Esta es una copia privada hecha sólo para fines educativos.

PROHIBIDA SU VENTA

JOSE V. ACOSTA

EL PROCESO DE REVOCACION CAUTELAR

Levantamiento, modificación, caducidad
y nulidad de las medidas cautelares

RUBINZAL-CULZONI
EDITORES

EL PROCESO DE REVOCACION CAUTELAR

JOSE V. ACOSTA

EL PROCESO DE REVOCACION CAUTELAR

Levantamiento, modificación, caducidad y nulidad de las medidas cautelares

RUBINZAL Y CULZONI S.C.C.
Editores
Avda. Freyre 3470/80 - Santa Fe - Argentina

ISBN 950-9163-64-3

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

IMPRESO EN ARGENTINA

INTRODUCCION 7

CAPITULO I

GENERALIDADES

1. El proceso cautelar 11
2. Instrumentalidad de las medidas cautelares 12
3. El orden público cautelar 14

CAPITULO II

LEVANTAMIENTO

1. Provisoriedad de la decisión cautelar 21
2. Hipótesis de levantamiento 21
2.1. Nulidad del trámite 22
2.2. Perención de instancia 23
2.3. Cesación de la rebeldía 23
2.4. Revocación de la rebeldía 24
2.5. Desistimiento 24
2.6. Actor que no paga el impuesto de justicia 25
2.7. Revocación del auto de procesamiento 25
2.8. Sentencia adversa al embargante 25
2.9. Cumplimiento de la obligación 26

2.10. Levantamiento al solo efecto de escriturar 27
2.11. Bienes de propiedad de un tercero 28
2.12. Bienes inembargables 30
2.12.1. Muebles de uso indispensable 32
2.12.2. Instrumentos necesarios para la profesión, arte u oficio . . 38
2.12.3. Otras hipótesis de levantamiento 40
2.12.4. Falta o insuficiencia de contracautela 46
3. Responsabilidad en caso de abuso o exceso 47
3.1. Excepciones 49
3.2. Presupuestos para la condena 50
3.3. Oportunidad del planteo 51
3.4. Trámite 51
3.5. Prescripción y caducidad 52

CAPITULO III

TRAMITE PARA EL LEVANTAMIENTO

1. Titular de la pretensión revocatoria cautelar 55
2. Formas de su ejercicio 57
2.1. Recurso 58
2.1.1. Clase y efectos 59
2.2. Incidente 64
2.2.1. Requisitos y trámite 66
2.3. Tercería 67
2.3.1. Presupuestos de admisibilidad 67
2.3.2. Declaración de inadmisibilidad 70
2.3.3. Efectos sobre el principal 71
2.3.4. Contra quién se deduce 72
2.3.5. Trámite 72
2.4. Levantamiento del embargo sin tercería 74

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

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

CAPITULO VI

CADUCIDAD

1. Generalidades 119
2. Hipótesis legales 121
   2.1. Caducidad de las medidas ordenadas y efectivizadas antes del proceso 121
   2.2. Cesación de la prohibición de contratar 131
   2.3. Caducidad del embargo preventivo 132
   2.4. Cesación de la intervención judicial 132
   2.5. Extinción de la anotación de la litis 133
   2.6. Suspensión de las medidas cautelares en caso de concurso 134
   2.7. Extinción de inhibiciones y embargos 134
3. Sanciones accesorias 136
   3.1. Las costas 136
   3.2. Los daños y perjuicios 137
   3.3. Prohibición de proponer nuevamente la medida 137

CAPITULO VII

NULIDAD

1. Conceptos preliminares 141
2. El principio general 141
3. Nulidad de la resolución 142
   3.1. Vicios concernientes a la génesis de la decisión 143
   3.1.1. El órgano jurisdiccional 143
   3.1.2. Las partes 146
   3.2. Vicios concernientes al contenido de la decisión 148
4. Nulidad del trámite 149
5. Nulidad de la medida y nulidad de la ejecución 152

CAPITULO VIII

LAS COSTAS EN EL PROCESO DE REVOCACION CAUTELAR

1. Principios generales 155
2. Costas en el trámite de levantamiento 157
3. Costas en el trámite de modificación 160
4. Costas en el trámite de caducidad 161
5. Costas en el trámite de la tercería 161
6. Costas en el trámite de la nulidad 163

INDICE DE AUTORES 167

INDICE DE CITAS LEGALES

Código Procesal Civil y Comercial de la Nación 173
Código Procesal. Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba 176
Código Procesal. Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe . . . 177
Otros Códigos Procesales 178
Código Civil 179

INDICE ALFABETICO POR MATERIAS DE LA OBRA 181

SE TERMINO DE IMPRIMIR
EL 7 DE JULIO DE 1986
EN IMPRENTA LUX S.R.L.
H. YRIGOYEN 2463
3000 SANTA FE
REPUBLICA ARGENTINA

INTRODUCCION

Por una fatalidad --de la que no nos enorgullecemos ni deploramos-- la clientela de nuestro bufete se nutrió más de deudores que de acreedores, más de embargados que de embargantes. Y como siempre hay alguna razón, consciente o inconsciente, para elegir un tema, sospechamos que el tanto andar entre jubilaciones mezquinas y bienes de uso cotidiano nos dio cierta baquía en estas cosas del desembargo. Pues de eso se trata, aunque en el texto de la obra no le llamemos desembargo sino proceso de revocación cautelar.

El tema, como se ve, no es distinguido. Ni siquiera novedoso, ya que en las obras dedicadas a las medidas precautorias jamás se lo soslaya. Tiene, empero, una extraña seducción: la de su inorganicidad. En efecto, aun en los códigos más modernos, aparece legislado --como residuo del asunto central que es la medida cautelar-- ya en el capítulo pertinente, ya en el de las ejecuciones y hasta en el de las tercerías. Nos fastidia ese aparente desorden. Aspiramos a un tratamiento sistemático de todos los medios que la ley proporciona al deudor para liberarse de la cautela cuando ella sea injusta. Tal es el objeto de estos estudios.

Con el fin de precisar el contenido del trabajo, damos por supuesto el conocimiento de las medidas precautorias propiamente dichas. Veremos el proceso cautelar desde su cara opuesta, la del perdedor. Confiamos en que para el colega, el magistrado y el jurista, sea tan atractiva como la otra.

CAPITULO I

GENERALIDADES

1. El proceso cautelar 11
2. Instrumentalidad de las medidas cautelares 12
3. El orden público cautelar 14

Capítulo I

GENERALIDADES

SUMARIO: 1. El proceso cautelar. 2. Instrumentalidad de las medidas cautelares. 3. El orden público cautelar.

1. El proceso cautelar. Sin duda, el trámite cautelar también es dialéctico. En principio, podría confundir el hecho de que las medidas precautorias se decretan *inaudita parte,* lo que llevaría a pensar que no se trata propiamente de un proceso[1] , sino de una petición unilateral mediante la cual se requiere de la jurisdicción la tutela anticipada de los derechos reclamados o a reclamarse[2]. Mas la circunstancia de que el juez —reunidos ciertos presupuestos— acceda sin audiencia a esa tutela, tiene que ver más con el objeto del instituto que con su naturaleza. La obligación de notificar al afectado por la medida en un determinado plazo, y la facultad de oponerse a la misma mediante la vía ordinaria, incidental o recursiva, está demostrando que la idea de la *bilateralidad,* implícita en todo proceso, se halla presente también en el trámite cautelar [3].

Dando por sentado que se acepta la tesis de caracterizar como *proceso* la relación cautelar formalizada ante la jurisdicción, cabe indagar qué es lo que activa su mecanismo y lo mantiene en funcionamiento. Alsina recuerda que al estudiar la teoría general de las acciones, había enumerado entre ellas a la *acción precautoria.* Y la define como un derecho autónomo, que compete tanto al actor

[1] Ver: SNOPEK, Guillermo, *Medidas cautelares en contra de la Administración Pública,* p. 39; Ed. Librería Editora Platense S.R.L., La Plata, 1985.

[2] COUTURE señalaba al respecto: "La doctrina medioeval, sostuvo siempre que se trata de un procedimiento sumario mediante una simple *cognitio,* que no tiene forma de *judicii*" (*Estudios de Derecho Procesal Civil,* III, p. 279; Ed. Depalma, 2a. edición, Buenos Aires, 1978).

[3] Si alguna duda sobre la identificación que como proceso reviste el trámite cautelar puede surgir al momento de requerirse la tutela —atento a la falta de intervención inicial del afectado— tal duda se disipa y cuando éste deduce oposición. Ello así, porque fatalmente el beneficiario de la medida debe ser oído, salvo en hipótesis excepcionales, como algunos casos de caducidad, en que la tutela cesa de pleno derecho.

como al demandado y aun a los terceros, que puede ser ejercido independientemente o en forma incidental, antes o después de la acción principal, y al cual son aplicables las condiciones generales para el ejercicio y admisión de las acciones: calidad, derecho, interés[4]. Sin embargo, la moderna doctrina procesal coincide en que los aditamentos que se le pudieran agregar a la *acción,* no tienen otra finalidad que señalar la *pretensión* contenida en la respectiva demanda[5]. De ahí que resulte inadecuado hablar de acción de desalojo, de divorcio, de nulidad, o, como en el caso, cautelar. Reservando el uso del vocablo *acción* al solo objeto de mencionar el *derecho a la jurisdicción,* utilizaremos en este trabajo el término *pretensión (rectius).* Y cuando digamos en lo sucesivo *pretensión cautelar,* todos sabremos a qué atenernos.

Tenemos, entonces, un proceso activado por una pretensión. Pero el juego dialéctico que dijimos es propio del proceso, exige la concurrencia de una pretensión y, además, de una *oposición.* O sea que frente a la pretensión cautelar se levanta otra pretensión que se le opone. A esta última hemos llamado, por simples fines didácticos, *pretensión revocatoria cautelar.* Y así como aquélla se dirige a obtener una tutela anticipada de la jurisdicción, ésta tiende a limitarla, sustituirla o dejarla sin efecto. Entre ambas se tejerá la urdimbre de la controversia asegurativa.

2. Instrumentalidad de las medidas cautelares. El objeto de la medida cautelar consiste en la garantía de eficacia del acto jurisdiccional pretendido, conforme lo repiten a cada instante la jurisprudencia y la doctrina. No se concibe el aseguramiento con indepen-

[4] *Tratado,* V, p. 451.

[5] Ver: ACOSTA, José V., *Agravio irreparable,* p. 218/219; Ed. Ediar, Buenos Aires. 1978.

dencia de la pretensión que se reclama en el juicio principal: "Entrando a investigar sus caracteres, se advierte que... tiene un carácter accesorio: no es un fin en sí (lo que no se concebiría), sino que es un medio de asegurar el resultado del juicio"[6]. Identificar su carácter *instrumental,* definir su naturaleza accesoria, establecer, en otras palabras, que se trata de un *medio* y no de un fin, es comenzar a aprehender las hipótesis en que pueden (o deben) limitarse, sustituirse, revocarse o anularse.

Pero la medida cautelar presenta aun otro aspecto que concierne a la razonabilidad de su extensión, intensidad y subsistencia: la *utilidad.* Ello así porque lo que trata de asegurar es concretamente la efectividad de la condena, de ahí que haya sido considerada extraña a la acción meramente declarativa[7] y deba revocarse en caso de que se dicte sentencia contraria al peticionante en lo principal. Instrumentalidad y utilidad son, pues, términos que se implican.

[6] COUTURE, *ob. cit.,* I, p. 253. No obstante, el tratamiento de la defensa de los *intereses difusos* de algún modo ha puesto en crisis el concepto de accesoriedad de las medidas cautelares. Es que tratándose de acciones eminentemente preventivas, la evitación del daño resulta ser el objeto principal y no el meramente instrumental en aquellos casos en que la tutela se requiere. Dijimos en su oportunidad: "Se podrá objetar que en orden a los derechos del consumidor, la defensa de los intereses difusos adopta una índole netamente preventiva. ¿Y qué? Así ocurre en casi todos los aspectos de su ejercicio: una vez que el monumento histórico cayó bajo la pica, o que las ballenas fueron diezmadas, o que la autopista se tendió sobre el ábside de la catedral, queda muy poco de interés difuso que defender" (ACOSTA, José V., *Tratamiento de los "Intereses Difusos" en el XII Congreso Argentino de Derecho Procesal y II Encuentro Panamericano de Derecho Procesal;* Temis, Nro. 450 del 17-IX-83, p. 6). Más recientemente, Augusto Mario MORELLO, en la misma revista, provee al tema de otras precisiones: "Ante una nueva categoría de legitimados; frente, asimismo, a una inédita legitimación no ya individual sino de clase o categoría, los modelos estereotipados, el embargo, la designación de un interventor, el veedor judicial, no parecen que sean ya las vías útiles para prevenir y bloquear los hechos actuantes. Hay que operar sobre las causas productoras de esa destrucción (efluyentes destructores, polución de los ríos, de desembocaderos, de la atmósfera inmediata, de la contaminación de las aguas, del debilitamiento del follaje, espacios verdes, de lugares o zonas de acolchonamiento, barreras de un proceso destructivo, etc., etc.). *Sin aguardar el resultado de otro proceso.* Se verá así que las medidas de no innovar, subidas de nivel luego a través de las medidas innovativas, demuestran que las providencias cautelares van asumiendo una cabal

3. El orden público cautelar. La utilidad de una medida cautelar se define "más que en interés de los individuos, en el interés de la administración de justicia"[8]. Y, en efecto, la paz social requiere que los actos de la jurisdicción no resulten ilusorios, pues si el Estado niega al individuo el derecho de hacerse justicia por mano propia, debe también tutelarlo anticipadamente[9] —cuando la pretensión tenga un mínimo de fundamento— contra la malicia del deudor o la actividad de terceros. Pero en el marco del proceso cautelar, la paz social es una *vía de doble mano:* así como informa la necesidad de la tutela anticipada, así también autoriza su cesación, sustitución o levantamiento. Tratándose de una *instrumentalidad hipotética,* en cuanto actúan como anticipo de otra providencia jurisdiccional otorgando garantías del buen fin del proceso, las medidas cautelares deben ser *razonablemente* dispuestas en coincidencia con la utilidad que las mismas puedan materializar[10]. Al interés social se agrega, entonces, un elemento *ético*, que con él integra el llamado "orden público".

autonomía. Que valen por sí, en tanto son la única forma, administrativa o judicial y no ya de modo subordinado a los resultados de aquel juicio ulterior, para detener todo un frente destructor. Queremos señalar que si lo cautelar equivale a preventivo y la prevención se justifica por sí sola sin comportar la antesala a un juicio de contenido económico resarcible, vienen a agotarse como tal revistiendo una importancia y autonomía ajenas a cualquier enlace o encadenamiento con otros procesos. Aquí la cautela vale por la cautela misma..." (*Las medidas cautelares y los intereses difusos*, Temis, Nro. 457 del 19-III-84, p. 13). A la luz de las precedentes adquisiciones teóricas queda propuesta una nueva conceptualización de la accesoriedad de las medidas cautelares en lo que a las acciones para la defensa de los intereses difusos se refiere.

[7] CNCiv., sala F; DP, 973-1/2-85.

[8] MERCADER, Amílcar, *Estudios de Derecho Procesal,* p. 196. COUTURE, en igual sentido, subrayaba que "cuando el Estado pone su autoridad al servicio del acreedor en peligro, no actúa sólo en defensa o satisfacción de un interés privado, sino en beneficio del orden jurídico en su integridad. La jurisdicción, también en este caso, no funciona *uti singulo,* sino *uti civis.* Tales decisiones se dirigen más que a defender los derechos subjetivos, a garantizar la eficacia, y por así decirlo, la seriedad de la función jurisdiccional, el *imperium judicis*" (ob. cit., I, p. 254).

[9] *Conf.:* ALSINA, *ob. cit.,* V, p. 499.

[10] CNCom., sala C, La Ley, 1975-A, 141.

El razonable ejercicio de la pretensión cautelar sugiere por su mero enunciado, el alcance de la pretensión revocatoria. Como los astrónomos pueden, a partir de las alteraciones de la órbita de un astro, deducir la existencia de otro cuerpo que las provoca, el jurista, frente a los límites de un instituto, puede también estimar la naturaleza e intensidad del instituto que se le opone. Es sencillo entonces prever que la pretensión revocatoria no constituye una facultad exclusiva de los individuos comprometidos en el proceso, sino que en ciertos supuestos determinados expresamente por la ley, competen igualmente a los terceros provistos de interés legítimo y a la propia jurisdicción. He aquí el orden público manifestándose en toda su vigorosa concepción. Cuando el Código Procesal de la Nación, en su artículo 219 prohíbe el embargo de ciertos bienes, y en el artículo 220 autoriza su levantamiento de oficio en caso de que la prohibición se viole, lo hace en virtud de principios supraindividuales y éticos que informan el orden público. Son los mismos principios que tuvo en cuenta el legislador de fondo cuando dispuso que, cualquiera sea el privilegio del acreedor, no podrá ejercerse sobre el lecho cotidiano del deudor y de su familia, las ropas y muebles de su indispensable uso y los instrumentos necesarios para su profesión, arte u oficio, negando también sobre dichos bienes el derecho de retención [11].

El orden público cautelar no se contrae a la sola hipótesis de inembargabilidad o levantamiento del embargo en los casos de prohibición legal, aunque sean los más comunes; hay otros supuestos que reclaman la aplicación del instituto: el juez —dispone el artículo 204, Código Procesal de la Nación— para evitar perjuicios o gravámenes innecesarios al titular de los bienes, podrá disponer una

11 Código Civil, art. 3878 *in fine*, párrafo agregado por la ley 12.296.

medida precautoria *distinta* de la solicitada, o *limitarla*, teniendo en cuenta la importancia del derecho que se intente proteger. En la práctica, sin embargo, los jueces se muestran remisos en ejercer tales atribuciones con la amplitud que la ley les otorga; y así como en ocasiones han declarado que el principio y las normas relativas al abuso del derecho alcanzan a las medidas cautelares[12], de pronto se autolimitan en sus facultades, con fundamentos manifiestamente vulnerables al análisis. La CNCom., sala B, por ejemplo, sostuvo que ordenada por el juez la medida precautoria recabada por la parte —y *ejecutada*— no puede el juez proceder de oficio a su modificación por aplicación de la doctrina del artículo 6, inciso 3 del Código Procesal, ya que el artículo 204 del código citado se refiere a la medida precautoria solicitada, mas no cuando ha sido ordenada, si no media recurso[13]. Ramírez discrepa con la solución impuesta, pues a su juicio no existe impedimento para que el juez modifique de oficio una medida *trabada* a efectos de causarle menos perjuicio al accionado. El espíritu del artículo 204 —dice— va mucho más allá de su texto[14]. Las razones de orden público que sustentan la facultad acordada por la norma nos hacen compartir la opinión del autor.

Algunos tribunales[15] —bien que en minoría— han llegado incluso a dudar sobre los principios de orden público explicitados en la fórmula del artículo 220 del Código Procesal de la Nación.

[12] CApel. CC Santa Fe, Sala I; J., 41-184.

[13] La Ley, 146-668, Nro. 28.711.

[14] *Medidas cautelares*, p. 55, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1979. *Contra:* PODETTI, *Tratado de las medidas cautelares*, p. 81; Ed. Ediar, Buenos Aires.

[15] Juzg. Civil 1, La Plata, y CCiv. 2a., sala I, La Plata, *cit.* por MORELLO en *Juicios sumarios*, I, p. 136. También, en igual sentido, jurisprudencia de Santa Fe citada por ALVARADO VELLOSO en *Código Procesal Civil y Comercial*, t. 2, p. 734 y sgtes.: El desembargo, cualquiera sea la razón en que se lo funde, podrá solicitarse mientras no se encuentre firme la orden de proceder al remate de lo incautado (STSF, sala 2a. CC; J, 19-60).

Recordémosla: el embargo indebidamente trabado sobre alguno de los bienes enumerados en el artículo anterior podrá ser levantado, de oficio o a petición del deudor o de su cónyuge o hijos, aunque la resolución que lo decrete se hallare consentida. Aducen que la regla cede en los siguientes casos: a) si el propio deudor dio a embargo bienes comprendidos en la prohibición legal; b) si la cuestión se propone después de la sentencia de trance y remate. Estas soluciones se apoyan en el criterio de que "frente al orden público del instituto, está el orden público del proceso" y, por lo tanto, "el derecho a la inembargabilidad de los instrumentos propios de la profesión, arte u oficio, por ser de orden patrimonial, es renunciable". La doctrina reaccionó con presteza ante tan singulares conclusiones: "... la finalidad perseguida con el establecimiento de tales prohibiciones —que no es otra cosa que garantizar, en mérito a la condición y dignidad humana, un mínimo de bienes que quedan al margen de la prenda de los acreedores, respetándose así en su plenitud, el derecho a la vida y al trabajo— es que sus disposiciones son irrenunciables, razón por la cual, por estar interesados especialmente las buenas costumbres y el orden público, no es dable afirmar la existencia de situaciones procesales adquiridas ni de estados preclusos"[16]. La jurisprudencia mayoritaria avala este criterio: la circunstancia de que los bienes embargados se encuentren en poder del martillero y que, en consecuencia, debe considerarse que el embargo ha sido consentido

Es extemporáneo el pedido de levantamiento de un embargo preventivo deducido por el embargado, aunque se tratara de bienes inembargables, si se efectúa una vez firme el decreto que hizo conocer la medida o, cuando más, el que dispuso el remate de las cosas (CCCSF, sala 1a.; J., 22-188). Ciertamente, el código de la referida provincia no contiene una prescripción similar a la del art. 220, CPN; mas tampoco contiene una prescripción contraria y en el actual estado de la doctrina y de la jurisprudencia nacional, la solución acorde con estas últimas es la correcta, si no en el senado, al menos en el pretorio.

[16] MORELLO, *ibidem*.

por el deudor, no priva a éste del derecho a solicitar su levantamiento[17]. El artículo 220 del Código Procesal autoriza al levantamiento del embargo indebidamente trabado, aunque la resolución que lo haya decretado se encontrare consentida. En tal sentido no es óbice para considerar el levantamiento el hecho de que se hubiere dictado sentencia de trance y remate ordenando la subasta de los bienes en cuestión y encontrarse firmes ambos proveídos atento al carácter de orden público que registra la norma[18]. Mas, tratándose de levantamiento de oficio, no ha dejado de preocupar a autores y tribunales los posibles excesos en el ejercicio de esta facultad, cuando se trata de bienes *dudosamente* incluibles en la categoría de inembargables. El juez —dice Fassi— puede resolver sin tramitación, ya que cabe levantar el embargo aun de oficio. Pero, en casos dudosos, dará curso al pedido por el procedimiento de los incidentes[19]. A su vez, la CNCom., sala B, ha resuelto que si bien la ley autoriza al juez a levantar de oficio el embargo trabado indebidamente sobre los bienes enunciados, no debe acordarse una excesiva latitud a tal facultad. Así, el juez no debe tomar la iniciativa de desembargar de oficio, respecto de bienes acerca de cuya inembargabilidad no existe jurisprudencia uniforme, tal el caso del televisor[20].

Sea entonces que la pretensión revocatoria cautelar se ejerza por quien es parte directa, por el tercero afectado, o de oficio, el orden público está siempre presente para equilibrar el delicado mecanismo de la tutela preventiva.

[17] CNCom., sala A; La Ley, 121-697; Nro. 13.218.

[18] CNCom., sala A; ED., 54-171.

[19] FASSI, Santiago C., *Código Procesal Civil y Comercial —Comentado, anotado y concordado —*, 2da. ed.; Ed. Astrea, Buenos Aires, 1980, p. 579.

[20] CNCom., sala B; La Ley, 1977-A, 453.

CAPITULO II

LEVANTAMIENTO

1. Provisoriedad de la decisión cautelar 21
2. Hipótesis de levantamiento 21
   2.1. Nulidad del trámite 22
   2.2. Perención de instancia 23
   2.3. Cesación de la rebeldía 23
   2.4. Revocación de la rebeldía 24
   2.5. Desistimiento 24
   2.6. Actor que no paga el impuesto de justicia 25
   2.7. Revocación del auto de procesamiento 25
   2.8. Sentencia adversa al embargante 25
   2.9. Cumplimiento de la obligación 26
   2.10. Levantamiento al solo efecto de escriturar 27
   2.11. Bienes de propiedad de un tercero 28
   2.12. Bienes inembargables 30
   2.12.1. Muebles de uso indispensable 32
   2.12.2. Instrumentos necesarios para la profesión, arte u oficio . . 38
   2.12.3. Otras hipótesis de levantamiento 40
   2.12.4. Falta o insuficiencia de contracautela 46
3. Responsabilidad en caso de abuso o exceso 47
   3.1. Excepciones 49
   3.2. Presupuestos para la condena 50
   3.3. Oportunidad del planteo 51
   3.4. Trámite 51
   3.5. Prescripción y caducidad 52

Capítulo II

LEVANTAMIENTO

SUMARIO: 1. Provisoriedad de la decisión cautelar. 2. Hipótesis de levantamiento. 2.1. Nulidad del trámite. 2.2. Perención de instancia. 2.3. Cesación de la rebeldía. 2.4. Revocación de la rebeldía. 2.5. Desistimiento. 2.6. Actor que no abona el impuesto de justicia. 2.7. Revocación del auto de procesamiento. 2.8. Sentencia adversa al embargante. 2.9. Cumplimiento de la obligación. 2.10. Levantamiento al solo efecto de escriturar. 2.11. Bienes de propiedad de un tercero. 2.12. Bienes inembargables. 2.12.1. Muebles de uso indispensable. 2.12.2. Instrumentos necesarios para la profesión, arte u oficio. 2.12.3. Otras hipótesis de levantamiento. 3. Responsabilidad en caso de abuso o exceso. 3.1. Excepciones. 3.2. Presupuestos para la condena. 3.3. Oportunidad del planteo. 3.4. Trámite. 3.5. Prescripción y caducidad.

1. Provisoriedad de la decisión cautelar. La nota relevante del acto jurisdiccional que admite una medida cautelar —atento al carácter instrumental de que se halla investida— es su *provisoriedad*[1]. No causa estado, por lo que es susceptible de dejarse sin efecto cuando las circunstancias que la determinaron cambian o desaparecen[2]. El artículo 202 del Código Procesal de la Nación, reconoce expresamente esta provisoriedad, pues siendo el objeto de la medida establecer la indisponibilidad de un bien a fin de asegurar el resultado práctico de la sentencia que se dicte a favor de quien en definitiva sea reconocido como titular de la pretensión de fondo, pueden sobrevenir en el curso de la litis (o al concluir ésta) situaciones incompatibles con la subsistencia de la medida dictada. En cualquier momento que ello ocurra, se podrá requerir el *levantamiento* de la cautela (artículo 202, CPN, *in fine*).

Conviene tener presente, antes de entrar al examen de la casuística, que el tema en estudio comprende a *todas* las medidas cautelares —sobre bienes y sobre personas, genéricas y específicas— aun cuando por tratarse del caso más común, nos refiramos al *embargo*.

2. Hipótesis de levantamiento. La fórmula "mientras duren las circunstancias que las determinaron", utilizada por el artículo 202, Código Procesal de la Nación, no agota los casos en que la deci-

[1] Habitualmente se habla de "provisoriedad de la medida cautelar"; nosotros preferimos reservar el término "provisorio" para el auto que la decreta.

