de prevención impuesto por el ordenamiento jurídico y contra todos los que de algún modo permiten o coadyuvan a su producción mediante colaboración, permisividad, negligencia o incumplimiento de su obligación de prevenir<sup>41</sup>.

#### La sentencia

<sup>37</sup> No obstante ello, PIZARRO critica este apartado de la norma, y sostiene que lo razonable hubiera sido exigir la presencia de un factor objetivo de atribución, que por lo general está presente y se erige en uno de los elementos que quíerese o no el juez termina ponderando a la hora de poner en la balanza los intereses de los dos protagonistas. Ello por una razón simple: el peligro de daño inminente es riesgo creado. Como bien se ha señalado, siempre es "menester la concurrencia de algún motivo racional y valioso para el surgimiento de una obligación preventiva frente a menoscabos que el sujeto puede y, por tanto, debe impedir por razones que le conciernan; no cuando "nada tiene que ver" con la fuente del peligro nocivo o con la factibilidad de eliminarlo (PIZARRO, Op. Cit); OSSOLA y AZAR, en cambio, defienden la normativa, y señalan que la ausencia del factor de atribución, se justifica por cuanto se trata de evitar la causación de un daño derivado de una conducta no justificada, y no de resarcir; provenga de quien provenga, se haya obrado o no con culpa, sea o no riesgoso dicho actuar. Aclaran que si bien en la mayoría de los casos se presentan factores como el riesgo o la culpabilidad, son otras las razones axiológicas para justificar la acción preventiva, estas son: la evitación de daños injustos por parte de quien puede hacerlo, obrando de buena fe, y en cuanto de él dependa (AZAR y OSSOLA, Op. Cit. P.472).

<sup>38</sup> PEYRANO, J.W. "Más sobre la acción preventiva en": PEYRANO, J.W. (Dir) *La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación*. Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. 2016. Pp. 33.

<sup>39</sup> PIZARRO, Ob. Cit.

<sup>40</sup> ZAVALA DE GONÁLEZ, M. *La responsabilidad civil en el nuevo código*, Alveroni, Córdoba, 2015, p. 213 citada por: PEYRANO, J.W. "Más sobre la acción preventiva" Op. Cit. p. 33, quien adhiere al criterio.

<sup>41</sup> Cfr. PIZARRO, Ob. Cit.

Conforme lo estatuye el art. 1713 CCCN, la sentencia que admite la acción preventiva debe disponer, a pedido de parte o de oficio, en forma definitiva o provisoria, obligaciones de dar, hacer o no hacer, según corresponda; debe ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad.

Conforme con la estatuido, el juez tiene amplias facultades para dictar mandatos de dar, hacer o no hacer.

La medida de prevención puede ser dictada a pedido de parte o de oficio. Ahora bien, coincidimos con Kemelmajer De Carlucci, quien señala que para que el juez actúe de oficio, se requiere un proceso iniciado; en otras palabras, la facultad oficiosa del juez sólo actúa en el marco de un proceso iniciado o en curso.<sup>42</sup>

Asimismo, como en todos los casos en que se restringen facultades constitucionales de otras personas, el juez debe ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en obtención de la finalidad<sup>43</sup>.

Se ha sostenido, que el juicio de ponderación judicial que estatuye el art. 1713CCCN se apoya en tres parámetros: 1) procurar la menor restricción posible de los derechos en conflicto sobre la base de la menor lesividad (v.gr. en la tensión entre la privacidad y la libertad de prensa se debe procurar la más enfática tutela de la persona restringiendo lo menos posible el derecho de expresión) o limitar de modo restrictivo la difusión de contenidos en las redes sociales para armonizar a ambos; 2) utilizar el medio más idóneo (v.gr. en una laguna peligrosa, cuya potencialidad dañosa debe cesar, disponer que se lo alambre razonablemente, junto con otras medidas de advertencia, evitando adoptar otras medidas más onerosas y complejas; v.gr colocar cámaras de seguridad); 3) asegurar la eficacia y efectividad del resultado de la medida preventiva, atendiendo a su finalidad (v.gr. no prohibir la difusión completa de un contenido nocivo en las redes sino limitarlo a la supresión de la identidad del posible afectado)<sup>44</sup>.

### Vías procesales

La pretensión preventiva es autónoma, y como tal, admite una vía procesal independiente, aunque nada impide que pueda ser articulada de manera conjunta con otra de naturaleza resarcitoria, particularmente cuando se trate de hacer cesar conductas dañosas ya iniciadas que han generado secuelas de dañosidad.<sup>45</sup>

Se ha expresado, en este sentido, que la acción preventiva debe generar un proceso de conocimiento. Más precisamente, un proceso de condena atípico, que debe vehiculizarse mediante un procedimiento breve y expeditivo<sup>46</sup>. No obstante ello, no existe uniformidad respecto de cuál es el formato que debe seguirse. En general, hay acuerdo en que debería plasmarse en el proceso de conocimiento más abreviado que exista en cada orden local. También se ha señalado que sería útil y conveniente su recepción en los ordenamientos procesales locales<sup>47</sup>. De hecho, ya

<sup>42</sup> KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. Ob Cit. p. 394.

<sup>43</sup> KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. Ob Cit. p. 394

<sup>44</sup> GALDÓS, J.M. *La teoría general de la prevención del daño. Principales reglas y principios*. LA LEY 27/10/2021, 1. Cita: TR LALEY AR/DOC/3020/2021

<sup>45</sup> PIZARRO Ob. Cit. y PEYRANO, Ob. Cit. p. 33.

<sup>46</sup> Cfr. PEYRANO, J. W. "La acción preventiva: certezas y dudas", en: PEYRANO, J.W. (Dir) La acción preventiva en el código civil y comercial de la Nación. Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. 2016. P. 27.

<sup>47</sup> Así lo indica PEYRANO, J.W. "La acción preventiva: certezas y dudas", en: PEYRANO (Dir) La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación. Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. 2016. Pp. 29-30.

existen ordenamientos procesales que la receptan, aunque de forma muy genérica.<sup>48</sup>

Ahora bien, en este punto, resulta relevante la distinción que realiza Peyrano, al diferenciar entre acciones preventivas urgentes y acciones preventivas sin peligro en la demora.

Así, el autor explica que las primeras están signadas por la inminencia de la producción efectiva del daño que es una mera amenaza. Esta categoría es la que admite por lo común en su seno, medidas cautelares y tutela anticipada. La otra, la de la acción preventiva sin peligro en la demora, es aquella donde la amenaza de daño no es inminente, sino que es aquella en la que, conforme el curso normal y ordinario de las cosas, transcurrirá un lapso apreciable hasta que el riesgo de daño pueda llegar a concretarse<sup>49</sup>.

Creemos que esa distinción es útil, porque la existencia de la “urgencia” no solo marca la posibilidad de plantear medidas cautelares o de tutela anticipada, en el marco de los procesos de conocimiento iniciados con fin preventivo; sino que también permite advertir, que en algunos casos, la pretensión podría llegar a vehiculizarse a través de alguna otra vía, urgente, no cautelar, por ejemplo, a través de una medida autosatisfactiva, sin perjuicio de que en aquel caso, deban reunirse además, los requisitos exigidos por dicha vía, para su procedencia.

En este sentido, se coincide con Azar y Ossola, quienes entienden que se ha consagrado una acción autónoma, con identidad propia, respecto de la cual no existen (o no debieran existir) impedimentos para su promoción como tal, sin perjuicio de la absoluta necesidad de una regulación procesal específica, que la torne más operativa y eficaz. Entretanto, en razón de la naturaleza de la pretensión, es de toda lógica postular que deberán aplicarse las normas del procedimiento de conocimiento más breve. De todas maneras, la acción también puede promoverse por vía de la acción de amparo, hábeas data o las medidas autosatisfactivas, que no son sino manifestaciones procesales de dicha tutela sustancial inhibitoria. Pero debe aclararse que estas acciones nominadas o típicas tienen sus propios requisitos de procedencia.<sup>50</sup>

### 3.- Tutela procesal inhibitoria

Sentado lo anterior, cabe añadir, que las bases normativas de la prevención del daño se completan con los dispositivos e instituciones de carácter procesal, que

<sup>48</sup> Así, el art. 629 del Código Procesal Civil y Comercial de San Juan (Ley 2415 del año 2022) estatuye: *“Acción de Tutela Preventiva: Quien ostente un interés razonable en la prevención de un daño, está legitimado para deducir la acción preventiva prevista por las normas de fondo, ofreciendo toda la prueba sobre la previsibilidad del daño, su continuación o agravamiento.*

*Esta acción tramita por las normas del proceso abreviado. El juez puede adecuar el procedimiento a las especiales circunstancias de la causa.*

*En situaciones de suma urgencia y de gravedad manifiesta, el juez puede ordenar inmediatamente las medidas necesarias para evitar el daño. Esta resolución puede ser impugnada mediante recurso de reposición por quien acredite interés legítimo, y en tal supuesto, el juez debe fijar inmediatamente una audiencia y convocar a los interesados. Concluida la misma, debe resolver en el plazo de tres (3) días.”* (Consultar en: <http://www.saij.gob.ar/2415-local-san-juan-codigo-procesal-civil-comercial-mineria-provincia-san-juan-lpj1502415-2022-08-11/123456789-0abc-defg-514-2051jvorpyel?>)

<sup>49</sup> PEYRANO, J. W. “Más sobre la acción preventiva”, en: PEYRANO (Dir) *La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación*. Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. 2016. Pp. 29-30.

