

## CAPITULO IV

### MODIFICACION

1.	Mutabilidad de las medidas cautelares . . . . .	81
2.	Ampliación y mejora . . . . .	81
2.1.	Legitimación y presupuestos . . . . .	83
3.	Reducción . . . . .	85
4.	Sustitución . . . . .	87
4.1.	Sustitución de la medida cautelar . . . . .	88
4.1.1.	Casos . . . . .	89
4.1.1.1.	Hipótesis legales . . . . .	89
4.1.1.2.	Hipótesis jurisprudenciales . . . . .	92
4.1.1.2.1.	Sustitución de secuestro por fianza . . . . .	92
4.1.1.2.2.	Sustitución del derecho de retención por embargo . . . . .	92
4.2.	Sustitución de bienes . . . . .	93
4.2.1.	Casos . . . . .	94
4.2.1.1.	Hipótesis legales . . . . .	94
4.2.1.1.1.	Peligro de pérdida o desvalorización . . . . .	94
4.2.1.1.2.	Bienes necesarios para el funcionamiento de la empresa . . . . .	95
4.2.1.1.3.	Muebles de un establecimiento comercial o industrial y de uso de la casahabitación . . . . .	97
4.2.1.2.	Hipótesis de hecho . . . . .	99
4.2.1.2.1.	Sustitución de una cosa por otra . . . . .	100
4.2.1.2.2.	Sustitución de una cosa por dinero y viceversa . . . . .	102

## Capítulo IV

### MODIFICACION

**SUMARIO:** 1. Mutabilidad de las medidas cautelares. 2. Ampliación y mejora. 2.1. Legitimación y presupuestos. 3. Reducción. 4. Sustitución. 4.1. Sustitución de la medida cautelar. 4.1.1. Casos. 4.1.1.1. Hipótesis legales. 4.1.1.2. Hipótesis jurisprudenciales. 4.1.1.2.1. Sustitución de secuestro por fianza. 4.1.1.2.2. Sustitución del derecho de retención por embargo. 4.2. Sustitución de bienes. 4.2.1. Casos. 4.2.1.1. Hipótesis legales. 4.2.1.1.1. Peligro de pérdida o desvalorización. 4.2.1.1.2. Bienes necesarios para el funcionamiento de la empresa. 4.2.1.1.3. Muebles de un establecimiento comercial o industrial y de uso de la casa-habitación. 4.2.1.2. Hipótesis de hecho. 4.2.1.2.1. Sustitución de una cosa por otra. 4.2.1.2.2. Sustitución de una cosa por dinero y viceversa.

**1. Mutabilidad de las medidas cautelares.** Las medidas cautelares deben cumplir adecuadamente su función de garantía a que están destinadas. Cuando por cualquier circunstancia se alteren los términos de la relación entre las obligaciones cuyo cumplimiento se quiere asegurar, por una parte, y la naturaleza, magnitud o extensión de la tutela, por otra parte, esta última puede modificarse, sea ampliándola, reduciéndola o sustituyéndola, de tal forma que los términos de esa relación conserven su simetría. Esta condición de *mutabilidad* de las medidas cautelares es inherente al objeto de las mismas, y ha sido reconocida por la jurisprudencia<sup>1</sup>.

Al comenzar la obra (I,2) destacamos la naturaleza instrumental, accesoria de esta medida, y concluimos en que deben ser razonablemente dispuestas en coincidencia con la utilidad que pueden materializar (I,3), pues en ello está en juego el orden público. Del principio enunciado resulta la característica de *provisionalidad* de las medidas cautelares, estudiada en los dos capítulos precedentes; pero también resulta la de *mutabilidad*, que abordaremos en éste. En síntesis, por ser provisional, la medida puede *levantarse* (art. 202, CPN); por ser mutable, puede *modificarse* (art. 203, CPN). Bajo el rubro “modificación” hemos incluido la ampliación y mejora de la medida, su reducción y la sustitución de medidas y de bienes.

**2. Ampliación y mejora.** La primera parte del artículo 203 del Código Procesal de la Nación autoriza al acreedor a pedir la ampliación, mejora o sustitución de la medida cautelar decretada, justificando que ésta no cumple adecuadamente la función de garantía a que está destinada. Pero esta facultad debe apreciarse no aislada-

<sup>1</sup> C2a. CC La Plata, sala II, *in re* “Pantano, Agustín c/La Estrella, Cía. de Seguros”: La Ley, 128-604, con nota de Miguel Angel Passi Lanza, donde el tribunal reconoce el carácter de eminentemente mutable —y, por ende, sustituible— de las medidas precautorias en general.

mente, sino en el contexto de su vinculación con otras dos reglas: la del artículo 213, que limita el embargo preventivo a los bienes necesarios para cubrir el crédito que se reclama y las costas, y la del artículo 535, que prohíbe al acreedor exigir que el embargo recaiga sobre determinados bienes con perjuicio grave para el deudor, si hubiere otros disponibles. Tal el marco normativo en que deberá ejercitarse la exégesis.

¿Es lo mismo ampliación que mejora?

La doctrina cree encontrar una diferencia: “La *ampliación* consiste en aumentar el monto o cuantía por la cual se ha dispuesto la cautela...; la *mejora*, a su vez, supone que un mayor número de bienes quedan afectados, ya que la del bien primitivo sobre el que ha recaído era de valor insuficiente”<sup>2</sup>.

Sin perjuicio de que según nuestro punto de vista las cosas son al revés (ampliar es aumentar el número de bienes, y mejorar es aumentar el monto o la cuantía) la diferencia, en la práctica, no existe; parece en todo caso un reaseguro semántico del legislador, a fin de cubrir todas las posibilidades. La misma ley, en su artículo 102, habla de ampliación y mejora, y en el 540 y 541, sólo de ampliación, lo que no obsta, en estos últimos, a entender que también está autorizada la mejora. El artículo 281, segundo párrafo, del Código de Santa Fe, en la misma hipótesis prevista por el 102 del Código Procesal de la Nación —tercería— se refiere exclusivamente a la ampliación. Pero es preciso señalar que dos prestigiosos juristas de esa provincia dudan que “en el ámbito jurisdiccional santafesino” exista la figura de la *ampliación*, “salvo que el giro no tenga más pretensiones que las meramente materiales o históricas”. En efecto,

<sup>2</sup> MORELLO, Augusto M., PASSI LANZA, Miguel A., SOSA, Gualberto L. y BERIZONCE, Roberto O., *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación*, t. III, p. 101/102.