[2] "Todo embargo preventivo, decretado en forma sumaria, se halla sometido a una especie de condición *rebus sic stantibus*" (COUTURE, *Estudios*, III, p. 282). Las medidas cautelares no causan estado, pudiendo ser modificadas cuando nuevas circunstancias así lo exijan (CS Mendoza; J.A., 972-15-809). La resolución que dispone medidas cautelares es siempre provisional y debe ser modificada o suprimida atendiendo a la variación o a la invalidez de las circunstancias. No cabe invocar cosa juzgada material o formal respecto de las decisiones que decretan medidas precautorias (CS: 269-131).

sión cautelar es susceptible de dejarse sin efecto. Un claro ejemplo de ello lo encontramos en la inembargabilidad de un bien por ser de uso indispensable, o necesario para el ejercicio de la profesión, hipótesis en que las circunstancias no varían desde que *ab initio* el levantamiento resulta procedente. La norma incluye, entonces, dos géneros de situaciones: las constituidas por hechos *sobrevinientes* a la decisión, y las que ya se habían presentado al momento de dictarlas pero que no se tuvieron en cuenta ni por el juez ni por las partes. Respecto de aquéllas, que analizaremos en primer término, es difícil efectuar una enumeración taxativa, porque los hechos se resisten a ser catalogados. Estudiaremos, pues, sólo los casos más relevantes.

2.1. *Nulidad del trámite.* Los efectos de la nulidad del trámite principal varían, respecto de la medida cautelar, según la clase de juicio. Si se tratare de procedimiento ejecutivo, su nulidad producirá la *caducidad* del embargo, no su *levantamiento* [3]. Tratándose de juicios no ejecutivos, cabe recordar que los efectos de la nulidad no alcanzan a los actos anteriores ni a los sucesivos que sean independientes del acto anulado (artículo 174, CPN). Empero, cuando la nulidad concierne a la constitución de la relación jurídica procesal, resultan alcanzados los actos anteriores, entre ellos, la medida cautelar. Tal ocurriría en los casos de falta de mandato. Respecto de los actos posteriores dependientes del anulado, no hay duda que una medida precautoria dictada con sustento en el mismo, será susceptible de levantamiento, como sucedería con el embargo que se decrete en virtud de una declaración de rebeldía invalidada[4].

[3] Esta hipótesis de caducidad, sancionada por el art. 546, CPN, se estudiará en el Capítulo VII.

[4] También procederá el levantamiento decretado en base a la confesión obtenida en la audiencia de posiciones que posteriormente se anule; etc.

2.2. *Perención de instancia.* La naturaleza accesoria de la medida cautelar determina que produciéndose la caducidad de las actuaciones principales por abandono del trámite, aparezca como superflua su subsistencia. El acto jurisdiccional cuya tutela anticipada se habría proveído, no habrá de dictarse; carece, entonces, de utilidad mantenerla. "Esto —dice Satta— corresponde a la lógica de las cosas, porque el embargo... es un elemento de dinámica procesal, y sería contradictorio que el mismo permaneciese si la acción ejecutiva no se desarrolla. Es el mismo fenómeno de la extinción del proceso ..."[5]. La jurisprudencia avala al criterio expuesto, habiéndose declarado que quien obtuvo una medida cautelar que puede ocasionar perjuicios al presunto deudor, tiene el deber de llevar adelante el proceso hasta su total terminación para demostrar la legitimidad del crédito que motivó el embargo[6].

Ahora bien: ¿En qué momento debe levantarse la medida cautelar? La doctrina responde uniformemente: una vez firme la resolución que declara la caducidad de la instancia[7].

2.3. *Cesación de la rebeldía.* Conforme lo prescribe el artículo 63 del Código Procesal de la Nación, desde el momento en que un litigante haya sido declarado en rebeldía podrán decretarse, si la otra parte lo pidiere, las medidas precautorias necesarias para asegurar el objeto del juicio, o el pago de la suma que se estime en concepto de eventuales costas si el rebelde fuere el actor. La norma halla sustento en la presunción de verosimilitud de los hechos invocados en la

[5] SATTA, Salvatore, *Derecho Procesal Civil*, II, p. 55; Ed. Ejea, Buenos Aires, 1972.

[6] CNCiv., sala D; J.A., 970-V-279.

[7] *Conf.*: PALACIO, IV, 252; FASSI, I, p. 536/537; PODETTI-GUERRERO LECONTE, *Tratado de las medidas cautelares*, p. 114; Ed. Ediar, Buenos Aires, 1969.

pretensión, a raíz del silencio del demandado[8]. Este silencio, no obstante, puede obedecer a razones de fuerza mayor. En orden a tales ideas, el artículo 65 del Código Procesal de la Nación, dispone: las medidas precautorias decretadas de conformidad con el artículo 63, continuarán hasta la terminación del juicio, *a menos que el interesado justificare haber incurrido en rebeldía por causas que no haya estado a su alcance vencer.* El levantamiento, en este caso, se tramitará por vía de incidente y sin necesidad de fianza.

La solución no es la misma en el código de Santa Fe, cuyo artículo 80 no hace distingos respecto de las causas de la rebeldía y, cesada ésta, aunque se demuestre que el silencio obedeció a justa causa, *el embargo se mantendrá, no obstante, a menos que se preste fianza equivalente.*

En el sistema del Código Procesal de la Nación, la justificación de las circunstancias invencibles que se aleguen constituyen, naturalmente, cuestiones de hecho que los jueces ponderarán en cada caso.

2.4. *Revocación de la rebeldía.* Si la justificación del silencio permite levantar una medida precautoria decretada contra el rebelde, con mayor razón el auto firme[9] que revoque la rebeldía ha de tener igual efecto.

2.5. *Desistimiento.* El desistimiento, sea del proceso, sea del

[8] *Conf.*: PODETTI, *ob. cit.*, p. 254; PALACIO, *ob. cit.*, IV, p. 199. Mas a pesar de la rebeldía, la admisión de una medida cautelar no debe ser automática y puede denegarse por el juez si la verosimilitud del derecho que se pretende tutelar aparece desvirtuado por otras constancias de la causa o por las que haya arrimado el propio peticionante. RAMIREZ, *de lege ferenda*, sostiene que "lo que en realidad autoriza la medida precautoria es la falta de contestación de la demanda y no la rebeldía, ya que sólo la falta de aquélla hace presumir... la verosimilitud del derecho invocado por el actor" (*ob. cit.*, p. 141).

[9] Recordemos que, por el contrario, la medida se decreta *desde el momento* en que un litigante haya sido declarado en rebeldía (art. 63, CPN), sin el requerimiento de la firmeza.

derecho, importa renunciar al dictado de la decisión de fondo cuyo aseguramiento se requirió en el trámite cautelar. De ahí que, en virtud del carácter accesorio que las medidas precautorias invisten, éstas quedan desprovistas de utilidad y corresponde levantarlas, aun sin la conformidad del acreedor. El desistimiento es un caso típico en que han cesado las circunstancias que determinaron la medida, conforme lo prescribe el artículo 202 del Código Procesal de la Nación.

2.6. *Actor que no paga el impuesto de justicia.* La paralización del juicio en razón de la falta de pago del impuesto de justicia, determina la imposibilidad legal de toda actividad por el demandado; por tanto, éste no tiene por qué sufrir la restricción resultante de una medida precautoria conforme a la voluntad del demandante[10].

2.7. *Revocación del auto de procesamiento.* Los códigos procesales penales vigentes en el país, autorizan el dictado de medidas precautorias cuando media auto de procesamiento. Obviamente, la revocación del mismo por resolución firme restituye al imputado a su mera condición de tal, liberándolo del reproche provisorio de culpabilidad que aquel auto supone. Puede decirse, una vez más, que han cesado las circunstancias que determinaron la medida cautelar y su levantamiento resulta legítimo.

2.8. *Sentencia adversa al embargante.* El artículo 212, inciso 3, del Código Procesal de la Nación, admite el embargo preventivo si quien lo solicita hubiese obtenido sentencia favorable, aunque estuviese recurrida. En igual sentido se expiden los códigos de Santa Fe (artículo 279) y de Córdoba (artículo 1064). Pero, ¿qué ocurre con

[10] CNCom., sala B; J.A., 966-V-574. En el caso se ordena levantar la medida de no innovar obtenida por el actor.

las medidas cautelares decretadas con *anterioridad* a una sentencia adversa al embargante? Subsisten. Subsisten porque dichas medidas son para garantizar las resultas del juicio, no de la instancia[11]. Por lo tanto, las medidas sólo podrán levantarse mediando una sentencia adversa o revocatoria *definitiva,* esto es, dictada por el tribunal de grado.

2.9. *Cumplimiento de la obligación.* Tratándose de una medida de aseguramiento de bienes, el cumplimiento de la obligación por parte del deudor lo hace cesar. La CNCiv., sala F, señaló al respecto que el levantamiento de las medidas trabadas en seguridad del acreedor, únicamente pueden pedirse —salvo su conformidad— luego de satisfacer el deudor sus obligaciones[12]. No hemos tenido acceso más que a la síntesis del fallo, y es posible que ella no se conforme con la realidad del caso resuelto, pero la doctrina del tribunal nos parece excesiva en más de un aspecto. Primeramente, porque la satisfacción de las obligaciones por parte del deudor no es la *única* razón que autorice el levantamiento, y de ello tenemos sobradas pruebas en el presente capítulo. De un segundo análisis resultaría que es el único caso de levantamiento de embargo que no requiere la conformidad del acreedor. Tampoco estamos de acuerdo. El asen-

11 *Conf.:* PODETTI, *ob. cit.*, p. 114, aunque utiliza inapropiadamente la expresión "caduca", pues se trata de una hipótesis de levantamiento y no de caducidad.

12 La Ley, 156-841, Nro. 31.286. Equivalente al cumplimiento de la obligación es el caso de la efectivización del embargo sobre uno de los dos o más bienes alternativamente denunciados, si la cautela así trabada cubre la totalidad del crédito. Lo contrario supondría un exceso no tolerado por la ley. En este sentido, la CNCom., sala D, declaró que si el tribunal ordenó embargar una suma determinada y ofició a tal efecto a dos instituciones, cumplida la orden por una de ellas, la lógica e inmediata consecuencia es la desafectación de la cuenta del ejecutado en la otra, pues se ordenó embargar una suma y no tantas veces esa suma cuantas encontraran fondos del demandado, por lo que si el actor entendió que lo embargado era escaso respecto de su legítima expectativa, debió solicitar su modificación mas no exceder por una vía elíptica el alcance de lo debido (JA, Rep. 1978, p. 288, sum. 9).

timiento del beneficiario de la medida podría ser superfluo si el cumplimiento de la obligación constara en el expediente o en instrumento público, de modo tal que surgiera sin ningún género de dudas que el acreedor se halla verdaderamente desinteresado. Mas si el título liberador se sustentare en instrumento privado —un simple recibo, por ejemplo— será necesario oír al acreedor, toda vez que éste puede desconocer el cumplimiento o alegar su insuficiencia, o su extemporaneidad, etcétera.

La causal de levantamiento que en este punto abordamos, se sustenta en lo establecido por la última parte del artículo 505 del Código Civil, cuando trata de los efectos de las obligaciones respecto del deudor: "...el cumplimiento exacto de la obligación —dice— le confiere el derecho de obtener la liberación correspondiente..."

2.10. *Levantamiento al solo efecto de escriturar.* El artículo 588, del Código Procesal de la Nación, dispone que los embargos e inhibiciones se levantarán al solo efecto de escriturar, con citación de los jueces que los decretaron.

Atento a la ubicación del precepto en la economía de la ley, se ha declarado que el levantamiento de las trabas al solo efecto de escriturar procede únicamente en el caso de las adquisiciones en remate judicial[13].

¿A quién compete la obligación de levantar las medidas precautorias que impiden la escrituración del bien subastado? Al acreedor, ya que pesa sobre él la carga de poner el expediente en

13 CNCiv., sala C; La Ley, 138-915. Ello así porque tratándose de la venta particular que hiciera el propietario del inmueble afectado por la medida —salvo el caso del art. 1185 bis del Código Civil— es improcedente el levantamiento aun al solo efecto de escriturar, sin la conformidad del embargante o decisión de los jueces que decretaron la medida. Ver: RAMIREZ, *ob. cit.*, p. 92/93.

condiciones de cumplir tal acto[14]. No obstante esta obligación no es absoluta; la jurisprudencia tiene resuelto que cesa si el adquirente en comisión ha tenido un comportamiento procesal indebido, por ejemplo, no consignar correctamente su domicilio en el boleto, obligando a efectuar trámites innecesarios[15].

El artículo que estudiamos se refiere nada más que al levantamiento de embargos e inhibiciones, sin que pueda analógicamente extenderse a la anotación de la litis, cuyo efecto es distinto[16], dado que tiene el alcance de simple advertencia a terceros, previniéndoles en cualquier operación a realizarse sobre el bien, la situación litigiosa en que el mismo se encuentra.

El levantamiento provisorio al solo efecto de escriturar puede ser dispuesto por un juez distinto de los que decretaron la medida, pero comunicándoselo a éstos. El segundo párrafo del artículo 588 prescribe el levantamiento definitivo, una vez escriturado el bien, sin otro trámite, quedando los embargos —por aplicación del principio de la subrogación real— transferidos al precio que se obtenga en la subasta. El mismo efecto subrogatorio se produce en el caso del artículo 205 del Código Procesal de la Nación (peligro de pérdida o desvalorización de los bienes afectados por la medida) aun cuando la venta no se produzca en subasta judicial.

2.11. *Bienes de propiedad de un tercero.* Hasta aquí hemos examinado hipótesis de levantamiento en que de un modo u otro se

[14] CNCiv., sala C; La Ley, 144-612, Nro. 27.651. En el mismo sentido: la obligación de levantar las medidas cautelares que impiden la escrituración del bien subastado compete al acreedor hipotecario (CNCiv., sala D; La Ley, 133-995, Nro. 19.468). Pero también el comprador puede obtener el levantamiento del embargo, según la doctrina sentada en el acuerdo plenario "Banco de Italia y Río de La Plata c/Corbeira Rey Teresa s/Ejecutivo", del 10 de octubre de 1983, depositando en pago el importe a que asciende el embargo (CNCom., en pleno; La Ley, 1983-D, 476).

[15] CNCiv., sala D; La Ley, 133-995, Nro. 19.468.

[16] CNCiv., sala C; La Ley, 135-1134, Nro. 21.072.

han modificado las circunstancias que determinaron la medida cautelar, según lo previsto por el artículo 202 del Código Procesal de la Nación. De ahora en más abordaremos aquellos casos en que, como se dijo al comienzo, las circunstancias no cambiaron, pues la causal de inembargabilidad se hallaba presente al momento de dictar la medida pero recién fue detectada o invocada con posterioridad. Tal el caso de bienes de propiedad de un tercero.

Suele suceder que bienes de un tercero ajeno al negocio jurídico sustancial y a la relación procesal resultan objeto de medidas cautelares, ya por error del acreedor, ya por malicia o indiferencia del deudor de la obligación que se ejecuta. En tales casos es procedente el levantamiento de la medida, conforme a la jerarquía constitucional con que se *privilegia* el derecho de propiedad. Es la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: el propietario de un automóvil que lo entregó en consignación para su venta a un comercio de automotores —ha dicho el alto tribunal— puede obtener el levantamiento del embargo trabado sobre aquél por el propietario del local en el juicio por cobro de alquileres que adeudaba el comerciante consignatario del vehículo, pues el artículo 3883 del Código Civil, si bien acuerda privilegio sobre deuda de alquileres al propietario de las fincas sobre los muebles que estén en ella aunque no pertenezcan al locatario, exceptúa a las cosas que accidentalmente estén allí. La interpretación contraria, en perjuicio del propietario del vehículo, resulta lesiva de la garantía constitucional de la propiedad [17].

Sin perjuicio de lo que en su oportunidad digamos sobre el trámite del levantamiento en orden a las tercerías, mencionaremos la hipótesis de levantamiento *provisional* establecida por el último párrafo del artículo 99 del Código Procesal de la Nación: *el terceris-*

[17] CSN, La Ley, 150-32.

ta (de dominio) *podrá, en cualquier momento obtener el levantamiento del embargo dando garantía suficiente de responder al crédito del embargante por capital, intereses y costas en caso de que no probare que los bienes embargados le pertenecen.* Dado que el objeto de la tercería de dominio es obtener el desembargo, si recayere sentencia definitiva favorable al tercerista el levantamiento devendrá definitivo, restituyéndosele la garantía.

2.12. *Bienes inembargables.* Conforme lo dispone el artículo 219 del Código Procesal de la Nación, no se trabará nunca embargo: 1) en el lecho cotidiano del deudor, de su mujer e hijos, en las ropas y muebles de su indispensable uso, ni en los instrumentos necesarios para la profesión, arte u oficio que se ejerza; 2) sobre los sepulcros, salvo que el crédito corresponda a su precio de venta, construcción o suministro de materiales; 3) en los demás bienes exceptuados de embargo por ley. Empero, constantemente se están embargando algunos de los bienes enumerados en la norma (o al menos, bienes que el deudor alega se hallan incluidos en ella). En tales circunstancias el embargo podrá ser levantado, de oficio o a pedido del deudor o de su cónyuge o hijos, aunque la resolución que lo decretó se hallare consentida (artículo 220).

Las expresiones "ropas y muebles de indispensable uso" e "instrumentos necesarios para la profesión, arte u oficio", son fascinantes ejemplos de que la *textura abierta* del lenguaje natural se traslada al lenguaje jurídico, permitiendo la inclusión de un número prácticamente infinito de objetos susceptibles de desembargarse[18]. Consideremos la calificación de *indispensable uso* acordada a ciertos bienes para excluirlos del embargo: al prohibir el embargo del deudor en muebles de su indispensable uso, la ley coloca al sujeto de la

[18] Ver: ACOSTA, José V., *Agravio irreparable*, p. 62/65.

normación ante infinitas situaciones en que es muy claro que la cautela no procede, como sería el caso del sillón de ruedas de un paralítico; otros en que claramente corresponde (si se tratara de una de las cinco lámparas de pie que adornan el área de recepción de un "duplex" del Barrio Norte); y por fin otros en que es dudoso si se puede o no embargar, como un televisor. El conspicuo enunciado "cuestión de hecho que el juez debe decidir en cada caso" se nutre de este tipo de incertidumbres. Lo prueba el trayecto recorrido en la jurisprudencia por ciertos muebles —la heladera, por ejemplo— desde la embargabilidad. Es evidente que el *standard* "uso indispensable" fue instituido a propósito por la ley, atento a la imposibilidad de fijar taxativamente y *a priori* los bienes sujetos a exclusión. Más aun: por aquello de que la ley es más sabia que el legislador su ambigüedad permitió que ciertos bienes, catalogados como embargables cuando se puso en juego la regla, sean luego dudosamente susceptibles de cautela y, por fin, exonerados del todo. Es el típico razonamiento por los ejemplos: la primera vez que se calificó a un bien como de "indispensable uso", se lo erigió, al mismo tiempo, como objeto de comparación para el futuro. Claro está que ello exigía la aplicación de pautas o criterios menos generales. Así, los sustentados en el caso "Marino Del Monte" donde el tribunal sostuvo que un bien es de uso indispensable cuando su privación hace descender el nivel de vida "a límites incompatibles con las exigencias propias del ser humano"[19]. En el caso se trataba de declarar inembargable una heladera. Por supuesto, las palabras utilizadas en la decisión significaban, aunque menos evidentes, otra generalización necesitada de nuevas especificaciones: "Lo general tiene, sin embargo, capacidad sugestiva por implicación de casos hipotéticos que lleva consigo, e incluso por su virtualidad para hacer pensar en otras cate-

[19] C2a. CC La Plata, sala II, La Ley, Rep. XXV, 626, Nro. 44.

gorías que 'suenan' de la misma manera... En esta medida, la frase sugiere los ejemplos que deben ser incluidos en ella... Los nuevos ejemplos, empero, tendrán que ser apreciados en relación con los anteriores, y la reelaboración de la palabra misma que expresa el concepto se hará evidente"[20]. En efecto, la expresión "límites incompatibles con las exigencias propias del ser humano" requirió a su vez, ser reelaborada mediante criterios más específicos aun, y entonces es cuando se invoca "el nivel de vida alcanzado por la población", como pauta de tales límites. En el caso "M. de R., J.E., c/R. A. V. M.", dijeron los jueces: "Debe mantenerse el embargo sobre el televisor, ya que puede prescindirse del mismo, sin que por ello se pierda el mínimo bienestar en un hogar, de acuerdo con el nivel de vida alcanzado por la población, y sí sólo la apariencia de holgada situación económica que representa"[21]. La relación que el fallo encuentra entre el nuevo ejemplo —televisor— con ejemplos anteriores, se formula sobre la base de que el concepto de ***indispensabilidad*** no incluye bienes que, según el criterio que hasta entonces era usado, son innecesarios para "el mínimo bienestar del hogar". Y en efecto, cuando el televisor aparece en el mercado, lo prohibitivo de su costo demuestra que es accesible sólo para un reducido y privilegiado número de consumidores, y cuya posesión demuestra más que nada *status*. Sin embargo, luego de un tiempo la producción en serie reduce los costos y el crédito permite la compra de aparatos en cuotas. Su posesión deja de ser prueba de esnobismo y hoy es difícil hallar una casa que no tenga uno, por lo menos. Cuando los tribunales se enfrentan otra vez con el caso, los términos de la relación hallada antes ya no son los mismos: necesidad de información, acceso a las fuentes de cultura y otras consideraciones parecidas surgen como

[20] LEVI, *Introducción al razonamiento jurídico*, p. 41.
[21] CNCiv., sala D; La Ley, 116-816, Nro. 11.115.

otras tantas pautas que acotan el criterio de "mínimo bienestar del hogar". De ahí que los tribunales hayan reconsiderado las analogías y diferencias con los ejemplos anteriores, basándose, en algún caso, en que "el concepto de las cosas... (indispensables) ...ha ido paulatinamente ampliándose por la jurisprudencia, ciñéndose así a la elevación progresiva de la existencia de grupos familiares comunes"[22] .

El proceso a través del cual el concepto de indispensabilidad alcanza al aparato receptor de televisión sigue el esquema clásico del razonamiento por los ejemplos precedentes: "El concepto es sugerido al invocar diferencias o semejanzas en el memorial, pero no obtiene la aprobación de los jueces. La idea adquiere importancia en la sociedad. Es sugerida de nuevo ante un tribunal. Esta vez el tribunal reinterpreta el caso anterior y, al hacerlo, adopta la idea que antes había sido rechazada. En casos subsiguientes ella recibe mayor precisión y es vinculada a otras aceptadas por los tribunales. Ya no es la idea que era comúnmente sustentada en la sociedad. Llega a modificarse en los casos subsiguientes. Las ideas rechazadas al comienzo, pero que gradualmente han obtenido aceptación, desplazan ahora lo que había llegado a ser una categoría jurídica del sistema, o lo convierten en algo que puede ser su opuesto"[23].

Conforme, pues, a lo dicho, el catálogo de hipótesis de levantamiento inserto en los siguientes puntos incluye meros ejemplos que de ninguna manera son *numerus clausus*.

2.12.1. *Muebles de uso indispensable.* Corresponde levantar el embargo trabado sobre:

—El anillo nupcial, pero no sobre el cintillo[24] ;

[22] CNCom., sala A; La Ley, 120-444.
[23] LEVI, ob. cit., p. 1/15.
[24] CNCom., sala B; La Ley, 129-986, Nro. 16.407.

—El aparato de radio [25]. Si hay dos, uno eléctrico de mesa y otro portátil, corresponde levantar el embargo sobre el primero y mantenerlo respecto del segundo[26];

—Los artefactos de iluminación, por ejemplo, una araña de cuatro luces[27], pero no sobre la araña de bronce de diez luces[28], ni la de siete luces con caireles[29], ni la de cinco luces y caireles[30]. La araña de bronce es en principio y por sus características, inembargable. Ahora, siendo dos los artefactos de tal tipo, puede embargarse uno[31]. Asimismo, corresponde levantar el embargo trabado sobre la lámpara de pie[32], pero no sobre la lámpara de mesa[33]. Confesamos que se nos escapa la razón del distingo;

—El automotor, cuando es el único vehículo de propiedad del chofer y la profesión de éste es la de taxista, constituyendo así su único y necesario instrumento de trabajo[34];

—La bicicleta, según el uso que le asigna el recurrente[35];

—El combinado, a no ser que se trate por sus características de un mueble importante[36]; v.gr., de pie;

—La enceradora [37];

25 CNCiv., sala E; La Ley, 121-660, Nro. 12.908.

26 CNCom., sala A; La Ley, 130-140.

27 CNCom., sala A; La Ley, 113-800, Nro. 9.960.

28 CNCom., sala A; La Ley, 124-1120, Nro. 14.251.

29 CNCom., sala A; La Ley, 125-763, Nro. 14.774.

30 CNCiv., sala D; La Ley, 155-616.

31 CNCom., sala A; La Ley, 121-700, Nro. 13.253.

32 CNCom., sala A; La Ley, 1975-A, 97.

33 CNCom., sala C; La Ley, 128-962, Nro. 15.923.

34 CJ Salta, sala II; La Ley, 143-603, Nro. 26.865.

35 CNCom., sala B; La Ley, 127-1114, Nro. 15.472.

36 CNCom., sala B; La Ley, 129-608. Es embargable el combinado automático de pie (CNCom., sala B; La Ley, 113-784, Nro. 9811), y el combinado de radio y tocadiscos (CNCom., sala A; La Ley, 118-881, Nro. 11.883).

37 CNCom., sala A; La Ley, 124-1120, Nro. 14.251.

—La estufa a gas[38], salvo que haya dos[39];

—La heladera de tipo familiar[40]. Mas no sobre la heladera portátil para automóvil[41], ni la eléctrica existente en un estudio jurídico, pues no se trata de un bien de uso familiar, sino de una comodidad que no puede considerarse indispensable[42]; tampoco procede el levantamiento si existe otra heladera en el inmueble además de aquella cuyo desembargo se solicita[43];

—El juego de copas[44];

—El juego de sillones[45];

—El juego de living, si no son muebles suntuarios o de lujo, aunque lo sean de cierta calidad[46];

—El juego de comedor que no está integrado por muebles de cuantioso valor y si no existe en el domicilio del deudor otro juego similar[47]; así como el aparador, que es inembargable por su naturaleza[48]; las sillas del comedor, aunque en el domicilio existan otras[49]. Pero si ya está embargado el aparador no procede el levantamiento sobre el trinchante y la vitrina[50], y tampoco sobre el bargueño[51], ni sobre el "bahut"[52], ni sobre la "mesa ratona" dado que normalmente sólo cumple funciones de adorno en el hogar[53], ni

38 CNCom., sala C; La Ley, 122-916, Nro. 13.437.
39 CNCom., sala A; La Ley, 130-140.
40 CNCom., sala A; La Ley, 125-773, Nro. 14.870.
41 CNCom., sala C; La Ley, 122-916, Nro. 13.437.
42 CNCom., sala B; ED, 54-479.
43 CNCom., sala C; La Ley, 127-1124, Nro. 15.562.
44 CNCom., sala C; La Ley, 145-417, Nro. 28.231.
45 CNCom., sala A; La Ley, 127-1162, Nro. 15.879.
46 CNCom., sala B; J.A., 964-II-178.
47 CNCom., sala B; La Ley, 113-783, Nro. 9802.
48 CNCom., sala C; La Ley, 148-661, Nro. 29.431.
49 CNCom., sala A; La Ley, 1976-D, 428.
50 CNCom., sala C; La Ley, 145-417.
51 CNCom., sala C; La Ley, 126-813, Nro. 15.426.
52 CNCom., sala A; La Ley, 116-823, Nro. 11.175.
53 CNCom., Sala A; La Ley, 120-444.

sobre el mueble llamado "dressoir", porque no es el aparador que tiene en vista la jurisprudencia cuando acepta su inembargabilidad [54];

—El lavarropas[55], aunque hay fallos en contrario[56]. En general, la jurisprudencia señala que la condición de mueble de uso indispensable de un lavarropas familiar no proviene sólo de su naturaleza, sino del uso a que en cada caso particular esté destinado, y de la existencia o no de otro u otros aparatos similares [57]; y de todos modos, si el propietario embargado no alega la condición de bien de uso indispensable, comprendido en la norma del artículo 219 del Código Procesal, no procede asignarle de oficio ese carácter [58];

—Los libros de cultura general de ediciones no costosas [59];

—La licuadora[60];

—La lustradora[61];

—La máquina de coser a pedal[62], eléctrica[63] y electrónica[64];

—La máquina de tejer, sólo si se demuestra que es un instrumento de trabajo[65];

—El perro, pues aunque debe aceptarse que no rige, con referencia a esta cosa, la disposición del artículo 219, inciso 1ro. del Código Procesal si estamos a su letra, sí que el caso queda ampara-

54 CNCom., Sala B; La Ley, 123-979, Nro. 13.966.

55 CNCom., sala B; J.A., 964-II-178.

56 CNCiv., sala E; La Ley, 135-1229, Nro. 21.745.

57 CNCom., sala D; La Ley, 156-211.

58 CNCom., sala D; La Ley, 156-211.

59 CNCiv., sala B; La Ley, 120-938, Nro. 12.758.

60 CNCom., sala B; La Ley, 144-576, Nro. 27.397. *Contra:* CNCom., sala A; La Ley, 120-932, Nro. 12.705: no constituye un bien de uso indispensable.