<sup>50</sup> AZAR y OSSOLA, Ob. Cit. p. 472.

son indispensables para asegurarla eficazmente, sin los cuales su eficacia devendría ilusoria.

Dentro de esta categoría se encuentran una serie de instrumentos procesales, tales como: el amparo, las medidas autosatisfactivas, las medidas cautelares, la acción preventiva materializada procesalmente, y demás remedios, que pueden tener un fin preventivo.

Es en este marco que cobran especial relevancia las medidas anticautelares.

Así, estas aparecen como mecanismo procesal adecuado para prevenir una especie particular de daños. Estos son los daños injustamente causados por las medidas cautelares.

En este punto, se hace preciso recordar que la medida cautelar es aquella que se concede para asegurar el resultado práctico futuro del proceso civil.<sup>51</sup> Su función es propender a que el derecho sustancial alegado en juicio, no se frustre, en el transcurso del juicio.

La nota verdaderamente típica de las providencias cautelares se encuentra en su carácter instrumental. Nunca constituyen un fin por sí mismas, sino que están ineludiblemente *preordenadas* a la emanación de una ulterior providencia definitiva, cuyo resultado práctico aseguran preventivamente. Así, la finalidad inmediata de las providencias cautelares es la de asegurar la eficacia práctica de la providencia definitiva que servirá a su vez, para actuar el derecho.<sup>52</sup>

Debemos preguntarnos entonces, qué daños es posible prevenir en materia de medidas cautelares.

Para responder esta pregunta, debemos distinguir entre las distintas modalidades que puede asumir la antijuridicidad en el ámbito de las medidas cautelares.

Así, la antijuridicidad aparece en el ámbito de las medidas cautelares, de tres maneras:

a) Utilización de la medida sin derecho sustancial que la justifique: es el caso en que la medida cautelar se traba, sin derecho sustancial alguno que la respalde.

b) Utilización de la medida cautelar con abuso del derecho: es el caso en el que se utiliza la medida con un fin que no es el que persigue el instituto. Esto es, se lo utiliza para perjudicar o extorsionar al afectado. Así, el embargo trabado a sabiendas sobre un bien inembargable, o el embargo trabado sobre un bien a sabiendas de la existencia de otros bienes igualmente tuitivos del cumplimiento de la sentencia, pero cuya afectación es menos gravosa.

c) Utilización de la medida cautelar con exceso de derecho: es el caso en el que la entidad de la medida no guarda proporción con el derecho que se pretende asegurar. Por ejemplo, un embargo trabado sobre una multiplicidad de automotores, para asegurar el cobro de una deuda de poco monto.

En el primer supuesto (a), resulta claro que, en principio, no será posible prevenir el daño derivado de tal conducta. Ello así, porque la medida cautelar, por naturaleza, está prevista para asegurar un derecho cuya existencia es probable o verosímil, nunca cierta. Por ende, la ausencia de derecho sustancial, solo podrá determinarse en el proceso principal, y en general, esto se producirá, luego de trabada la medida, y producido el daño. De lo contrario, se desnaturalizaría el

<sup>51</sup> PEYRANO, J.W. "Las medidas anticautelares" en: PEYRANO, J.W. *Medidas cautelares y antecautelares*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2022, 1º Ed. Pp. 371

<sup>52</sup> Cfr. CALAMANDREI, P. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Librería "EL FORO". Buenos Aires, 1996, Pp. 44-45.

instituto mismo de las medidas cautelares, que en algunos casos (v. gr. embargo) admiten su traba incluso sin necesidad de demostrar ningún tipo de verosimilitud, y con el solo requisito del peligro en la demora y la contracautela. Por lo expuesto, en este primer universo de supuestos, el daño solo sería susceptible de reparación, si concurren los requisitos para su resarcimiento, pero no sería susceptible de evitarse o prevenirse.

SOSA plantea una posición distinta y señala que todos los daños derivados de una cautelar ilícita pueden ser evitados, incluso los derivados de una cautelar pedida sin derecho<sup>53</sup>. No coincidimos con esta postura, por cuanto la ausencia de derecho solo podría ser dirimida, *a posteriori*, en el juicio principal al cual accede la medida cautelar, y en este sentido, no podría “prevenirse”.

En este sentido, ZAVALA DE GONZÁLEZ señala, en opinión que compartimos, que pese a la antijuridicidad de la conducta de quien pide una medida cautelar sin derecho sustancial para hacerlo, como esa antijuridicidad no puede ser todavía conocida, el destinatario de la medida no puede reaccionar anticipadamente contra la fuente del daño, sino que debe esperar hasta que se despeje la incógnita jurídica sobre el derecho del peticionante. Y es que en razón de la organización del servicio de justicia, el damnificado debe soportar el perjuicio.<sup>54</sup>

En los dos supuestos restantes: b) y c), referidos a daños causados con abuso o exceso de derecho, se advierte que en principio, no habría obstáculos para detectar la antijuridicidad *ex ante*. Ahora bien, en estos casos, no se pretende evitar la medida con el argumento de la ausencia de derecho, sino con el sustento de que es abusiva o excesiva, en relación al derecho que se pretende asegurar.

De hecho, el ordenamiento concede la facultad al demandado, de requerir la sustitución de la cautelar, una vez ya trabada, por otra menos gravosa, siempre que se asegure debidamente el derecho del acreedor (cfr. art 463 2º párrafo CPCC). Ahora bien, el levantamiento o sustitución cautelar, previsto en los ordenamientos procesales, no evita los perjuicios ya causados por las medidas cautelares luego de su traba, y antes de ser levantadas o sustituidas<sup>55</sup>. Ello así, se observa que este ámbito sería el terreno fértil para aplicar la función preventiva, mediante un nuevo instituto. Este camino nos conduce directamente a las medidas anticautelares.

### III.- Las medidas anticautelares

#### 1.- Concepto

Estas se presentan como un instrumento apto para prevenir los daños derivados del abuso o exceso en las medidas cautelares.

De hecho, Peyrano, en su famoso artículo del año 2012, en el que introduce las medidas anticautelares, interroga: “¿por qué no prevenir un tipo de abuso procesal (el cautelar) que es moneda corriente, cual es el consistente en permitir que el

<sup>53</sup>SOSA, T. “Levantamiento o sustitución anticipados de la medida cautelar” en: PEYRANO, J.W. *La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación*. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016. Pp. 717-718.

<sup>54</sup>Cfr. ZAVALA DE GONZÁLEZ, M. *Responsabilidad por riesgo*. Hammurabi. Buenos Aires. 1987. P. 197.

<sup>55</sup> SOSA, T. “Levantamiento o sustitución anticipados de la medida cautelar” en: PEYRANO, J.W. *La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación*. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016. Pp. 717.

acreedor elija libremente la medida precautoria que le resulte más aflictiva a su deudor para ponerlo así de rodillas y obtener transacciones o ventajas leoninas?”<sup>56</sup> De acuerdo a lo abordado, la "medida anticautelar", entonces, no apunta en modo alguno a proscribir la traba de cualquier diligencia cautelar —lo que sería claramente inconstitucional—, sino tan sólo a proscribir un ejercicio abusivo y excesivo de la potestad cautelar; circunscribiéndose a vedar que se concrete una medida cautelar en particular, o la traba de una precautoria en relación de determinados bienes, cuando la realización de lo vedado importaría un grave perjuicio para el cautelado por afectar el giro de sus negocios y poder ser reemplazado idóneamente por otra cautelar. Si bien se mira y para simplificar las cosas, se trataría de una suerte de sustitución cautelar anticipada<sup>57</sup>.