Jorge W. Peyrano y Julio O. Chiappini<sup>3</sup>, sostienen que la ampliación no es otra cosa que un *nuevo embargo*. Para demostrar la vigencia del aserto, proporcionan dos argumentos que le confieren plausibilidad: a) Si la ampliación no fuese un nuevo embargo, sería innecesario (en Santa Fe), reponer la tasa pertinente; b) Si la ampliación fuese el mismo embargo anterior, operaría *ex tunc*, retroactivamente. “Sabemos” —dicen— “que no es así: si luego del primer embargo otros acreedores toman sus medidas cautelares... estas medidas prevalecen en orden de privilegio respecto a la ampliación...” El tema merece ser profundizado, atento a que por lo menos el segundo de los dos argumentos es aplicable a los restantes ordenamientos procesales del país. Y la cuestión reviste gran importancia práctica en épocas de degradación monetaria que, como advierten los autores, exigen una estructuración legal que permita la posibilidad de “los embargos indexados *ab-initio*”.

2.1. *Legitimación y presupuestos*. ¿Quién está legitimado para solicitar la ampliación o mejora de una medida cautelar? El artículo 203 del Código Procesal de la Nación, menciona al *acreedor*; el artículo 101 se refiere al *embargante*. Esta cuestión disfruta de cierto grado de frivolidad, puesto que tratándose de modificar una medida ya decretada (que puede o no ser embargo), se halla legitimado para requerirlo el que obtuvo la medida. No obstante, quien ejerce la acción subrogatoria (artículo 1196, C. Civil) se halla igualmente legitimado en caso que el acreedor fuere negligente en la custodia de los derechos asegurados por la cautela<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> *Tácticas en el proceso civil*, p. 115/119: ¿“Ampliación” de embargos?; Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 1984.

<sup>4</sup> “Indudablemente al hablar de medidas conservatorias y ejecutivas se debe tener en cuenta la distinción que cabe hacer en las primeras y el alcance que ambas tienen respecto al patrimonio del deudor, contra quien pueden ejercitarse, sin discusión alguna, todas las medidas, en nombre del primero” (SILVA, Armando V., *Acción oblicua*, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t.I, p. 232).

El interesado (embargante, acreedor, acreedor del acreedor), de todos modos deberá justificar que la medida cautelar decretada no cumple adecuadamente la función de garantía a que está destinada. Esta justificación tendrá apoyo en la ley misma o en los hechos de la causa. La primera hipótesis halla un buen ejemplo en el ya citado artículo 102 del Código Procesal de la Nación, habida cuenta que la deducción de una tercería hace verosímil la posibilidad de que el bien embargado no pertenezca al deudor, lo que obviamente disminuye la garantía. Análoga situación se presentará cuando antes o después de la sentencia (artículo 540 y 541) venciere algún nuevo plazo de la obligación en cuya virtud se procede. En tales circunstancias, la cautela podrá devenir insuficiente, por lo que corresponde su ampliación o mejora. En cuanto a los hechos de la causa, las posibilidades de peligro en la pérdida del aseguramiento son prácticamente infinitas; pero hay algunas que se presentan con más frecuencia, por ejemplo, el deterioro de la moneda o la desvalorización del bien cautelar, especialmente cuando el trámite judicial demora más de lo previsto. En el primer caso se ha declarado que es procedente la actualización por desvalorización monetaria de la suma por la que se ha trabado el embargo, pues de lo contrario se tornaría ilusoria la eventual responsabilidad civil por insuficiencia de la garantía<sup>5</sup>. En el segundo, que aunque mediare conformidad, en su momento, con la capacidad de los bienes embargados para asegurar el valor que quiere garantizarse, ninguna disposición legal (se refiere al código de Santa Fe) prohíbe al juez ampliar la medida si, posteriormente, estima que aquellos bienes han disminuido su valía<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> CNCrim. y Correcc., sala 6a.: J.A., Rep. 1978, p. 269, Nro. 348.

<sup>6</sup> C2a. CCSF; J., 9-50. Conf.: CNCív., sala C: Ante la cláusula de inembargabilidad sobre la parte indivisa del inmueble en cuestión resulta procedente la mejora del embargo sobre el automóvil, sin perjuicio, claro está, de la dilucidación de dicha cuestión en la etapa oportuna (La Ley, 144-617, Nro. 27.680); CNCCom., sala C: Corresponde hacer lugar a la ampliación de las medidas cautelares trabadas en el proceso (en el caso embargo preven-

**3. Reducción.** Quizá menos frecuente, la posibilidad de reducir el monto del embargo<sup>7</sup> suele presentarse en la práctica, y la ley (parte final del 2do. párrafo, art. 203, CPN), se la confiere efectivamente al deudor si correspondiere. El hecho de que la norma autorice al deudor a requerir la reducción, no excluye que también el acreedor pueda hacerlo, aunque más no sea para ahorrarse las costas de un incidente. Pero lo que en verdad importa del texto que se comenta, es la expresión *si correspondiere*, donde se involucran los presupuestos que permitan decretar la reducción. El tema, como lo dijimos al principio del capítulo, está conectado íntimamente a lo prescripto por el artículo 213 del Código Procesal de la Nación, donde se manda que el embargo se limitará a los bienes necesarios para cubrir el crédito que se reclama y las costas. El fin moralizador de la regla es fácilmente discernible y concierne al orden público, toda vez que supondría un verdadero abuso del derecho alterar, en favor del acreedor, la función de garantía asignada a las medidas cautelares. En consecuencia, el artículo 203 constituye (su parte pertinente) la contrafigura del 213, “la otra mano de la vía” en el proceso cautelar (I,3), que permite la reparación de los excesos y el ejercicio de control de razonabilidad de las medidas precautorias.