61 CNCom., sala B; La Ley, 1975-A, 97.

62 CNCom., sala B; ED., 51-246.

63 CNCom., sala B; La Ley, 124-1156.

64 CNCom., sala F; La Ley, 126-771, Nro. 15.160.

65 CNCom., sala A; La Ley, 116-817, Nro. 11.122.

do por el principio informante de la ley; porque en definitiva, necesidades espirituales del deudor y su familia son las que se admite quedan protegidas al mismo nivel que las materiales, previstas expresamente. No cabe otra apreciación razonable de esa circunstancia, consistente en la tenencia y cuidado de un perro, que en la condición más favorable para el embargante, no presta utilidad *material* alguna[66]. Así: es improcedente el embargo de un perro, del que no se alega siquiera presente características genealógicas especiales, que lo ubiquen en un rango de privilegio; carece de valor económico suficiente como para quedar incluido en la prenda común de los acreedores de su dueño —artículo 2311 del Código Civil— y resulta plenamente aplicable la regla del artículo 1071 del Código Civil que rechaza el ejercicio abusivo del derecho[67]. Y a mayor abundamiento: no es legalmente admisible que un acreedor pueda privar a su deudor de un bien —en el caso de un perro—, que ofrece para éste un valor afectivo superior quizá a cualquier otro interés material, si no queda demostrado que el sacrificio que significaría ese hecho compensa la satisfacción, en proporción aceptable, del derecho del acreedor. Es una cuestión que debe resolverse según la modalidad del caso [68];

—El piano, cuando es un medio de estudio[69], pero es improcedente el levantamiento de la cautela si no está afectado en su uso a profesión o arte alguno[70] y tampoco corresponde decretar su desembargo por atribuírsele carácter de recuerdo de familia [71];

—El sofá cama[72];

66 CNCom., sala B; J.A., 973-20-499.
67 *Ibidem.*
68 *Ibidem.*
69 CNCom., sala B; La Ley, 121-690, Nro. 13.166.
70 CNCiv., sala B; La Ley, 124-1157, Nro. 14.517.
71 CNCiv., sala D; La Ley, 155-616.
72 CNCom., sala B; La Ley, 146-669, Nro. 28.176.

—El televisor, porque constituye un medio de comunicación, difusión, información, recreación y cultura en poblaciones donde llega sin ninguna necesidad de costo suplementario; debe considerarse equiparado a la radiofonía, siendo los aparatos receptores de este medio inembargables[73]. El televisor, en la actualidad, constituye en la realidad de los hechos un bien de indispensable uso[74]. Sin embargo, no parece apropiado establecer reglas rígidas de carácter general con respecto al embargo del televisor, sino atenerse a las circunstancias de cada caso[75], o sea, no cabe incluirlo sin más en las categorías de embargables o inembargables[76];

—El tocadiscos[77];

—El ventilador, si no es de pie[78].

2.12.2. *Instrumentos necesarios para la profesión, arte u oficio.* Corresponde levantar el embargo trabado sobre:

—El automóvil de alquiler con el cual trabaja el demandado[79];

[73] TS Neuquén, sala civil y com.; J.A., 976-II-294.

[74] CFed. La Plata, sala I; La Ley, 149-400. *Contra:* CNFed., sala II, contenciosoadministrativo, La Ley, 1978-D, 818, Nro. 34.844: el televisor no se halla comprendido entre aquellos artículos de uso indispensable; CJ Salta, sala II, La Ley, 144-572, Nro. 27.371: el televisor no constituye parte del ajuar indispensable de un hogar, destinado a satisfacer las necesidades primordiales del deudor y de su familia, al ser un mueble de lujo y simple placer.

[75] CNCiv., sala D; La Ley, 155-616.

[76] CNCom., sala B; La Ley, 1977-B, 323. Para los tribunales que autorizan el levantamiento del embargo trabado sobre el televisor, también es inembargable la mesita de TV, pues se trata de un elemento accesorio que por sus características tiene que seguir la suerte de lo principal, máxime por resultar prácticamente indispensable su presencia a los fines del mejor uso y cuidado del televisor (CNFed., sala I, contenciosoadministrativo; La Ley, 1975-B, 388).

[77] CNCom., sala B; La Ley, 123-989, Nro. 14.054. *Contra:* CNCom., sala A; La Ley, 116-822, Nro. 11.163.

[78] CNCom., sala C; La Ley, 131-1084, Nro. 17.580.

[79] CNCiv., sala C; La Ley, 149-575, Nro. 29.896. *Contra:* CNCom., sala A; La Ley 1975-B, 863, Nro. 32.396. Tampoco corresponde levantar el embargo sobre un camión

—La biblioteca, un fichero y escritorio metálico, mesa mostrador, tres sillas y sillón metálico del abogado[80] ;

—La caja fuerte, seis sillones y una mesa directorio del abogado[81], así como la máquina de escribir, si tiene sólo una[82] ;

—El frontofocómetro y mesa de trabajo del óptico [83] ;

—La máquina de escribir y los nueve tomos de Baldana del escribano[84], pero puede embargársele la Enciclopedia Espasa[85] .

Cabe acotar que el levantamiento del embargo no procede respecto de las maquinarias o parte de las instalaciones de un taller mecánico que integran un fondo de comercio o establecimiento industrial, porque la ley protege a los bienes indispensables para el ejercicio del oficio o profesión en forma individual[86] ; ni sobre las instalaciones de un taller de gomería, propiedad del ejecutado, quien lo explota teniendo obreros o empleados a sus órdenes[87] ; ni sobre los elementos que utiliza el comerciante para el ejercicio del comercio[88], por ejemplo las vitrinas, que según manifestación del demandado integrarían el negocio de tienda[89]. En síntesis, quien no invoca el ejercicio de un oficio sino la propiedad de un taller con operarios a sus órdenes, demuestra el ejercicio de una explotación empresaria, cuyos bienes no se hallan amparados por la excepción[90].

destinado al transporte de mercaderías, o sea, a una actividad netamente mercantil, lo que autoriza a ubicar al embargado dentro de la categoría de un verdadero empresario (CNCom., sala A; La Ley, 114-834, Nro. 10.018).

80 CNCom., sala B; La Ley, 135-1070, Nro. 20.595.

81 CNCom., sala A; La Ley, 119-981.

82 CNCom., sala A; La Ley, 119-981.

83 CNCom., sala C; La Ley, 154-509.

84 CNCiv., sala F; La Ley, 154-631, Nro. 32.370.

85 CNCom., sala D; La Ley, 155-616.

86 CNCom., sala B; La Ley, 132-1106, Nro. 18.922.

87 CNCom., sala B; La Ley, 125-792, Nro. 15.025.

88 CNCom., sala C; La Ley, 114-854, Nro. 10.215.

89 CNCom., sala A; La Ley, 125-792, Nro. 15.025.

90 CNCom., sala C; La Ley, 131-1084, Nro. 17.581. Asimismo, la ley no autoriza

2.12.3. *Otras hipótesis de levantamiento.* En principio, el patrimonio es prenda común de los acreedores. En consecuencia, los bienes que lo integran se encuentran afectados a la responsabilidad de las obligaciones tomadas y que pesan sobre su titular; las excepciones que hacen a esta regla deben venir específicamente previstas por la ley o por tratarse de casos especiales: alimentos, derechos de autor, bien de familia, indemnizaciones laborales, depósitos en Caja de Ahorro Postal, uso y habitación, usufructo sobre bienes de los hijos, sepulcros, hogar ferroviario, etcétera, y estar fundadas en razones de humanidad, asistencia y cohesión familiar, etcétera [91].

A estas razones se ha agregado el *interés social,* como sustento del Proyecto del Senador Antonio Tomás Berhongaray, por cuyo artículo 1, "los bienes de propiedad de personas jurídicas mencionadas por el artículo 33, tercer párrafo del inciso 1 del Código Civil que tengan por objeto el desarrollo de actividades deportivas, sobre las que se hayan emplazado instalaciones deportivas, culturales o de esparcimiento y sus administraciones, no serán susceptibles de ejecución o embargo, ni aun en caso de concurso, por obligaciones provenientes de la adquisición o transferencia de los servicios de jugadores o representantes deportivos, o que hayan sido contraídas, de modo explícito o encubierto, para hacer frente a esas operaciones o para satisfacer obligaciones anteriores del mismo origen, cualquiera sea la forma jurídica que ellas adopten".

El proyecto de ley que se adjunta —dicen los fundamentos— tienen el propósito de defender el interés social, que puede verse gravemente afectado por la desaparición de esas entidades o la desafectación de sus instalaciones. Se ha preferido —agrega— "una

al deudor a conservar todos los instrumentos, útiles y demás bienes que usa en el ejercicio de su profesión, sino sólo aquellos que resultan necesarios por su carácter de indispensables (CNCom., sala B; La Ley, 120-914, Nro. 12.593).

91 CNCom., sala C; ED., 56-316.

forma de inembargabilidad limitada por el sujeto pasivo de la obligación y por la naturaleza del crédito perseguido, por entender que un sistema más genérico de limitación de responsabilidad podría conducir a la afectación de obligaciones que reconozcan un origen distinto (remuneraciones, compras, obras, etc.), con menoscabo de la capacidad financiera de los clubes y, por ende, de su normal desenvolvimiento".

Los supuestos de levantamiento que enseguida se enumeran, se proponen sólo a guisa de ejemplo.

Corresponde, así, levantar las medidas cautelares decretadas sobre:

—Los alimentos, no pudiendo la suma que se destine a los mismos ser embargada por deuda alguna (Código Civil, artículo 374);

—El bien de familia, cuando tengan (las medidas) como fundamento obligaciones posteriores a su inscripción como tal[92], con excepción de las provenientes de impuestos o tasas que graven directamente el inmueble, o de gravámenes autorizados por la ley, o de créditos por construcción o mejoras introducidas en la finca (artículo 38, ley 14.394); pero no corresponde levantarlas sobre los frutos que produzca el bien —hasta un 50 por ciento— y siempre que no sean indispensables para satisfacer necesidades de la familia (artículo 39);

—El bien de familia adquirido con depósitos acreditados en la

92 Por aplicación del artículo 38 de la ley 14.394, no es procedente el embargo preventivo de una parte indivisa de un bien de familia solicitado por el beneficiario de la regulación de honorarios efectuada en un incidente de desafectación que no prosperó (CNCiv., sala B; ED., t. 100, p. 430, Nro. 131). Si el inmueble embargado fue constituido como bien de familia con anterioridad a la fecha en que éste fue suscripto por el cónyuge, dado que esa obligación no le es oponible al cónyuge que no prestó su asentimiento a la constitución del gravamen (artículos 1276 y 1277, Código Civil), esa circunstancia no puede afectar al inmueble, porque entonces se desvirtuaría la integridad del bien de familia (CNCom., sala C; La Ley, 156-202).

Caja Nacional de Ahorro Postal, siempre que el valor de la propiedad no exceda de $50.000 M/N (artículos 42 a 46, decreto-ley 14.582/46, ratificado por ley 12.921);

—Los bienes públicos de la Nación, las provincias o los municipios, ya sea por su naturaleza o por estar afectados a un servicio público (doctrina de los artículos 2336, 2337, 2339, 2340, 2341, 2344 y concordantes del Código Civil)[92-1];

—Los bienes que por su naturaleza y valor, visiblemente no alcanzarían a cubrir en conjunto los gastos de realización de los mismos (Código Procesal Civil de Mendoza, artículo 237, inciso 7);

— Los bienes de uno de los cónyuges, por las deudas del otro (ley 11.357, artículo 5), ni sus frutos, salvo cuando sean contraídas para atender las necesidades del hogar, para la educación de los hijos, o para la conservación de los bienes comunes (artículo 6);

—Las cuentas bancarias en las que no existan fondos, pues solamente impiden a la demandada su utilización, tan necesaria en el desenvolvimiento de la actividad comercial. Como tal medida cautelar presenta sólo un elemento perjudicial que nada agrega a la garantía de su crédito que ha obtenido el actor con la subsistencia de las restantes medidas trabadas (artículo 203, apartado 2do. del Código Procesal de la Nación), corresponde su levantamiento[93];

—El fondo de desempleo (ley 22.250, artículo 15), salvo por imposición de cuota alimentaria y una vez producido el desempleo [94];

92-1 *Conf.:* RODRIGUEZ, Luis A., *Tratado de la ejecución:* Estos bienes no integran *el patrimonio del Estado* sino que pertenecen al uso común para satisfacer necesidades concretas de la comunidad (p. 258).

93 CNCom., sala C; La Ley, 156-202. *Contra:* CNCom., sala C: Procede el embargo sobre los futuros depósitos en una cuenta corriente (ED., 58-160).

94 "Aquí el derecho del trabajador, de orden público, cede ante otro de igual ca-

—Las jubilaciones y pensiones —cualquiera su monto— del personal ferroviario (artículo 53, ley 10.660, modificada por la ley 11.173);

—Las jubilaciones y pensiones para el personal de empresas particulares (ley 11.110, artículo 56)[95];

—Las jubilaciones y pensiones para el personal del comercio y actividades afines y civiles, y para el personal de la industria y afines;

—Los lotes del hogar (ley 10.284): los frutos y productos de cada año podrán ser embargados y vendidos únicamente para pagar las deudas contraídas, de acuerdo a las preferencias establecidas en el Código Civil (artículo 2); todo actual propietario de un terreno rural o urbano hasta el límite máximo de $10.000 M/N como valor del lote, podrá ampararse mediante una declaración y registro, a las excepciones otorgadas al artículo 2;

—Las indemnizaciones por accidentes de trabajo (artículo 13, ley 9688);

—Las indemnizaciones por despido (artículo 149, LCT);

—Los inmuebles gravados con préstamos del Banco Hipotecario Nacional acordados para vivienda propia (artículo 20, decreto-ley 13.128/57) y mientras mantengan su categoría originaria, a excepción de los créditos provenientes de su construcción o adquisición. También procede el levantamiento respecto de toda suma retenida por el Banco para la construcción de viviendas, así como los

rácter, pero de mayor entidad, cual es el derecho de la familia a su subsistencia. Y sobre este particular, hemos puntualizado que el embargo por esta razón puede trabarse tan pronto como el trabajador esté en condiciones de percibir el importe del fondo, no importando si lo ha percibido, para evitar que maliciosamente se niegue a cobrarlo para privar a su familia de la suma necesaria para atender la necesidad alimentaria" (SAPPIA, Jorge J., ***Régimen laboral de la industria de la construcción***, p. 89.

95 Son inembargables las jubilaciones y pensiones otorgadas por la Caja respectiva organizada por ley 11.110 (artículo 56) y es nula toda constitución de derechos que impidan su libre disposición por su titular (Cámara 1ra. CC, La Plata, sala I).

depósitos que con igual motivo admita la institución;

—Los inmuebles obtenidos mediante créditos o préstamos hipotecarios concedidos por organismos de previsión social comprendidos en la ley 14.236 (de reestructuración del Instituto Nacional de Previsión Social y complementarias);

—Los inmuebles adquiridos con préstamo hipotecario en los términos del decreto-ley 5167/58 que ampara a los afiliados, pensionados y jubilados del Instituto Nacional de Previsión Social [96];

—Los muebles destinados al funcionamiento de las asociaciones de trabajadores (artículo 31, ley 14.455);

—Los muebles, ropas y útiles domésticos del arrendatario, las máquinas, enseres, elementos y animales de trabajo, rodados, semillas y otros bienes necesarios para la explotación del predio; los bienes para la subsistencia del arrendatario y su familia durante el plazo de un año incluidos semovientes y el producido de la explotación dentro de los límites que reglamentariamente se fijen. Tales beneficios no afectarán el crédito del vendedor de los bienes declarados inembargables e inejecutables y no comprenderán a los arrendatarios que sean sociedades de capital (ley 13.246; artículo 15 del T.O. por ley 22.298; ver artículos 33 y 34 del decreto reglamentario);

—Las rentas de la Nación (ley 3952, artículo 7), a fin de evitar que el Estado pueda verse colocado, por efecto de un mandato judicial perentorio, en situación de no poder satisfacer el requerimiento por no tener fondos previstos en el presupuesto para tal fin o en la de perturbar la marcha normal de la Administración[97];

96 La inembargabilidad se mantiene no obstante la cancelación del crédito (CNCom., sala D; J.A., Rep. 1982, p. 314).

97 CSN, La Ley, 123-892 (Nro. 56.356). Pero la inembargabilidad debe ceder en casos de expropiación por causa de utilidad pública, por cuanto la garantía constitucional de inviolabilidad de la propiedad exige previa indemnización (artículo 17) y ante su incumplimiento priva esta garantía de interés superior (CFed. Tucumán; La Ley, 135-641).

—El salario mínimo vital en la proporción que establezca la reglamentación, salvo por deudas alimentarias (artículo 120, LCT);

—Los saldos depositados en la Caja Nacional de Ahorro Postal hasta la cantidad de $10.000 M/N, siempre que el monto de tales ahorros no sobrepase $300 M/N al mes (artículo 41, decreto 14.682/46, ratificado por ley 12.921);

—El seguro de vida (artículo 1, ley 3942), salvo por lo que respecta a las cantidades recibidas por el asegurador, las que quedarán sujetas a las disposiciones del Código Civil, relacionadas con la colación y la legítima de los herederos forzosos y a la revocación de los actos celebrados en perjuicio o fraude de los derechos de los acreedores;

—Los subsidios por maternidad (ley 11.933, modificada por ley 12.339);

—Los sepulcros, salvo que el crédito corresponda a su precio de venta, construcción o suministro de materiales (Código Procesal de la Nación, artículo 219, inciso 2)[98];

—Los sueldos, salarios, jubilaciones y pensiones del personal de la Administración Pública Nacional, Provincial, Municipal y de las entidades autárquicas, por obligaciones que provengan de préstamos de dinero o compra de mercaderías, salvo en las condiciones y proporciones que la ley establece (artículo 1 del decreto 6.754/43, ratificado por ley 13.894) [99];

—Etcétera, etcétera.

[98] Atento la naturaleza *sui generis* del derecho de propiedad sobre los sepulcros y tratándose de bienes que no son "ejecutables" salvo que se reclame su precio de compra o construcción, y aquéllos no estuvieren aplicados a su destino, es evidente que los sepulcros no son embargables (Cám. 1a. CC, La Plata, sala I; La Ley, 12-76).

[99] La solución se inspira en la necesidad de combatir el grave mal de la usura, amparando a los agentes de la Administración Pública, que carezcan de otra garantía que la de su remuneración, en la satisfacción de sus indispensables necesidades de crédito (SC Mendoza, sala I; La Ley, 124-776). Comprende las mercaderías de las que normalmente es ne-

2.12.4. *Falta o insuficiencia de contracautela.* Según enseña la experiencia, los jueces y funcionarios judiciales son especialmente cuidadosos al exigir la previa caución que el solicitante de la medida deberá dar por todas las costas y daños y perjuicios que ella pudiera ocasionar (artículo 199 del Código Procesal de la Nación). Pero ha ocurrido, ocurre y ocurrirá, que no obstante ese cuidado la medida se dispone y ejecuta sin que la contracautela se preste. Más común es el caso (especialmente en épocas de altos índices inflacionarios) en que la garantía acordada deviene insuficiente y se hace necesario mejorarla (artículo 201 del Código Procesal de la Nación). En tales circunstancias es lícito averiguar qué remedio debe escoger el afectado para protegerse de las consecuencias perjudiciales que la falta o insuficiencia de la contracautela puede ocasionarle: ¿Levantamiento? ¿Caducidad? ¿Nulidad? La pregunta no es ociosa porque una elección desafortunada del instrumento procesal puede conducir al rechazo de la pretensión revocatoria, en virtud de los distintos efectos que cada uno de los medios impugnativos señalados produce.

En fallo de la Cámara 2da., sala 2da. CC La Plata, que de Lazzari cita y censura[99-1], se decidió que el incumplimiento de una contracautela real "lleva, directamente, a la *caducidad* de la medida" (la cursiva es nuestra). Toda vez que las hipótesis de caducidad están explícitamente legisladas, y entre ellas no se menciona la considerada por el tribunal, va de suyo que no es éste el medio idóneo de dejar sin efecto la medida. En cuanto a la *nulidad*, hay coincidencia en la doctrina de autores y tribunales, que la contracautela no es requisito ni condición del otorgamiento de la medida, sino de su ejecución, por lo que su incumplimiento no afecta

cesario proveerse, conforme a los requerimientos de una adecuada subsistencia (SC Mendoza, sala I; La Ley, 124-776).

99-1 *Ob. cit.*, p. 124.

la validez del trámite[99-2]. Queda así, por vía de eliminación, el remedio del *levantamiento*. De ahí que lo incluyamos entre las hipótesis estudiadas en el presente capítulo, asistidos en tal criterio por la jurisprudencia: "La circunstancia de haberse omitido fijar la contracautela, no determina que deba revocarse la medida precautoria, sino que la misma podrá ser *levantada* en el supuesto de que la contracautela señalada se vea incumplida por el embargante"[99-3].

3. Responsabilidad en caso de abuso o exceso. El orden público cautelar no se satisface con la mera revocación de la medida si se demuestra que el requirente abusó o se excedió en el derecho que la ley le otorga para obtenerla: autoriza también a quien resultare damnificado, para solicitar el resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos con motivo de la medida que se levanta. Tal reclamo puede efectuarlo mediante la acción común o mediante el régimen especial instituido por el artículo 208 del Código Procesal de la Nación. Recordemos su texto: *Salvo el caso de los artículos 209, inciso 1, y 212, cuando se dispusiere levantar una medida cautelar por cualquier motivo que demuestre que el requirente abusó o se excedió en el derecho que la ley otorga para obtenerla, la resolución lo condenará a pagar los daños y perjuicios si la otra parte lo hubiese solicitado. La determinación del monto se sustanciará por el trámite de los incidentes o por juicio sumario, según que las circunstancias hicieren preferible uno u otro procedimiento a criterio del juez, cuya decisión sobre este punto será irrecurrible.*

La ley procesal no crea un cuasidelito (no *podría* crearlo), sino un procedimiento acelerado y expeditivo para obtener la declaración de responsabilidad, condena por el daño y determinación de su

99-2 *Conf.*: RAMIREZ, *ob. cit.*, p. 38.

99-3 CNCiv., sala B; ED., Rep. 11, p. 596, Nro. 16.

monto. Se apoya, desde luego, en la ley de fondo, donde está previsto que *todo el que ejecuta un hecho que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, queda obligado a la reparación del perjuicio* (artículo 1109 del Código Civil); y constituye una aplicación certera del segundo párrafo del artículo 1071 del mismo código, reiteradamente invocado en esta obra: *la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contraría los fines que aquélla tuvo en miras al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.*

Se ha polemizado acerca del carácter de la responsabilidad que se origina en las medidas precautorias. El tema no es académico, toda vez que según cómo se lo solucione dependerá algo tan esencial cual es la presunción o no de la culpa en el peticionante. Para quienes sostienen el criterio de la responsabilidad *objetiva*[100], basta que la cautela se haya obtenido sin derecho para que surja la obligación de indemnizar; aquellos que, por el contrario, se agrupan en la corriente *subjetiva*[101], afirman que no existe responsabilidad sin previa demostración de culpa, dolo, o al menos negligencia inexcusable. A nuestro modo de ver el texto del artículo 208 del Código Procesal de la Nación, no permite discrepancias tan extremas en autores y tribunales, ni hace que la cuestión tenga que seguir debatiéndose en el futuro, adhiriendo a De Lazzari cuando dice que "la responsabilidad emerge cuando se demuestra que el requirente *abusó o se excedió* en el derecho que la ley le otorga para obtenerla"[102]. Tal demostración no puede surgir del solo hecho del vencimiento en lo principal, pues lo que permite obtener la medida es la *verosimilitud* del derecho y no su plena *certeza*. Una solución distinta pondría en

[100] PODETTI, *Tratado de las medidas cautelares*; Ediar, 1956, p. 123 y siguientes; RAMIREZ, *Medidas cautelares*, p. 71.

[101] MORELLO, *Códigos...*, V, III, p. 120; FASSI, *Código Procesal Civil y Comercial*, I, p. 544; DE LAZZARI, Eduardo N., *Medidas cautelares*; p. 202/203.

[102] *Loc . cit.*

crisis todo el régimen cautelar. ¿Qué sentido tendría autorizar una medida precautoria con la simple prueba de la verosimilitud del derecho, si pendiera sobre el peticionante la presunción de abuso o exceso siempre que fuera vencido en la cuestión de fondo? En orden a la idea de garantía que fundamenta el instituto, parece mucho más peligroso sancionar *automáticamente* a quien en definitiva no obtuvo el reconocimiento de sus títulos, que obligar al damnificado a probar la culpa del requirente. El criterio con que debe ponderarse el punto es el que resulte de las constancias ingresadas al momento de ejercerse la pretensión cautelar. Por lo pronto, la jurisprudencia rechaza toda posibilidad de aplicar al caso la teoría del riesgo consagrada por el artículo 1113 del Código Civil, pues esta norma se refiere al vicio o riesgo de la cosa, y no involucra la peligrosidad eventual de ciertas actividades[102-1]. Y aun va más allá: el hecho de que la medida cautelar sea decretada bajo responsabilidad del peticionante, no significa que aplicando un criterio estrictamente objetivo y limitado al texto escrito de la ley, se deba responder siempre de los daños y perjuicios por el solo hecho de que se haya rechazado después la demanda y el embargo resulte haberse trabado sin derecho; esta es la doctrina que se aplica para meritar si el embargante hubiera procedido o no con dolo, culpa o negligencia, o ejercido sus derechos incurriendo en abuso de los mismos[102-2] .

3.1. *Excepciones.* El artículo 208 del Código Procesal de la Nación excluye expresamente del procedimiento especial de imputación de responsabilidad, las hipótesis de embargo previstas por los artículos 209, inciso 1, y 212. El legislador ha considerado que en los casos en que el deudor tenga su domicilio fuera de la República, sea declarado rebelde, confiese en forma expresa o ficta, no niegue

102-1 CNCom., sala B; ED., 75-326.
102-2 CNCiv., sala D; ED. 48-161.

los hechos expuestos en la demanda ni desconozca los documentos que se le atribuyen, y en virtud de alguna de esas circunstancias el acreedor obtenga un embargo, su ulterior levantamiento no autoriza la reparación del daño mediante el ejercicio del trámite acelerado. La *ratio* de las excepciones se sustenta en la conducta procesal del deudor, con la que éste ha contribuido a probar la verosimilitud del derecho invocado por el acreedor. En tales circunstancias parecería injusto acordar una protección excesiva a quien se mostró indiferente por los daños que la medida le ocasionara. No obstante, le quedará expedita la acción común[103].