Se la puede describir como una postulación que está en condiciones de 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 reemplazables por otra precautoria. Procura restringir la selección cautelar de que dispone el titular de un crédito frente a su deudor. No viene a proscribir toda suerte de precautoria sino alguna en particular cuya traba le sería especialmente gravosa al requirente de la anticautelar<sup>58</sup>.

Si bien algunos autores la han denominado como “sustitución cautelar anticipada”<sup>59</sup>, consideramos ello es incorrecto, puesto que no refleja su verdadera naturaleza preventiva. En efecto, adherimos a quienes señalan que no puede sustituirse lo que todavía no existe, debiendo recordarse, 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<sup>60</sup>.

## 2.- Naturaleza

En cuanto a su naturaleza, en sus inicios, se la concibió como una nueva aplicación de la medida autosatisfactiva. Es decir, como una autosatisfactiva con una finalidad específica: proscribir preventivamente el abuso cautelar.<sup>61</sup>

Otro autores, en cambio han sostenido que la medida anticautelar es una medida cautelar, cuya finalidad es neutralizar preventivamente los perjuicios injustificados derivados de alguna medida cautelar inidónea, innecesaria o desproporcionada. En pocas palabras, la medida anticautelar (o contra cautelar) es una medida cautelar contra medidas cautelares. Por lo expuesto, está regida por los principios y reglas aplicables en materia cautelar<sup>62</sup>.

<sup>56</sup> PEYRANO, J.W. “Las medidas anticautelares”. LA LEY 01/03/2012, 01/03/2012, 1 AR/DOC/774/2012

<sup>57</sup> PEYRANO, J.W. “Las medidas anticautelares” LA LEY 01/03/2012, 01/03/2012, 1 AR/DOC/774/2012

<sup>58</sup> PEYRANO, J.W. “La pretensión anticautelar”. LA LEY 26/03/2020, 1 - LA LEY2020-B, 1084 TR LALEY AR/DOC/326/2020

<sup>59</sup> SOSA, T. “Levantamiento o sustitución anticipados de la medida cautelar” en: PEYRANO, J.W. *La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación*. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016.

<sup>60</sup> FERNANDEZ BALBIS, “La pretensión anticautelar codificada”. Rubinzal-Culzoni, Cita: RC D 284/2021

<sup>61</sup> Así: PEYRANO, J.W. “Las medidas anticautelares”. LA LEY 01/03/2012, 01/03/2012, 1 AR/DOC/774/2012

<sup>62</sup> Así lo propone Toribio Sosa en: SOSA, T. “Lo anticautelar es cautelar” en: PEYRANO, J.W. (Dir) *Medidas cautelares y anticautelares*. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2022. Pp. 437-441. CAMPS, también sostiene que la anticautelar es una cautelar, y la asimila a la “prohibición de demandar”, sobre la

En lo personal, disentimos con esta última postura. En efecto, ya hemos analizado en forma precedente, que la medida cautelar, en esencia, procura asegurar el resultado futuro de un pleito, cuando hubiera peligro de que en el lapso existente entre demanda y sentencia, se frustrare el derecho cuyo reconocimiento se pretende en juicio.

Se advierte que no es este el cometido de la medida anticautelar. Por el contrario, lo que procura la medida anticautelar es evitar la producción de daños derivados de una medida cautelar, pero no persigue en modo alguno asegurar el resultado futuro de un pleito. Tampoco tiene por finalidad asegurar la correcta eficacia de la medida cautelar que se quiere evitar. Únicamente persigue evitar la producción de daños injustificados derivados de una cautelar abusiva. Ello así, a nuestro juicio, la naturaleza es completamente diferente al de una medida cautelar, y se acerca mucho más, a la de la medida autosatisfactiva, que como veremos a continuación, constituye un remedio procesal urgente y no cautelar, apto para remover vías de hecho que no admiten demoras.

Ahora bien, con el correr del tiempo, la doctrina ha ido desarrollando con mayor profundidad la temática y se ha advertido que si bien en muchos casos, esta es la vía por la cual se materializa la medida, por cuanto se plantea antes de que exista un proceso principal incoado en contra del requirente de la anticautelar, en otros casos, el planteo puede tener lugar, en el seno de un proceso en trámite.

### 3.- Tipologías

Ello así, cabe distinguir entre las distintas tipologías, a través de las cuales puede presentarse la medida anticautelar.

#### a.- Medida anticautelar exógena

Cuando la medida anticautelar se plantea en forma previa e independiente de cualquier proceso, se ha dicho que la medida es por naturaleza, una medida autosatisfactiva con finalidad específica.

Se trata de una medida autosatisfactiva que tiene un cometido específico: conjurar un posible abuso cautelar.<sup>63</sup>

#### Las medidas autosatisfactivas<sup>64</sup>

Cabe recordar, al respecto, que las medidas autosatisfactivas, aparecen como remedios procesales urgentes no cautelares, aptos para remover vías de hecho que no admiten demoras<sup>65</sup>. Tienen una clara finalidad preventiva de daños y por esa razón, constituye uno de los instrumentos de la tutela procesal inhibitoria. Esta herramienta de creación doctrinaria, a la fecha ha recibido recepción jurisprudencial y legislativa en un buen número de provincias.<sup>66</sup>

La medida autosatisfactiva es una solución urgente no cautelar y autónoma que implica una respuesta expeditiva del poder jurisdiccional en vista a satisfacer

---

que ya se ha escrito bastante (Ver: CAMPS, C.E. "La Medida anticautelar Ambiental" ,La Ley, 2015, Cita Online: AR/DOC/4612/2015)

<sup>63</sup> PEYRANO, J.W. "Las medidas anticautelares". LA LEY 01/03/2012, 01/03/2012, 1 AR/DOC/774/2012

<sup>64</sup> Para un estudio más profundo, consultar: la obra de PEYRANO, J.W. (Dir) *Medidas autosatisfactivas*. 2º Ed. Rubinzal-Culzoni. Sante Fe. 2014.

<sup>65</sup> EGUREN, M.C. "Las medidas autosatisfactivas, la jurisdicción oportuna y el derecho procesal del destiempo", en: PEYRANO, J.W. (Dir) *Medidas autosatisfactivas*. 2º Ed. Rubinzal-Culzoni. Sante Fe. 2014, p.34.

<sup>66</sup> Así: se encuentran reguladas en los ordenamientos procesales de Chaco, Formosa, Corrientes, La Pampa, Santiago del Estero y San Juan. Asimismo, también está previsto en el anteproyecto de CPCCCN, art. 438, dentro de los procesos urgentes.

postulaciones urgentes avaladas por una fuerte verosimilitud de que le asistiría razón al requirente y por la prestación eventual de una contracautela que respondería por los perjuicios que pudiera acarrear su dictado.<sup>67</sup>

Se trata de pretensiones basadas en derechos verosímiles o casi evidentes, donde la urgencia de la tutela judicial es esencial.

Entre sus presupuestos, se encuentran: la existencia de una fuerte probabilidad en el derecho; la urgencia en la prestación de tutela por exposición a un daño<sup>68</sup>, y la innecesariedad de un proceso principal o posterior (típico de la autonomía de la medida).<sup>69</sup>

Se han añadido otros requerimientos, tales como: que sea necesaria la cesación de conductas o vías de hecho, contrarias a derecho, conforme legislación de fondo o procesal; y que el interés del postulante se circunscriba en forma evidente, a obtener la solución urgente requerida, no extendiéndose a la declaración judicial de derechos conexos o afines.<sup>70</sup>

Se ha expresado además, que es un proceso autónomo de todo otro, que persigue solucionar la urgencia que justifica su promoción, solo procede cuando no es menester una amplitud de debate y reclama un grado mayor de verosimilitud que la tutela anticipada de urgencia<sup>71</sup>.

En cuanto a la contracautela, en general no se la exige como un requisito irreductible, dependerá de las circunstancias del caso concreto<sup>72</sup>.

En cuanto al trámite, han existido criterios disímiles. En sus orígenes se planteó que la regla era el despacho *in audita parte*, en atención a la urgencia y al riesgo de que se frustre la medida. Así lo entendió la doctrina y jurisprudencia mayoritarias. Con el tiempo, se fue admitiendo que en algunos casos se dispusiera una breve sustanciación. Otros autores han sostenido en cambio, que por regla cabría sustanciar la medida, salvo que exista una urgencia impostergable o el peligro de que se frustre la medida. A la fecha, los ordenamientos procesales no son uniformes en este punto<sup>73</sup>.

