

CAPITULO V

TRAMITE PARA LA MODIFICACION

1. Naturaleza del trámite	107
2. Oportunidad para promover la incidencia	110
3. Sustanciación	112
4. Prueba	112
5. Resolución	114
6. Impugnaciones	114
6.1. Ordinarias	114
6.2. Extraordinarias	115

Capítulo V

TRAMITE PARA LA MODIFICACION

SUMARIO: 1. Naturaleza del trámite, 2. Oportunidad para promover la incidencia.
3. Sustanciación, 4. Prueba, 5. Resolución, 6. Impugnaciones, 6.1. Ordinarias,
6.2. Extraordinarias.

1. **Naturaleza del trámite.** El artículo 203 del Código Procesal de la Nación, en su párrafo final, insinúa el procedimiento que debe imprimirse al pedido de modificación de las medidas cautelares: *la resolución se dictará previo traslado a la otra parte por el plazo de cinco días, que el juez podrá abreviar según las circunstancias.* El texto genera diversas dudas: la primera, si el traslado debe correrse tanto en el caso de que la modificación se pida por el acreedor como por el deudor. El hecho de que el trámite se legisle en párrafo separado haría suponer que incluye las dos hipótesis del artículo 203, pero pensamos que se trata de un mero error de técnica (entre el penúltimo y el último párrafos debería ir punto y seguido y no punto y aparte) porque en el caso de ser el acreedor el peticionante no corresponde traslado alguno, ya que subsisten las razones de peligro de evasión de bienes que informan la necesidad de que la tutela se otorgue sin audiencia del deudor¹. La segunda duda radica en la clase de procedimiento que se imprimirá al pedido que el deudor hiciera. La substanciación dispuesta por la norma apunta hacia el incidente, porque pese a mencionar nada más que un *traslado* y una *resolución*, hemos visto en el capítulo anterior la necesidad de acreditarse extremos sin cuyo concurso la petición no procede². En consecuencia, ha menester un período probatorio, y así tenemos todos los elementos propios de la vía incidental: pretensión deducida por escrito, con sus copias y el ofrecimiento de la prueba; traslado (por

¹ Conf.: DE LAZZARI, *ob. cit.*, p. 157/158.

² El mayor o menor perjuicio, la suficiencia o insuficiencia de la garantía, son cuestiones de hecho sujetas a verificación. En tal sentido se ha declarado: si el demandado al solicitar la sustitución de la inhibición ofreció acreditar los extremos en que fundó su pedido y el valor de los bienes ofrecidos a ese efecto, antes de decidir la cuestión planteada el juez debió ordenar las pruebas ofrecidas sin perjuicio de las que, por su parte, pudiera considerar necesarias a los fines de proveer el pedido formulado (CNCom., sala A; La Ley, 134-1016, Nro. 19.895).

cinco días, como lo dispone también el artículo 180 del Código Procesal de la Nación); y resolución.

La conclusión a que arribamos encuentra sustento en otras normas del código que, por su ubicación sistemática (en el capítulo de la rebeldía) parecen algo mediatas a la cuestión; nos referimos al artículo 65 del Código Procesal de la Nación, donde se anticipa que *las peticiones sobre procedencia o alcance de las medidas precautorias tramitarán por incidente, sin detener el curso del proceso principal*, lo que permite comentar a Cuadrao: “Disposición análoga a lo establecido en los artículos 439 y 440 del Código anterior, hace extensiva la aplicación de lo dispuesto en los artículos 202 a 204 para las medidas precautorias en cuanto a su modificación; que tramitarán por incidente, sin detener el curso del expediente principal”²⁻¹.

Las previsiones del artículo 205 en caso de peligro de pérdida o desvalorización no alteran, a nuestro juicio, la naturaleza incidental del trámite: *a pedido de parte* —dice— *y previa vista a la otra por un plazo breve que fijará según la urgencia del caso, el juez podrá ordenar la venta en la forma más conveniente, abreviando los trámites y habilitando días y horas*. El trámite es el mismo, pero acelerado en función de la urgencia que informa el precepto.