3.2. *Presupuestos para la condena.* El procedimiento especial autorizado en el artículo 208 del Código Procesal de la Nación, a fin de que se responsabilice al peticionante de la medida por los daños y perjuicios, exige en primer lugar que "la otra parte" solicite la condena. No procede, en consecuencia, pronunciamiento de oficio sobre el punto. En segundo lugar debe demostrarse en el mismo incidente de levantamiento, que el requirente abusó o se excedió en el derecho que la ley le otorga. Esta prueba será más o menos accesible según las características del caso (por ejemplo, cuando se embarga bienes de un tercero no obstante la exhibición que éste haga de los títulos en el acto de la diligencia, no cabrá duda alguna que hubo abuso y será fácilmente demostrable acudiendo a las constancias del expediente). Por último, conforme a las reglas del *onus probandi*[104], el reclamante tendrá que acreditar la existencia del daño.

Ciertamente, la concurrencia de todos estos extremos puede

[103] *Conf.:* DE LAZZARI, *ob. cit.*, p. 200: "...aun tratándose de los supuestos eximidos, si en un juicio independiente el afectado demuestra que quien obtuvo las medidas cautelares se condujo con dolo o culpa, podrá obtener el resarcimiento de los daños y perjuicios padecidos. De otro modo sería inconstitucional (artículo 67, inciso 11, C.N.)".

[104] *Conf.:* DE LAZZARI, *ob.cit.*, p. 207; FASSI, *ob. cit.*, p. 545.

ser imposible de satisfacer por el damnificado en el incidente de levantamiento. Por lo tanto deberá meditar prolijamente si elige el trámite especial o el común, ya que el rechazo de aquél tiene por efecto clausurar la vía de éste[105].

3.3. *Oportunidad del planteo.* El pedido de condena por daños y perjuicios debe formularse en el mismo escrito en que se promueva el incidente de levantamiento o la tercería. Parece obvio que no procede el trámite abreviado en caso de levantamieno por vía de recurso, atento a que siendo el tribunal de alzada quien debe decidir, cualquiera fuese el sentido del pronunciamiento se privaría a las partes de una instancia. No utilizada la oportunidad procesal idónea, el damnificado deberá ocurrir a la acción común.

3.4. *Trámite.* El procedimiento especial previsto por el artículo 208 del Código Procesal de la Nación reconoce dos etapas: una previa, en la que el damnificado solicita y obtiene la condena demostrando el abuso o exceso y la existencia de los daños. Esta etapa coincide con el incidente de levantamiento de la medida cautelar. Mejor aun: se trata del mismo incidente con la añadidura del pedido de condena. La segunda etapa tiene por objeto la determinación del monto de los daños. Una y otra pueden acumularse[106], pero si así no ocurriere, la segunda no se podrá iniciar mientras lo resuelto en la anterior no quede firme[107]. La lógica del razonamiento se hace conspicua en el hecho de que debiendo el juez pronunciarse *al mismo tiempo* sobre el levantamiento y la condena, en caso de recurso podrá suceder uno de los siguientes supuestos: que el superior confirme el levantamiento de la medida y la condena por daños; que deje

[105] DE LAZZARI, *ob. cit.*, p. 209.
[106] *Conf.:* MORELLO, *ob. cit.*, III, p. 123; RAMIREZ, *ob. cit.*, p. 69.
[107] CNCiv., sala C; JA, 1969-413, Nro. 23.

firme aquél y revoque ésta; que revoque ambos rubros del decisorio. Evidentemente, sólo en el primer caso quedará expedito el trámite de la determinación del monto.

Este trámite deberá promoverlo el damnificado[108] ante el mismo juez que decretó la medida y luego la levantó, mediante incidente o juicio sumario, elección del tribunal que no admite recurso alguno.

3.5. *Prescripción y caducidad.* Según lo dijimos más arriba (3.3.), el pedido de condena debe formularse al mismo tiempo que el de levantamiento de la medida. De no hacerlo así se produce la *caducidad*[109] del derecho a reclamar los daños mediante el trámite especial del artículo 208 del Código Procesal de la Nación, subsistiendo la acción común, cuyo plazo de prescripción es de dos años (artículo 4037 del Código Civil) a contar desde la fecha en que quede firme el auto que mande levantar la medida[110] .

108 Damnificado que puede ser el mismo deudor o un tercero.

109 *Conf.*: DE LAZZARI, *ob. cit.*, p. 209.

110 No participamos de la opinión general en el sentido de que el cómputo corre a partir de las resoluciones que concluyan los autos principales con el rechazo de la pretensión del acreedor: mientras subsista la medida, persisten los daños y, por lo tanto, sólo su levantamiento generará el comienzo del plazo liberatorio.

CAPITULO III

TRAMITE PARA EL LEVANTAMIENTO

1. Titular de la pretensión revocatoria cautelar 55
2. Formas de su ejercicio 57
   - 2.1. Recurso 58
   - 2.1.1. Clase y efectos 59
   - 2.2. Incidente 64
   - 2.2.1. Requisitos y trámite 66
   - 2.3. Tercería 67
   - 2.3.1. Presupuestos de admisibilidad 67
   - 2.3.2. Declaración de inadmisibilidad 70
   - 2.3.3. Efectos sobre el principal 71
   - 2.3.4. Contra quién se deduce 72
   - 2.3.5. Trámite 72
   - 2.4. Levantamiento del embargo sin tercería 74

Capítulo III

TRAMITE PARA EL LEVANTAMIENTO

SUMARIO: 1. Titular de la pretensión revocatoria cautelar. 2. Formas de su ejercicio. 2.1. Recurso. 2.1.1. Clase y efectos. 2.2. Incidente. 2.2.1. Requisitos y trámite. 2.3. Tercería. 2.3.1. Presupuestos de admisibilidad. 2.3.2. Declaración de inadmisibilidad. 2.3.3. Efectos sobre el principal. 2.3.4. Contra quién se deduce. 2.3.5. Trámite. 2.4. Levantamiento del embargo sin tercería.

1. Titular de la pretensión revocatoria cautelar. Conforme lo dicho más arriba (I, 1.), otorgado al acreedor el derecho a obtener la tutela anticipada de la jurisdicción mediante una medida cautelar, existe el correlativo derecho del deudor a perseguir su revocación. A este último hemos llamado *pretensión revocatoria cautelar.* Antes de abordar las formas de su ejercicio, debemos definir quién es el titular de esa pretensión.

La legitimación para oponerse a la tutela precautoria se sustenta en el interés cuya protección se persigue, como ocurre con cualquier otro instituto del derecho. Por ende, y en atención a que la sociedad se ha fijado como objetivo en la materia evitar los abusos o excesos sin comprometer la garantía debida al acreedor, tenemos un primer legitimado, que es la sociedad misma. Esta, por intermedio del juez, puede levantar de oficio todo embargo indebidamente trabado sobre alguno de los bienes enumerados en el artículo 219 del Código Procesal de la Nación, según lo previene el artículo 220 de dicho código.

Hemos dicho *puede,* repitiendo el verbo que utiliza la ley. Pero, ¿*puede* o *debe*? No nos queda ninguna duda que, frente a casos de notoria improcedencia, el juez está obligado a levantar de oficio el embargo[1].

[1] *Conf.:* CNCiv., sala F: Cuando el embargo se ha trabado en violación a una disposición legal (artículo 219, inciso 3, código procesal), corresponde su levantamiento aun de oficio y aunque la medida se encuentre consentida (ED., Rep. 13, p. 361). "Con respecto a este último aspecto, algunos precedentes destacan que el Juez no tiene la obligación de disponer el levantamiento sino tan sólo la potestad de hacerlo (CNCom., sala C, La Ley, 137-540). Estoy en desacuerdo. Si el artículo 219 descalifica tan categóricamente la afectación, en atención a las características y destino de los bienes comprendidos en su relación con la persona del deudor o su familia, y por consideraciones estrictamente humanitarias y solidaristas —de Justicia Social podría decirse— no es posible dejar librada la efectividad del principio de inembargabilidad a la opinión, sensibilidad, convicciones o activa diligencia del magistrado. Se trata de una cuestión de orden público que los jueces han de cumplimentar como un expreso deber". (DE LAZZARI, *Medidas cautelares,* t. 1, p. 462; Ed. Librería Editoria Platense, La Plata, 1984).

Asimismo, el cónyuge e hijos del deudor tienen la titularidad de la pretensión revocatoria a efectos de pedir el levantamiento de embargos decretados sobre bienes exentos de ese gravamen[2].

No es posible eludir el hecho de que tanto la actuación de oficio como la del cónyuge e hijos del deudor, tienen un área operativa muy restringida, cual es la del embargo preventivo. No obstante, la humanización del proceso anuncia una profundización de tendencias que el Código Procesal de la Nación, aún tibiamente, hace suyas.

La franja más amplia de legitimación para el ejercicio de la pretensión revocatoria cautelar sigue reservada, empero, a las partes, con las significativas salvedades que en cada caso puntualizaremos. Mas cuando de las partes se trata, la identificación del titular es problema inescindiblemente vinculado al *modo* de ejercitar la oposición. Veámoslo:

a) Tratándose de *recurso*, la legitimación para reclamar el levantamiento de una medida cautelar se otorga en principio a quien es *parte* en el juicio principal. Sin embargo, la relación procesal típica (actor vs. demandado) no agota la totalidad de los intereses controvertidos: cuando una decisión agravia derechos o pretensiones de terceros, éstos adquieren calidad de parte *interesada* a los fines de su adecuada defensa mediante el pertinente juicio de revocación ante la alzada[3]. Es el caso del tercero interesado en un proceso cautelar. La Cámara Segunda Civil, Comercial y de Minas de San Juan lo estableció en "Los Marayes S.A.": el artículo 1012 del Código Procesal faculta a quien tiene un interés legítimo aunque no sea parte, a tomar intervención en la sustanciación de un recurso de apelación concedido en un proceso cautelar[4].

[2] "Se la autoriza en todo tiempo, revelando un fin evidente de protección del núcleo familiar": FASSI, *ob. cit.*, I, p. 579.

[3] Ver: ACOSTA, José V., *Agravio irreparable*, p. 113 y siguientes.

[4] La Ley, Rep. XXX, p. 1503, sum. 27. El Código de Córdoba resuelve expresa-

b) Si la revocación se persiguiera mediante la vía incidental, la titularidad de su ejercicio corresponde al afectado por la medida.[5] En orden a dicha regla se ha declarado que tiene derecho a comparecer a juicio para cuestionar la medida precautoria dispuesta respecto de un inmueble, el tercero a cuyo nombre aparece inscripto en el Registro de la Propiedad [6]; pero no lo tiene quien al pedir el levantamiento, admite que el bien no es de su propiedad, sino de un hijo suyo[7], o se limitó a expresar no ser propietario del diccionario enciclopédico cuya inembargabilidad invocaba[8].

c) Si se dedujere tercería, se halla legitimado quien invoque el carácter de propietario.

2. Formas de su ejercicio. La característica de *provisoriedad* que es propia de las medidas cautelares, si bien da coherencia a algunas de las hipótesis de levantamiento, introduce al mismo tiempo numerosas dudas respecto de la forma de instrumentar la pretensión revocatoria. Si admitimos que tales medidas "no causan estado", que sólo producen "cosa juzgada formal pero no material", etc., como reiteradamente lo ha declarado la jurisprudencia, y si por otra parte reconocemos que el instituto de la *preclusión* no pierde autoridad en esta materia —como en cualquier otra clase de procedimientos— orillaremos la incertidumbre sobre el medio adecuado para ejercer el derecho de oposición a la medida, cada vez que intentáramos una mera respuesta teórica, o si nos limitáramos a formulaciones abstractas y generalizantes. Frecuentemente nos preguntamos: ¿Recurso?

mente la cuestión en su artículo 1042, al disponer que *el que tuviera interés legítimo en una causa podrá, aun antes de entablar tercería, interponer recursos legales, siempre que lo haga dentro del término en que puedan hacerlo los que litigan.*

[5] CNCiv., sala C; La Ley, 140-827, Nro. 25.072.

[6] C1a. CC La Plata, sala II; La Ley, 122-69.

[7] CNCom., sala A; La Ley, 119-990, Nro. 12.363.

[8] CNCom., sala C; La Ley, 125-791, Nro. 15.018.

¿Incidente? ¿Tercería? La solución, desde luego, no es siempre la misma, y habrá que referirla al caso concreto. Los tribunales, en medio de no pocas contradicciones, están orientándose según principios que surgen de la sistematización de la casuística: las medidas cautelares —señala la Suprema Corte de Justicia de Salta— pueden hacerse cesar por vía de recurso o de incidente; cuando han vencido los plazos para recurrirlas sólo procede intentar la segunda vía, pero si no se da esa circunstancia, la medida puede atacarse por ambas vías a condición de fijar precisamente la materia de cada una de ellas[9].

En los puntos siguientes, examinaremos cuál es esa materia.

2.1. *Recurso.* El artículo 198 del Código Procesal de la Nación otorga al afectado por una medida cautelar el derecho de reclamar contra la misma. A diferencia de otras hipótesis de levantamiento, la vía recursiva prevista por la ley incluye la impugnación de los *fundamentos* de la medida, esto es, de su *procedencia,* así como de la regularidad del trámite en virtud del cual se la decretó. El remedio se da, pues, esencialmente en relación a las circunstancias *originarias* que la sustenta, y no respecto de las que *sobrevinieren.* Se ataca el derecho mismo y la forma de hacerlo valer. De ahí que quien consintiese la medida, salvo si mediaren razones de orden público, no podrá luego discutir sus fundamentos por otra vía, en tanto las condiciones que el juez tuvo en cuenta para dictarla no varíen. En tal caso se produce inevitablemente la preclusión. Los tribunales son estrictos en este punto: no procede dejar sin efecto medidas cautelares cuyo levantamiento se requiere por vía incidental, cuando el interesado no recurrió oportunamente la resolución del juzgado y no han variado las circunstancias que determinaron la adopción de

[9] J.A., 966-I-627.

esas medidas[10]. Cuando al requerir que se dejaran sin efecto las medidas precautorias ya trabadas y consentidas, la parte se limitó a cuestionar los fundamentos en cuya virtud fueron ordenadas, debe desestimarse su pedido. Si oportunamente no interpuso los recursos legales, no puede discutir por vía de levantamiento de las medidas las razones que tuvo el juez para decretarlas en su momento[11]. Quien consiente una medida precautoria no puede, en principio, reclamar por vía incidental el levantamiento de la misma, salvo que hayan variado las circunstancias que se tuvieron en cuenta al decretarla[12].

La *ratio* de los pronunciamientos transcriptos reside en el hecho de que el sustento de la revocación no está dado en el caso por las características de "mutabilidad" o "provisoriedad" de las medidas cautelares, sino derechamente por su improcedencia, por no concurrir los recaudos impuestos por la ley a fin de acordar la tutela anticipada de la jurisdicción.

2.1.1. *Clase y efectos.* En el antiguo código de la Capital (artículo 452) y en alguno que aún subsiste siguiendo sus lineamientos (Corrientes, artículo 387), las medidas cautelares podían recurrirse sólo mediante la apelación directa. Doctrina y jurisprudencia coincidían en que frente al texto expreso de la ley no cabía el recurso de reposición, aun cuando hubo fallos que lo admitieron, si se acompañaba de la apelación subsidiaria. Raymundo Fernández argumentaba que "tratándose de auto interlocutorio que resuelve artículo, consideramos que no puede interponerse contra el mismo, recurso de reposición" [13]. Compartimos la solución pero no el fundamento,

[10] CNCiv., sala D; DP, 968-3-122.
[11] CNCiv., sala D; ibidem.
[12] CNCiv., sala D; La Ley, 122-950; Nro. 13.689.
[13] *Código de Procedimiento Civil comentado*, p. 391; Buenos Aires, 1950.

pues se trata de una providencia simple, dictada sin sustanciación[14].

Sancionado el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación en 1967 (ley 17.454), su artículo 198 mantuvo la apelación como único medio impugnativo[15]. Hoy, en virtud de las reformas introducidas por la ley 22.434, se consagra la solución de la doble vía recursiva: reposición y apelación subsidiaria o directa. Sobre el texto modificado del Código Procesal de la Nación urdiremos nuestros comentarios, con la salvedad de que no habiéndose adecuado los restantes códigos provinciales a la reforma nacional, subsistirán en los respectivos ámbitos las vacilaciones señaladas al principio.

La apelación —en caso de admitirse la medida— se concederá

[14] *Conf.*: CUADRAO, Jesús: "Pero, siendo la providencia simple, también corresponde el recurso de reposición" (*Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, comentado y concordado*, p. 236; Ed. Depalma, Buenos Aires, 1969).

[15] Para FASSI, el art. 198, CPN, ley 17.454, autoriza el recurso de reposición: "La apelabilidad a que se refiere el art. 198 no impide que el auto que decrete una medida precautoria sea susceptible del recurso de reposición, tal como surge de los arts. 202, 203 y 238. Sin embargo, entra en nuestra experiencia profesional que algunos tribunales civiles sostienen que el enunciado del art. 198 excluye la reposición y debe interponerse derechamente la apelación", aunque admite que "conviene, de cualquier manera, acudir al recurso de reposición con apelación en subsidio" (*ob. cit.*, I, p. 532). PODETTI, al tiempo que reconoce la incertidumbre existente respecto a la naturaleza o clase de la resolución mediante la cual se acuerda o deniega una medida cautelar, sostiene que "en principio, el recurso de reposición no procede" (*Tratado de las medidas cautelares*, p. 80). Mas, PALACIO —siempre en relación con el régimen anterior a la ley 22.434— lo refuta: "PODETTI se pronunció en sentido negativo por considerar que una resolución de ese tipo 'tiene el carácter de definitiva, decide un artículo o una instancia previa, y otorgar en su contra este recurso no sirve más que para complicar y dilatar un procedimiento que debe ser simple y expeditivo' (la cita de PODETTI corresponde al *Tratado de los recursos*, p. 88). Esta tesis —continúa PALACIO— fue asimismo compartida por diversos precedentes judiciales. En su momento (*Derecho Procesal Civil*, t. V, p. 55) dijimos que, a nuestro juicio, el recurso de reposición es admisible con respecto a las resoluciones de que se trata, por cuanto, por un lado, las medidas cautelares se decretan y cumplen sin audiencia de la otra parte es decir, sin sustanciación previa (art. 198, apartado primero del CPN) y, por otro lado, en virtud de depender exclusivamente de la parte interesada el planteamiento de la reposición o de la apelación directa, las complicaciones y dilaciones a que aludía el eximio jurista nombrado —de existir— obedecerían en todo caso a la vigencia de un régimen legal optativo" (*Estudio de la Reforma Procesal Civil y Comercial*, 2da. edición, p. 365/366).

al solo efecto devolutivo (Código Procesal de la Nación, artículo 198, *in fine*). Obviamente, será otorgado en relación (artículo 243, 2do. párrafo, *in fine*). El efecto *no suspensivo* se explica en razón de la naturaleza de la medida, cuyo objeto podría frustrarse en caso de esperar el resultado del recurso para hacerla o no efectiva.

Ahora bien: ¿cómo se garantiza la eficacia de la cautela, mediando reposición? Sabemos que un efecto de este recurso es impedir la ejecución de las resoluciones hasta tanto no se decida. En el supuesto de que la regla se aplicara sin excepciones, el afectado acudiría sin duda a la reposición con apelación subsidiaria, antes que a la apelación directa, para eludir el efecto devolutivo de esta última y aprovechar el efecto suspensivo de la primera. Consideramos que la ley proporciona una solución lógica al disponer en la parte final del primer párrafo del artículo 198 del Código Procesal de la Nación que "ningún incidente planteado por el destinatario de la misma podrá detener su cumplimiento". Y aunque *incidente* no sea técnicamente lo mismo que *recurso*, debe dársele ese alcance, pues una solución contraria obstaría a la coherencia del instituto. Palacio, al justificar la reforma introducida al Código Procesal de la Nación, conviene en que ésta es la inteligencia del precepto: "Agregamos ahora —dice— que, careciendo de virtualidad para detener el cumplimiento de las medidas cautelares cualquier incidente promovido por el afectado, no alcanza a percibirse el perjuicio que puede ocasionar a la parte beneficiada la interposición y el trámite del recurso de reposición" [16]. Podetti, contrario a la procedencia de la reposición, como se lleva dicho, admite, asimismo, que "en la hipótesis de que dicho recurso procediera, no

16 *Estudio de la Reforma Procesal Civil y Comercial*, p. 366; Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1982.

suspende el cumplimiento de la medida'"[17]. La jurisprudencia, por si acaso, debiera insistir en el criterio de que las medidas cautelares no pueden recurrirse antes de ser diligenciadas[18].

El plazo para recurrir varía, naturalmente, según se trate de reposición o de apelación directa. En el primer caso será de tres días (CPN, artículo 239) y en el segundo, de cinco días (CPN, artículo 244). Pero el problema podría suscitarse en la determinación del momento a partir del cual empieza a correr el término. Conforme lo dispone el artículo 198 del Código Procesal de la Nación, segundo párrafo, "si el afectado no hubiese tomado conocimiento de las medidas con motivo de su ejecución, se le notificará personalmente o por cédula dentro de los tres días". Ello significa que estando presente el interesado en el acto de traba de la cautela, los términos correrán desde el día siguiente; en caso contrario, desde el día siguiente al de la notificación.

Finalmente, la pretensión revocatoria cautelar ejercitada mediante recurso, puede apuntar a la irregularidad sustancial del auto que decretó la medida. Y dado que en el régimen del Código Procesal de la Nación el recurso de apelación comprende el de nulidad por defectos de la sentencia (artículo 253), es legítimo plantear ante la alzada, sea en forma directa o subsidiaria —cuando la última fuere admitida en el respectivo ordenamiento— la nulidad por defectos formales o sustanciales. Sin perjuicio de profundizar el tema en el Capítulo VII, examinaremos exclusiva y brevemente los segundos: si bien el Código Procesal de la Nación no establece expresamente la obligación de fundar los autos que ordenan medidas cautelares —y, por el contrario, excluye del deber impuesto por

17 *Tratado de las medidas cautelares*, p. 80; Ed. Ediar, Buenos Aires, 1956.

18 CApel. Goya (Ctes.), 13-III-69, Exp. Nro. 3840, en ACOSTA, José V., *Diez años de jurisprudencia...*, p. 34, Nro. 79.

el artículo 34, inciso 4 a las providencias simples– es necesario para la validez del acto una sustentación, aun sumaria[19] en las constancias de la causa y en el derecho aplicable. La omisión de tal recaudo debe sancionarse con la nulidad, al privar al afectado del conocimiento de los motivos del juez para ordenar la medida [20], lo que agravia el derecho de defensa [21].

Creíamos concluir con los problemas fundamentales de la oposición cautelar por vía recursiva, cuando advertimos otro de no menor importancia, abordado por la Corte de Justicia de Salta y comentado por Loutayf Ranea en el trabajo aludido supra: en primera instancia se le rechaza al solicitante la medida precautoria reclamada; apela y, obviamente, sin audiencia del afectado, se tramita el recurso ante la alzada y el superior concede la medida. Trabada por el inferior, se la notifica al afectado. ¿Puede éste, a su vez, apelar? La Corte salteña dijo: "Sobre el particular, considera el tribunal que el embargo ordenado en autos es impugnable por vía de apelación... porque al cerrar la vía del recurso... significaría privar al embargado de la posibilidad de cuestionar la procedencia del embargo, desconociendo de ese modo el principio de bilateralidad y contradicción, lo cual entrañaría una clara afectación a la garantía de la defensa en juicio protegida por la Constitución Nacional"[22].

[19] CApel. Goya (Ctes.), 27-IV-76, Exp. Nro. 5870, en ACOSTA, *Diez años de jurisprudencia...*, p. 68, Nro. 186. *Conf.*: PODETTI: "...debe ser sumariamente fundado: en los hechos probados en caso que hayan debido acreditarse los presupuestos de la medida, y en el derecho siempre" (*Tratado de las medidas cautelares*, p. 76/77, ed. 1956).

[20] CApel. Goya (Ctes.), 20-IV-76, Exp. Nro. 5865, *loc. cit.*, p. 35, Nro. 83.

[21] CApel. Goya (Ctes.), 23-VI-76, Exp. Nro. 5664, *loc. cit.*, p. 15, Nro. 23.

[22] JA, 1977-II, p. 657. Acota LOUTAYF RANEA: "Cabe reiterar que en la impugnación que hace el afectado por la medida no se introducen nuevos elementos probatorios, sino que su impugnación se basa en los mismos elementos aportados por el embargante; sin lugar a dudas puede ocurrir que el juez no advierta algunas circunstancias que podría advertir el afectado; y en base a estas consideraciones del afectado podría ser que la medida hubiera resultado improcedente. Es conveniente, entonces, permitir la participa-

2.2. *Incidente.* Hemos visto que el levantamiento mediante recurso procede cuando se atacan las circunstancias originarias que sustentan la medida cautelar. Quien deja consentir el auto respectivo, sólo podrá con posterioridad requerir el levantamiento, mediando alguno de estos dos supuestos: a) Que hayan cesado aquellas circunstancias (art. 202, CPN); o b) Que la medida sea improcedente por razones de orden público (art. 219, CPN y art. 3878, Código Civil[23]).

La ley no prevé en forma expresa, para estos casos, la vía que debe utilizarse; pero atendiendo al principio general instituido por el artículo 175 del Código Procesal de la Nación, aparece manifiesto el trámite incidental, pues están dadas las dos condiciones contempladas por esa norma: que la cuestión tenga relación con el objeto principal del pleito, y que no se halle sometida a un procedimiento especial.

En la hipótesis de cesación de las circunstancias que determinaron la medida no hay duda alguna que procede el levantamiento por vía de incidente, ya que la expresión "en cualquier momento" utilizada por el artículo 202 del Código Procesal de la Nación obvia la regla de la preclusión en caso de haberse consentido el auto. Tampoco puede haber dudas en las hipótesis de exclusión establecidas por los artículos 219 del Código Procesal de la Nación y 3878 del Código Civil, habida cuenta que el artículo 220 del Código Procesal de la Nación, en su parte final, permite levantar el embargo "aunque

ción del afectado en el proceso cautelar, no sólo por el criterio práctico apuntado, sino también, como lo destaca el fallo de referencia, para efectivizar el principio de defensa en juicio, el de bilateralidad y contradicción". *Loc. cit.*, p. 658.

[23] Modificado por el art. 1 de la ley 12.962. Se incluyen en el supuesto "b" todas las hipótesis de inembargabilidad por razones de orden público previstas en las leyes especiales, algunas de las cuales citamos en el Capítulo II.

la resolución que lo decretó se hallare consentida"[24] . No obstante, según lo consignamos en su oportunidad (I, 3), alguna jurisprudencia ha entendido que la alegación de inembargabilidad cede, por ejemplo, cuando el propio deudor da a embargo bienes comprendidos en la prohibición legal, y cuando la cuestión se propone después de la sentencia de trance y remate. Dijimos entonces que la posición expuesta se exhibe como minoritaria, y que no resiste el análisis a que la ha sometido la doctrina. Conviene ahora completar la réplica de Morello, a fin de repeler definitivamente el cuestionamiento: "Se trata —dice— de una inembargabilidad objetiva, que autoriza a prescindir de la naturaleza del crédito o de su origen. Es por ello que la jerarquía de valores comprometidos, y el rango preferente del que sustenta la prohibición legal, debe privar aun sobre la certeza de contar con actos firmes, que impida volver sobre los ya realizados, fundamento éste, el más significativo, de la preclusión"[25].

No podemos sino reiterar nuestra conformidad con esta posición, a la que el orden público cautelar provee de sólido sustento. Se trata de derechos irrenunciables, porque se hallan afectados valores que el Estado protege en atención al interés general, más que

[24] "No hay plazo para deducir la petición, aunque lógicamente en algún momento ha de extinguirse la posibilidad de formularla. En general, se menciona que debe plantearse *antes de la subasta.* Por mi parte considero que no necesariamente el acto del remate determina el agotamiento de esta facultad. Adviértase que los derechos del comprador no adquieren firmeza por la sola adjudicación y pago de la seña... de allí que la solicitud de levantamiento puede tener lugar en todo tiempo, salvo que se afecten derechos adquiridos y firmes de un tercero..." (DE LAZZARI, *ob. cit.*, p. 465).