De lo expuesto se desprende que la expresión *si correspondiere* alude a una situación de hecho, en la que aparece evidente la desproporción entre los bienes asegurados y el crédito que se pretende garantizar.

tivo de las cuotas sociales de una sociedad de responsabilidad limitada pertenecientes, a los deudores demandados y de las ganancias que pudiera corresponderles en la citada sociedad y la inhibición general de bienes respecto de los accionados) cuando resulta *prima facie* que las mismas no constituyen caución suficiente al crédito reclamado por el acreedor (La Ley, 1977-A, 543, Nro. 33.929).

<sup>7</sup> La ley se refiere al “monto” por el cual la “medida precautoria” ha sido trabada, lo que sin duda se refiere al *embargo*, aun cuando en algunas ocasiones se ha exigido también que en la inhibición deba precisarse la cantidad a cubrir por la cautela.

Un examen prolijo de esa situación por parte del juez o del oficial de justicia según el caso, haría innecesario el incidente de reducción: uno y otro pueden determinar *ab initio* si los bienes que se denuncian satisfacen razonablemente el monto de la deuda y sus accesorios. Mas habitualmente ocurre que la respuesta de la jurisdicción es automática, superficial, y el afectado por la medida tenga que asumir la iniciativa para reducirla.

Tratándose de cuestiones de hecho, la procedencia o no de la reducción está sujeta a la ponderación de los jueces, en cada caso. Así se ha resuelto que no corresponde admitirla en la acción de simulación, pues dada su naturaleza y la de los bienes comprendidos en ella, no es posible establecer, en principio, el valor de los presuntos derechos de los accionantes<sup>8</sup>. En cambio, se la admitió en la acción por petición de herencia de acuerdo al interés jurídico a proteger<sup>9</sup>. También se hizo lugar a la reducción: en el caso de una suma depositada en exceso al darse cumplimiento al embargo preventivo<sup>10</sup>; cuando el juez de paz delegado por el juez exhortado procedió a trabar embargo sobre valores muy superiores a los ordenados en la rogatoria<sup>11</sup>, etcétera.

Sostuvimos más arriba que es el deudor quien se halla legitimado para requerir la reducción de la medida cautelar, y que asimismo podría hacerlo el acreedor. El artículo 204 del Código Procesal de la Nación, faculta al propio juez para limitarla, teniendo en cuenta la importancia del derecho que se intenta proteger. La norma no instituye otra cosa que una *reducción de oficio*. Obstaría a esta exégesis el hecho de que en el caso de la reducción debe tratarse de una medida *decretada* (art. 203) y en el de la limitación, de

<sup>8</sup> CNCiv., sala C; La Ley, 122-908, Nro. 13.379.

<sup>9</sup> CNCiv., sala F; La Ley, 125-766, Nro. 14.802.

<sup>10</sup> CNCom., sala A; ED, 49-670.

<sup>11</sup> CFed. Tucumán; La Ley, 126-682.



una medida *solicitada* (art. 204); en la primera hipótesis la facultad judicial se ejerce *después* de la admisión de la medida; en la segunda, *antes*. Esta diferencia fue señalada por la CNCom., sala B, en fallo que comentamos oportunamente (I,3), con discrepancia doctrinaria de Ramírez, a la que adherimos por los motivos allí expuestos.

**4. Sustitución.** Sustituir es una forma de modificar, como lo es la ampliación, o la mejora, o la reducción. Pero a diferencia de éstas, la alteración de la cautela no tiene, en principio, connotaciones cuantitativas sino cualitativas. No es el monto del crédito lo que esencialmente se cuestiona en la sustitución, sino la naturaleza de la medida o los bienes asegurados. Su finalidad es conspicua: mantener la garantía causando el menor perjuicio posible al patrimonio del deudor.

La jurisprudencia ha venido trabajando prolijamente el instituto: la sustitución —dijo la Cámara Nacional en lo Civil, sala A— es norma general en materia de medidas cautelares, de modo que en cualquier momento la puedan solicitar los interesados, o inclusive, puede decidirla de oficio el juzgador si con ello se garantiza la igualdad de los litigantes en el curso del proceso<sup>12</sup>; añadiendo la Cámara Nacional en lo Civil, sala F, que para apreciar su procedencia, debe atenderse únicamente al grado de garantía que ofrezca el bien o la caución propuesta<sup>13</sup>.

Por razones didácticas —y porque la ley así lo hace— hemos distinguido entre sustitución de *medidas* y sustitución de *bienes*. Pensamos que con ello se trazarán límites precisos a cuestiones que habitualmente aparecen confundidas, entre otras, la de la legitimación para requerirla, pues, como veremos enseguida, mientras el juez puede sustituir una medida por otra, no está facultado, a nuestro

<sup>12</sup> La Ley, 140-821, Nro. 25.036.

<sup>13</sup> La Ley, 116-777, Nro. 10.773.

juicio, para sustituir un bien por otro. Podrá levantar un embargo de oficio, mas no transferir el embargo a otro bien.

4.1. *Sustitución de la medida cautelar.* El cambio de una medida cautelar puede ser requerido por el acreedor, por el deudor, e incluso dispuesto de oficio por el tribunal.

Cuando es el acreedor quien lo solicita, debe justificar que la medida decretada es insuficiente para cumplir adecuadamente la función de garantía a que está destinada (art. 203, primer párrafo, CPN). La facultad acordada por la ley al acreedor, no es más que una extensión de la *pretensión cautelar* que le asiste en determinadas circunstancias, y disfruta de su misma naturaleza.