<sup>67</sup> Cfr. DE LOS SANTOS, Mabel, "Medida autosatisfactiva y medida cautelar (semejanzas y diferencias entre ambos institutos procesales)", Revista de Derecho Procesal, Rubinzal-Culzoni, N° 1, p. 31 y ss.

<sup>68</sup> Hay quienes sostienen, sin embargo, que la urgencia, concebida como la probabilidad que un derecho se frustre o desaparezca, y también, riesgo inminente de sufrir un daño grave o irreparable, es una llave segura que abrirá la puerta al despacho autosatisfactivo, pero no la única. Así, se señala que en algunos casos la urgencia puede tener menor intensidad, es decir, puede que no haya urgencia impostergable, pero no obstante ello, la existencia del derecho aparece casi evidente y sin admitir discusión. En estos casos, según algunos autores, procedería la autosatisfactiva de igual manera. Así lo entiende BARBERIO, Op Cit. P. 297-298, y también admiten la autosatisfactiva como tutela de evidencia (y no solo de urgencia): FERNÁNDEZ; CARBONE, entre otros. Creemos que si bien esto es admisible, de alguna manera debe existir un peligro de daño que habilite este remedio tan específico, y soslaye la tramitación de un proceso por vías ordinarias.

<sup>69</sup> BARBERIO, S.J. "Análisis comparativo de las medidas autosatisfactivas en los códigos procesales que la incorporan" en: PEYRANO, J.W. (Dir) *Medidas autosatisfactivas*. 2° Ed. Rubinzal-Culzoni. Sante Fe. 2014, p.293.

<sup>70</sup> BARBERIO, Ob. Cit. P. 294.

<sup>71</sup> Cfr. PEYRANO, J.W. "Diferencias existentes entre dos expresiones de la justicia temprana: la medida autosatisfactiva y la tutela anticipada de urgencia" en: PEYRANO, J.W. (Dir) *Medidas autosatisfactivas*. 2° Ed. Rubinzal-Culzoni. Sante Fe. 2014, Pp.415-419.

<sup>72</sup> PEYRANO, J.W. y EGUREN, M.C. "Vigorosa recepción legislativa de las medidas autosatisfactivas" en: PEYRANO, J.W. (Dir) *Medidas autosatisfactivas*. 2° Ed. Rubinzal-Culzoni. Sante Fe. 2014, P.100.

<sup>73</sup> Ver: BARBERIO S. Ob. Cit. P. 299-301.

Cabe señalar que se ha admitido en algunos ordenamientos, la posibilidad de pedir la suspensión de los efectos de la medida, a fin de evitar que su despacho ocasione mayores daños que los que pretenden evitarse, previa prestación de una contracautela<sup>74</sup>.

En cuanto al sistema impugnativo, en general se admiten dos vías: el recurso de apelación (con efecto no suspensivo<sup>75</sup>) y el proceso declarativo posterior. En general, se establece la elección de una vía, es excluyente de la otra<sup>76</sup>.

Finalmente, es preciso añadir, que algunos ordenamientos limitan la vigencia de la medida en el tiempo<sup>77</sup>.

#### Requisitos de la anticautelar exógena

La anticautelar exógena, exige la concurrencia de una serie de requisitos, que si bien son semejantes a los de cualquier autosatisfactiva, revisten algunas particularidades.

##### 1. Situación de vulnerabilidad cautelar. Urgencia

Como primera cuestión, el requirente de una medida deberá demostrar *prima facie*, que se encuentra incurso en una situación de vulnerabilidad cautelar (SVC). Esto significa que el destinatario de la medida está en condiciones ya mismo de postular en su contra una cautelar que lo perjudicaría grandemente<sup>78</sup>. Este es el requisito correspondiente a la "urgencia". Es decir, el requirente acredita que es susceptible de ser víctima de un abuso cautelar.

Como ejemplos, se señalan: la demostración de la *mora debitoris*, el acontecimiento de un siniestro del cual es civilmente responsable, o la concurrencia de un episodio que lo deje en peligro de ser demandado<sup>79</sup>.

Ahora bien, estimamos prudente efectuar una advertencia al respecto. El requirente de la medida, debería tener buen resguardo de no incurrir en una verdadera confesión<sup>80</sup>, en desmedro de sus propios intereses, en pos de lograr la procedencia de la anticautelar, a menos, claro está, que ese sea su propósito. Esto podría ocurrir si se afirmaran calidades o hechos personales que le son desfavorables, y que podrían ser objeto de discusión en un proceso posterior, al que acceda la eventual cautelar que se busca evitar. En este sentido, debe tenerse en cuenta que las declaraciones efectuadas por las partes en un escrito judicial, tienen especial valor, por lo cual, a menos que sea la real intención del requirente, admitir la responsabilidad en algún hecho dañoso, o reconocer el carácter de deudor, o la existencia de una deuda, deberá plantear la demanda anticautelar en

<sup>74</sup> PEYRANO - EGUREN, Ob. Cit. P. 103-104

<sup>75</sup> Las regulaciones procesales de las distintas provincias, son uniformes en el efecto no suspensivo del recurso interpuesto contra medidas autosatisfactivas. Esto es de toda lógica, por la naturaleza preventiva de daños de la medida, que de otro modo se vería desvirtuada fácilmente. En igual sentido, nuestro ordenamiento prevé el efecto no suspensivo de los recursos que se interpongan contra medidas cautelares (art. 458CPCC).

<sup>76</sup> PEYRANO - EGUREN, Ob. Cit. P.104.

<sup>77</sup> PEYRANO - EGUREN, Ob. Cit. P. 103-104

<sup>78</sup> PEYRANO, J.W. "Las medidas anticautelares" en: PEYRANO (Dir.) *La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación*. 1º Ed. RubinzalCuzoni. Santa Fe. 2016. P. 624.

<sup>79</sup> PEYRANO, J. W. Las medidas anticautelares. Op Cit. P. 624.

<sup>80</sup> Se ha dicho al respecto que la confesión es una declaración efectuada por cualquiera de las partes, de manera espontánea o provocada, donde se reconoce la verdad sobre hechos personales o de conocimiento personal del confesante y que le son desfavorables. Cfr. DEVIS ECHANDÍA, citado por: DIAZ VILLASUSO M. *Código Procesal Civil y comercial de la Provincia de Córdoba*. Advocatus. Córdoba. 2013. Tomo 1. p. 752.

términos tales que no impliquen una confesión en este sentido. Ello así, si bien debe demostrar el peligro de ser destinatario de una cautelar abusiva, no necesariamente debería admitir ser deudor o responsable en algún hecho, sino dejar en claro, que la contraria lo afirma de esa manera, o que existen indicios fuertes que permiten inferir el peligro de ser destinatario de la cautelar.

PEYRANO agrega, que no es necesario que se acrediten intimaciones o amenazas de la futura traba de la cautelar, porque ello no siempre será posible. Pero sí es necesario que se expongan hechos que permitan inferir, el peligro de la traba de la cautelar en contra del peticionante.

2. Fuerte verosimilitud en el derecho de que le asistiría razón al requirente de la anticautelar.

En este caso, la verosimilitud radica en el relato y la demostración *prima facie*, de que la traba de la medida cautelar en particular, le resultaría especialmente gravosa o que la afectación cautelar de determinados bienes le sería especialmente perjudicial<sup>81</sup>. También se ha dicho que radica en la manifestación de que la medida precautoria a despacharse altera el normal desenvolvimiento de la actividad del afectado, lo que a su vez se torna perjudicial<sup>82</sup>. Este requisito implica también, individualizar de manera precisa bienes de su procedencia que puedan servir idóneamente de asiento de una medida precautoria de recambio.

3. Contracautela

El ofrecimiento de una contracautela suficiente, es requisito necesario para la ejecución de la medida.

En efecto, el solicitante de una pretensión anticautelar debe garantizar, mediante el ofrecimiento de una contracautela, el resarcimiento de los daños que originara si a la postre resultara que 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. 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. Así también, sería admisible la contratación de seguros de caución o la aportación de valores suficientes a ese efecto<sup>83</sup>.

En este sentido, se ha señalado que debe consistir en una caución real o personal con aptitud para cubrir los daños ocasionados por la anticautelar cuando ella hubiere servido para facilitar maniobras del requirente tendientes a insolventarse. Por ejemplo, si a causa de la anticautelar, el requirente logra que se ordene no trabar en su contra una inhibición general de bienes, por resultarle lesiva, y la reemplaza por el embargo de un bien automotor que luego se comprueba que estaba en estado ruinoso y que poseía escaso valor de realización<sup>84</sup>.