[25] *Juicios sumarios, loc. cit. Conf.:* FASSI, *Código Procesal*, p. 579/580: el art. 220, CPN, ley 17.454 "reacciona contra expresiones jurisprudenciales que entendían que la inembargabilidad de ciertos bienes constituía un beneficio a favor del deudor que podía o no ser invocado por éste... Como la inembargabilidad es de orden público, procede el levantamiento del embargo, aunque el bien haya sido ofrecido a embargo por el propio deudor". En igual sentido, PALACIO, *Medidas cautelares y cosa juzgada*, en Revista del Colegio de Abogados de La Plata, Año II, Nro. 4, p. 53.

al individual. Resulta vano, entonces, invocar un juzgamiento definitivo para bloquear la vía incidental o acudir a los conceptos de "consentimiento" o "renuncia".

2.2.1. *Requisitos y trámite.* Según lo ordena el artículo 178 del Código Procesal de la Nación el escrito en que se planteare el incidente deberá ser fundado clara y concretamente en los hechos y en el derecho, ofreciéndose en él toda la prueba. En consecuencia, el incidentista carga con la obligación de expresar con absoluta precisión si requiere el levantamiento de la medida por haber cesado las circunstancias que la determinaron (art. 202, CPN), o por hallarse prohibida en la ley (art. 219, CPN, art. 3878, Cód. Civil, etc.). Este es el ámbito exclusivo en el que funciona la vía incidental.

Cabe advertir que el incidente a que se refiere la doctrina y jurisprudencia como alternativa de la tercería, nada tiene que ver con el que estamos estudiando. Se trata de un trámite especial, instituido por la ley 17.454 y que, con las reformas introducidas por la ley 22.434, constituye la materia reglada por el artículo 104 del Código Procesal de la Nación bajo el rótulo de "levantamiento del embargo sin tercería". Más adelante, en este mismo capítulo, profundizaremos el tema, pero desde ya dejamos planteada la distinción.

Invocada, entonces, la causal de levantamiento en alguna de las dos hipótesis citadas, se deberá en el mismo momento ofrecer la prueba de los hechos que se aleguen. El juez, acorde con lo previsto por el artículo 179 del Código Procesal de la Nación, está facultado para rechazar *in limine* el incidente. En caso de ser admitido, se tramitará conforme a las reglas prescriptas por el Título IV, Capítulo I, del Código Procesal de la Nación. En el código de Santa Fe, la incidencia se sustancia por el trámite del juicio sumarísimo: 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 sumarísimo[26].

2.3. *Tercería.* El artículo 97 del Código Procesal de la Nación dispone en su primer párrafo que las tercerías deberán fundarse en el dominio de los bienes embargados o en el derecho que el tercero tuviere a ser pagado con preferencia al embargante. Dado que sólo nos interesa el instituto de las tercerías en cuanto medio de levantamiento de una medida cautelar, nos referiremos sólo a la tercería de dominio.

Conceptuaremos entonces la tercería como el medio procesal acordado al propietario del bien embargado, a fin de que se le reconozca su dominio y se lo excluya de la esfera de agresión del acreedor. Procede en toda clase de juicio, incluso en el trámite de embargo preventivo [27].

2.3.1. *Presupuestos de admisibilidad.* Cuatro son las condiciones que se requieren para el ejercicio de la acción; las dos primeras se hallan implícitas en su objeto, y las dos últimas surgen del texto expreso de la ley:

a) *Que se funde en el dominio de los bienes embargados:* el carácter de propietario es consustancial con el interés de que debe hallarse asistido quien reclame el levantamiento. Empero, no es indispensable que la propiedad sea plena, por lo que el condómino puede promover tercería de dominio [28]. De igual derecho se halla asistido

[26] CCCR, sala 1ra.; J., 27-187.

[27] *Conf.:* ALSINA: "...procede no sólo en los ejecutivos, sino en los ordinarios y sumarios, como el apremio, interdictos, etc. También procede en el embargo preventivo, aunque no haya demanda..." (*Tratado*, V, 542).

[28] *Conf.:* FASSI, *ob. cit.*, I, p. 317.

el cónyuge respecto del bien propio, del ganancial de su propia administración, y de los bienes de la sociedad conyugal en los que participa como socio[29]. En este orden de ideas la jurisprudencia tiene resuelto que, surgiendo fehacientemente de la prueba documental que los bienes que integran las instalaciones de un pequeño negocio de peluquería fueron obtenidos con el trabajo personal de la mujer del ejecutado y son de su exclusivo uso en el desempeño de la actividad comercial, deben desembargarse los mismos conforme a lo dispuesto por el artículo 5 de la ley 11.357[30].

b) *Previa existencia de un embargo:* la preexistencia de un embargo es asimismo considerada un presupuesto necesario, pues, en su defecto, tampoco podría invocar el tercero interés alguno[31]; pero no existe coincidencia cuando se trata del levantamiento de una inhibición: "No concebimos —dice Fassi— cómo ella puede perjudicar el dominio de un tercero u obstar al ejercicio de un privilegio"[32]. El propio autor se responde citando a Colombo: es el caso en que la persona inhibida no es la persona deudora[33]. No se

[29] *Conf.:* FASSI, *ibidem*: Si uno de los cónyuges gravó un bien ganancial registrable. sin el asentimiento del otro exigido por el art. 1277, Código Civil, éste puede pretender mediante la tercería de dominio que se declare nulo el gravamen, y por tanto improcedente su ejecución intentada según el procedimiento propio de la ejecución hipotecaria.

[30] CNCom., sala B; La Ley, 138-906.

[31] "No obstante, el embargo no es una condición esencial, pues hay otras situaciones en que también se afectan los derechos del tercero y de las que éste puede reclamar mediante la acción de tercería. Hemos visto, así, cómo se la ha declarado procedente en los interdictos, en los concursos, etc., y, de acuerdo con este criterio, se ha resuelto que la indisponibilidad de los fondos depositados en una ejecución decretada a pedido de otros jueces tiene las consecuencias de un embargo, y que los peticionantes de aquella medida deben deducir tercería dentro del plazo que fije el juez de la ejecución; que es procedente una tercería por quien pretende ser dueño de los muebles secuestrados en un juicio de reivindicación, aunque no haya mediado embargo ni juicio ejecutivo..." (*Conf.:* ALSINA, *ob. cit.*, p. 544).

[32] *Ob. cit.*, p. 315.

[33] *Cód. Proc.* (4ta. ed.), I, p. 210, n. 111.

agota con el ejemplo mencionado, según nuestra experiencia, la necesidad de levantar una inhibición por parte del tercero, y así sucede con el comprador en remate judicial. La jurisprudencia nos da la razón: el comprador que ha adquirido un inmueble en venta judicial y libre de gravámenes tiene derecho a exigir que el levantamiento de los embargos e inhibiciones sea definitivo, sin perjuicio que la medida cautelar, por efecto de la subrogación real, pase a afectar el precio [34]. Sostenemos, por lo tanto, que cualquier medida cautelar que imponga restricciones al derecho del tercero de disponer libremente de un bien, es susceptible de levantarse mediante la tercería de dominio.

c) *Que se deduzca antes de que se otorgue la posesión de los bienes:* la primera parte del segundo párrafo del artículo 97 del Código Procesal de la Nación contiene la exigencia de que la tercería de dominio debe deducirse antes de que se otorgue la posesión de los bienes. El recaudo es lógico, porque una vez recibida la posesión, el comprador tiene a su favor la presunción de propiedad; ello sin perjuicio de la acción de reinvindicación que dispone el tercero, mediante juicio ordinario [35]. Nada obsta, en consecuencia, a que la tercería se deduzca después de efectuada la subasta[36].

d) *Que se pruebe la verosimilitud del derecho:* la primera parte del artículo 98 del Código Procesal de la Nación, advierte que no se dará curso a la tercería si quien la deduce no probare, con instrumentos fehacientes o en forma sumaria, la verosimilitud del derecho en que se funda. La ley no lo dice, pero tratándose de un

[34] CNCiv., sala D; La Ley, 124-1140, Nro. 14.422.

[35] *Conf.:* ALSINA, *ob. cit.*, V, 552; FASSI, *ob. cit.*, I, 316.

[36] *Conf.:* ALSINA, *ibidem*; FASSI, *ibidem.*

requisito de admisibilidad, los instrumentos y/o la información deberá acompañarse u ofrecerse —en su caso— con el escrito de demanda, máxime si el juez, de acuerdo a las facultades que le confiere el artículo 101 del Código Procesal de la Nación, imprime el trámite del juicio sumario o del incidente del artículo 175. La exigencia legal no llega al extremo de tener que acreditar *ab-initio* la plenitud del derecho invocado. Tal recaudo es propio del incidente del artículo 104 del Código Procesal de la Nación, no de la tercería, cualquiera sea el trámite por el que ella se substancie. Basta, pues, con probar la *verosimilitud*, al momento de presentar la demanda. Si se tratara de dominio adquirido por usucapión, la prueba debe reunir los recaudos que condicionan este modo de adquirirlo[37].

La prueba de verosimilitud tiene por objeto evitar demandas aventuradas que luego, al provocar la suspensión del procedimiento principal, causare perjuicios al embargante. No obstante, el incumplimiento del requisito no empece a la admisibilidad de la tercería, si quien la promueve diere fianza para responder a esos perjuicios (art. 98, CPN). El género y monto de la cautela deben ser prudencialmente apreciados por el juez, atendiendo a los valores en juego.

2.3.2. *Declaración de inadmisibilidad.* La última parte del artículo 98 del Código Procesal de la Nación, previene que desestimada la tercería, no será admisible su reiteración si se fundare en título que hubiese poseído y conocido el tercerista al tiempo de entablar la primera. No consideramos feliz la expresión "desestimada": ella se presta a confusiones, pues sugiere también la

[37] *Conf.:* FASSI, *ob. cit.*, I, 318. CS Santa Fe: A los fines del levantamiento del embargo debe postularse que la prueba de la posesión actual del tercero, adquirida mediante *constituto possessorio* y conservada por representante, incluya el extremo de la "publicidad", o sea, constancias exteriores y objetivas oponibles al embargante (La Ley, 114-143).

hipótesis de la tercería sustanciada y rechazada, siendo que en el caso se trata de tercería declarada "inadmisible". El párrafo siguiente, aunque superabundante, disipa cualquier duda: no se aplicará esta regla —dice— si la tercería no hubiese sido *admitida* sólo por falta de ofrecimiento o constitución de la fianza. Este añadido es obra de la ley 22.434 y, a nuestro juicio, innecesario, en cuanto resulta claro que la reiteración de la tercería está vedada sólo en el caso de fundarse en título que el tercerista hubiese conocido y poseído al tiempo de entablarla por primera vez. Y en ningún otro.

La cláusula que comentamos importa una especie de sanción contra quien, habiendo dispuesto de elementos de juicio aparentemente idóneos para sostener sus derechos, omitiera valerse de ellos en la oportunidad debida. Evidentes razones de economía y seriedad justifican la prohibición.

Para que la veda funcione no basta que el tercerista haya poseído el título al momento de entablar la primera demanda; es preciso, además, que lo conociera. Si se tiene algo y no se sabe que se lo tiene, es, a los efectos legales, como no tenerlo. La hipótesis parece bastante difícil de concebir, y cuando se presente, la prueba del desconocimiento —que indudablemente estará a cargo de quien la invoca— resultará diabólica.

2.3.3. *Efectos sobre el principal.* Admitida la tercería, el procedimiento principal se suspende una vez consentida o ejecutoriada la orden de venta de los bienes (art. 99, CPN). La naturaleza de esta medida es análoga a la de las medidas cautelares[38] y de conformidad con lo prescripto por el artículo 198, debe notificarse por cédula. Es natural que no se proceda a la subasta, atento a que el objeto de la tercería consiste en el levantamiento del embargo; pero la misma

[38] *Conf.:* FASSI, *ob. cit.*, I, 325.

ley autoriza a realizar la venta cuando se tratare de bienes sujetos a desvalorización o desaparición o que irrogaren excesivos gastos de conservación, como lo dispone el mismo artículo 99[39]. En tales casos, el producto de la venta queda afectado a las resultas de la tercería, en virtud del principio de la subrogación real.

La parte final de la norma que analizamos, autoriza al tercero a pedir el levantamiento del embargo, dando garantía suficiente de responder al crédito del embargante por capital, intereses y costas en caso de que no probare que los bienes embargados le pertenecen.

2.3.4. *Contra quién se deduce.* El artículo 101 del Código Procesal de la Nación, determina en su actual redacción que la demanda por tercería deberá deducirse contra las partes del proceso principal[40]. En consecuencia, el actor y el demandado asumen, frente al tercerista, el carácter de demandados, rigiendo a su respecto las reglas del litisconsorcio pasivo. No obsta a ello, dice Alsina, el hecho de que sus intereses sean opuestos, desde que esa oposición no es con relación al tercerista [41].

2.3.5. *Trámite.* El antiguo código de la Capital disponía (art. 529) que la tercería se tramitara sólo mediante juicio ordinario. La ley 17.454 agregó —en el art. 101, CPN— la posibilidad del juicio sumario, dejando la elección de criterio del juez según "las circuns-

39 Sólo puede tener lugar en los casos excepcionales que se indican y que son de interpretación restrictiva; quien pida la subasta debe probar alguno de ellos. (*Conf.*: FASSI, *ob. cit.*, I, 326).

40 El régimen derogado (ley 17.454) establecía la siguiente fórmula, aún subsistente en los códigos que a él se adaptaron: "Las tercerías se sustanciarán con quienes son partes en el proceso principal". A su vez, el art. 532 del antiguo código de la Capital, disponía: "Las tercerías se substanciarán con el ejecutante y el ejecutado". Atento a que, como hemos visto, la tercería procede también en juicios que no son ejecutivos, la reforma introducida por la ley 17.454 tenía, en ese aspecto, una razón lógica.

41 *Ob. cit.*, p. 545. El autor deduce de ello que los demandados actúan independientemente, por lo que los términos se cuentan desde las respectivas notificaciones.

tancias". Finalmente, la ley 22.434 añade la vía incidental, quedando redactada la parte pertinente del artículo 101, en la siguiente forma: "...se substanciará por el trámite del juicio ordinario, sumario, o incidente, según lo determine el juez atendiendo a las circunstancias". Se ha eliminado del texto el párrafo "esta resolución será irrecurrible", pero sin duda ello no significa que ahora se halle permitido el alzamiento, toda vez que debe aplicarse al caso lo normado por el artículo 319 del Código Procesal de la Nación[42].

Conviene reiterar la aclaración de que este incidente no es el mismo que estudiaremos en el próximo punto, al tratar del levantamiento del embargo sin tercería (art. 104, CPN). ¿Se trata entonces de un trámite exactamente igual al de las hipótesis de los artículos 202 y 219 del Código Procesal de la Nación, entre otras, que se substancia de conformidad al artículo 175 y siguientes? Parece oportuno señalar las diferencias: en primer lugar, el incidente de tercería no es elección propia del actor, sino del juez. O sea, que al pedirse el levantamiento del embargo invocando el dominio de los bienes no se anuncia que se hará por juicio ordinario, sumario, o incidente, sino que directamente se promueve la tercería y es el juez quien determina el trámite *después* de instaurada la demanda. En segundo lugar, no se presentará al análisis el caso de la preclusión (para determinar si obsta o no a la vía incidental) desde que el incidentista no ha sido parte en el juicio principal, ya que se trata de un *tercero* ajeno al mismo. Y por último, *además* del procedimiento impuesto por el artículo 175 del Código Procesal de la Nación, deberá atenderse a los recaudos que exigen los artículos 97 y siguientes, del mismo código. En resumen, no se trata sólo de un incidente de levantamiento de embargo, sino de una tercería de

42 *Conf.:* PALACIO, *Estudio de la Reforma Procesal Civil y Comercial*, p. 95, 2a. edición.

dominio que persigue levantar un embargo por vía incidental, situaciones parecidas, pero no iguales.

2.4. *Levantamiento del embargo sin tercería.* El artículo 104 del Código Procesal de la Nación, constituye una de las novedades más trascendentes que en materia de revocación cautelar introdujera en su día la ley 17.454 respecto del código de la Capital. Novedad en cuanto incorpora al texto legal una regla acuñada por la jurisprudencia y recibida con anterioridad en otros ordenamientos provinciales.

Dice la norma que el tercero perjudicado por un embargo podrá pedir su levantamiento sin promover tercería, acompañando el título de dominio u ofreciendo sumaria información sobre su posesión, según la naturaleza de los bienes. Teniendo en cuenta que la tercería se puede tramitar por vía de incidente (art. 101) surge una pregunta obvia: ¿Cuál es el trámite para levantar un embargo sin tercería en el régimen del artículo 104 del Código Procesal de la Nación? Dicho de otro modo, interesa saber si no hay una duplicación del mismo instituto.

La ley guarda relativo silencio, pues sólo aclara que del pedido se dará traslado al embargante. Estamos persuadidos —pese al laconismo del texto— que se trata también de un procedimiento incidental, aunque de distintas características al reglado por el artículo 101 y también por el 175. Ya vimos las diferencias entre estos dos últimos que, aunque leves, son discernibles. Más conspicuas aparecen las que se registran entre los incidentes de los artículos 101 y 175, por una parte, y el del 104, por la otra. Veámoslas:

a) En el caso del artículo 104 debe acreditarse *ab initio* la *plenitud del derecho* de dominio que se invoque; en el del artículo 101, según lo vimos antes (2.3.1.), sólo su *verosimilitud.*

b) El del artículo 104 se deduce sólo contra el *embargante* y el del 101 contra *las partes del proceso principal.*

c) No se prevé, en el 104, un procedimiento probatorio en los términos del artículo 181 y siguientes, puesto que la prueba deberá resultar de los títulos o información que se acompañen al pedido de levantamiento[43].

d) La decisión no es apelable por el incidentista, ya que denegado el levantamiento éste sólo puede deducir la tercería[44] ; en cambio, en los incidentes de los artículos 101 y 175 le está permitida la apelación de conformidad a las reglas generales que gobiernan los recursos (art. 242, inc. 2).

Las diferencias apuntadas no obstan a que supletoriamente se apliquen las disposiciones relativas al incidente del artículo 175 y siguientes: por ejemplo, deber de fundar el pedido clara y concretamente en los hechos y el derecho; término por el cual se confiere el traslado; forma de notificación, etcétera.

Dijimos antes que las variaciones jurisprudenciales anteriores a la reforma subsisten de algún modo con posterioridad a su sanción. En efecto, no coinciden los tribunales acerca de si en el trámite de levantamiento de embargo la vía incidental es lo común o excepcional: mientras la sala E de la CNCiv. ha declarado que corresponde, en principio, imprimir trámite incidental al pedido de levantamiento de embargo, y no remitir su resolución a la vía de la

[43] No corresponde la apertura a prueba sobre un pedido de levantamiento liso y llano de embargo solicitado por un tercero (C. Civ. Loc. y Doc., Tucumán; JA, Rep. 1982, p. 314, sum. 9).

[44] La regla de la inapelabilidad estatuida por el art. 104 del Cód. Proc., o sea, la implantación de una instancia única para el conocimiento de las peticiones de desembargo formuladas por terceros, mediante la vía incidental y dentro del expediente principal, está razonablemente motivada por la circunstancia de que el tercero dispone siempre de otra vía, mayor y de más amplio conocimiento, cual es el proceso de tercería (CNCom., sala D; ED, 69-423).

tercería[45], la sala A de la misma Cámara sostiene que el levantamiento de embargo por vía de incidente es excepcional[46]. Hay consenso, en cambio, de que procede el incidente cuando el derecho que lo fundamenta aparece claro[47]; cuando es de fácil solución y puede resolverse con los elementos obrantes en el expediente[48]; cuando el peticionante prueba la propiedad del automotor con el título de dominio que se otorga en virtud del decreto 6582/58, ratificado por ley 14.467[49]. Y hay acuerdo, asimismo, en que los documentos privados, sin fecha cierta y de cuyo contenido no es dable inferir la propiedad de los bienes de quien solicita el levantamiento del embargo, trabado sobre los mismos, no son hábiles para obtener que se deje sin efecto la medida cautelar por vía de incidente y sin deducir la pertinente tercería[50].

[45] La Ley, 125-782; Nro. 14.939.

[46] La Ley, 116-785; Nro. 10.840.

[47] CNCiv., sala E; La Ley, 125-782; Nro. 14.939.

[48] CNCiv., sala A; La Ley, 116-785; Nro. 10.840. *Conf.:* CNCiv., sala D: El heredero puede pedir el levantamiento del embargo mal trabado sobre sus propios bienes por el acreedor del causante, aun sin promover tercería, siempre que acompañe el título de dominio, antes de que se otorgue la posesión (JA, Rep. 1978, p. 288, sum. 10). CNCom., sala B: La inexistencia de documentación carece, en el trámite previsto por el art. 104 del Cód. Proc., de toda relevancia, tratándose de cosas muebles, pues obvio resulta señalar que el hecho de la posesión o el derecho de dominio en su caso, no pueden resultar exclusivamente de instrumentos no representativos de cosas; pero negado el carácter de poseedor que se atribuye el incidentista, y mediando documentación en poder de ambas partes, a lo que se suma la limitación probatoria que resulta del art. 104 del Cód. de Proc., resulta atinado rechazar el incidente ya que al incidentista le queda abierto aún el camino de la tercería (CNCom., sala B; ED, año XVI, 28-IV-77).

[49] ST Misiones, sala I, BMJ, 971-2/3-46.

[50] CNCiv., sala A; La Ley, 116-785, Nro. 10.840. *Conf.:* CNCom., sala D: El art. 104, CPN, exige que la titularidad del dominio del peticionario fluya clara e inequívocamente de los elementos que suministró con la solicitud, por lo que no procede el levantamiento del embargo sin tercería respecto de un tinglado metálico, si el tercero invoca la titularidad dominial del inmueble y un convenio por el cual dicha mejora quedaría a su favor al término de la relación, no habiendo probado tal extinción (JA, Rep. 1983, p. 326, sum. 16/17).

La sanción del Código Procesal de la Nación (ley 17.454 y su modificación por la ley 22.434) vino a dar fijeza a soluciones hasta entonces meramente pretorianas, en muchos casos polémicas, al autorizar el tercero perjudicado por un embargo a pedir su levantamiento sin promover tercería, acompañando el título de dominio u ofreciendo sumaria información sobre su posesión, según la naturaleza de los bienes, y al declarar que la procedencia del trámite rápido y fácil del levantamiento sin tercería instituido por el artículo 104 del Código de Procedimientos se supedita a la prueba clara y fehaciente del título de dominio si se trata de un bien inmueble[51] o de una información sumaria de posesión si la cosa fuese mueble[52].

El código de Santa Fe, en su artículo 324, autoriza al tercero perjudicado por un embargo, a requerir su levantamiento liso y llano comprobando de inmediato su posesión actual. Esta *gestión* (no la llama *incidente*) se resolverá previo traslado al embargante, siendo la decisión irrecurrible para el tercero, aunque no afectará su derecho a deducir la tercería pertinente. De acuerdo al texto, únicamente estarían comprendidos los bienes *muebles*, y es sobre esta hipótesis que trabaja la jurisprudencia: En la ley adjetiva... la expresión "posesión actual" como supuesto de hecho que faculta al tercero perjudicado por un embargo para requerir su levantamiento liso y llano, quiere significar que la misma persona que ostenta el *ius possidendi* y el *ius possessionis*, es en materia de muebles, la que tiene también el *corpus*[53]. Si en el acto del embargo la cosa

[51] Procede el levantamiento del embargo sin tercería, si la medida se trabó bajo responsabilidad del embargante en un domicilio que no es del demandado y si el incidentista acreditó ser propietario del inmueble donde se practicó la diligencia (CNCom., sala C; La Ley, 1985-B, p. 559, Nro. 36.804).

[52] Probada la posesión de los bienes muebles, corresponde hacer lugar al levantamiento del embargo sin tercería, porque el incidentista tiene a su favor la presunción de propiedad - Art. 2412, Cód. Civil (CNCom., sala C; La Ley, 1985-B, p. 559, Nro. 36.804).

[53] CSS; La Ley, 114-142.

que es su objeto se encontraba en poder de la embargada, cabe aplicar la presunción legal de que es la propietaria, porque en materia de muebles la posesión vale título[54].

El régimen cordobés contempla también un procedimiento más expeditivo que el de la tercería, e involucra muebles e inmuebles, al consignar una expresión que el de Santa Fe no contiene: *según fuere la naturaleza de los bienes* (art. 1038). El texto de la norma incluye, sin embargo, el término *posesión actual,* como el de Santa Fe, que genera incertidumbre en relación a los bienes registrables.

[54] CCCR, S. 1a.; JA, 1966-VI, síntesis.

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[1].

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-

[1] 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" [2].

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 efectó,

[2] 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[3], 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[4].

[3] *Tácticas en el proceso civil*, p. 115/119: *¿"Ampliación" de embargos?*; Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 1984.

[4] "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[5]. 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[6].

[5] CNCrim. y Correcc., sala 6a.; J.A., Rep. 1978, p. 269, Nro. 348.

[6] C2a. CCSF; J., 9-50. *Conf.:* CNCiv., 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); CNCom., 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[7] 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).

[7] 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 [8] . En cambio, se la admitió en la acción por petición de herencia de acuerdo al interés jurídico a proteger[9]. También se hizo lugar a la reducción: en el caso de una suma depositada en exceso al darse cumplimiento al embargo preventivo[10] ; cuando el juez de paz delegado por el juez exhortado procedió a trabar embargo sobre valores muy superiores a los ordenados en la rogatoria[11] , 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

[8] CNCiv. , sala C; La Ley, 122-908, Nro. 13.379.
[9] CNCiv., sala F; La Ley, 125-766, Nro. 14.802.
[10] CNCom., sala A; ED, 49-670.
[11] 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[12]; 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[13].

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

[12] La Ley, 140-821, Nro. 25.036.
[13] 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[14]. Y

[14] 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[15].

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[15-1].

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-

[15] J., 41-184.

[15-1] 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[16].

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[17]. Por ello, no corresponde dejar sin efecto la inhibición aunque el demandado tenga bienes conocidos, si no los presenta a embargo[18], o si el monto depositado a embargo no cubre el monto de ella[19], 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[20], 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[21], solución extensiva a otros títulos cuyo valor, al momento de ofrecer la caución, sea suficiente para cubrir el importe del crédito y sus accesorios.

[16] *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.

[17] CNCiv., sala E; La Ley, 118-878, Nro. 11.853.

[18] CNCiv., sala E; La Ley, 118-920, Nro. 12.179.

[19] CNCom., sala A; La Ley, 123-952; Nro. 13.771.

[20] CNCom., sala B; J.A., 965-II-172.

[21] C2a. CC La Plata, sala II; La Ley, 128-604.

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

Por último, debe recordarse que la inhibición dictada como consecuencia de una quiebra, no es sustituible por fianza[24].

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[25], equivalencia que concierne al monto por el que se ordenó la medida y no al valor de la cosa incautada[26]; o sea, debe ser bastante para responder al capital, intereses y costas[27]. 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[28].

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

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[30-1] .

4.1.1.2.2. *Sustitución del derecho de retención por embargo.* Esta hipótesis que incluyen algunos autores[30-2] —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"[30-3]. 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"[31].

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 desapareciere 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 apareciese 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

[31] 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"[31-1]. 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).

31-1 *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 [31-2].

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-

[31-2] 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 [32]—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"[33]; 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-

[32] DE LAZZARI, Eduardo N., *Medidas cautelares*, p. 174; Librería Editora Platense S.R.L., La Plata, 1984; y RAMIREZ, *Medidas cautelares*, p. 60.