El deudor, a su vez, también podrá requerir la sustitución de una medida cautelar por otra que le resulte menos perjudicial, siempre que ésta garantice suficientemente el derecho del acreedor (art. 203, segundo párrafo, CPN). Los jueces han hallado el fundamento de la norma en la teoría del “abuso del derecho”, conforme al texto del artículo 1071 del Código Civil. Recordémoslo en su parte pertinente: “La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contraría los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres”. Ello permitió declarar a la Cámara Primera de Morón: la posibilidad que el artículo 203, segunda parte del código procesal otorga al deudor, de sustituir o reducir la medida cautelar, si esto le significara un menor perjuicio —principio del artículo 1071 del Código Civil— es siempre que se garantice adecuadamente el derecho que se pretenda asegurar. Siendo estas medidas ante todo provisionales subsisten —lo dice el art. 202— mientras duren las circunstancias que las determinaron; cesando ellas, se podrá requerir en cualquier momento su levantamiento<sup>14</sup>. Y

<sup>14</sup> La Ley, 151-60.

a la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Santa Fe, sala I, que el principio y las normas relativas al abuso del derecho alcanzan a las medidas cautelares<sup>15</sup>.

El tercero afectado por la medida tiene iguales derechos que el deudor para solicitar la sustitución por otra menos gravosa; tal conclusión se impone por los mismos fundamentos que autorizan a pedir el levantamiento a quien, sin ser parte de la relación sustancial, se halla asistido de interés legítimo en la controversia cautelar. El que puede lo más, sin duda puede lo menos.

Por último, procede la sustitución de oficio en los términos del artículo 204 del Código Procesal de la Nación: el juez, para evitar perjuicios o gravámenes innecesarios, al titular de los bienes, podrá disponer una medida precautoria distinta de la solicitada. Ya hemos fundamentado la orientación legislativa que otorga a la jurisdicción facultades que exceden el principio dispositivo en orden a los derechos patrimoniales. Ahora ilustremos el punto con un ejemplo de la vida real: si la medida cautelar decretada —anotación de la litis— pudiera llevar a la empresa demandada a la ruptura de vínculos contractuales de trascendencia (contratación de obras públicas), con su consiguiente perjuicio económico, tal situación configura la hipótesis prevista en el artículo 204 del Código Procesal, pudiendo el juez disponer una medida precautoria distinta para evitar perjuicios o gravámenes innecesarios<sup>15-1</sup>.

#### 4.1.1. Casos.

4.1.1.1. *Hipótesis legales*. Al igual que la ampliación o la mejora, la sustitución de una medida cautelar por otra puede hallar fundamento en la ley misma o en los hechos de la causa. Respecto del primer grupo de hipótesis, la más común es la sustitución de la inhi-

<sup>15</sup> J., 41-184.

<sup>15-1</sup> CNCom., sala D; JA, Rep. 1978, p. 425, Nro. 12.

bición por el embargo o caución: la inhibición general para vender o gravar los bienes —dispone el artículo 228 del Código Procesal de la Nación— se deberá dejar sin efecto siempre que se presentase a embargo bienes suficientes o se diere caución bastante<sup>16</sup>.

Es requisito esencial que la sustitución de una medida precautoria sea hecha por otra de igual o mayor jerarquía, y que al mismo tiempo no disminuya la garantía que representa<sup>17</sup>. Por ello, no corresponde dejar sin efecto la inhibición aunque el demandado tenga bienes conocidos, si no los presenta a embargo<sup>18</sup>, o si el monto depositado a embargo no cubre el monto de ella<sup>19</sup>, o si se ofrece un bien que aún no se ha incorporado al patrimonio del deudor, como el embargo de las entradas de caja con designación de un interventor para hacerlo efectivo<sup>20</sup>, o sobre el inmueble que se adquiere con simple boleto, de compraventa, pues éste no otorga más que un derecho personal para perseguir la escrituración y obtener la transmisión del dominio.

Empero, no ha sido óbice para admitir la sustitución —en el caso, por Títulos del Empréstito de Recuperación Nacional 9 de Julio— las posibles fluctuaciones que puedan experimentar en el futuro tales títulos, ya que al momento de su ofrecimiento la garantía es efectiva, y frente a la eventualidad de una baja del precio, tal supuesto encontraría solución en la obligatoriedad de suplementarla<sup>21</sup>, solución extensiva a otros títulos cuyo valor, al momento de ofrecer la caución, sea suficiente para cubrir el importe del crédito y sus accesorios.

<sup>16</sup> *Conf.*: Santa Fe, art. 290. El Cód. de Córdoba (art. 845) no contiene una disposición similar, debiendo deducirse el instituto de la sustitución de la doctrina del art. 1061.

<sup>17</sup> CNCiv., sala E; La Ley, 118-878, Nro. 11.853.

<sup>18</sup> CNCiv., sala E; La Ley, 118-920, Nro. 12.179.

<sup>19</sup> CNCCom., sala A; La Ley, 123-952; Nro. 13.771.

<sup>20</sup> CNCCom., sala B; J.A., 965-II-172.

<sup>21</sup> C2a. CC La Plata, sala II; La Ley, 128-604.

Los bienes que se presenten a embargo pueden ser de un tercero<sup>22</sup>, siempre que la garantía ofrecida en sustitución no cause el menor agravio económico al que solicitó la medida<sup>23</sup>.

Por último, debe recordarse que la inhibición dictada como consecuencia de una quiebra, no es sustituible por fianza<sup>24</sup>.

Otra hipótesis de sustitución legal es la instituida por el artículo 285 del Código de Santa Fe: *En todos los casos en que el embargo no recaiga sobre bienes en que las leyes acuerden privilegios especiales, podrá ser sustituido, a solicitud del deudor o del tercerista, por fianza equivalente al capital demandado, intereses y costas provisoriamente estimados*. Conforme al texto transcripto, la jurisprudencia provincial sostiene que en el procedimiento santafesino es regla general la sustitutibilidad del embargo preventivo por fianza equivalente<sup>25</sup>, equivalencia que concierne al monto por el que se ordenó la medida y no al valor de la cosa incautada<sup>26</sup>; o sea, debe ser bastante para responder al capital, intereses y costas<sup>27</sup>. En definitiva, para ponderar la caución sustitutiva del embargo, no cuenta la mayor o menor comodidad del embargante, pues lo que interesa es que la garantía propuesta, siendo personal, se ajuste al artículo 1998 del Código Civil<sup>28</sup>.