En el régimen santafesino parecerían resueltas algunas de las cuestiones examinadas: conforme lo dispone el artículo 285, la sustitución del embargo por la fianza se practica a solicitud del deudor o del tercerista, *y la incidencia se sustanciará por el trámite del juicio sumarísimo*. Mas pese a la claridad del texto, la jurisprudencia de la provincia no es uniforme, pues mientras la CCR, sala 1a., en

²⁻¹ *Ob. cit.*, p. 99; aunque no compartimos la inclusión del art. 204, por tratarse de una modificación de oficio.

fallo que ya citamos (III, 2.2.1.) declaró que tanto el desembargo como la sustitución de los bienes afectados por esa medida cautelar, planteados dentro de los autos en que se dispusiera la traba, constituyen incidentes que, como tales, deben tramitar por el juicio sumarísimo³, la CApel. CC Santa Fe, sala II, sostuvo que no llega a constituir un incidente procesal propiamente dicho el trámite relativo a una solicitud de sustitución de embargo⁴.

En Córdoba las cosas son distintas: cuando la sustitución del embargo por la fianza la pide el tercerista de dominio, se requiere audiencia del embargante; pero no cuando la pide el deudor (art. 1075). Y tratándose de la venta de bienes de costosa conservación o fácil pérdida —que puede ser requerida por cualquiera de las partes— *se correrá vista por tres días improrrogables a los demás interesados* (art. 1075 1/2) en cláusula análoga (salvo fijación del plazo) a la establecida por el artículo 205 del Código Procesal de la Nación. A su vez, cuando el acreedor pide la ampliación del embargo, reunidos los extremos exigidos el juez la decretará sin sustanciación alguna (art. 853).

Respecto de los legitimados para reclamar la modificación de medidas cautelares, nos remitimos a lo expuesto en el capítulo anterior. Recordémoslo brevemente:

a) En el incidente de ampliación y mejora se halla legitimado el acreedor, el embargante y el titular de la acción subrogatoria.

b) En el de reducción, el deudor y el acreedor.

c) En la sustitución de medidas, el acreedor, el deudor y el juez.

d) En la sustitución de bienes, el deudor y el acreedor.

Debe tenerse presente que en todos los casos en que el deudor

³ J., 27-187.

⁴ J., 23-114.

esté facultado para formular el reclamo, se entenderá que también lo está el tercero afectado por la medida.

2. Oportunidad para promover la incidencia. Entendemos que el plazo máximo para pedir la modificación de una medida cautelar no es un dato invariable, pues depende de quién la pida y de la clase de modificación que se requiera. Por razones didácticas ejemplificaremos nuestro criterio con la hipótesis del embargo: tratándose del acreedor no podrá solicitar la mejora o sustitución después que se entreguen los bienes al martillero y comience la publicación de los edictos, ya que a tal altura del trámite ha tenido tiempo suficiente para averiguar la suficiencia o insuficiencia de la garantía, y no parece justo hacer cargar al deudor con otros gastos, que un mínimo de interés en la contraparte pudo haber evitado. La solución es distinta para el caso de la ampliación, si es que a este término le damos el alcance de extender el aseguramiento a otros bienes (IV, 2). En tal caso, en todo tiempo y aun después de verificada la subasta podrá el acreedor pedir la ampliación de la medida cuando el producido de los bienes no baste a cubrir el monto de la obligación, conforme a las reglas del juicio ejecutivo y del derecho común. Cuando se trata del deudor habría que distinguir si requiere la sustitución de la medida, la reducción de su monto, o la sustitución del bien.