[33] *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[34].

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[35]. 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

[34] DE LAZZARI, *ob. cit.*, p. 174/75; RAMIREZ, *ob. cit.*, p. 59.

[35] 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[36]. 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[37] ; si el ejecutado no

[36] *Ob. cit.*, t. VII, p. 248/49.
[37] 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)[38]; 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 [39]; 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

[38] CNCom., sala A; La Ley, 113-793 (9898).
[39] 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[40] (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 [41]; cuando el ejecutado no acreditó el valor de las acciones ofrecidas a embargo [42]; cuando se pretendió sustituir un inmueble libre de gravámenes por otro gravado con hipoteca[43]; cuando los bienes ofrecidos eran los de una sociedad, pues pertenecían a un tercero[44]. 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

[40] 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.

[41] C1a. CC Tucumán; La Ley, 123-992, Nro. 14.088.

[42] CNCom., sala A; J.A., 963-VI-394.

[43] CNCiv., sala F; La Ley, 114-845, Nro. 10.133.

[44] 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[45], pues lo que se reclama no es una suma determinada, sino *ese* bien y ninguno distinto a ése. 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[46]. 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[47]. 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

[45] CNCiv., sala A; La Ley, 148-674, Nro. 29.519.
[46] CNCiv., sala B; La Ley, 1968-A; Nro. 34.515.
[47] 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 [48].

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[49] ; 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[50]. 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 [51]. Pero, en una época de rápida

[48] *Loc. cit.*

[49] CApel. CC Rosario, sala II; J., 25-115.

[50] CNCiv., sala A; La Ley, 117-829, Nro. 11.540.

[51] 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[52] . 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[53].

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).

[52] *Conf.:* RAMIREZ, *ob. cit.*, p. 51/52.

[53] CNCom., sala B; JA, Rep. 1983, p. 524, Nro. 16.

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 deudor[1] . La segunda duda radica en la clase de procedimiento que se imprimirá al pedido que el deudor hiciere. 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 procede[2]. 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 sumarísimo[3], 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 embargo[4].

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 vez[5], y la doctrina agrega: siempre que sea de buena fe[6]. 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 interpuesta[6-1].

[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 contracautela[7] .

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 perdidoso 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 concurran 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 pleito [11] . ¿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 irreparable [12] .

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 extraordinaria [13] ; 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 público [14] .

[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.

CAPITULO VI

CADUCIDAD

1. Generalidades 119
2. Hipótesis legales 121
   - 2.1. Caducidad de las medidas ordenadas y efectivizadas antes del proceso 121
   - 2.2. Cesación de la prohibición de contratar 131
   - 2.3. Caducidad del embargo preventivo 132
   - 2.4. Cesación de la intervención judicial 132
   - 2.5. Extinción de la anotación de la litis 133
   - 2.6. Suspensión de las medidas cautelares en caso de concurso 134
   - 2.7. Extinción de inhibiciones y embargos 134
3. Sanciones accesorias 136
   - 3.1. Las costas 136
   - 3.2. Los daños y perjuicios 137
   - 3.3. Prohibición de proponer nuevamente la medida 137

Capítulo VI

CADUCIDAD

SUMARIO: 1. Generalidades. 2. Hipótesis legales. 2.1. Caducidad de las medidas ordenadas y efectivizadas antes del proceso. 2.2. Cesación de la prohibición de contratar. 2.3. Caducidad del embargo preventivo. 2.4. Cesación de la intervención judicial. 2.5. Extinción de la anotación de la litis. 2.6. Suspensión de las medidas cautelares en caso de concurso. 2.7. Extinción de inhibiciones y embargos. 3. Sanciones accesorias. 3.1. Las costas. 3.2. Los daños y perjuicios. 3.3. Prohibición de proponer nuevamente la medida.

1. Generalidades. El transcurso del tiempo produce en las medidas cautelares efectos que el Código Procesal de la Nación regula de distintas maneras y bajo diferentes denominaciones: en la primera parte del artículo 207 y en el 546 utiliza la expresión *caducidad;* en la parte final del 207 y en el 229, habla de *extinción;* en el 231 dice "quedará sin efecto"; etcétera [1] . El lenguaje común reserva a esos vocablos diversos usos y, aun cuando las diferencias sean sutiles, seguramente se han trasladado al lenguaje técnico. En todos los casos citados se legisla sobre la insubsistencia de medidas cautelares, pero en cada uno de ellos se ha querido decir una cosa distinta [1-1] . Ahora bien: más importante que la búsqueda de matices, es determinar qué persigue la ley con esta institución que por razones prácticas encapsularemos bajo el rótulo de *caducidad.* En el curso de la obra hemos reiterado la idea de que el orden público cautelar es una vía de doble mano, porque protege de dos abusos: el del deudor que se evade del cumplimiento de la sentencia y el del acreedor que se excede en el requerimiento de la tutela. Para este último caso la pretensión revocatoria cautelar dispone de tres herramientas, de las que ya hemos visto dos (el levantamiento y la modificación); la tercera es la caducidad, o como quiera llamársele.

[1] La Ley de Concursos se refiere a la *suspensión* de las medidas cautelares, como lo veremos *infra* (2.6).

[1-1] Un palmario ejemplo de las confusiones a que puede llevar el uso incorrecto de las palabras de la ley, y de las consecuencias prácticas que de ello se deriva, lo encontramos en el fallo dictado por la CNCiv., sala C, *in re* "Ficcarino de Contrubis": "La sentencia firme desestimatoria de la demanda —dice— produce la caducidad de la medida cautelar... De allí que habiendo habido pronunciamiento sobre el punto, una vez conocida la decisión, correspondía levantar las medidas precautorias, como lo hizo el juez" (ED, 85-691). No se aclara en el fallo si el primer juez, luego de la sentencia firme de cámara, levantó las medidas *de oficio* o *a pedido de parte,* lo que es esencial para la construcción que estamos haciendo, pero como el tribunal funda su decisión en la cita de FASSI, conviene verificar la opinión de este autor. En la segunda edición (1980) de su *Código Procesal...,* FASSI sostiene: "La caducidad de la medida cautelar tiene lugar con la sentencia firme desestimatoria de la demanda" (I, 536). No obstante, el comentario corresponde al art. 202, CPN, que no considera ninguna hipótesis de *caducidad* sino de *levantamiento,* que

Sin duda constituye un abuso mantener indefinidamente fuera del tráfico el bien objeto de la medida o congelada *sine die* una determinada situación jurídica, aunque la medida hubiese sido legítimamente decretada. En este estado del análisis debemos rescatar el concepto de *utilidad,* inherente a las medidas cautelares: la tutela se otorga en garantía de eficacia de la condena, pero no más allá. La pérdida del derecho a conservarla se sustenta, entonces, más que en la idea de sancionar a quien no ejerce oportunamente la pretensión de fondo (o concluye de ejercerla), en razones de solidaridad social;

son bien distintas, pues la citada norma dispone en su parte final, "se podrá *requerir* su levantamiento", lo que es todo lo contrario a la actuación oficiosa del juez o a la cláusula "de pleno derecho". Y el mismo FASSI, a renglón seguido (p. 537) agrega: "*Igualmente* corresponde el *levantamiento* de la medida cautelar una vez firme la resolución que declara la caducidad de la instancia" (todas las cursivas son nuestras). O sea que el autor se está refiriendo a hipótesis de levantamiento —las del art. 202, cuando cesaren las circunstancias que determinaron las medidas— y no de caducidad. Claro que el uso de vocablos incorrectos tiene mayor o menor fortuna conforme la autoridad de quienes los repiten. FASSI se remite, a su vez, a lo dicho por PODETTI-GUERRERO LECONTE. Estos, en el *Tratado de las medidas cautelares,* p. 113, Nro. 30, expresan que "las medidas cautelares caducan o se extinguen o pierden sus efectos por voluntad de quien las pidió, por las causas señaladas en el párrafo precedente y por sentencia desestimatoria dictada en el proceso principal. Esta caducidad puede producirse por pedido de interesado o de oficio, cuando lo dispone expresamente la ley". Conviene aclarar que en "el parágrafo anterior" los autores tratan las hipótesis de levantamiento del art. 202, CPN, es decir, cuando cambian las circunstancias que autorizaron la medida. Y justamente una de esas circunstancias es la sentencia firme adversa al embargante. De modo que a nuestro juicio se equivocan al tratar separadamente esta última hipótesis. Los autores, conscientes de las dificultades semánticas del tema, utilizan las palabras "caducan o se extinguen o pierden sus efectos", pero más adelante sostienen: "Dictada sentencia desestimatoria definitiva, la medida cautelar *caduca*" (p. 114), eligiendo mal entre los diversos vocablos que antes habían enumerado como sinónimos. Curiosamente, la cita jurisprudencial a que se remiten para ilustrar el criterio invocado, dice que "procede *levantar* el embargo preventivo que se trabó (de acuerdo al art. 212, inc. 3 actual, CPN) si dicha sentencia fue dejada sin efecto por la Cámara" (Cám. Civ. 1a. Cap.; JA, 62-413). Estamos, manifiestamente, frente a un caso de levantamiento incluido en el art. 202 y no ante una hipótesis de caducidad. Los efectos prácticos de la distinción son significativos, toda vez que siendo lo primero, es menester petición de parte, y si fuese lo segundo (art. 207), la extinción es automática, de pleno derecho. En definitiva, revocada una sentencia de primera instancia favorable al embargante, el juez no podrá ordenar su levantamiento de oficio, al menos en el sistema del CPN.

pues el perjuicio sufrido por el deudor es sólo uno de los costados —el más visible— de la moral y de la paz.

2. Hipótesis legales. Pese a que el Código de la Nación sólo legisla bajo el rótulo de "caducidad" las dos hipótesis incluidas en el artículo 207, otras normas dispersas en su texto (y en otras leyes) contemplan situaciones análogas; y habida cuenta que en cada caso la herramienta creada por la ley funciona con características especiales, debe abordarse su estudio separadamente.

2.1. *Caducidad de las medidas ordenadas y efectivizadas antes del proceso.* La primera parte del artículo 207 del Código Procesal de la Nación dispone: *se producirá la caducidad de pleno derecho de las medidas cautelares que se hubieren ordenado y hecho efectivas antes del proceso, si tratándose de obligación exigible no se interpusiere la demanda dentro de los diez días siguientes al de su traba, aunque la otra parte hubiese deducido recurso.*

La expresión "de pleno derecho", "automáticamente" u otras similares, señalan la innecesariedad de petición alguna para que la caducidad se opere; ni siquiera hace falta una declaración del órgano jurisdiccional en tal sentido[2].

[2] *Conf.:* C1a. CC Tucumán: Al disponer el art. 241 del Cód. de Procedimiento que las medidas cautelares quedan sin efecto automáticamente, quiere expresar que ello ocurre *ipso jure* por el solo cumplimiento de los requisitos enunciados por la ley para que ella se opere, sin que sea menester la declaración del órgano jurisdiccional en ese sentido (La Ley, 153-249). *En sentido contrario* y en solución que no compartimos, la CNCiv., sala B, decidió: si bien el art. 207 del Cód. Procesal prevé la caducidad de pleno derecho de las medidas cautelares iniciadas con anterioridad al proceso, si éste no se interpusiera dentro de los diez días siguientes a su traba, si se acreditó la iniciación de la demanda con anterioridad a la resolución que la decreta y ante la oposición del beneficiario no es razonable hacer efectivo el levantamiento, sin perjuicio del reclamo que pudiera corresponder en el principal respecto a dichas medidas (ED, 104-614, Nro. 59).

La *ratio* del precepto consiste en que quien obtuvo una medida cautelar que puede ocasionar perjuicios al presunto deudor, tiene el deber de llevar adelante el proceso hasta su total terminación para demostrar la legitimidad del crédito que motivó el embargo[3].

Tres requisitos deben concurrir en la hipótesis de caducidad prevista por el artículo 207 del Código Procesal de la Nación: que la medida se hubiere ordenado y hecho efectiva *antes* del proceso; se trate de una obligación *exigible;* y que no se interponga la demanda dentro de los *diez días siguientes* al de la traba.

Antes de entrar al análisis de los recaudos enumerados, queremos dejar constancia de nuestra disidencia con Novellino en cuanto a que la caducidad legislada en la primera parte de la norma excluye a los embargos, inhibiciones y anotación de litis. Los dos primeros —dice— por extinguirse a los cinco años, y la última, porque "tiene forma distinta de extinción"[3-1]. La confusión terminológica entre *caducidad* y *extinción* ha llevado al autor —según nuestro criterio— a la confusión conceptual. *Todas* las medidas cautelares que se hubieren ordenado y hecho efectivas *antes* del proceso, caducan cuando tratándose de obligación exigible no se interpusiere la demanda dentro de los diez días; que además puedan extinguirse, no obstante el cumplimiento de los requisitos legales, es otra cosa. El texto no admite distinta interpretación.

a) Las providencias cautelares pueden ser solicitadas antes o después de deducida la demanda (art. 195, CPN), y aunque la ley no lo diga, también se pueden requerir *al mismo tiempo* de deducirla. En los dos últimos casos se habrá satisfecho el principio de accesoriedad que las caracteriza, y la garantía acordada correrá la misma

[3] CNCiv., sala D; La Ley, 137-764, Nro. 22.857.

[3-1] NOVELLINO, Norberto José, *Embargo y desembargo*, 2a. ed.; p. 116.

suerte de la pretensión principal. Mas cuando la tutela se obtiene antes de promoverse la demanda, su conservación procede sólo por un breve lapso (el que se estime razonable para abrir el respectivo proceso) toda vez que la cautela no tiene sentido por la cautela misma[4].

El texto legal quiere ser muy preciso al referirse a medidas que se hubieren *ordenado y hecho efectivas* antes del proceso. Ello así, porque ni el interés particular del deudor ni el orden público cautelar se perjudican si la medida no está trabada. Ahora, como el plazo de caducidad empieza a correr desde la traba[5], es importante determinar cuándo una medida se ha hecho efectiva. Sobre el punto no hay una respuesta única: si se trata de embargo de un inmueble, con la inscripción en el registro correspondiente[6]; si se trata de objetos no registrables, con la aprehensión por el oficial de justicia o con su depósito en autos[7]; y si es dinero, el embargo se cumplimenta con el depósito de que informe la boleta presentada[8].

Cuestión ardua de resolver es la del conocimiento que el acreedor adquiera sobre la efectivización de la medida, a los fines del comienzo del cómputo. Al respecto existen dos posiciones: hay quienes consideran que el plazo corre desde la traba y están los que sostienen que sólo se inicia a partir de la notificación del beneficiario. De Lazzari se inclina por el primer criterio. Invocando el caso de los bienes registrables, afirma que el término de caducidad comienza desde la anotación en el Registro "porque en los hechos —dice— la constancia de la anotación... es retirada directamente por quien presentó el oficio, y bastaría entonces que este último, bene-

[4] *Vide supra:* I, 2, y las excepciones al principio.

[5] Al menos, por lo que diremos después, no empieza a correr mientras la medida no se cumplimente.

[6] CCiv., Com. y Minas, Mercedes, San Luis; GSL, 970-I-74.

[7] CNCom., sala B; J.A., 964-VI-567.

[8] CNCiv., sala E; La Ley, 123-979, Nro. 13.968.

ficiario de la medida, dilatara su agregación al expediente para de tal manera hacer comenzar el término cuando le plazca"[9]. El argumento parece razonable y además se adecua a la literalidad de la norma. No obstante, las discrepancias jurisprudenciales se abastecen de otras razones también muy plausibles: en fallo que motiva la discrepancia de de Lazzari, la CApel. CC Morón declaró que el cumplimiento de la medida "no puede reputarse en el caso, conocido por la interesada más que cuando la institución que ha registrado la cautela (en el caso el Registro de la Propiedad) lo comunica al Juzgado por oficio, se dicta la providencia de agregación a la causa y queda notificada de ello por ministerio de la ley la promotora del proceso cautelar (arts. 133 y sgtes. Cód. proc. civ. y com.), porque otra interpretación significaría —a mérito de una interpretación meramente literal del citado artículo 207— hacer a un lado el sistema de anoticiamiento que nuestra ley de enjuiciamiento civil consagra por olvido de un principio capital de la sana hermenéutica legal: buscar la concordancia, el armónico juego, el adecuado ensamble de cánones aparentemente discordantes y no la contradicción y la antítesis, no siendo ocioso destacar que tal ha sido la conclusión que antiguos pronunciamientos judiciales extrajeron de la norma análoga contenida en el artículo 57 de la derogada ley 14.237"[10].

El transcripto no es un fallo aislado; por el contrario, toda una verdadera doctrina jurisprudencial se ha tramado sobre la necesidad de notificación del cumplimiento de la medida al acreedor peticionante para que empiece a correr el término de caducidad. En síntesis citada más arriba (nota Nro. 8) y que ahora completamos, se decidió: si el embargo preventivo decretado fue cumplido con el depósito de que informan la boleta y escrito presentados, el plazo de

[9] *Ob. cit.*, p. 186.
[10] *Cit.* por DE LAZZARI, *ob. cit.*, p. 186.

caducidad corre *a partir del día de la nota correspondiente al auto que hace saber esa presentación.* A su vez, la CCom., sala B, en fallo citado en nota Nro. 7, dijo que para que comience a correr el término de caducidad es necesario que el embargo se haya cumplido y se ha interpretado que ello es así, cuando se han depositado en autos los objetos embargados *y la medida se ha notificado.*

Conviene entonces profundizar un tema que, admitimos, resulta opinable. Tanto de Lazzari como la Cámara de Morón parten de hechos opuestos: el autor presume que en todos los casos el beneficiario de la medida es quien retira la constancia del Registro de la Propiedad; el tribunal contèmpla la hipótesis de remisión del oficio directamente por el Registro (caso en el que, obviamente, el acreedor desconocería la fecha de la traba). Empero hay otras hipótesis de desconocimiento que afirmarían el criterio de la Cámara de Morón: medidas cumplidas en extraña jurisdicción; embargos de cuentas corrientes bancarias; levantamiento del auto de quiebra, posibilidad esta última expresamente considerada por los jueces: el plazo de caducidad —declaró la CNCom., sala C— comienza a correr para el acreedor recién a partir de la fecha de notificación que deja sin efecto la quiebra decretada[11].

Los criterios examinados reconocen fundamentos distintos: el que toma como punto de partida del cómputo la fecha de la traba, busca proteger al deudor de la mala fe del acreedor, quien, como dice de Lazzari, podría ocultar el dato para disponer del mayor tiempo posible; el que se inclina por la fecha de la notificación intenta proteger al acreedor de los perjuicios que el desconocimiento de la traba acarrearía a sus derechos. Adherimos a esta posición: primero, porque la mala fe debe probarla quien la alega[12]; segundo,

[11] Estimamos lógico que el beneficiario de una medida debe enterarse que la misma reasume su efectividad al dejarse sin efecto el auto de quiebra.

[12] Sería repugnante al orden jurídico, presumirla en este caso.

por manifiestas razones de seguridad jurídica que informan el instituto de las notificaciones. De todos modos y atento al principio general que rige la materia [13], si resultare que el acreedor conoció la medida en oportunidad de la traba (por ejemplo, si retira personalmente el oficio del Registro), el cómputo del plazo de caducidad comenzará en ese momento.

Suponiendo que el punto se haya esclarecido, quedan aún otras zonas grises en la hermenéutica legal: por ejemplo, ¿qué presentación del acreedor debe tenerse como *demanda* a los fines del artículo 207 del Código Procesal de la Nación? El catálogo de errores que pueda cometer el accionante en el escrito que formalice la contienda incluye tal cantidad de posibilidades, que creemos inútil intentar su enumeración. Se trata de una tarea que el juez deberá afrontar cuando se le presente, caso por caso. Como simple guía, diremos que la cuestión se ha aprehendido con criterio amplio y no restrictivo; y entrando a formular algunas precisiones, señalamos que: la legitimación para iniciar el juicio tendiente al logro de la pretensión cautelada, la tiene exclusivamente quien obtuvo la medida precautoria[14] ; que las medidas preparatorias deben equipararse a la demanda misma a los fines de la interrupción del plazo de caducidad —criterio no pacífico en doctrina— y tratándose de litisconsorcio pasivo, las medidas preparatorias referentes a uno de los futuros litisconsortes interrumpe el curso del plazo de caducidad de las medidas trabadas respecto del otro [15]; que aun cuando el actor promueva la demanda en plazo, la falta de pago oportuno del impuesto de justicia impide tener por cumplida la exigencia legal para el mantenimiento del embargo preventivo[16] ; etcétera.

13 Art. 149, CPN.
14 CNCiv., sala D; BCNCiv., 1978-IV-126, sum. 193.
15 CApel. Santa Fe, sala I; J., 36-12.
16 C1a. CC Tucumán; La Ley, 138-400.

b) Obligación exigible es aquella en la que el requerimiento de su satisfacción se halla expedito, sin sujeción al vencimiento de un plazo o al cumplimiento de una condición suspensiva[17]. Frente a esta conceptuación cabe preguntarse si las medidas autorizadas por el artículo 1295 del Código Civil están o no incluidas en los supuestos de caducidad legislados por el artículo 1207 del Código Procesal de la Nación. La Cámara Nacional en lo Civil, sala A, se orienta por la negativa: no es aplicable a las medidas cautelares decretadas en función de lo dispuesto por el artículo 1295 del Código Civil, ya que por tratarse de un supuesto de caducidad que trae aparejada la pérdida de un derecho, cual es la posibilidad de interponer nuevamente la demanda cautelar, no puede aplicarse por analogía a un caso no contemplado específicamente, máxime cuando de ello puede seguirse un perjuicio irreparable para el cónyuge que lo dedujo[18].

La doctrina opuesta sostiene que "si bien el artículo 207 alude al supuesto de obligaciones exigibles, y en el divorcio no se pretende el cumplimiento de obligaciones sino la sanción civil que corresponde al incumplimiento de los deberes derivados del matrimonio, no puede efectuarse una interpretación literal. El sentido de la norma es el de castigar con la caducidad cuando hallándose el actor en condiciones de promover la demanda, no la interpusiera. Y en el caso de divorcio, el cónyuge que obtuvo la cautela no tiene impedimento alguno para deducir su acción de fondo, razón por la cual la caducidad de pleno derecho también es aplicable en este supuesto[19].

17 *Conf.*: BUSTOS BERRONDO, ob. cit., p. 12. CNCiv., sala C: Con relación al segundo requisito del art. 207 del Código Procesal –exigibilidad de la obligación– cabe consignar que se encuentra dirigido a efectuar una contraposición entre estas obligaciones –exigibles– y aquellas sometidas a plazo o condición suspensiva (ED, 71-220).

18 ED, 60-672.

19 DE LAZZARI, *ob. cit.*, p. 189. *Conf.*: CNCiv., sala A: El art. 207, cód. procesal, no es aplicable a las medidas cautelares dispuestas en función de lo establecido por el art. 1295 del cód. civil sobre sociedad conyugal (ED, 58-433).

Así tenemos que por un lado el texto de la ley es considerablemente preciso y no autoriza otras extensiones; y por otro, que supondría un abuso mantener el patrimonio del cónyuge afectado *sine die* por la medida cautelar. Nos inclinamos entonces por una tercera solución, receptada jurisprudencialmente: procede declarar la caducidad de las medidas autorizadas por el artículo 1295 del Código Civil, previa intimación a promover la demanda de divorcio en un plazo prudencial[20].

c) El último de los recaudos exigidos por la ley para que se produzca la caducidad de pleno derecho, es que la demanda no se interponga dentro de los diez días siguientes al de la traba. Ya hemos dicho que según nuestro criterio el cómputo comienza desde el día siguiente al de la notificación del acreedor de que la medida se ha cumplimentado, pero aún pueden concurrir otras circunstancias generadoras de posibles dudas. Tal es el caso de que hubieran varias medidas ordenadas, pero no se hayan trabado todas: ¿A partir de cuándo comienza el cómputo? ¿Desde la primera o de la última cumplimentada? Parte de la doctrina responde que es suficiente que haya una sola medida de seguridad cumplida para que comience a correr el plazo, porque desde ese momento se está trabando la actividad de otra persona[21]. Compartimos la solución, con la añadidura de que el acreedor debe conocer el cumplimiento, como en el caso de la medida única.

Conectado con el mismo tema, se halla el punto relativo a la suerte de cada una de las medidas ordenadas: ¿La caducidad de la que se ha cumplimentado provoca la pérdida de las otras? No necesariamente: si se decreta más de una medida el plazo corre independientemente para cada una; el embargo preventivo y la medida de

[20] CNCiv., sala A; ED, 26-735.

[21] *Conf.*: RAMIREZ, *ob. cit.*, p. 63. *Contra*: FASSI, *ob. cit.*, t.I, p. 542.

no innovar resguardan situaciones distintas y nada obliga a ligar su suerte a los efectos de la aplicación del plazo de caducidad. Si el embargo no se inscribió, no se declara caduco, y, en cambio, sí se hace así con respecto a la otra medida cautelar que se inscribió[22].

El texto del artículo 207, luego de la reforma introducida por ley 22.434, concluyó con la controversia desatada en torno al efecto que sobre el plazo tendría la interposición de un recurso. Hoy aunque se apele la medida, el plazo no se difiere al pronunciamiento de Cámara. Empero, los textos no adaptados al nuevo régimen nacional, como ocurre con el artículo 207 del Código de Buenos Aires, seguirán requiriendo el auxilio de la jurisprudencia para coincidir en la buena doctrina.

Resta, por fin, el tema del saneamiento cuando ha transcurrido el término de caducidad sin promoverse la demanda: ¿La falta de decisión sobre el punto purga la inactividad del beneficiario? Se ha respondido —a nuestro juicio con acierto— que el precepto "consagra la operatividad de la sanción de *pleno derecho,* en forma contundente y sin margen para otra interpretación, lo que... imposibilita otorgar alcances saneatorios a la mera tolerancia momentánea del perjudicado" [23].

La caducidad de las medidas ordenadas y efectivizadas antes del proceso, recibe en los códigos de Santa Fe y Córdoba un tratamiento distinto —en más de un aspecto— del que le da el Código Procesal de la Nación. Uno y otro se refieren concretamente al *embargo* y no a otras medidas cautelares, aunque debe considerarse incluida la inhibición. Uno y otro también, hacen comenzar el cómputo a partir de alguno de estos hechos: desde que el embargo se trabó o desde que la obligación fuese exigible. Ambos exhiben otras

[22] CNCiv., sala D; La Ley, 115-807; Nro. 10.509.
[23] DE LAZZARI, *ob. cit.*, p. 182.

discrepancias con el Código Procesal de la Nación y entre sí, de modo que será mejor los miremos por separado.

Dispone el artículo 286 del código de Santa Fe: *Si el embargo se hubiere decretado antes de la demanda, caducará automáticamente si no se deduce la acción o se inician medidas preparatorias dentro de los quince días desde que aquél se trabó o desde que la obligación fuese exigible. En tal caso, serán a cargo de quien solicitó el embargo, las costas causadas. Caducará, igualmente, en el caso de medidas preparatorias si no se entabla la demanda dentro de los quince días de realizadas.*

La diferencia más conspicua aparece en el plazo: quince días en vez de los diez del Código Procesal de la Nación; pero también en las sanciones accesorias, ya que no están previstas en el régimen santafesino ni la referente a los daños y perjuicios ni la prohibición de proponer nuevamente el embargo. Respecto de las dudas que el Código Procesal de la Nación puede suscitar sobre la exigencia de que el peticionante conozca la traba de la medida para que se inicie el plazo de caducidad, las mismas subsisten en el código de Santa Fe, pero es justo reconocer que la jurisprudencia provincial resuelve la cuestión en forma adversa a nuestro criterio: el plazo se cuenta desde la traba del embargo y no desde que el embargante tuvo conocimiento de su realización [24], aun en el caso de que la medida deba ser cumplida en extraña jurisdicción [25]. En cuanto a la idoneidad de la acción para que tenga efectos interruptivos del plazo, se ha resuelto que deducida en término impide la caducidad aunque hubiere sido presentada en juzgado distinto al que por orden de turno correspondía [26]; pero no así las actuaciones de pobreza [27].