La ley se refiere al embargo *preventivo*, por lo que en principio resulta improcedente la sustitución tratándose de embargo *ejecutivo*<sup>29</sup>, salvo conformidad del ejecutante o cuando se trata de situaciones excepcionales en que debe prevenirse abusos del acreedor<sup>30</sup>.

22 CAR, sala 3a., CC; J., 10-18.

23 C1a. CCR; J., 5-34.

24 STSF, sala 2a., JTSF, 27-171.

25 CApel. CC Rosario, sala II; J., 37-79.

26 CApel. CC Santa Fe, sala I; J. 28-119.

27 CApel. CC Rosario, sala IV; J., 37-182.

28 CApel. CC Rosario, sala II; J., 37-79.

29 C 1a. CCSF; STSF, 29-102.

30 CCCR, sala 2a.; J., 25-115.

4.1.1.2. *Hipótesis jurisprudenciales.* Frente al caso concreto los tribunales han accedido a sustituir una medida cautelar por otra, en atención a la regla del menor perjuicio.

4.1.1.2.1. *Sustitución de secuestro por fianza.* En principio el secuestro no es sustituible habida cuenta que se ordena a efectos de la realización del bien asegurado con un embargo ejecutivo. Pero excepcionalmente se admitió la sustitución cuando el secuestro fue pedido como medida cautelar previa a la acción que el solicitante promete deducir<sup>30-1</sup>.

4.1.1.2.2. *Sustitución del derecho de retención por embargo.* Esta hipótesis que incluyen algunos autores<sup>30-2</sup> —sin distinguir entre sustitución de medidas y sustitución de bienes— nos ha ocasionado cierta preocupación. Ello así, porque hallándose el derecho de retención legislado por normas sustanciales (arts. 3939 y siguientes del Código Civil), se suscita la duda sobre su naturaleza. Teniendo en cuenta que las medidas cautelares son de naturaleza procesal, lo primero que debiéramos preguntarnos es a qué campo pertenece el derecho de retención. Cazeaux y Trigo Represas enumeran las diversas teorías elaboradas al respecto (tesis del derecho real, del derecho personal, de la mera facultad o atributo, y de la excepción procesal). Y concluyen adhiriendo a la opinión de Messineo, de que no se trata de una mera defensa procesal —aunque así funcione— sino de “una *excepción ‘personal’ de derecho sustancial*, precisamente por haber sido legislada en el código de fondo”<sup>30-3</sup>. Si tal es la naturaleza del derecho de retención, y coincidimos en ello con los autores, no habría sustitución de medidas cautelares en sentido propio. Empero, los tribunales autorizan al deudor a sustituir por embargo la reten-

30-1 CApel, CC Rosario, sala II; La Ley, 120-70.

30-2 RAMIREZ, *ob. cit.*, p. 52.

30-3 *Derecho de las obligaciones*, II, v.2, Ed. Platense, La Plata, 1972.

ción efectuada y, en consecuencia, desde el punto de vista de la praxis no caben mayores objeciones. Incluso se ha declarado —creemos que para salvar la brecha conceptual que nos preocupa— que “el derecho de retención constituye una medida de seguridad y garantía de quien lo ejerce, asimilable a las medidas cautelares”<sup>31</sup>.

4.2. *Sustitución de bienes.* El artículo 203 del Código Procesal de la Nación, *autoriza al deudor para pedir la sustitución por otros bienes del mismo valor.* No menciona al acreedor, como lo hace el primer párrafo del mismo artículo cuando trata de la sustitución de la medida, ni al juez, como lo dispone el artículo 204 en el mismo caso. En otras palabras, pareciera que ni el acreedor ni el juez están facultados para sustituir bienes. Sobre el punto opinamos que el acreedor, aun a falta de enunciación expresa, se halla legitimado. Una solución distinta conduciría a situaciones inconcebibles, como ocurriría cuando el bien cautelado desapareciera y no obstante conocerse otros bienes del deudor la sustitución no se operase por el mero silencio de la ley. La misma hipótesis perjudicial para la efectivización de la sentencia sobrevendría en el caso de que el bien objeto de la medida apareciera en el informe registral como previamente embargado, o hipotecado, y existieren bienes libres. Más todavía: la sustitución a pedido del acreedor podría beneficiar al deudor cuando aquél, enterado de la existencia de otros bienes de menor valor, pero suficientes para cubrir el crédito, optare por trasladar la cautela a estos últimos. Con respecto al juez, pensamos que la solución no le es extensiva: requeriría de él una actividad —como la búsqueda de bienes, pericias, etcétera— que excedería las facultades de oficiosidad acordadas por la letra y el espíritu de la ley. Eduardo N. de Lazzari sostiene que no cabe ninguna duda sobre la posibilidad de disponer de oficio la sustitución, aludiendo a las

<sup>31</sup> CNCiv., sala F; JA, Rep. 1981, p. 247.

facultades que ha otorgado al juez el artículo 204 “en tanto se evidencie la necesidad de que la medida de que se trate cumple adecuadamente la función de garantía a que está destinada, sin causar perjuicios o gravámenes innecesarios”<sup>31-1</sup>. Estamos de acuerdo con el autor en cuanto se refiere a la sustitución de medidas, ya que a ellas se refieren explícitamente el artículo 204 y el primer párrafo del 203; pero no así en lo que concierne a la sustitución de bienes, por las razones precedentemente expuestas. El propósito de evitar este tipo de confusiones es lo que nos llevó a tratar por separado la sustitución de medidas y la sustitución de bienes.

4.2.1. *Casos*. Como en la sustitución de una medida por otra, la sustitución de bienes puede estar explícitamente en el texto de la ley, o ser deducida del mismo por el pretorio, como una de sus virtualidades.

#### 4.2.1.1. *Hipótesis legales*.

4.2.1.1.1. *Peligro de pérdida o desvalorización*. El artículo 205 del Código Procesal de la Nación contempla la posibilidad del peligro de pérdida o desvalorización de los bienes afectados, o de que su conservación fuere gravosa o difícil. Frente a esa alternativa y *a pedido de parte*, el juez podrá ordenar la venta en la forma más conveniente. También el Código de Córdoba incluye una previsión similar: *si lo embargado fueran bienes de costosa conservación o fácil pérdida, cualquiera de las partes en juicio podrá pedir su venta en remate público, la que se efectuará en la forma prescripta en el juicio ejecutivo* (art. 1075 1/2). El código de Santa Fe contiene una exigencia adicional: si el que pide la subasta es el actor, lo hará bajo fianza de responder por los perjuicios a que hubiere lugar (art. 472).