a) *Sustitución de la medida*: puede pedirse mientras no quede firme el auto de venta; en efecto, la subasta no podría ordenarse sin el previo embargo del bien, y este embargo, ¿por cuál otra medida cabe sustituir en el estado de ejecución? b) *Reducción del monto*: no hay ningún inconveniente en pedirlo inclusive hasta después del remate, deduciendo de su producido la parte que se justifique excesiva. Ello, por las mismas razones expuestas en el caso de la ampliación pedida por el acreedor. c) *Sustitución del bien*: cabe una nueva distinción: si el bien es inembargable puede reclamarse en cualquier

momento antes de la subasta. El motivo es muy simple: estando permitido al deudor requerir el *levantamiento* de la medida en las hipótesis de inembargabilidad (I, 3), con mayor razón le asiste el derecho de pedir la sustitución, pues en este último caso el acreedor sufre menos perjuicio que en el de levantamiento liso y llano. Si el bien no es inembargable rige el principio de la preclusión con todos sus efectos, de manera que no podrá reclamarse la sustitución una vez firme el auto de venta.

A la pregunta de cuántas veces está permitido a las partes pedir la modificación de una medida cautelar, la jurisprudencia responde: más de una vez⁵, y la doctrina agrega: siempre que sea de buena fe⁶. Pero no podrá soslayarse la prohibición instituida por el artículo 69 del Código Procesal de la Nación, por lo que el vencido en un incidente de modificación no podrá promover otro mientras no haya satisfecho el importe de las costas, o lo depositare en calidad de embargo.

¿Puede pedirse simultáneamente el levantamiento y la sustitución de una medida cautelar? ¿Procede la petición en forma sucesiva? Por aplicación del principio procesal de eventualidad o de acumulación eventual, el demandado está facultado para requerir al mismo tiempo que se deje sin efecto la medida cautelar o que se la sustituya por otra, y el hecho de que así no haya obrado no constituye impedimento para que lo haga también en forma sucesiva, toda vez que no se trata del mismo período preclusivo, a punto tal que nada le impedía pedir la sustitución aun cuando se hubiera rechazado la revocatoria por decisión firme; y hallándose en trámite el recurso, el hecho de pedir la sustitución no implica el consentimiento de la medida cautelar y desistimiento de la apelación interpuesta⁶⁻¹.

⁵ CNCiv., sala C; ED, 10-672, CNCiv., sala D; La Ley, 115-790.

⁶ RAMIREZ, *ob. cit.*, p. 54.

⁶⁻¹ CNCiv., sala F, ED, 54-230.

3. Sustanciación. El incidente de modificación debe promoverse ante el juez que deba conocer el proceso principal (art. 6, inc. 4, CPN), aun cuando la medida cautelar se hubiere dictado por juez incompetente.

El último párrafo del artículo 203 del Código Procesal de la Nación dispone un traslado a la otra parte por el plazo de cinco días, que el juez podrá abreviar según las circunstancias. Dijimos antes que la sustanciación no procede cuando el requerimiento es formulado por el acreedor; mas cuando lo formula el deudor es improcedente que la modificación se lleve a cabo *inaudita parte* y sin más trámite, máxime cuando la actora ha prevenido expresamente su oposición, ya que los eventuales perjuicios que pudiera causar la demora impuesta por el traslado tiene resguardo en la contracautela⁷.

Las circunstancias de abreviación quedan sujetas a la prudencial valoración de los jueces y deben fundarse en el peligro de que el cumplimiento de la totalidad del plazo genere daños irreparables. La notificación del traslado se practica personalmente o por cédula (art. 135, inc. 6, *in fine*, CPN).