Consideramos que las mismas razones que los códigos procesales locales prevén para eximir de contracautela a los sujetos en las medidas cautelares, *mutatis mutandi*, aplican en estos casos.

<sup>81</sup> PEYRANO, J.W. "Medidas anticautelares". Op. Cit. P. 624.

<sup>82</sup> ESPERANZA, S. "La evolución del ideario de la anticautelar" en: PEYRANO, J.W. *La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016. P. 680.

<sup>83</sup>FERNANDEZ BALBIS. A. "La pretensión anticautelar codificada" Cita: RC D 284/2021

<sup>84</sup> Cfr. PEYRANO, J.W. "La pretensión anticautelar" en: PEYRANO, J.W (Dir) , *Medidas cautelares y anticautelares*, Rubinzal-Culzoni, Sante Fe, 2022, p.457.

### Legitimación activa

De los presupuestos expuestos, surge claro que el legitimado activo será aquel sujeto que tema ser el destinatario de una cautelar abusiva.

### Legitimación pasiva

El legitimado pasivo, es aquel sujeto respecto del cual existe el temor fundado de que solicite la traba de la medida cautelar en contra del requirente.

En algunos casos, conforme veremos al analizar la jurisprudencia existente, la legitimación pasiva puede recaer sobre una multiplicidad de sujetos, que se encuentren en una misma situación respecto del requirente de la medida anticautelar.

### Competencia

La competencia pertenece al juez del domicilio del requirente<sup>85</sup>, conforme las reglas de las autosatisfactivas, en general.

### Trámite

Por su finalidad, se ha propiciado su despacho sin sustanciación. Se ha señalado en favor de esta postura, que justamente el conocimiento del destinatario, posiblemente apresuraría al receptor a postular la cautelar abusiva.<sup>86</sup> Ello así, si se diera traslado previo a ordenar la anticautelar, se correría el riesgo de desnaturalizar el instituto, que pretende ser célere, y eficaz en la prevención del daño cautelar.

Otros autores, sin embargo, se han manifestado a favor de otorgar un traslado breve a la contraria, previo a que se ordene la medida. En sustento de lo apuntado, alegan que en estos casos, no ocurre lo que en cualquier cautelar, sino que el peticionante sabe o sospecha que se le viene encima una medida cautelar y no quiere frustrarla subrepticamente, sino que quiere ahorrarse perjuicios innecesarios. Además, estiman que si los pedidos de levantamiento o sustitución de cautelar ya trabada se sustancian, también deberían sustanciarse las mismas medidas cuando sean solicitadas en forma preventiva. Finalmente alegan que, si notificado el acreedor del traslado de la medida anticautelar, de mala fe este requiriese a otro juez la medida cautelar que se pretende evitar, la medida cautelar que obtuviera en principio sería nula.<sup>87</sup> Además, se ha señalado que por razón de economía procesal, debiera darse el traslado antes de la traba de la medida, ya que de lo contrario, los planteos podrían formularse después, y todo ello generaría dilación<sup>88</sup>.

MOREA también apoya la postura de la sustanciación, y manifiesta que la regla general debe ser la sustanciación del pedido anticautelar, por cuanto ello concilia armónicamente el derecho a ser oído por parte del destinatario de la anticautelar, como expresión específica del derecho de defensa en juicio y el derecho del sujeto que se encuentra en situación de vulnerabilidad cautelar a no ser víctima de una medida precautoria abusiva. No obstante ello, aclara que no descarta de plano la

<sup>85</sup> ESPERANZA, S. "Vademecum de la pretensión anticautelar. Su frontera" en: PEYRANO, J.W (Dir) , *Medidas cautelares y anticautelares*, Rubinzal-Culzoni, Sante Fe, 2022, p.467

<sup>86</sup> PEYRANO, J.W. "Medidas Anticautelares". Op. Cit. P. 624.

<sup>87</sup> SOSA, T. "Levantamiento o sustitución anticipados de la medida cautelar" en: PEYRANO, J.W. (Dir) *La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación*. Rubinzal-Culzoni, Sante Fe, 2016, p. 724.

<sup>88</sup> Así propone TRUCCO, J. "La medida canticautelar y el sentido común" en: PEYRANO, J.W. (Dir) *La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación*. Rubinzal-Culzoni, Sante Fe, 2016, P. 731-732.

posibilidad de que la medida anticautelar sea dispuesta *inaudita pars* en alguna situación excepcional —v.gr. contraparte con una intención manifiesta de perjudicar al anticautelante, aun a costa de los apercibimientos de ley—. <sup>89</sup>

Consideramos que la necesidad de sustanciación previa, debería analizarse en el caso concreto, atendiendo al grado de verosimilitud y urgencia que se evidencien en el caso, y al tipo de medida que se pretende evitar. La decisión debería ser en favor de la sustanciación, siempre que no se evidencie un riesgo grande de que se frustre la medida por dicha causa. Ello así, a nuestro juicio, debería establecerse una regla general (sustanciación) y otorgar amplias facultades al juez, para decidir, sobre la base del caso concreto, la posibilidad de dictar la medida sin sustanciación.

#### Oportunidad

Es esencial, para su despacho, que el destinatario no haya peticionado en sede judicial la traba de la precautoria aflictiva en el caso. Ello, atendiendo a que conforme con el principio de prevención, una vez que un juez se aboca al conocimiento de un asunto, ningún otro juez puede interferir directa o indirectamente en la cuestión<sup>90</sup>.

#### La orden judicial

El proceso anticautelar culmina con una orden judicial que viene a morigerar la libre elección cautelar que posee su destinatario, cuando la selección de una precautoria específica le generaría graves perjuicios al requirente y puede ser reemplazada idóneamente por otra.

Es importante señalar, que conforme ha sido concebida doctrinariamente, en la resolución el juez no está habilitado para impedir en forma general, la traba de todas las medidas cautelares que se pudieran plantear contra el demandado, sino que es una orden que tiende a proscribir la traba de una medida cautelar en particular, o la traba de medidas respecto de algún bien o bienes, en particular. Ello así, porque de lo contrario, se impediría en forma total, el uso de las medidas cautelares, lo que atentaría contra los principios fundamentales de nuestro sistema, en especial el de la tutela judicial efectiva, que como vimos en forma precedente, habilita a la traba de medidas cautelares, como herramienta para asegurar la eficacia de las sentencias, y en definitiva, el reconocimiento efectivo de los derechos.

En cuanto sus efectos, se ha señalado que la desobediencia de esta orden puede estar sujeta a penalidades civiles (astreintes, multas civiles), tiene también connotaciones penales (desobediencia de una orden judicial) y su desconocimiento acarrearía la nulidad de la cautelar abusiva correspondiente, dictada en sentido contrario a la veda decretada. Ello por cuanto una de las consecuencias del abuso cautelar es la nulidad del acto abusivo y la proscripción de toda ventaja procesal que le pueda reportar al abusador la materialización del abuso.<sup>91</sup>

#### Medios impugnativos

<sup>89</sup> MOREA, A. "Aspectos procesales relativos a las medidas anticautelares". La Ley. 06.07.2018. Cita on line: AR/DOC/1318/2018

<sup>90</sup> PEYRANO, J.W. "Las medidas anticautelares". En: PEYRANO, J.W. (Dir) *La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación*. Rubinzal-Culzoni, Sante Fe, 2016, P. 625

<sup>91</sup> PEYRANO, J.W. "Las medidas anticautelares". En: PEYRANO, J.W. (Dir) *La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación*. Rubinzal-Culzoni, Sante Fe, 2016, P. 625-626.

En cuanto a los medios impugnativos, en principio son los mismos que se presentan para impugnar cualquier autosatisfactiva. Así, sería admisible el recurso de apelación (sin efecto suspensivo), y también la vía del proceso declarativo posterior, en forma excluyente. Si fuera concedida sin sustanciación, en nuestro sistema sería admisible también el recurso de reposición, con apelación en subsidio (cfr. art. 358 y 363 CPCC).

**b.- Medida anticautelar endógena**

Como vimos, la medida anticautelar, en general, ha sido concebida como medida previa al inicio de un pleito. Ahora bien, ello no quita que en algunos casos, se pueda plantear en el marco de un proceso ya iniciado, pero en el cual aún no se ha peticionado la cautelar que se teme abusiva.

Surge aquí la pregunta acerca de cuál es la naturaleza que ostenta la medida anticautelar en este contexto.

Se han adoptado diferentes posturas al respecto.