<sup>31-1</sup> *Ob. cit.*, p. 154.



La fórmula del Código Procesal de la Nación constituye un avance respecto de los ordenamientos provinciales, acordando al juez la elección del medio de venta, pues en circunstancias extremas el procedimiento de la subasta implicará una demora incompatible con la finalidad del precepto.

En el caso que nos ocupa, la sustitución se operará entre el bien embargado y el producido de la venta, esto es, dinero efectivo.

Las hipótesis legales —peligro de pérdida o desvalorización, conservación gravosa o difícil— están revestidas de suficiente abstracción como para que el juez ejerza, en el caso concreto, la facultad de disponer o no la venta. La norma no le proporciona más que criterios generales: ¿Cuándo hay peligro de pérdida o desvalorización? ¿Cuándo la conservación se hace gravosa o difícil? Inútilmente buscaremos en la ley la solución. Supongamos que lo embargado es un cargamento de tomates; obviamente, el peligro de pérdida es manifiesto. Pero si en vez de tomates se tratara de quesos, la respuesta no sería para nada evidente. Así, se ha resuelto que si la mercadería envasada y que se encontró en el establecimiento industrial objeto de la medida precautoria no tiene peligro de deterioro o de demérito, debe revocarse la autorización de venta basada en el artículo 205 del Código Procesal<sup>31-2</sup>.

Corresponde, en consecuencia, que frente a las particularidades del asunto sujeto a decisión, el tribunal decida no sólo la forma de venderse el bien, sino si es necesario o no venderlo.

4.2.1.1.2. *Bienes necesarios para el funcionamiento de la empresa.* El orden público cautelar se presenta bien caracterizado en el caso de las medidas trabadas sobre bienes muebles, mercaderías o materias primas, pertenecientes a establecimientos comerciales, fabriles o afines, que los necesitaren para su funcionamiento, ca-

<sup>31-2</sup> CF Mendoza; La Ley, 152-153.

so en el cual el juez podrá autorizar la realización de los actos necesarios para no comprometer el proceso de fabricación o comercialización (art. 206, CPN). La *ratio* del precepto halla conspicuo sustento en la idea de la función social de la empresa, que prevalece sobre el interés particular del embargante, tema sobre el cual creemos innecesarias otras consideraciones. Nos preocupa en cambio el carácter un tanto elusivo de la figura. Concretamente: ¿estamos o no frente a un caso de sustitución de bienes? La fórmula legal (“realización de los actos necesarios para no comprometer el proceso de fabricación o comercialización”) disfruta de envidiable ambigüedad, pues, ¿cuáles serían esos actos? Para complicar las cosas, la doctrina<sup>32</sup>—en trance de ilustrar sus comentarios con citas jurisprudenciales— invoca el caso de la interdicción de un buque pesquero. En el (o los) fallo/s se declara que la interdicción de salida de un barco pesquero compromete el proceso de comercialización al impedir que la nave cumpla su función específica de pesca con lo que, recurriéndose a otras medidas cautelares, se evita además un perjuicio innecesario al deudor. Del decisorio aparece que no se trataría entonces de una sustitución de bienes, sino de medidas. De Lazzari, no obstante, considera que “la actuación de este texto legal se opera permitiendo la fabricación o venta de los bienes afectados, pero trasladando la medida cautelar al producto elaborado o al precio obtenido”<sup>33</sup>; es decir, se orienta a la sustitución de un bien por otro, en virtud del principio de la subrogación real. Mas en el caso del barco, lo que se sustituyó fue la interdicción de salida por el embargo, esto es, una medida cautelar por otra. A nuestro modo de ver, la fórmula legal (“realización de los actos necesarios, etc.”) in-

<sup>32</sup> DE LAZZARI, Eduardo N., *Medidas cautelares*, p. 174; Librería Editora Platen- se S.R.L., La Plata, 1984; y RAMIREZ, *Medidas cautelares*, p. 60.

<sup>33</sup> *Ob. cit.*, p. 173.

volucra tanto la sustitución de bienes como de medidas, según lo exija la naturaleza del caso. Hay coincidencia, en cambio, acerca de que la facultad otorgada por la ley sólo puede ejercerse mientras se sustancia el juicio, y cesa una vez ordenada la subasta<sup>34</sup>.

Las dificultades prácticas para sustituir el embargo de un bien determinado por productos que habitualmente son fungibles, hizo pensar a Falcón que la medida debe completarse con la designación de un interventor informante, en los términos del artículo 224 del Código Procesal de la Nación<sup>35</sup>. El código de Córdoba contempla expresamente el punto: cuando el embargo —dice— haya de trabarse en bienes muebles de líneas férreas o pertenecientes a establecimientos industriales, fábricas o cualquiera otra instalación que los necesita para su funcionamiento, no podrán sacarse del lugar donde se hallen ni distraerse del destino que tengan, por la sola razón y motivo del embargo. No obstante, el acreedor tendrá derecho de proponer un interventor que vigile por la conservación de los bienes embargados, y aun pedir su depósito y traslación mediando motivos justificados (art. 846).

4.2.1.1.3. *Muebles de un establecimiento comercial o industrial y de uso de la casa habitación.* La última parte del artículo 535 autoriza al *deudor* para exonerar del embargo aquellos bienes que formaren parte de un establecimiento comercial o industrial, o fueren los de uso de su casa habitación, presentando otros bienes no gravados, o que, aun cuando lo estuviesen, bastaren manifiestamente para cubrir el crédito reclamado.

La norma se conecta con lo reglado por los artículos 206 y 219 del Código Procesal de la Nación por razones de orden público

<sup>34</sup> DE LAZZARI, *ob. cit.*, p. 174/75; RAMIREZ, *ob. cit.*, p. 59.