[24] C2a. CCSF; J., 7-99.
[25] CCCSF, S. 2a.; J., 33-139.
[26] CAR, S. 1a.; J., 19-29.
[27] CAR, S. 1a.; JTSF, 28-115.

El código de Córdoba, en su artículo 1076, legisla el tema así: *Si el embargo se hubiera decretado antes de la demanda, el embargante deberá promoverla dentro de los diez días posteriores a aquel en que el embargo se trabó o desde que la obligación fuere exigible. Vencido este plazo el embargado podrá pedir la cancelación. Del pedido se dará vista al embargante bajo apercibimiento de tenerlo por conforme con la petición. El juez ordenará la cancelación del embargo si el embargante no acreditare en el término de la vista haber promovido la demanda con anterioridad al pedido de caducidad. En tal caso serán a cargo del embargante las costas del desembargo y la cancelación de las fianzas que se hubieren dado en sustitución y los daños y perjuicios causados.*

Parece obvio señalar que la discrepancia fundamental con el código de Santa Fe y el Código Procesal de la Nación, reside en que la caducidad no se opera automáticamente o de pleno derecho, tal como éstos, respectivamente, señalan. La jurisprudencia cordobesa ratifica enfáticamente esta característica de la ley: el término de diez días no es fatal; si no media pedido expreso de levantamiento subsiste el embargo sea cual fuere el término transcurrido[28].

2.2. *Cesación de la prohibición de contratar.* Sea con fundamento en la ley —por ejemplo, artículo 1295, Código Civil—, sea en virtud de una convención, o simplemente para asegurar la ejecución forzada de los bienes objeto del juicio, le es permitido al acreedor solicitar al juez ordene la prohibición de contratar sobre determinados bienes (art. 231, CPN). Mas, por las mismas razones explicadas al tratar la primera parte del artículo 207, la medida *quedará sin efecto si quien la obtuvo no dedujere la demanda dentro del plazo de cinco días de haber sido dispuesta, y en cualquier momento en que se demuestre su improcedencia* (art. 231, *in fine*).

[28] C1 CCC, *cit.* por MARTINEZ CRESPO, Mario, *Procedimiento Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba*, p. 335.

En rigor de verdad el texto incluye dos situaciones distintas: una, no deducir demanda en el plazo de cinco días (es la verdadera hipótesis de caducidad); otra, demostrar su improcedencia (es una hipótesis de levantamiento análoga a las previstas en los arts. 202 y 220, CPN). Como nos interesa aquí solamente la primera, diremos que se trata de un caso particular dentro de la regla general de caducidad instituida por el artículo 207. La diferencia es que en lugar de diez días, el acreedor dispone solamente de cinco para deducir la demanda. En cuanto al cómputo del plazo sostenemos —al igual que en el régimen de las restantes medidas— que comienza a correr desde la notificación al acreedor, admitiendo que el criterio no es pacífico [29].

2.3. *Caducidad del embargo preventivo.* El artículo 546 del Código Procesal de la Nación dispone que *si se anulare el procedimiento ejecutivo o se declarare la incompetencia, el embargo trabado se mantendrá, con carácter preventivo, durante quince días contados desde que la resolución quedó firme. Se producirá la caducidad automática si dentro de ese plazo no se reiniciare la ejecución.*

La norma registra dos diferencias respecto del plazo de caducidad instituido por el artículo 207: a) En cuanto a su duración: quince días en lugar de diez; b) En cuanto a los efectos del recurso que el beneficiario interponga: su interposición suspende, en el caso que nos ocupa, el comienzo del cómputo.

2.4. *Cesación de la intervención judicial.* El Código Procesal de la Nación incluye en su catálogo de medidas cautelares, la "inter-

[29] Curiosamente, DE LAZZARI se inclina en este caso, a la doctrina de la notificación: "Algunos autores, no sin criticar la solución legal, interpretan literalmente que debe estarse a la fecha del auto que acoge la medida. Otros, por el contrario, consideran que el término se computa a partir del momento en que la prohibición se hizo efectiva, esto es, fue notificada a sus destinatarios. En mi opinión, esta última es la solución correcta" (*ob. cit.*, p. 572).

vención y administración judiciales", independientemente de las que autorizan las leyes de fondo. Y en su artículo 225, inciso 3, dispone que la *providencia que designe al interventor determinará la misión que debe cumplir y el plazo de duración, que sólo podrá prorrogarse por resolución fundada.*

O sea que la medida cesa con el vencimiento del plazo que el juez haya fijado, o su prórroga. El texto no admite la interpretación de que este plazo no necesariamente tiene que ser señalado en forma cronológica y podría ser incierto, "concedido hasta la consecución de determinado resultado", por ejemplo, recaudar cierta suma de dinero [30]. Siendo que la procedencia de este tipo de medidas debe ser apreciada restrictivamente, carece de viabilidad cualquier extensión de la norma a supuestos no contemplados por ella. De todos modos, si se trata de recaudar determinada suma, el juez prorrogará el plazo en el caso de que a su vencimiento faltare algo por recoger.

2.5. *Extinción de la anotación de litis.* Conforme lo establece el artículo 229 del Código Procesal de la Nación, *cuando la demanda hubiere sido desestimada, esta medida* —la anotación de litis— *se extinguirá con la terminación del juicio.* Pareciera que se trata de una reiteración innecesaria del artículo 202, según el cual las medidas cautelares subsistirán mientras duren las circunstancias que las determinaron, y es transparente que la pérdida del juicio torna insubsistentes tales circunstancias. Sin embargo, creemos advertir una diferencia: mientras que en el caso del artículo 202 es necesario *pedir* el levantamiento, en la hipótesis del artículo 229 la anotación de litis se extingue *ipso jure* al quedar firme la sentencia que desestima la demanda. El vencedor sólo tendrá que pedir el respectivo oficio al Registro donde se tomará razón de la medida, y nada más.

30 DE LAZZARI, *ob. cit.*, p. 500.

2.6. *Suspensión de las medidas cautelares en caso de concurso.* Dijimos al comenzar el capítulo que bajo diversos rótulos el Código Procesal de la Nación cubre los casos en que las medidas cautelares pierden operatividad. Mas entre esos rótulos no figura el de la *suspensión*, que en cambio prevé el artículo 25 de la Ley de Concursos. Dice la norma que *en caso de necesidad y urgencia evidentes para el concurso... el juez puede ordenar la suspensión temporaria... de las medidas precautorias que impidan el uso por el deudor de la cosa gravada, en la ejecución de créditos con garantía prendaria o hipotecaria.* Y aclara que *esta suspensión no puede exceder de noventa días*[31].

2.7. *Extinción de inhibiciones y embargos.* Así como la primera parte del artículo 207 del Código Procesal de la Nación instituye la caducidad de las medidas cautelares cumplimentadas *antes* del proceso, sancionando la omisión de promover la demanda, la última parte del precepto sanciona la omisión de concluir el juicio, disponiendo la extinción de las medidas. El hecho de que el plazo sea de cinco años y de que comprenda sólo a embargos e inhibiciones no altera la *ratio* del legislador: devolver al tráfico bienes afectados a una cautela que el desinterés del acreedor demuestra carecer de *utilidad*. Pero veamos el texto mismo de la norma: *Las inhibiciones y embargos se extinguirán a los cinco años de su anotación en el Registro que corresponda, salvo que a petición de parte se reinscribieran antes del vencimiento del plazo, por orden del juez que entendió en el proceso.*

Con arreglo a la literalidad del precepto, la extinción concierne a las medidas *anotadas* en el registro respectivo; pero, ¿qué pasa con aquellas que no se inscribieron? La jurisprudencia responde que si los embargos inscriptos en el Registro de la Propiedad se extinguen

[31] La suspensión de las medidas cautelares fue agregada al texto original de la ley 19.551, por la ley 22.917.

o caducan sin necesidad de petición alguna, por el solo transcurso del tiempo, con mayor motivo corresponde declararlo en el presente caso en el que ni siquiera se cumplió con la toma de razón, habiéndose trabado hace catorce años sin que a partir de entonces se evidenciara interés en su efectivización[32].

Respecto de la reinscripción debe ponerse énfasis en la exigencia de que ha de efectuarse antes del vencimiento del plazo; una vez transcurridos los cinco años ya no procede —como sostiene Ramírez— la reinscripción sino una nueva anotación y siempre que se mantengan los recaudos de verosimilitud en el derecho y peligro en la demora. "Ello tiene importancia —concluye— porque todos los embargos e inhibiciones anotados con posterioridad al que caducó pasan a tener prelación sobre el nuevo" [33].

Otro tema que preocupa a la doctrina es el de la coincidencia o no del plazo procesal de cinco años legislado por el artículo 207 del Código Procesal de la Nación, y los plazos de extinción establecidos por las leyes de fondo. Cuando se trata de inmuebles no hay problema atento a que los artículos 71 de la ley 17.417 y 37, inciso b de la ley 17.801, disponen la caducidad de pleno derecho de las anotaciones de medidas cautelares a los cinco años; pero no ocurre lo mismo cuando se involucren automotores, pues en tal caso se extinguen a los tres años (art. 17, dec.-ley 6582/58). ¿Cuál de los dos plazos debe prevalecer? De Lazzari halla dos argumentos para inclinarse hacia la aplicación de la ley procesal: a): "Temporalmente, las normas de los Códigos de Procedimientos han sido dictadas con posterioridad a dicho decreto-ley"; y b): "Constitucionalmente, la regulación de las medidas precautorias y sus efectos, es materia de orden procesal sometida a la potestad de las Provincias"[34].

[32] CNCiv., sala F; La Ley, 1978-D, 814, Nro. 34.819.
[33] *Ob. cit.*, p. 66.
[34] *Ob. cit.*, p. 192.

El primer argumento no nos parece pertinente, porque además de ser válido sólo para el orden nacional, el dictado de la ley 22.977 (Registro de la Propiedad del Automotor), posterior al Código Procesal de la Nación (ley 22.434), confirma el plazo de extinción de tres años al no modificar el artículo 17 del decreto 6582/58. En cambio compartimos la idea de que siendo las medidas precautorias un instituto procesal, corresponde a las provincias disponer lo atinente a su caducidad.

3. Sanciones accesorias. Salvo en la hipótesis de la primera parte del artículo 207 del Código Procesal de la Nación, el peticionante remiso no sufre más pérdida que la medida misma. Pero en dicha hipótesis, la ley ha querido imponerle sanciones adicionales, como las costas, los daños y perjuicios, y la prohibición de proponer nuevamente la medida por la misma causa y como previa a la promoción del proceso. ¿Por qué tanto rigor? Pues porque la tutela anticipada al juicio, dada su excepcionalidad, merece del beneficiario una actividad que la justifique. La abstención de accionar luego de obtener la medida supone una conducta antisocial que debe desalentarse.

Consideraremos por separado cada una de las sanciones anexas a la caducidad.

3.1. *Las costas.* No está muy claro qué trabajos procesales devengarán las costas a soportar por "quien hubiese obtenido la medida". Si el proceso cautelar declarado caduco no halló, en su oportunidad, oposición del futuro demandado, no habría costas que imponer a nadie; en cambio, será deudor de las costas en el trámite del recurso, si apeló y éste le fue rechazado. En tales circunstancias la ulterior caducidad invertirá el signo de la obligación, transformando al deudor en acreedor, quien además del derecho a repetir las costas

en caso de haberlas pagado, podrá exigírselas al peticionante de la medida.

Otra posibilidad de condena en costas implícita en la norma, concierne al trámite de la caducidad y toma de razón en el registro respectivo de la cancelación de la medida. Por cierto que la caducidad se opera de pleno derecho y sin necesidad de pedido alguno; mas ello rara vez ocurre, y es el interesado quien pide la caducidad, redacta los oficios y gestiona su diligenciamiento. En esta hipótesis no cabe la menor duda que todos los gastos y honorarios serán a cargo del beneficiario de la cautela.

3.2. *Los daños y perjuicios.* Coincidimos con de Lazzari[35] en que al tratarse de *caducidad* (art. 207, CPN), la responsabilidad del peticionante por los daños que la medida ocasione sólo cede si demuestra que de su parte no hubo dolo o culpa; el exceso o abuso se presumen, lo que no ocurre en el caso de *levantamiento* de la medida (art. 208, CPN). De todos modos, tanto la existencia de los daños como su naturaleza y monto deberán ser probados por quien los invoca.

3.3. *Prohibición de proponer nuevamente la medida.* Cuando se declara la caducidad de una medida con sustento en el artículo 207 del Código Procesal de la Nación, no podrá proponérsela nuevamente por la misma causa y como previa a la promoción del proceso. Quizá innecesariamente, la ley agrega que una vez iniciado éste, la medida podrá ser nuevamente requerida si concurriesen los requisitos de su procedencia.

[35] *Ob. cit.*, p. 190.

CAPITULO VII

NULIDAD

1. Conceptos preliminares 141
2. El principio general 141
3. Nulidad de la resolución 142
   - 3.1. Vicios concernientes a la génesis de la decisión 143
   - 3.1.1. El órgano jurisdiccional 143
   - 3.1.2. Las partes 146
   - 3.2. Vicios concernientes al contenido de la decisión 148
4. Nulidad del trámite 149
5. Nulidad de la medida y nulidad de la ejecución 152

Capítulo VII

NULIDAD

SUMARIO: 1. Conceptos preliminares. 2. El principio general. 3. Nulidad de la resolución. 3.1. Vicios concernientes a la génesis de la decisión. 3.1.1. El órgano jurisdiccional. 3.1.2. Las partes. 3.2. Vicios concernientes al contenido de la decisión. 4. Nulidad del trámite. 5. Nulidad de la medida y nulidad de la ejecución.

1. Conceptos preliminares. Entre dos cuestiones procesales, ¿puede una de ellas ser *más* procesal que la otra? La pregunta parece disparatada y seguramente lo es; pero de su respuesta dependía de alguna manera la inclusión o no del presente capítulo en este libro. Veamos un poco las cosas: cuando nosotros hablábamos de *pretensión* revocatoria cautelar, estábamos aludiendo, claro está, a un instituto procesal. Mas este instituto está tan ligado a la pretensión de fondo —al punto de garantizar su satisfacción— que de pronto nos resistimos a considerarlo un mero *instrumento*. Ya dijimos que tratándose de la protección de los llamados *intereses difusos*, la pretensión cautelar es un fin en sí misma, carácter que se transmite a la pretensión revocatoria. Y aun en la tutela de intereses personalizados, como lo es el levantamiento de un embargo mediante tercería, cabe alguna asimilación entre la forma y el fondo de la pretensión esgrimida. Pero la nulidad es otro asunto: se trata nada más que de las formas. De ahí que pudiera revestir alguna incoherencia sistemática la inclusión de oposiciones por vicios procesales en el trámite de revocación cautelar. La decisión de incluirlas se adoptó, maguer esa posible objeción, en razones quizá puramente estéticas: no nos resignamos a dejar un vacío en el catálogo de herramientas que la ley pone a disposición del accionado en trance de reclamar contra las medidas cautelares dictadas en su perjuicio. Asumimos, pues, toda la responsabilidad científica por la añadidura.

2. El principio general. Perteneciente al área de la teoría general del derecho, el instituto de la nulidad se asume en el proceso cautelar con análogas características a las de cualquier otro tipo de proceso. No hay reglas especiales que lo distingan. Por ello, el principio general de que la regularidad de las formas se ha establecido para asegurar el derecho de defensa, deberá inducirse en cada caso

con las mismas significaciones conceptuales.

En consecuencia, son aplicables a la nulidad del proceso cautelar los restantes corolarios del principio expuesto:

a) Las formas procesales son de carácter instrumental, por lo que su posible invalidez debe juzgarse atendiendo a la finalidad que en cada caso concreto están destinadas a satisfacer.

b) Las nulidades de procedimiento son relativas y, por lo tanto, confirmables, salvo que se hayan violado elementos esenciales del mismo.

c) Los vicios deben denunciarse en la instancia en que se producen.

d) El interesado en la declaración de nulidad debe alegar y probar la existencia de un perjuicio, demostrando de qué defensas le privó el acto irregular.

Respecto del instrumento procesal idóneo para reclamar la nulidad, es cuestión controvertida en la jurisprudencia y la doctrina. Un sector —sin duda mayoritario— se inclina por el incidente cuando se trata de cuestiones que preceden a la decisión, y del recurso si se quiere invalidar la decisión misma. En orden a las medidas cautelares no es fácil distinguir una situación de otra, y ello así, porque el trámite susceptible de atacarse no precede a la decisión, sino que la sucede[1]. De ahí que en nuestra opinión corresponda el incidente, salvo que se impugne el *contenido* de la resolución.

3. Nulidad de la resolución. Los vicios susceptibles de invalidar el auto que dispone una medida cautelar, conciernen a la gestación de la decisión, a su contenido, o a sus formas extrínsecas. No abor-

[1] "Los procesos de ejecución, empero, ofrecen la variante de que la sentencia definitiva debe complementarse con una actividad procesal ulterior que culmina con la entrega o transformación de los bienes embargados", sostiene PALACIO (*ob. cit.*, IV, p. 38) en analogía válida para el proceso cautelar.

daremos los relativos a estas últimas porque pertenecen al tema de los actos jurídicos procesales y no presentan en el caso ninguna característica especial.

3.1. *Vicios concernientes a la génesis de la decisión.* Si algo de lo que llevamos dicho en el curso de este trabajo merece ser enfatizado, es el debilitamiento del principio dispositivo en orden a las medidas cautelares. Recordemos que el artículo 196 del Código Procesal de la Nación admite la validez de las ordenadas por juez incompetente, siempre que hayan sido dispuestas de conformidad con las prescripciones del capítulo respectivo[2] ; que el artículo 204 del mismo código faculta al juez para disponer una medida distinta de la solicitada, o limitarla; que el artículo 220 autoriza el levantamiento de oficio cuando el embargo sea trabado sobre bienes que la ley exceptúa; etcétera. Empero, la oficiosidad no puede llegar tan lejos que se subrogue totalmente a la voluntad de las partes, vulnerando el derecho de defensa. En tal caso, el vicio invalidante se halla en la génesis misma de la decisión, y hasta allí deberá llegar el escalpelo de la nulidad para removerlo. Un ejemplo de oficiosidad inaceptable es el del embargo de un bien distinto al denunciado por la parte, habida cuenta que si el juez se halla autorizado para sustituir medidas, no lo está para sustituir bienes[3] .

3.1.1. *El órgano jurisdiccional.* La regla general en materia de competencia, es de que la atribuida a los tribunales nacionales es improrrogable (art. 1, CPN), y siempre que de la exposición de los hechos resultare no ser de la competencia del juez ante quien se de-

[2] Pensamos que la añadidura es superflua, en razón de que si la medida es dictada en violación a las prescripciones de la ley, ella será nula tanto si la dispone un juez incompetente como uno competente.

[3] Ver: IV, 4.2.

duce la demanda, deberá dicho juez inhibirse de oficio (art. 4, CPN); salvo en los asuntos exclusivamente patrimoniales, en los que no procede la declaración de incompetencia de oficio fundada en razón del territorio (art. 4, *in fine,* CPN).

Con sustento en tal regla, el artículo 196 del Código Procesal de la Nación aconseja a los jueces abstenerse de decretar medidas precautorias cuando el conocimiento de la causa no fuese de su competencia, recomendación que se nos ocurre ajena a la naturaleza de la norma jurídica, pues la ley no aconseja ni sugiere, sino que manda o prohíbe. La recomendación, por otra parte, carece de operatividad, visto que el párrafo segundo del mismo artículo declara la validez de la medida precautoria ordenada por juez incompetente, sujetándose a las disposiciones del capítulo, según llevamos dicho.

La polémica sobre el alcance de la excepción sigue abierta: mientras Ramírez limita la validez de la decisión cautelar sólo a la decretada por juez incompetente en razón del territorio [4], el resto de la doctrina la extiende a los casos de incompetencia por la materia, valor o grado[5]. Consideramos necesario un análisis más detenido sobre el punto.

a) *En razón del territorio:* no cabe la declaración de oficio, tratándose de asuntos exclusivamente patrimoniales, por lo que la medida decretada por juez incompetente será válida.

b) *En razón de la materia y el valor:* será válida en supuestos excepcionales, por motivos de suma urgencia y para resguardar el derecho reclamado[6]. "Podría decirse que sobre la plataforma común

[4] *Ob. cit.*, p. 26/27.

[5] DE LAZZARI, *ob. cit.*, p. 67 y siguientes.

[6] CNCiv., sala C; JA, Rep. 1983, p. 523, sum. 3. Así, el embargo preventivo puede ser dictado también por los jueces de paz en asuntos que por su cuantía corresponda a los jueces de primera instancia, en los partidos que disten más de 50 kilómetros del punto donde se hallen situados los tribunales competentes (C1a. Apel. Mar del Plata; La Ley, 123-911).

de la verosimilitud y el peligro en la demora, habrán de reunirse notas inusuales en torno de este último extremo, de una gravitación tal que no permitan recurrir al juez competente. Una suerte de medida cautelar dentro de las medidas cautelares. Una situación fáctica conforme a la cual sea necesario presentarse ante el primer juez que se tenga a mano, pues de lo contrario la frustración del derecho acaecería irremediablemente"[7].

c) *En razón del grado:* la regla *tantum appellatum quantum devolutum*, al adjudicar a los tribunales de alzada competencia para entender exclusivamente en el capítulo objeto del recurso, los priva del conocimiento de toda otra gestión. De ahí que no puedan decretarse medidas cautelares en segunda instancia. La solución parece dura, frente a la necesidad de un procedimiento expeditivo sustentado en los peligros de la demora. Incluso parece antifuncional, como si se pidiera un embargo preventivo en virtud de la confesión expresa o ficta producida en la Cámara. Mas ninguno de esos argumentos puede prevalecer sobre la estructura de los organismos jurisdiccionales, cuyas atribuciones en cuanto al ejercicio de la competencia son de orden público. Por otra parte, la ley asegura al litigante que pide o soporta una medida cautelar, el derecho a la doble instancia. Así resulta del último párrafo del artículo 198. En consecuencia, la decisión sobre una medida precautoria requerida directamente a la alzada, privaría a las partes de la posibilidad de revisión por mayor juez[8].

Resumiendo, las medidas cautelares dictadas por juez incompetente en razón del territorio, son siempre válidas; las dictadas por

[7] DE LAZZARI, *ob. cit.*, p. 69/70.

[8] ACOSTA, José V., *Procedimiento civil y comercial en segunda instancia*, II, p. 245. *Conf.:* STSF, S 2a. CC: Los tribunales de segunda instancia carecen de competencia originaria para pronunciarse respecto de la suspensión de un desalojo o de una medida de no innovar (J., 18-108).

juez incompetente en razón de la materia y el valor, tendrán valide. en tanto y en cuanto concurran circunstancias extraordinarias de urgencia y peligro en la demora; y las dispuestas por juez incompetente en razón del grado, son siempre nulas. Este último aserto nos conduce a otro aspecto de la génesis de la decisión judicial: el de la sentencia ya dictada por el juez de primera instancia. Siendo que devendría nula la medida en caso de ordenarse por el tribunal de alzada, no ocurre lo mismo con la que decrete el primer juez, aun habiéndose desprendido de los autos principales. Ello así, porque conserva —entre otros— el llamado *poder cautelar,* conforme lo dispone el artículo 166, inciso 3 del Código Procesal de la Nación.

Puede detectarse todavía una causa más de nulidad en la etapa de gestación de la medida precautoria: cuando se dicte antes de deducida la demanda si de la ley resultare que ésta debe entablarse previamente (art. 195, CPN), lo que sucedería en los casos previstos por los artículos 1295 y 1684 del Código Civil.

3.1.2. *Las partes.* De acuerdo a lo dicho *supra* (3.1.) el debilitamiento del principio dispositivo en materia de medidas cautelares no alcanza para subrogar totalmente al tribunal en la voluntad de las partes; el juez podrá disponer de oficio una medida distinta a la solicitada, o limitarla, o levantarla en circunstancias que la ley prevé; pero le está vedado decretarla[9]. Si lo hiciere, la resolución será nula. En consecuencia, la medida precautoria debe dictarse siempre a pedido de parte[10].

¿Puede el litigante requerir la medida sin patrocinio letrado? En el sistema del Código Procesal de la Nación la respuesta es nega-

[9] *Conf.:* DE LAZZARI, *ob. cit.*, p. 62.

[10] De ahí que el art. 166, inc. 3, CPN, citado más arriba, incurre en redundancia al facultar al juez, después de dictada la sentencia, para ordenar medidas precautorias "a pedido de parte".

tiva, según los términos del artículo 50, que impide a los jueces proveer ningún escrito en el que "...sustenten o controviertan derechos", teniéndoselo por no presentado y devolviéndoselo al firmante, si dentro del segundo día de notificada por ministerio de la ley la providencia que exige el cumplimiento de ese requisito no fuese suplida la omisión (art. 57, CPN). La solución es distinta en el Código de Buenos Aires, por no haberse derogado por la ley vigente el artículo 190, inciso 1 de la ley 5177, que exceptuaba del patrocinio la solicitud de medidas precautorias[11]. Tampoco en Santa Fe se exige el recaudo, de conformidad a lo previsto por el artículo 31, inciso 2. La ley cordobesa, en cambio, al no exceptuar la dirección letrada en caso de medidas precautorias (art. 17) debe adscribirse al régimen del Código Procesal de la Nación.

Ahora bien: suponiendo que no obstante la prohibición legal (en los códigos que la contemplan) se despachase la medida solicitada, sin patrocinio letrado, la resolución no es nula, como lo tiene declarado reiteradamente la jurisprudencia[12].

Las cosas son diferentes cuando se actúa por medio de apoderado: el artículo 46 del Código Procesal de la Nación manda se acompañen con el primer escrito los documentos que acrediten la representación invocada, acordando un plazo de veinte días si se alegare imposibilidad de presentarlos, bajo apercibimiento de tenerla por inexistente. A su vez, el artículo 48 admite la intervención del gestor en casos de urgencia, pero en el término de cuarenta días debe acompañarse el poder o ratificarse la gestión, y de no cumpli-

11 *Conf.*: MORELLO-SOSA-BERIZONCE, *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación*, t. II-A, p. 991; Ed. Librería Editora Platense-Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1984. DE LAZZARI, *ob. cit.*, p. 65/66.

12 La falta de patrocinio letrado no se halla sancionada con nulidad por la ley procesal (C. 2a. CCSF; J., 7-215). La falta de patrocinio letrado no produce *per se* la nulidad del acto que se ha llevado a cabo sin él, ni puede ser alegado por quien realizó éste (C. 1a. CCSF; J., 6-437).

mentarse estos extremos "será nulo todo lo actuado". De tal manera, la medida precautoria obtenida por quien no acredita su representación en los plazos legales, o no obtuviese la ratificación de los actos realizados, es nula de pleno derecho: si el gestor invocó la franquicia del artículo 48 del rito y no acreditó dentro del plazo su personería, es nulo todo lo actuado por él, sin que sea necesaria la resolución judicial que así lo declare [12-1].

Por fin, el segundo párrafo del artículo 195 del Código Procesal de la Nación impone al peticionante la obligación de expresar en el escrito: el derecho que pretende asegurar, la medida que pide, la disposición de la ley en que se funde y el cumplimiento de los requisitos que correspondan en particular a la medida requerida. El incumplimiento de tales extremos hace al *mérito* de la decisión cautelar y no a su forma, por lo que procederá la revocatoria o apelación directa, mas no la nulidad.