Así, para algunos se trataría de una medida cautelar propiamente dicha. Sería una medida cautelar contra medidas cautelares<sup>92</sup>. Ya se ha señalado cuál es el punto criticable de esta postura. En concreto, se trata de una medida que procura evitar los daños que una cautelar abusiva podría generar, pero en modo alguno procura asegurar el resultado de un proceso principal. No es ese el objetivo. El fin último es evitar los daños que pueda generar el uso de la herramienta procesal “medida cautelar”. Ello así, no parece que en lo sustancial, sean institutos asimilables. De hecho, los incidentes de levantamiento o sustitución de medidas cautelares, no revisten naturaleza cautelar. Son incidentes con características propias que se plantean en el marco de un juicio o de un embargo trabado en forma preventiva, pero reiteramos, no revisten la naturaleza de medida cautelar, tal como la hemos descrito al inicio. Ello así, sin perjuicio de que cumplan una función preventiva de daños.

Sentado lo anterior, cabe señalar que coincidimos con la postura que entiende que se trataría de un incidente de naturaleza *sui generis* con singularidades atípicas<sup>93</sup>. Existe una diferencia fundamental, en relación con la medida planteada como autosatisfactiva, y es que en este caso, la medida es un incidente, que se suscita en el marco de un juicio principal ya iniciado, y por tanto se debe plantear ante el juez que está entendiendo en el proceso principal<sup>94</sup>.

En cuanto a los requisitos, salvando la diferencia anterior, diremos que son fundamentalmente los mismos que los que se precisan para la procedencia de la medida anticautelar exógena. Estos son: urgencia (situación de vulnerabilidad cautelar), fuerte verosimilitud en el derecho y contracautela.

Debe tenerse en cuenta que la urgencia en estos casos, aparecerá en forma prístina, respecto del demandado, del hecho de tener un juicio iniciado en su contra. En este sentido, resulta claro que si la medida se presenta en el marco de un

<sup>92</sup> Así, lo entienden: CAMPS, C.E. “La medida anticautelar ambiental”, RDAmb41, 42. AR/DOC/4612/2015;y SOSA, T. “Lo anticautelar es cautelar” en: PEYRANO, J.W. (Dir) *Medidas cautelares y anticautelares*. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2022. Pp. 437-441.

<sup>93</sup> Cfr. PEYRANO, J.W. “La pretensión anticautelar”, en PEYRANO, J.W. (Dir) *Medidas cautelares y anticautelares*. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2022. Pp. 457-458.

<sup>94</sup> Así lo propone: ESPERANZA, S. “Vademecum de la pretensión anticautelar. Su frontera” en: PEYRANO, J.W (Dir) , *Medidas cautelares y anticautelares*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2022, p.467

proceso iniciado, la sola existencia de la causa evidenciará la urgencia. Por lo demás, los restantes requisitos no revisten particularidades.

Finalmente, cabe señalar que en cuanto a la sustanciación, legitimación y demás extremos, no existen diferencias.

Culmina la medida con la orden judicial que ordena hacer lugar o no hacer lugar a la medida.

En cuanto a los medios impugnativos, serán los que prevén los códigos rituales, para las resoluciones que resuelven incidentes, aunque debe aclararse que el recurso deberá concederse sin efecto suspensivo, a los fines de no desnaturalizar la medida<sup>95</sup>.

#### 4.- Denuncia Antecautelar de bienes.

Finalmente, cabe analizar una herramienta preventiva, distinta de la antecautelar, que resulta relevante, puesto que podrá resultar de utilidad en algunos casos.

Se trata de la denuncia de bienes, en forma antecautelar.

Es una medida que consiste en poner en conocimiento del tribunal de la causa los bienes que integran el patrimonio del demandado para el supuesto de que el actor solicitara una cautelar. En estos casos, el demandado expone que la afectación de alguno de ellos le resultaría perjudicial y vendría a constituir un abuso procesal, y señala otros bienes, sobre los que podría recaer la medida, sin daño para nadie<sup>96</sup>.

No resulta técnicamente una medida antecautelar, ya que no se plantea en estos términos, sino como una puesta en conocimiento anticipada al tribunal, para que al momento de discernir sobre una medida cautelar, cuente con elementos suficientes para poder evitar la traba de una medida gravosa (conf. arg. arts. 10 y 1710, y 1713).

#### 5.- Análisis de las regulaciones existentes

Hasta la fecha, son muy pocas las provincias que han regulado en sus códigos rituales, el instituto de las medidas antecautelares<sup>97</sup>. Algunos proyectos de reforma las han incorporado<sup>98</sup>.

No obstante ello, ya son varias las provincias que tienen regulado el instituto de las autosatisfactivas, lo que simplifica la cuestión<sup>99</sup>. En Córdoba, no obstante lo apuntado, no se encuentra regulada.

<sup>95</sup> Aquí rige el mismo argumento expuesto para la impugnación de medidas cautelares y autosatisfactivas, que no es otro que la esencia preventiva de daños de la medida, que exige la ejecución inmediata de lo ordenado.

<sup>96</sup> PEYRANO, J.W. "La pretensión antecautelar", en PEYRANO, J.W. (Dir) *Medidas cautelares y antecautelares*. Rubinzal-Culzoni, Sante Fe, 2022. P. 458.

<sup>97</sup> Así, el Código Procesal Civil y Comercial de Corrientes la recepta en forma expresa en el art. 203 y el Código Procesal de Familia de San Juan, hace otro tanto, en el art. 56 de dicho plexo.

<sup>98</sup> Así, el Anteproyecto de Reforma al Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe, elaborado por la Comisión Técnica Especializada designada por Resolución n° 549/20 de Ministerio de Gobierno, Justicia, Derechos Humanos y Diversidad, en el art. 282 *in fine*, preveía la pretensión antecautelar en estos términos: "A los fines de evitar abuso cautelar, se pueden interponer pretensión antecautelar o sustitución anticipada de cautela, que tramitan en lo pertinente bajo las reglas de procesos urgentes". Es objetable la técnica legislativa utilizada, puesto que un mismo artículo regula lo atinente a la modificación, levantamiento, sustitución, responsabilidad por abuso y las antecautelares. Se advierte así, que se agrupan en una misma norma, una serie de institutos diferentes, cuyos contornos deben ser delineados en forma individualizada. Por otro lado, la regulación es muy amplia y no indica los requisitos para la concesión de la medida antecautelar, ni el trámite a otorgarle. En definitiva, estimamos que si bien el fin es loable, la regulación ha quedado a mitad de camino.

La provincia de Corrientes, en el año 2021 sancionó un nuevo código procesal civil y comercial (Ley n° 6556). En este código recepta de manera expresa, el instituto anticautelar.

Así, el art. 203 estatuye: “Artículo 203. Pretensión anticautelar. 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 de 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 advierte que recepta prácticamente todos los presupuestos que hemos analizado a lo largo de este trabajo. No aclara el trámite a imprimir. No obstante ello, al estar regulado el instituto de las autosatisfactivas, si se presenta en modalidad exógena, será esa la vía apta, y si se presenta en el marco de un juicio, la vía incidental será la vía apta. En cuanto a la sustanciación, el artículo no la prevé, pero atendiendo al remedio impugnativo que fija, parecería que está pensada para que sea dictada sin sustanciación.

Como crítica, podría señalarse que la norma expresa: “podrá peticionar que la jurisdicción se abstenga de decretarla”, lo que permitiría inferir, que la orden se dirige contra otro tribunal, lo que a nuestro juicio es errado. En efecto, se trata de pretensión dirigida contra otra persona (destinataria), respecto de la cual, se teme que peticione la traba de la cautelar abusiva. Ello así, la orden de abstención recae en definitiva, en el sujeto destinatario de la medida, quien es el que tiene la facultad de impugnar la medida, y no en el tribunal que dirima eventualmente, la procedencia o improcedencia de la medida cautelar. Lo expuesto, sin perjuicio de los mecanismos de notificación que se implementen, en orden a hacerla eficaz.

Por otro lado, el Código Procesal de Familia de San Juan (Ley N° 2435), sancionado en el año 2022 regula el instituto en el art. 56, que estatuye: “Artículo 56. Pretensión anticautelar: 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 al juez que se abstenga de decretarla, acreditando la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora y ofreciendo bienes o un seguro de caución o garantía 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, en el plazo de cinco (5) días, por vía de reposición o incidental; no tendrán efecto suspensivo”

Se advierte que la regulación es prácticamente idéntica a la del código correntino, por lo que es pasible de las mismas observaciones.