<sup>35</sup> FALCON, Enrique M., *Código procesal civil y comercial de la Nación, anotado, concordado, comentado*, v. II, p. 255.

que les son comunes, pero no se confunde con ellos. Respecto del artículo 206, la diferencia reside en que para exonerar el bien y sustituirlo por otro, no es menester que sea necesario para el funcionamiento de la empresa; basta que forme parte de ella. Y en relación con el 219, éste prevé hipótesis de inembargabilidad y no de sustitución, lo que significa que puede actuarse de oficio y no sólo a petición del deudor como ocurre en el caso que estudiamos. Aquí, diríamos que el orden público opera más atenuadamente.

Para reclamar los beneficios acordados por el artículo 535 el deudor deberá justificar dos extremos: a) que los bienes ofrecidos en sustitución no se hallen gravados; b) que aun cuando lo estuvieren, bastaren manifiestamente para cubrir el crédito. O sea, que la suficiencia no necesite de mayores pruebas, como un peritaje, por ejemplo. Palacio, con apoyo de la jurisprudencia, agrega otro requisito: fácilmente realizables<sup>36</sup>. Naturalmente, se trata de cuestiones de hecho, sujetas a la prudente apreciación judicial, que frente a las particularidades del caso concreto habrá de decidir si concurren o no los extremos exigidos por la ley. En consecuencia con tales reglas, se ha resuelto: de acuerdo con lo establecido por el artículo 535 del Código Procesal, corresponde hacer lugar a la sustitución del embargo en caso de que lo embargado pueda causar perjuicio grave al deudor y es indudable que la designación de un interventor para que recaude el veinticinco por ciento de los ingresos brutos de la empresa demandada, es una medida que puede afectar el desenvolvimiento económico de la empresa, por lo que corresponde sustituirla por el embargo de maquinarias que no se encuentran afectadas con prenda, máxime si la embargada ofreció el embargo de otros bienes en caso de que el actor lo considerase necesario<sup>37</sup>; si el ejecutado no.

<sup>36</sup> *Ob. cit.*, t. VII, p. 248/49.

<sup>37</sup> CNCom., sala V; *La Ley*, 140-783 (24.807).

acreditó el valor de las acciones ofrecidas a embargo, resulta fundada la oposición del actor a admitirlas en sustitución del gravamen trabado, toda vez que dicho ofrecimiento no satisface los recaudos del artículo 477 del Código de Procedimientos (actual 535)<sup>38</sup>; no puede imponerse al embargante la sustitución de la medida precautoria si el valor del nuevo bien que se intenta dar a embargo no es razonablemente suficiente para cubrir el crédito reclamado<sup>39</sup>; etcétera.

Al igual que en las hipótesis de levantamiento de embargo sobre bienes de indispensable uso o de instrumentos necesarios para el oficio, arte o profesión, la sustitución de los bienes comprendidos en el texto puede reclamarse aunque el embargo se halle consentido, pero antes de la subasta.

4.2.1.2. *Hipótesis de hecho.* La autorización genérica que el artículo 203 del Código Procesal de la Nación confiere al deudor para sustituir un bien cautelado por otro del mismo valor no se funda, como en los casos especiales precedentemente estudiados, sólo en razones de interés social, sino en el principio de que debe causarse el menor perjuicio posible mientras el derecho del acreedor quede suficientemente asegurado. Claro está que en la regla no se halla de ningún modo ausente el orden público cautelar: si la jurisdicción puede imponer al acreedor el cambio de un bien por otro, es porque la voluntad particular de los litigantes reconoce un límite; y ese límite está dado por lo que hemos llamado *utilidad* de la medida, concepto que no admite ni excesos ni malos arbitrios.

En abstracto, las posibilidades de sustituir el bien objeto de la cautela por otro —a fin de hacer menos onerosa la situación del deudor— son infinitas. Pero la jurisprudencia ha captado matices

<sup>38</sup> CNCom., sala A; La Ley, 113-793 (9898).

<sup>39</sup> CNCiv., sala F; La Ley, 124-1137 (14.396).

comunes en esa diversidad, elaborando reglas que ayudan a decidir si el caso se halla o no controlado por el artículo 203 del Código Procesal de la Nación. Antes de examinarlas, recordemos las dos notas esenciales del instituto: a) que la cautela sobre el bien sustitutivo sea menos perjudicial que sobre el sustituido<sup>40</sup> (de lo contrario no se acreditaría interés que justifique el desgaste propio de un incidente); y b) que los bienes sean de igual valor, recaudo sobre el que inmediatamente volveremos.

4.2.1.2.1. *Sustitución de una cosa por otra.* La exigencia de que se trate de bienes del *mismo valor* es comprensiva de un conjunto de condiciones que exceden la idea del mero valor intrínseco. En realidad, la ley apunta al valor de venta, puesto que lo que en definitiva se adjudicará al acreedor es el producido de la subasta, y no la cosa misma. Siguiendo estos lineamientos, los tribunales han negado la sustitución cuando se ofrecieron bienes inmuebles sin probar que estuviesen libres<sup>41</sup>; cuando el ejecutado no acreditó el valor de las acciones ofrecidas a embargo<sup>42</sup>; cuando se pretendió sustituir un inmueble libre de gravámenes por otro gravado con hipoteca<sup>43</sup>; cuando los bienes ofrecidos eran los de una sociedad, pues pertenecían a un tercero<sup>44</sup>. Una fórmula sencilla y precisa para guiarse en la casuística, es la que suministrara la Cámara Primera en lo Civil y Comercial de Tucumán en el primero de los fallos citados: si bien el deudor tiene derecho a obtener la sustitución del embargo, debe ofrecer bienes suficientes y de fácil realización; al menos

<sup>40</sup> El requisito se halla expresamente previsto sólo para la sustitución de una medida por otra, pero ello quizá no sea más que un defecto de técnica en la redacción del segundo párrafo del art. 203.

<sup>41</sup> C1a. CC Tucumán; La Ley, 123-992, Nro. 14.088.

<sup>42</sup> CNCom., sala A; J.A., 963-VI-394.