4. Prueba. Los tres grandes temas del régimen probatorio —qué debe probarse, de qué forma y en qué tiempo— se hallan presentes en el trámite del pedido de modificación. Cuando el acreedor requiere la ampliación, mejora o sustitución de la medida cautelar decretada, debe justificar que ésta no cumple adecuadamente la función de garantía a que está destinada. Y cuando el deudor reclama la sustitución de una medida por otra, de un bien por otro, o la re;

⁷ CNCiv., sala de feria; La Ley, 147-695; Nro. 29.008. *Conf.*: C1a. CC Bahía Blanca: decretada una medida cautelar (en el caso, una inhibición), no puede ser sustituida por otra (embargo) sin audiencia del acreedor (ED, 59-341). CNCom., sala B: dictada una medida precautoria, el juez carece de atribuciones para modificarla sin oír previamente a la parte que la solicitó (ED, 48-412).

ducción del monto, está obligado a demostrar el perjuicio que le ocasiona la subsistencia de la tutela en sus términos originales, así como que el valor de la cosa propuesta en reemplazo de la cautela asegura la eficacia de la garantía ⁷⁻¹.

Debe admitirse que sobre el objeto de la prueba no penden mayores acechanzas interpretativas, puesto que se halla suficientemente explicitado en la ley; pero en trance de descubrir los medios probatorios y el término de ofrecimiento y producción, el silencio de los textos deja expedita la vía de las especulaciones. Según nuestro modo de ver, hemos reconocido en el trámite que nos ocupa la naturaleza de los incidentes. De ahí que respecto de los medios de prueba consideramos aplicables las prescripciones relativas a dicho instituto; y lo mismo vale para el término.

En principio, son admisibles todos los medios de prueba, incluso la confesional ⁸. Pero en relación a la pericial y a la testimonial rigen limitaciones congruentes con la sumariedad del trámite: *la prueba pericial, cuando procediere, se llevará a cabo por un solo perito designado de oficio. No se admitirá la intervención de consultores técnicos. No podrá proponerse más de cinco testigos por cada parte y las declaraciones no podrán recibirse fuera de la jurisdicción, cualquiera fuere el domicilio de aquéllos* (art. 183, CPN).

Con el escrito en que se promueva el incidente de modificación debe ofrecerse toda la prueba (art. 178, CPN), y la misma carga pesa sobre la contraparte al contestar el traslado (art. 180). Respecto de

⁷⁻¹ La justificación del valor del bien ofrecido en sustitución del embargo trabado, debe efectuarse ante el juez de la causa y no por vía de recurso; ni la resolución que admite la sustitución puede rebatirse ante el tribunal de apelación por el ejecutante que no la ha recurrido, ni por el ejecutado, que no pudo apelarla por cuanto se ajusta a lo que él pretende (CNCom. sala B; ED, 6-738). Es procedente la oposición del embargante a la sustitución del embargo, cuando no se ha acreditado el valor de lo ofrecido a embargo (CNCom., sala A; ED, 6-254).

⁸ Conf.: FASSI, *ob. cit.*, I, 510.

la producción, *si hubiere de producirse prueba que requiriese audiencia, el juez la señalará para una fecha que no podrá exceder de diez días desde que se hubiere contestado el traslado o vencido el plazo para hacerlo; citará a los testigos que las partes no puedan hacer comparecer por sí y adoptará las medidas necesarias para el diligenciamiento de la prueba que no pueda recibirse en dicha audiencia. Si no resultare posible su agregación antes de la audiencia, sólo será tenida en cuenta si se incorporase antes de resolver el incidente, cualquiera sea la instancia en que éste se encontrare* (art. 181, CPN). *La audiencia podrá postergarse o suspenderse una sola vez por un plazo no mayor de diez días, cuando hubiere imposibilidad material de producir la prueba que deba recibirse en ella* (art. 182, CPN).

5. Resolución. Contestado el traslado o, en su caso, producida la prueba, debe dictarse resolución haciendo lugar a la modificación de la cautela, o denegándola. Como el traslado se corre en calidad de “autos”, es innecesario el llamamiento para resolver.

La resolución se notifica personalmente o por cédula, y no causa estado, o sea, no hace cosa juzgada material, toda vez que cuanto se decide en orden a medidas precautorias puede ser revisado con nuevos elementos de juicio ⁹ si las circunstancias se modifican.