6.- Necesidad de regulación en el Código Procesal Civil y Comercial de Córdoba  
En nuestro ordenamiento local, no están previstas las medidas anticautelares.

---

<sup>99</sup> Así los códigos procesales civiles de: Chaco, art. 253; Corrientes, arts. 478-483; Formosa, art. 232 bis; La Pampa, art. 305; Santiago del Estero, art. 37 y San Juan, art. 631. Este último código también regula la tutela preventiva, en el art. 629.

Asimismo, el anteproyecto de código procesal civil y comercial de la nación, del año 2019, preveía también en el art. 438, bajo el rótulo “proceso urgente”, la medida autosatisfactiva.

Creemos que sería de gran utilidad su regulación, a fin de generar claridad en cuanto a los requisitos a cumplimentar, el trámite a imprimirse, los medios impugnativos, y sus efectos. En definitiva, ello generaría seguridad jurídica, previsibilidad y favorecería su aplicación.

No obstante ello, se advierte que, los argumentos que se han utilizado para admitir las medidas autosatisfactivas en la provincia, serían aplicables, *mutatis mutandi*, en el caso.

Desde el punto de vista sustancial, debe tenerse en cuenta que la función preventiva del daño, de anclaje constitucional (art. 19CN), hoy reconocida en forma expresa en el Código Civil y Comercial (arts. 1710-1715), brinda un sustrato normativo de peso. En efecto, el ordenamiento de fondo, estatuye en primer término el deber de prevención del daño, que compete a toda persona, y luego estatuye que ese deber de prevención, justifica incluso, la concesión de una acción autónoma, para la prevención de daños injustificados (tutela sustancial inhibitoria). Ello así, sin perjuicio de los restantes remedios procesales que cumplen también, una función preventiva (tutela procesal inhibitoria).

Además, el art. 10CCCN establece en su último párrafo, el deber de los jueces de ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si corresponde, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización. Se ha dicho al respecto, que *"(..) este deber de los operadores jurídicos de prevenir el uso abusivo del derecho es el que demanda encontrar las herramientas adecuadas -si las hubiera- o crearlas -en caso de que no las hubiera- para evitar que el derecho de unos trasunte en el desconocimiento del derecho de otros; no pudiendo excusarse en la ausencia de tales instrumentos, constituyendo la medida anticautelar en estudio, de creación doctrinaria y recepción pretoriana en un válido ejemplo de operadores jurídicos ingeniosos, capaces de crear herramientas útiles para la efectivización del derecho cautelar, evitando el abuso en que este puede derivar en la práctica"*<sup>100</sup>.

En este marco, coincidimos en que: *"La falta de regulación de una vía expedita para resolver casos urgentes y evidentes no puede importar la frustración de derechos, ni la necesidad de inventar un proceso principal a todas luces innecesario. Antes al contrario, se deben buscar soluciones de modo de asegurar el mandato constitucional que otorga a los particulares el derecho a obtener una respuesta expedita y razonable por parte del órgano jurisdiccional (conf. 14 y 43 CN, art. 8.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)"*<sup>101</sup>.

Por otro lado, no debe perderse de vista, que el art. 887 CPCC, estatuye que, en caso de silencio u oscuridad de este Código, los tribunales arbitrarán la tramitación que deba observarse, de acuerdo con el espíritu que le domina, leyes análogas y los principios generales que rigen en materia de procedimientos.

En este sentido, primeramente, cabe examinar nuestro ordenamiento procesal, a los fines de aplicar la norma citada. Así, nuestro código prevé un incidente específico en materia cautelar, que es el de la sustitución cautelar (arts. 463 2° párrafo CPCC - 473ibídem), que si bien presenta una naturaleza distinta a la medida anticautelar, tiene una clara finalidad mitigadora del daño. Por otro lado, el art. 484

<sup>100</sup> QUINODOZ, F.A. *Consideraciones acerca de la naturaleza jurídica de las llamadas medidas anticautelares*. El Derecho, [276] - (02/02/2018, nro 14.341).

<sup>101</sup> DIAZ VILLASUSO, M. *Código Procesal Civil y Comercial Comentado*. Advocatus, Córdoba, 2021.Tomo III.P. 171.

CPCC, permite la solicitud de medidas cautelares no tipificadas, a los fines de evitar perjuicios inminentes o irreparables. Estos dos artículos, podrían ser considerados, a los fines de vehicular, mediante una aplicación analógica (art. 887CPCC), las medidas anticautelares.

Incluso más, haciendo uso del art. 887, en virtud de lo dispuesto en los artículos 1710 y ss CCCN, podría llegar a aplicarse, analógicamente, la regulación del código de Corrientes, por ejemplo.

En definitiva, estimamos que haciendo una interpretación armónica de las normativas procesales y sustanciales vigentes, es viable la solicitud y dictado de medidas anticautelares, ya por vía exógena, ya por vía endógena.

Ahora bien, a la hora de efectuar el planteo, la parte requirente debería cumplimentar los requisitos que la doctrina ha ido delineando, para su concesión. Asimismo, el juez debería explicitar el encuadre normativo y el trámite a otorgar a la medida, los medios impugnativos y sus efectos. Finalmente, debería realizar la tarea de ponderación, que emerge del art. 1713CCCN, a los fines de analizar la procedencia de la medida.

#### 7.- Algunas aplicaciones en la jurisprudencia

El *leading* case en materia anticautelar lo hallamos en Rosario, en la resolución dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Distrito en lo Civil y Comercial de la Sexta Nominación de esa ciudad, en la causa "Centro de Chapas Rosario S.A. c. Administración Provincial de Impuestos - API s/medida cautelar" (expte. N° 674/13), el 01.10.2013.

En este caso, la empresa actora planteó una medida anticautelar con el objeto de evitar el embargo sobre cuentas corrientes de su titularidad o la inhibición general de bienes. Ello así, atento a que existía un peligro cierto de que ello ocurriera (existía un expediente administrativo abierto) y esta medida era susceptible de afectar gravemente el giro de sus negocios. Asimismo, la accionante puso a disposición del tribunal, una nómina de bienes de propiedad libres de embargo, aptas para cubrir el valor de la deuda que el ente recaudador le atribuía. El juez hizo lugar al pedido de la requirente contra el órgano recaudador provincial y ordenó que la Administración Provincial de Impuestos se abstuviera de trabar inhibición general de bienes y/o embargo sobre cuentas corrientes de la actora, derivada de cierto expediente administrativo, si el crédito no excediere el monto de \$580.000, atento al grave perjuicio que esta 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 de tales actuaciones.

Se advierte que este caso es perfectamente ilustrativo de la medida cautelar exógena. Así, se planteó en forma autónoma (no había otro juicio iniciado), y concurren todos los requisitos de procedencia de la medida anticautelar: situación de vulnerabilidad cautelar, verosimilitud del derecho y contracautela). Por otro lado, la orden dictada, se dirigió en forma expresa a proscribir la traba de una medida específica (inhibición general de bienes) y la traba de embargo sobre determinados bienes.

Otro de los fallos más resonantes en materia de anticautelares, ha sido el fallo dictado por el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chaco, sala I en lo civil, comercial y laboral en la causa “Ceshma”<sup>102</sup>.

En este caso, una empresa responsable de la construcción de un centro comercial solicitó el dictado de una medida cautelar a fin de que una fundación se abstuviera de realizar cualquier acto u omisión que implicara la perturbación de la ejecución del proyecto edilicio mencionado. El juez le hizo lugar. La Cámara revocó el decisorio. La actora interpuso recurso de inconstitucionalidad. El Superior Tribunal de Justicia de Chaco le hizo lugar y confirmó la resolución de primera instancia.

El alto tribunal chaqueño, para dirimir la cuestión, partió del análisis de las medida anticautelares propuestas por el Dr. Peyrano. A partir de allí, consideró que se encontraban presentes los requisitos de las anticautelares.

Respecto del primer recaudo (urgencia - SVC) señaló que el sentenciante de primera instancia lo encontró verificado en las propias constancias de la causa, dadas las manifestaciones públicas realizadas por el demandado que traducían su intención de accionar legalmente en contra de la aludida obra.

En cuanto a la verosimilitud del derecho, expresó que el juez de grado, había sopesado la envergadura económica y social del proyecto de edificación a llevarse a cabo, el carácter de propietaria de la actora respecto del inmueble en donde se encuentra prevista desarrollar la obra, la acreditación prima facie del cumplimiento de las exigencias normativas y reglamentarias determinadas por los organismos públicos de contralor provinciales y municipales correspondientes; todo lo cual persuadió respecto a los visos de legalidad propios del proyecto urbanístico en cuestión -en el marco de una verosímil presunción mediante un conocimiento sumario-.