<sup>43</sup> CNCiv., sala F; La Ley, 114-845, Nro. 10.133.

<sup>44</sup> CNCom., sala D; La Ley, 138-931, Nro. 23.592.

—agregamos nosotros— tan fácil como lo era la del bien cuya sustitución se requiere.

Un tema que merece más detenido análisis es el de la sustitución del bien objeto del proceso. Recordemos que el artículo 211 del Código Procesal de la Nación, dispone que cuando se demandare el cumplimiento de un contrato de compraventa, si el derecho fuese verosímil, el adquirente podrá solicitar el embargo del bien sujeto a aquél; y el inciso 3 del artículo 210, concede idéntica facultad a la persona que haya de demandar por acción reivindicatoria, petición de herencia, nulidad de testamento o simulación, respecto de la cosa demandada. Dado el fin perseguido —inmovilizar el bien con el objeto de preservarlo de terceros— es evidente que no procede la sustitución, ni por otros bienes del mismo valor, ni siquiera por dinero<sup>45</sup>, pues lo que se reclama no es una suma determinada, sino *ese* bien y ninguno distinto a éste. El caso de la escrituración es el más típico, y la negativa a sustituir corresponde tanto respecto del deudor como del acreedor, aunque éste alegare la desvalorización monetaria<sup>46</sup>. Con igual criterio se ha resuelto que en los juicios de petición de herencia no corresponde la sustitución del embargo sobre bienes sucesorios que son objeto del juicio; en cambio, sí procede la sustitución respecto de las rentas de los mismos bienes, puesto que dada la naturaleza del dinero escapa a la prohibición del artículo 1075 del Código de Procedimientos de Córdoba<sup>47</sup>. Justamente la norma aludida en el fallo autoriza la sustitución del embargo por fianza, siempre que no recaiga sobre bienes objeto del juicio. De ahí que en el pronunciamiento que comentamos, el tribunal haya añadido: al prohibir la sustitución de embargo sobre bienes que sean

<sup>45</sup> CNCiv., sala A; La Ley, 148-674, Nro. 29.519.

<sup>46</sup> CNCiv., sala B; La Ley, 1968-A; Nro. 34.515.

<sup>47</sup> C3a. CC Córdoba; BJC, XIII-415.

objeto del juicio, el artículo 1075 del Código Procesal *ha tenido por específica* finalidad evitar sustituciones que perjudiquen los derechos del embargante en cuanto éstos incidan sobre la individualidad de la cosa embargada, o sustituciones susceptibles de alterar caracteres o valores que hacen a la esencia de aquellos derechos <sup>48</sup>.

4.2.1.2.2. *Sustitución de una cosa por dinero y viceversa.* El depósito de una suma suficiente para responder por el capital, intereses, costas y desvalorización monetaria, autoriza la liberación de la cosa cautelada; ello así porque en definitiva y como lo hemos venido diciendo, lo que se aplica al pago de la obligación es el producido de la venta, o sea, dinero. La sustitución en tal caso, ahorra el trámite y los gastos de una subasta, sin perjuicio para nadie. Distinta es la situación cuando lo embargado es el dinero y se pretende sustituirlo por otro bien. En principio, no procede la sustitución de un embargo ejecutivo sobre dinero depositado a la orden del juez de la causa<sup>49</sup>; en efecto, por su naturaleza, el dinero es el bien preferido en el orden de los que pueden ser embargados y no se advierte qué ventaja reportaría la sustitución de la traba sobre fondos depositados en autos, por el embargo sobre un inmueble, máxime si la compulsa del expediente hiciera pensar que la probable ejecución del inmueble ofrecido no se haría sin nuevos y ásperos incidentes que agriarían aun más el proceso<sup>50</sup>. Por parecidas razones es improcedente la sustitución de un embargo en dinero efectivo por una caución, aunque ésta sea dada por una institución solvente como es el Instituto Nacional de Reaseguros <sup>51</sup>. Pero, en una época de rápida

<sup>48</sup> *Loc. cit.*

<sup>49</sup> CApel. CC Rosario, sala II; J., 25-115.

<sup>50</sup> CNCiv., sala A; La Ley, 117-829, Nro. 11.540.

<sup>51</sup> CNFed., sala civ. y com.; La Ley, 122-520. Tampoco procede la sustitución del embargo en dinero por la indisposición de acciones y derechos sucesorios, puesto que ello coloca al embargante en una situación cautelar diferente por su dependencia a un proceso



desvalorización, puede ser el propio acreedor el interesado en la sustitución, ya que si entre la medida cautelar y la sentencia de remate transcurriese un lapso prolongado, el dinero que se embargara pudiera resultar insuficiente para satisfacer la totalidad del crédito actualizado.

Finalmente, por las implicancias que le son virtuales, resulta de interés analizar la hipótesis de sustitución del embargo sobre fondos depositados en una cuenta corriente bancaria. Teóricamente la cautela habría recaído sobre dinero, por lo que en principio la sustitución no procede. Mas si el deudor ofreciese bienes bastantes, libres y de fácil realización, o depositare a embargo dinero en efectivo a la orden del juez de la causa, la negativa a sustituir carecería de sustento, en razón del papel que la cuenta corriente bancaria asume en el tráfico comercial y el perjuicio que no sólo al embargado sino a terceros tenedores de cheques y al mismo Banco ocasionaría la inmovilidad de esos fondos<sup>52</sup>. Por análogas razones, procede transferir la medida cautelar trabada sobre una cuenta corriente bancaria a un bien mueble que garantiza suficientemente el derecho del acreedor<sup>53</sup>.

que puede brindar diversas alternativas y desplaza así la cuestión fuera del ámbito de la normativa del art. 234 procesal que determina la sustitución en el caso que se den garantías equivalentes (C.Civ. y Com. 1a. Tucumán; JA, Rep. 1981, p. 296, Nro. 7).

<sup>52</sup> Conf.: RAMIREZ, *ob. cit.*, p. 51/52.

<sup>53</sup> CNCom., sala B; JA, Rep. 1983, p. 524, Nro. 16.