6. Impugnaciones.

6.1. *Ordinarias.* No existiendo disposición expresa que señale de qué medios impugnativos puede valerse el perdedor para obtener la revocación de lo resuelto por el juez, cabe deducir del plexo normativo las reglas que rigen en el caso. En primer término acudiremos a lo dispuesto para las medidas cautelares: *la providencia que*

⁹ CNCiv., sala A; La Ley, 131-630.

admitiere o denegare una medida cautelar —prescribe el art. 198, CPN— *será recurrible por vía de reposición; también será admisible la apelación, subsidiaria o directa.* Buscando las analogías que presentan ambos institutos, reflexionamos que tanto en la petición de la medida cautelar como en el requerimiento del acreedor para que se la amplíe, mejore o sustituya, al no haber sustanciación corresponde —contra la providencia simple que recaiga— el recurso de reposición con apelación subsidiaria. Si, por el contrario, la cuestión se ha sustanciado, como ocurre con las reclamaciones que el artículo 203 del Código Procesal de la Nación autoriza a formular al deudor, corresponde la apelación directa, pues estaremos frente a una sentencia interlocutoria (art. 242, inc. 2, CPN).

Queda por averiguar con qué efecto se concede la apelación. La parte final del artículo 198 del Código Procesal de la Nación dispone que en caso de admitirse la medida, se concederá en efecto devolutivo. Igual solución corresponde en caso de acordarse la modificación.

En el régimen de Córdoba se excluye toda posibilidad recursiva en caso de sustitución solicitada por el tercerista de dominio, si la resolución la acordare (art. 1075, *in fine*).

6.2. *Extraordinarias.* Las resoluciones referentes a medidas cautelares, sea que las admitan, denieguen, levanten o modifiquen, no dan lugar al recurso extraordinario, salvo que concurren los supuestos de excepción admitidos por los precedentes de la Corte ¹⁰. No obsta a la aplicación de dicha doctrina la circunstancia de invocar la sociedad recurrente su condición de tercero, pues es materia propia de los jueces de la causa lo relacionado con la vinculación de quién se halla afectado por la medida con las partes intervinientes

¹⁰ CS; ED, 64-415.

en el pleito¹¹ . ¿Cuáles serían los precedentes a los que la Corte se remite? En general, aquellos en que la medida dispuesta cause un agravio que, por su magnitud y circunstancias de hecho, pueda ser irreparable¹² .

Fundada en la provisoriedad que caracteriza las medidas cautelares, la Corte se ha negado a reconocer en la resolución que las admite, deniega, levanta o modifica, el requisito de sentencia *definitiva* que debe concurrir para su examen en la instancia extraordinaria¹³ ; pero la regla cede en ciertos casos, como cuando la medida precautoria importa una alteración en el proceso de liquidación de una entidad encargada de prestar un importante servicio público¹⁴ .

¹¹ CS; ED, 71-516. *Contra*: Puede admitirse el recurso extraordinario si la medida es susceptible de ocasionar un daño grave o irreparable, o cuando afecta sustancialmente los derechos de terceros que no son parte demandada en el pleito (FASSI, *ob. cit.*, I, 539).

¹² CS; ED, 71-516. El supuesto no se da si sólo se alega la falta de libre disponibilidad del patrimonio o inconvenientes en el crédito bancario, a raíz de la inhibición trabada, pues constituyen perjuicios simplemente potenciales o hipotéticos.

¹³ Las medidas precautorias, dispuestas en las instancias ordinarias, no dan lugar a cuestión federal debido a su índole procesal; además, por regla general, no revisten carácter de sentencia definitiva, pues no ponen fin al pleito ni impiden su continuación (CS; ED, 5-275).

¹⁴ *Conf.*: PODETTI, *Tratado de las medidas cautelares*, p. 104.