Se advierte que la medida dictada, desborda los límites de una medida anticautelar. Así, se emite una orden genérica y amplia, que va dirigida a vedar no solamente la traba de una cautelar sobre los bienes de la actora, sino que prohíbe, en general, todo acto que impida o suspenda la ejecución del proyecto.

Así, no aparece claro que los daños temidos, sean derivados de una medida cautelar abusiva, solamente, o de otros actos tendientes a paralizar la ejecución de los trabajos.

Las medidas anticautelares, en la forma en que han sido concebidas, procuran limitar el poder cautelar del destinatario de la medida, pero no impedirlo en forma total, lo cual sería inconstitucional, conforme señala Peyrano. Se restringe el poder cautelar, respecto de bienes específicos o de medidas cautelares específicas, nunca en forma general y amplia, como ocurre en el caso. Además, las medidas anticautelares no se dirigen a impedir todo tipo de conductas generadoras de daño, sino que restringen la traba de cautelares que se reputan abusivas.

Por otro lado, al analizar los requisitos de procedencia, el tribunal pondera los presupuestos como si se tratara de una medida cautelar propiamente dicha, y no como una anticautelar. De hecho, al señalar el requisito de la verosimilitud del derecho, en lugar de analizar si era verosímil que la cautelar temida causara daños injustificados al peticionante (presupuesto de la anticautelar), se refiere a la verosimilitud del derecho de fondo de la constructora, tal como se examina para el

<sup>102</sup> “CESHMA S.A. c. Fundación Encuentro por la vida; Cultura y Democracia s/ medida cautelar” del 02.06.2014

otorgamiento de una cautelar (no en la anticautelar), y que además, en el caso, debía dirimirse en el proceso de amparo, que era el juicio principal.

Se advierte así, que no concurren los requisitos para considerar a la medida ordenada, como una anticautelar.

En definitiva, sin perjuicio de la utilidad simbólica que pueda presentar este caso, en tanto precedente en el que se recepta la herramienta “anticautelar” desde lo conceptual, se advierte que el fallo no concreta la aplicación de una efectiva medida anticautelar, tal como la entendemos en este trabajo e incluso es susceptible degenerar confusiones.

Más cerca en el tiempo han existido otras aplicaciones<sup>103</sup>.

#### IV.- Bibliografía

ACIARRI, H. “Funciones del derecho de daños y de prevención”. LA LEY 04/02/2013, TR LALEY AR/DOC/179/2013

ALSINA, H. *Tratado teórico-práctico de derecho procesal civil y comercial*, t. I, 2º Ed. Ediar, Bs. As., 1956.

AZAR, A. M. y OSSOLA, F., en SANCHEZ HERRERO, Andrés (Dir), “Tratado de Derecho Civil y Comercial: Responsabilidad Civil”, Bs. As., Ed. La Ley, 2016. T.III.

BARBERIO, S.J. “Análisis comparativo de las medidas autosatisfactivas en los códigos procesales que la incorporan” en: PEYRANO, J.W. (Dir) *Medidas autosatisfactivas*. 2º Ed. Rubinzal-Culzoni. Sante Fe. 2014.

CALAMANDREI, P. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Librería “EL FORO”. Buenos Aires, 1996, Pp. 44-45.

CAMPS, C.E. “La Medida anticautelar Ambiental” ,La Ley, 2015, Cita Online: AR/DOC/4612/2015

DE LOS SANTOS, Mabel, “Medida autosatisfactiva y medida cautelar (semejanzas y diferencias entre ambos institutos procesales)”, Revista de Derecho Procesal, Rubinzal-Culzoni, N° 1.

DIAZ VILLASUSO M. *Código Procesal Civil y comercial de la Provincia de Córdoba*. Advocatus. Córdoba. 2013. Tomo 1 y 3.

<sup>103</sup> Así, fallos: “Emsade S.A. y otros vs. Guzzo, Marcelo Fabián s. Medida autosatisfactiva” Juzgado de Distrito en lo Civil y Comercial 8ª Nominación, Santa Fe, Santa Fe; 02-11-2016, “Coliber S.A. s/ Medida autosatisfactiva” Juzgado de 1ª Instancia en lo Civil, Comercial y Laboral de CuruzúCuatiá. Fecha 13/07/2018; “Proteccion Millenium S.A. s/ Concurso preventivo s/ Incidente Art. 250” Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala D. Fecha 23/04/2019, “Fiscalía de Estado de la Provincia del Chaco s/ medida cautelar” de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Resistencia, sala I. Fecha: 01/02/2021, Khouri, Luis c. Insumos Agroquímicos S.A. s/ Demanda laboral” del Juzgado Laboral Nro. 1 de Corrientes. 28/04/2022, entre otros.

EGUREN, M.C. “Las medidas autosatisfactivas, la jurisdicción oportuna y el derecho procesal del destiempo”, en: PEYRANO, J.W. (Dir) *Medidas autosatisfactivas*. 2° Ed. Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. 2014.

ESPERANZA, S. “La evolución del ideario de la anticautelar” en: PEYRANO, J.W. *La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016. P. 680.

ESPERANZA, S. “Vademecum de la pretensión anticautelar. Su frontera” en: PEYRANO, J.W (Dir) , *Medidas cautelares y anticautelares*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2022.

FERNANDEZ BALBIS. A. “La pretensión anticautelar codificada” Cita: RC D 284/2021  
FERREYRA DE DE LA RÚA, A. y GONZÁLEZ DE LA VEGA DE OPL, C. *Teoría general del proceso* - 2a ed. Advocatus. Córdoba ,2009

GALDÓS, J.M. *La teoría general de la prevención del daño. Principales reglas y principios*. LA LEY 27/10/2021, 1. Cita: TR LALEY AR/DOC/3020/2021

KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. “La función preventiva de la responsabilidad civil en el código civil y comercial de la Nación”, en: PEYRANO (Dir) *La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación*. Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. 2016.

MOREA, A. “Aspectos procesales relativos a las medidas anticautelares”. La Ley. 06.07.2018. Cita on line: AR/DOC/1318/2018

OSSOLA, Federico, *Responsabilidad civil*. AbeledoPerrot. CABA. 2016.

PEYRANO, J.W. *Abuso Procesal*, Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. 2006.

PEYRANO, J.W. “Las medidas anticautelares” LA LEY 01/03/2012, 01/03/2012, 1. Cita: AR/DOC/774/2012.

PEYRANO, J. W. *Medidas cautelares y anticautelares*, Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. 2022.

PEYRANO, J.W “La pretensión anticautelar”. LA LEY 26/03/2020, 1 - LA LEY2020-B, 1084 TR LALEY AR/DOC/326/2020

PEYRANO, J.W. (Dir) *La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación*. Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. 2016. P. 31.

PEYRANO, J.W. (Dir) *Medidas autosatisfactivas*. 2° Ed. Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. 2014.

PEYRANO, J.W. y EGUREN, M.C. “Vigorosa recepción legislativa de las medidas autosatisfactivas” en: PEYRANO, J.W. (Dir) *Medidas autosatisfactivas*. 2° Ed. Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. 2014, P.100.

QUINODOZ, F.A. *Consideraciones acerca de la naturaleza jurídica de las llamadas medidas anticautelares*. El Derecho, [276] - (02/02/2018, nro 14.341).

RAMBALDO, J.A. "El abuso procesal" en: PEYRANO, J.W. *Abuso procesal*. Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. 2006.

SOSA, T. "Levantamiento o sustitución anticipados de la medida cautelar" en: PEYRANO, J.W. *La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación*. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016.

SOSA, T. "Lo anticautelar es cautelar" en: PEYRANO, J.W. (Dir) *Medidas cautelares y anticautelares*. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2022.

TRUCCO, J. "La medida anticautelar y el sentido común" en: PEYRANO, J.W. (Dir) *La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación*. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.

VAZQUEZ FERREYRA, Roberto A., "La función preventiva de la responsabilidad civil", LA LEY2015-C,726.

ZAVALA DE GONZÁLEZ, M. *Responsabilidad por riesgo. El nuevo artículo 1113*. Hammurabi, Buenos Aires, 1987.

ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *La responsabilidad civil en el nuevo Código*, Ed. Alveroni, Córdoba, 2015, t. I, p. 184; PIZARRO, R.D. Ob. Cit.; AZAR y OSSOLA, Ob. Cit.p.466, entre otros.