3.2. *Vicios concernientes al contenido de la decisión.* Las medidas cautelares deben ser ordenadas por auto o providencia sumariamente fundada [13], y en ausencia de todo fundamento procede su anulación [14]. El punto puede ser polémico, porque la ley no prescribe reglas especiales acerca de los enunciados que ha de contener la decisión cautelar. En algún momento antes de ahora dijimos que se trata de una *providencia simple* (III,2.1.1.) y que en razón de investir tal naturaleza escaparía a la necesidad de fundarlas, como es el caso de las sentencias definitivas e interlocutorias (art. 34, inc. 4, CPN). La doctrina, al estudiar el tema en trance de establecer qué recursos deben interponerse contra los autos que admiten o deniegan una medida precautoria, convino —no sin muchas vacilaciones

12-1 SC Buenos Aires; JA, 1978-III, p. 76.

13 *Conf.*: C1a. Civ. en Doc. y Loc. Tucumán; J.A., Rep. 1983, p. 525, sum. 18. PODETTI, *Tratado de las medidas cautelares*, p. 99/100, 2a. ed.

14 Ver jurisprudencia citada en notas 18 y 19 del Cap. III.

y alguna disidencia— en caracterizarlos como providencias simples. ¿Cuál es la razón, entonces, para exigir que deban ser sumariamente fundadas en los hechos y el derecho, y en sancionar con nulidad la omisión del fundamento? A nuestro modo de ver la respuesta tiene que buscarse en la virtualidad de ocasionar gravamen irreparable que tiene la decisión cautelar [15]. Si puede ser revisada por mayor juez, parece evidente que el control de su razonabilidad será posible sólo mediante el examen de sus fundamentos, y la falta de éstos, impide al justiciable determinar en la queja si ha sido privado de su derecho en nombre de la ley o por un mero acto de autoridad..

Debe señalarse, empero, que no siempre la ley guarda silencio sobre la necesidad de que el juez explicite los motivos que sustentan su decisión: por lo menos en una oportunidad, exige expresamente la fundamentación de la providencia cautelar, y es cuando se prorroga el plazo de duración de la intervención judicial (art. 225, inc. 3, CPN). De lo que se infiere que en su defecto, se produce la nulidad de la prórroga.

4. Nulidad del trámite. La ejecución de las providencias cautelares, salvo el caso del embargo, no se halla sujeta a formas explícitamente conminadas por la ley; por ello, las nulidades que se producen en esta etapa deben deducirse de los principios generales que rigen el proceso. O sea, corresponde en primer término invocar un interés legítimo y demostrar el perjuicio ocasionado por el acto irregular. En tal sentido se ha resuelto que el demandado, al promover la nulidad del mandamiento, debe cumplir los requisitos exigidos por el artículo 172 del Código Procesal de la Nación, expresando el perjuicio sufrido y el interés que procura proteger[16]. No es nulo, por lo tanto, el mandamiento de embargo diligenciado sin in-

[15] *Conf.:* PALACIO, *ob. cit.*, V, p. 13.
[16] CNCom., sala A; ED, 23-821.

tervención de letrado, habida cuenta que tal requisito no surge ni del texto ni del espíritu del artículo 56 del Código Procesal de la Nación[17]. En cambio se declaró nula la diligencia de embargo que se llevó a cabo sin comprobarse fehacientemente la existencia de cada mueble en el lugar, lo que ha impedido determinar con precisión cuáles fueron los bienes efectivamente embargados[18]. También es susceptible de nulidad el embargo que se trabe sobre otros bienes que no sean los involucrados en la decisión cautelar: la mera invocación de una supuesta subrogación real no cohonesta la traba de un embargo que debe reputarse indebido, por recaer sobre objetos distintos de aquellos respecto de los cuales se ordenó la medida. La interesada en la diligencia no puede, en forma unilateral y con olvido del procedimiento judicial que, en principio, es de insoslayable observancia en la materia, sustituir los bienes que, previamente determinados, debían ser motivo de la cautela[19]. Asimismo, el embargo de un bien que pertenece a quien no es el deudor, sino a una persona que había fallecido y cuyos datos personales no coincidían, hacen procedente el incidente de nulidad[20].

Existen aun otras circunstancias ante cuyo advenimiento corresponde decidir si el procedimiento cautelar se halla o no viciado: a) *Ignorancia del domicilio del ejecutado:* no procede diligenciar el mandamiento[21]. b) *Embargo por mayor suma de la debida:* conforme lo determina el artículo 531 del Código Procesal de la Nación, el oficial de justicia "procederá a embargar bienes suficientes, a su juicio, para cubrir la cantidad fijada en el mandamiento". ¿Qué ocurre si no obstante el embargo es excesivo? Previamente es preciso formular una aclaración: si el exceso atañe a la suma fijada en el

17 CNCiv., sala F; ED, 45-582.
18 CNCom., sala B; ED, 47-614.
19 CNCiv., sala D; ED, 58-154.
20 CNCom., sala C, en MORELLO, *Códigos Procesales...*, t. II, p. 815.
21 *Conf.*: PODETTI-GUERRERO LECONTE, VII-A, p. 202, Nro. 96.

mandamiento (por ejemplo, si en él se establece un total de ₳100 y el funcionario embarga hasta cubrir ₳ 110) la traba será nula, ya que sólo el juez está provisto de facultades para señalar el monto del embargo, y esas facultades no podrían ser usurpadas por un órgano auxiliar de la jurisdicción [22]. Pero si el exceso concierne a la cantidad de bienes que a criterio del funcionario debe embargarse para cubrir el monto dispuesto por el juez, pensamos que ello no es causal de nulidad, toda vez que la ley difiere el punto al "juicio" del oficial; queda de cualquier manera al ejecutado el derecho de reclamar la liberación de los bienes embargados en exceso. c) *Falta de denuncia del ejecutante y del deudor:* Podetti-Guerrero Leconte sostienen que puede trabarse embargo por iniciativa del oficial de justicia [23], criterio que no compartimos, pues si ni el mismo juez está autorizado a denunciar bienes de oficio, menos lo estaría su auxiliar. d) *Bienes que no están a la vista:* el embargo no se puede trabar sino a la vista del bien [24]. e) *Falta de notificación del embargo:* la ley dispone que no estando presente el deudor, el embargo se le hará saber dentro de los tres días siguientes al de la traba (art. 531, inc. 2). Pero la falta de notificación no causa su nulidad [25], quedando sólo en suspenso el plazo para recurrir.

Nos resta decir que si bien el artículo 198 del Código Procesal de la Nación, impide que la articulación de un incidente provoque que se detenga la ejecución de la medida precautoria, no obsta al planteamiento del incidente de nulidad, cuya resolución podrá tener efectos una vez que el embargo se trabó [26].

22 *Contra:* CNCiv., sala A; La Ley, 114-838, Nro. 10.064, aunque no hemos tenido acceso al fallo íntegro para precisar si se trata de la misma cuestión. En la síntesis se lee que en caso de reclamarse una suma distinta a la adeudada sólo cabe ajustar la sentencia a la suma realmente debida.

23 *Ob. cit.*, VII-A, p. 207, Nro. 98.

24 CApel. Santa Fe, CC, La Ley, 134-524.

25 FASSI, *ob. cit.*, II, p. 487.

26 CNCiv., sala D; La Ley, 133-977, Nro. 19.341.

5. Nulidad de la medida y nulidad de la ejecución. El artículo 545 del Código Procesal de la Nación dispone que "el ejecutado podrá solicitar, dentro del plazo fijado en el artículo 542, por vía de excepción o de incidente, que se declare la nulidad de la ejecución". El remedio acordado por la norma citada es distinto del que venimos estudiando: éste se refiere exclusivamente al procedimiento cautelar, independientemente del proceso al que resulte accesorio; aquél comprende —como lo dice el texto— a la ejecución. Por ello es que en sus dos incisos menciona la intimación de pago y la preparación de la vía ejecutiva, actos que aunque relacionados con la cautela, están fuera de ella.

Y así como los remedios son distintos, por ser diferentes sus respectivos objetos, también son distintas las consecuencias que resulten de uno y otro: cuando se anula la medida, ésta pierde validez inmediatamente que el auto respectivo quede firme; en cambio, cuando se anula la ejecución, el embargo se mantiene con carácter preventivo durante quince días contados desde que la resolución quede firme y caduca si en ese plazo la ejecución no se reinicia (art. 546, CPN).

CAPITULO VIII

LAS COSTAS EN EL PROCESO DE REVOCACION CAUTELAR

1. Principios generales 155
2. Costas en el trámite de levantamiento 157
3. Costas en el trámite de modificación 160
4. Costas en el trámite de caducidad 161
5. Costas en el trámite de la tercería 161
6. Costas en el trámite de la nulidad 163

Capítulo VIII

LAS COSTAS EN EL PROCESO DE REVOCACION CAUTELAR

SUMARIO: 1. Principios generales. 2. Costas en el trámite de levantamiento. 3. Costas en el trámite de la modificación. 4. Costas en el trámite de la caducidad. 5. Costas en el trámite de la tercería. 6. Costas en el trámite de nulidad.

1. Principios generales. Para obviar futuras confusiones distinguiremos desde el principio entre las costas del proceso cautelar y las costas del proceso de revocación cautelar: en el primer caso la medida no se resiste por el deudor; en el segundo existe controversia, cuestión litigiosa planteada mediante vía recursiva, incidental u ordinaria, sea para requerir el levantamiento de la medida, su modificación, sustitución, caducidad o invalidez. En el primer caso, entonces, no hay vencido y la imposición de las costas está supeditada a cuanto se resuelva en la cuestión principal motivante del litigio[1]; en el segundo puede o no haber vencido, por lo que las costas se vinculan exclusivamente con el resultado del trámite de oposición cautelar, siendo ajena a su distribución la suerte que corra lo principal. En este orden de ideas la regla objetiva del vencimiento, instituida por el artículo 68 del Código Procesal de la Nación es de aplicación al proceso de revocación cautelar como a cualquier otro

[1] CNTrab., sala I; JA, 967-I-139. *Conf.*: PEYRANO, Jorge W., *Compendio de reglas procesales en lo civil y comercial*: "Dentro del proceso cautelar tramitado sin oposición, no hay *vencedor* ni *vencido*, por lo que no cuadra en esa instancia que se condene en costas al cautelado. Recién cuando se encuentre firme la sentencia dictada en el principal se sabrá quién debe cargar con las costas del proceso cautelar (que no sería otro que el vencido en el juicio principal). Claro está que si el cautelado plantea alguna oposición dentro del proceso cautelar, deberá cargar con las costas respectivas si es que resulta *vencido*; condena en costas que será irreversible por más que a la postre sea *vencedor* en el principal" (p. 70, Nro. 226). *Conf.*: C1a. Civ. y Com. Tucumán: si bien es principio general que las costas de las medidas precautorias corresponde recién imponerlas cuando se decida el fondo del asunto, ya que toda actitud cautelar es accesoria, tal principio cede ante los trámites precautorios que tienen autonomía procesal y configuran una alternativa ya concluida del proceso, que no podrá ser alterada por la resolución de fondo, tal como el levantamiento de embargo, su sustitución y alternativas similares (JA, Rep. 1982, p. 195, sum. 42). En principio, en materia de medidas precautorias la carga de las costas correspondientes depende de la suerte del juicio principal, salvo cuando se justificó la causal invocada o la medida es cuestionada en sí misma (CNCom., sala B; ED, 8-525). Si la medida cautelar decretada ha sido obtenida mediante pieza separada y no como incidente de otro juicio, sin oposición del demandado, por no existir controversia no es de aplicación al caso el principio de la condena por la derrota, desde que no hay propiamente vencido (C. 2a. CC La Plata, sala II, en MORELLO, *Códigos Procesales...*, t. II, p. 374).

juicio[2]: la parte vencida debe pagar todos los gastos de la contraria, aun cuando ésta no lo hubiese solicitado. La vigencia del principio es coherente con lo prescripto por el artículo 199 del Código Procesal de la Nación: la medida precautoria sólo podrá decretarse bajo la responsabilidad de la parte que la solicitare, quien deberá dar caución por todas las costas y daños y perjuicios que pudiere ocasionar en caso de haberla pedido sin derecho.

En cuanto a las excepciones a la regla, los tribunales han acogido en algunas circunstancias, la causal del artículo 70, inciso 1 del Código Procesal de la Nación, esto es, cuando el vencido hubiere reconocido oportunamente como fundadas las pretensiones del adversario allanándose a satisfacerlas, aunque los pronunciamientos sobre el punto están lejos de eximir del pago de las costas a quien se hubiere conducido con abuso o exceso, y aun con mera negligencia.

Cabe acotar que siendo el incidente la vía más frecuentada para ejercer la pretensión revocatoria cautelar, ha desaparecido —a partir de la ley 22.434— la exención de costas prevista en el antiguo texto del artículo 69 del Código Procesal de la Nación, "cuando se tratare de cuestiones dudosas de derecho". Es decir, que la eximición de costas en el incidente sigue ahora la regla general de la segunda parte del artículo 68 y de los dos incisos del artículo 70. Pero habida cuenta que en los códigos provinciales no adaptados a la reforma —entre ellos el de Buenos Aires— subsiste la redacción del ex artículo 69, la causal que éste preveía *con exclusión de cualquiera otra,* mantiene toda su vigencia[3]. Ello, sin perjuicio de la tarea

[2] Procede aplicar las costas al actor que al haber formulado oposición al levantamiento del embargo que traba, resulta vencido (CNCom., sala B; La Ley, 1976-D, 642, Nro. 33.773). Dada la improcedencia de las medidas preparatorias las costas deben imponerse a la actora, vencida en el incidente (CNCiv., sala C; La Ley, 142-625, Nro. 26.409).

[3] Si los antecedentes del caso y la índole particular del ligamen jurídico que vinculara a las partes ha podido razonablemente inducir a la accionante a creerse con derecho a

del pretorio para armonizar ambos regímenes hasta que la legislación consolide las reglas elaboradas por el derecho judicial.

2. Costas en el trámite de levantamiento. Conforme a la regla objetiva del vencimiento, las costas se impondrán —en principio— de la siguiente manera:

a) Al beneficiario de la medida si ésta fuere levantada; pero dado que las causales de levantamiento reconocen muy diversas razones, según lo vimos en el Capítulo II, no en todas ellas será procedente la aplicación de las costas al acreedor. Por ejemplo, quien trabó un embargo fundado en el auto de procesamiento de su deudor, o de su rebeldía, o de una sentencia favorable en primera instancia, etc., lo hizo en base a un título que *al momento* de la traba era legítimo. Cualquier cambio de circunstancias que autorice el levantamiento no le será imputable, a menos que lo resista[4]. Las cosas ocurren de distinto modo cuando se demuestra que el requirente abusó o se excedió en el derecho que la ley le otorga; en tal caso, ni siquiera allanándose al contestar la vista del pedido de levantamiento de embargo corresponde se lo exima del pago de las costas devengadas por la incidencia [5]. Y hasta la simple negligencia genera costas al actor (acreedor beneficiario): el acreedor debe poner la

solicitar la medida precautoria requerida, aunque ésta haya sido rechazada, corresponde aplicar las costas en el orden causado (C. 2a. CC La Plata, sala II, en MORELLO, *ibidem*).

[4] Si el embargante, advirtiendo eventuales consecuencias de la errónea anotación de un embargo, solicitó el libramiento de un oficio para evitarlas, fijando el verdadero alcance de la medida precautoria, todo ello con anterioridad a la notificación de la cuestión planteada al respecto por el ejecutado, no resulta procedente el pedido de imposición de costas formulado por éste (CNCom., sala A; ED, 7-433). No procede condenar al pago de las costas al embargante de un bien aparentemente ganancial, que pidió el levantamiento del embargo, gestión que no aparece vinculada a un pedido de desembargo y que aunque se interpretara como un allanamiento al mismo, éste sería siempre oportuno, por no estar condicionado y no resultar que la causa que lo determina fuera conocida con anterioridad a la agregación, a los autos, de copia del título de propiedad (CNCom., sala B; ED, 6-599).

[5] CNCom., sala A; La Ley, 128-964, Nro. 15.937.

mayor diligencia posible al denunciar bienes a embargo como de propiedad del deudor y si no procede así, es indudable que la reclamación posterior del indebidamente embargado debe considerarse motivada por culpa del embargante, por lo que debe cargar con el pago de las costas consiguientes (arts. 69 y 70, inc. 1, Cód. Procesal)[6].

b) Al peticionante del levantamiento, si la medida fuere mantenida. En efecto, al obligar al embargante a resistir la petición, los trabajos que la incidencia provoque generan costas a cargo del que la promovió. Y aun cuando la medida se revoque, si la incidencia pudo evitarse por el deudor, las costas serán a su cargo, mediando allanamiento oportuno del embargante[7].

c) En el orden causado: ya se haga lugar al levantamiento de la medida, ya se la rechace, pueden concurrir circunstancias en que las costas no se impongan ni al beneficiario ni al deudor. Una de esas circunstancias —quizá la más relevante— se da en el caso de bienes en que no exista jurisprudencia uniforme sobre la embargabilidad del bien cautelado; el televisor, por ejemplo. La Cámara Nacional en lo Comercial, sala A, en fallo que se adecua a la causal de exención prevista por la última parte del artículo 68 del Código Procesal de la Nación, declaró que en el incidente de levantamiento de embargo las costas deben correr en el orden causado si en mérito a las características de los bienes embargados el ejecutante pudo creerse con derecho a oponerse al levantamiento solicitado por el deudor[8]. En

[6] CNCom., sala B; La Ley, 135-684.

[7] No desconociendo el incidentista que tuvo oportunidad de cuestionar el embargo antes de realizarse el secuestro y que el acreedor embargante se allanó oportunamente al desembargo por él pedido, corresponde al primero cargar con los gastos ocasionados por el secuestro y depósito: CNCom., sala D; La Ley, 156-829; Nro. 31.759.

[8] La Ley, 1978-B, 706, Secc. Jurisp. Agrup., caso 3171. *Conf.*: CNCom. sala A: corresponde declarar las costas de ambas instancias en el orden causado dadas las particularidades del caso y a que la actora pudo creerse con derecho a oponerse al levantamiento del embargo (La Ley, 136-109).

tal situación se pone en evidencia que no se da el caso previsto por el artículo 208 del Código Procesal de la Nación, o sea que la medida cautelar decretada no constituyó por parte del accionante ningún abuso de derecho[9].

La conducta del propio deudor es un dato que debe atenderse al momento de distribuir las costas: si la designación del martillero fue pedida por el ejecutante no obstante el carácter inembargable de los bienes a subastarse, y la ejecutada demoró su presentación para hacer valer esa circunstancia, haciendo así posible la designación pedida, corresponde decidir que las costas relativas a esa actuación deber pesar por mitades sobre una y otra parte, y por su orden las del pedido de levantamiento de embargo, por haber mediado allanamiento inmediato del embargante[10]. Y ya otra vez en materia de allanamiento, la Cámara Nacional en lo Comercial, sala A, decidió que si en oportunidad de llevarse a cabo el embargo, el presentante al ser designado depositario de los bienes embargados se limitó a manifestar que eran de su propiedad sin exhibir ningún comprobante de esa aserción y la actora, al evacuar el pedido de levantamiento de embargo formulado por vía incidental y ante la documentación acompañada se allanó a las pretensiones sin reserva alguna, la situación planteada encuadra analógicamente en el supuesto que contempla el artículo 70, inciso 2 del Código Procesal; por lo tanto corresponde imponer las costas devengadas en el orden causado[11].

Cuando el vencimiento es parcial y mutuo, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 71 del Código Procesal de la Nación, las costas se compensarán o se distribuirán prudencialmente por el juez en proporción al éxito obtenido por cada uno de ellos; de ahí que

[9] CNCiv., sala B; La Ley, 136-1054, Nro. 22.028.
[10] CNCom., sala B; La Ley, 125-758, Nro. 14.732.
[11] CNCom., sala A; La Ley, 153-421, Nro. 30.916.

atento al resultado de la incidencia en que de nueve bienes embargados prospera el desembargo sobre tres, deben imponerse las costas en sus dos terceras partes al demandado[12].

Y en fallo que no compartimos, la Cámara Nacional Comercial sala D, resolvió que deben aplicarse las costas en el orden causado si el acreedor pudo creerse con derecho a trabar embargo sobre el bien denunciado que se encontraba inscripto a nombre de un homónimo y así, además, no se opuso al pedido de desembargo[13]. El tribunal exhibe generosa indulgencia, en el caso, para quien no fue diligente en verificar otros datos de identidad del titular del bien, obligándolo de tal modo a litigar para obtener el levantamiento del embargo.

3. Costas en el trámite de la modificación. Cuando la modificación (ampliación, mejora, reducción o sustitución de medidas o de bienes) es reclamada por alguna de las partes, las costas deben imponerse al vencido en el incidente, a menos que medien las causales de exención previstas por la ley. En tal sentido se decidió que el peticionante de la inhibición general ha de soportar las costas del incidente de sustitución por embargo sobre determinado bien inmueble, no obstante su allanamiento, si la demanda fue dirigida contra herederos del deudor que por su condición de herederos beneficiarios no confunden su patrimonio con el del causante y no responden *ultra vires* por las deudas de la sucesión [13-1]. Mas aunque el incidente prospere, igualmente debe soportar las costas del pedido de sustitución de inhibición general por embargo sobre determinado bien inmueble, el peticionante de la medida cautelar que omite expresar, en su oportunidad, la inexistencia de bienes libres del

[12] CNCom., sala C; La Ley, 155-713, Secc. Jurisp. Agrup., caso 233.
[13] ED, 62-315.
[13-1] CCCR, sala 4a.; Rev. de Estudios Procesales, Nro. 27, p. 78, Nro. 86.

deudor y derechamente solicita la inhibición general de modo que la medida aparece decretada en medida superior a la que corresponde[13-2].

4. Costas en el trámite de la caducidad. Habida cuenta de lo dispuesto por el artículo 207 del Código Procesal de la Nación, en caso de caducidad de medidas cautelares las costas serán a cargo de quien las hubiese obtenido.

El tema fue abordado en el Capítulo VI (3.1.), lugar al que nos remitimos.

Los códigos de Santa Fe (art. 286) y de Córdoba (art. 1076) también ponen a cargo del embargante las costas causadas por el trámite de desembargo.

5. Costas en el trámite de la tercería. La última parte del artículo 97 del Código Procesal de la Nación, sanciona con el pago de las costas que originare su presentación extemporánea, al tercerista que dedujere la demanda después de diez días que tuvo o debió tener conocimiento del embargo o desde que se rechazó el levantamiento sin tercería. La imposición de costas al tercerista tardío procede aun cuando la parte vencida hubiera resistido sus pretensiones, pues se basa en la regla objetiva de la presentación tardía, distinta del principio objetivo de la derrota que se rige por la regla general[14].

En materia de costas en la tercería, cabe entonces efectuar el siguiente distingo: a) En principio, las mismas deben ser impuestas al vencido de acuerdo con el hecho objetivo de la derrota (art. 68, CPN); b) Sin embargo, el tercerista vencedor debe soportar las ori-

[14] CNCom., sala B; J.A., Rep. 1977, p. 154, sum. 47.
[13-2] CCCR, sala 4a.; ibidem, Nro. 85.

ginadas por su presentación tardía; c) En virtud de generar la tercería un litisconsorcio pasivo necesario (arts. 89 y 102, CPN), las costas se rigen por la preceptiva del artículo 75 del cuerpo legal antes mencionado[15].

Los casos particulares son resueltos por la jurisprudencia con arreglo a las pautas que se han estudiado respecto del levantamiento de la medida cautelar, las que, en general, se vinculan a la conducta procesal de las partes. El tercerista tiene el deber de invocar y probar tempestivamente la extraneidad del bien; el embargante, el de evitar incluir en la tutela bienes que no sean de propiedad del deudor.

Siguiendo tales lineamientos, se ha eximido de costas al embargante (que se allana), no obstante el levantamiento de la medida, cuando la documentación justificativa del dominio se presentó recién al interponerse la tercería[16]. Pero son a su cargo si en el momento de la traba, la persona con la cual se realizó la diligencia exhibió el contrato de sociedad que invocó para justificar la propiedad, por un tercero, de los bienes embargados, y sólo se allanó a la tercería una vez resuelta la excepción previa por él opuesta[17].

Muchas veces concurren todos los sujetos de la relación procesal para generar un trámite innecesario: el actor del juicio principal

[15] CNCom., sala D; ED, 97-707, Nro. 104.

[16] CNCom., sala B; ED, 10-648. *Conf.*: "Procede declarar las costas por su orden en el juicio de tercería, si el embargo trabado no aparece como una actitud infundada del embargante, ya que la actividad industrial de la deudora dentro del local ocupado por el establecimiento del tercerista y haciendo uso de las máquinas de éste, justifica la denuncia de los bienes, y si el embargante no había podido conocer la documentación presentada con la iniciación de la tercería, no acompañada al formularse un escueto pedido de desembargo en la ejecución" (CNCom., sala B; ED, 10-932).

[17] CNCom., sala B; ED, 18-164. *Conf.*: "El acreedor debe poner la mayor diligencia posible al denunciar bienes a embargo como de propiedad del deudor, y si no procede así, es indudable que la reclamación posterior del indebidamente embargado debe considerarse motivada por culpa del embargante, por lo que debe cargar con el pago de las costas consiguientes" (CNCom. sala B; ED, 30-308).

desapropia al deudor de bienes inembargables y pide la designación del martillero; el ejecutado, a su vez, demora su presentación haciendo valer la inembargabilidad. En tal caso, mediando allanamiento oportuno, las costas deben distribuirse por su orden entre quienes, con su conducta, dieron lugar a una contienda que pudo evitarse[18].

Y en alguna ocasión, el problema no se origina en las partes sino en un tercero ajeno a la contienda: corresponde imponer las costas en el orden causado si la oposición de los demandados a la tercería deducida se motivó en una información errónea del Registro de la Propiedad[19].

6. Costas en el trámite de nulidad. El artículo 74 del Código Procesal de la Nación, previene que *si el procedimiento se anulare por causa imputable a una de las partes, serán a su cargo las costas producidas desde el acto o la omisión que dio origen a la nulidad.*

El proceso de revocación cautelar queda sujeto a la regla explicitada en la norma transcripta. Normalmente, ni siquiera el allanamiento exime al causante de la nulidad[20], porque para repararla exige de su contraria una actividad que no habría sido menester de no mediar el error.

[18] CNCom., sala B; ED, 18-122.

[19] CNCiv., sala C; ED, 18-549. *Conf.:* "Si el monto por el cual no progresó la medida cautelar ha dependido en buena manera del prudente arbitrio judicial, no puede entenderse que haya mediado pluspetición" (CNCiv., sala A; ED, 23-192).

[20] *Conf.:* CNCiv., sala C; ED, 31-962; CNCom., sala C; ED, 27-156; CNCom. sala C; ED, 10-682; etcétera.

ACOSTA, José V., *Agravio irreparable*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1978.

—— *Diez años de jurisprudencia en materia procesal civil*, Santa Fe, 1980.

—— *Procedimiento civil y comercial en segunda instancia*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1982.

ALSINA, Hugo, *Tratado teórico-práctico de derecho procesal civil y comercial*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1965.

ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe*, Ed. Zeus, Rosario, 1973.

BUSTOS BERRONDO, Horacio, *Juicio ejecutivo*, 3a. ed., Ed. Librería Editora Platense, La Plata, 1981.

COUTURE, Eduardo J., *Estudios de derecho procesal civil*, 2a. ed., Ed. Depalma, Buenos Aires, 1978.

CUADRAO, Jesús, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Comentado y Concordado*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1969.

DE LAZZARI, Eduardo N., *Medidas cautelares*, Ed. Librería Editora Platense, La Plata, 1984.

FALCON, Enrique M., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Anotado, Concordado, Comentado*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1982/1985.

FASSI, Santiago C., *Código Procesal Civil y Comercial - Comentado, Anotado y Concordado*, 2a. ed., Ed. Astrea, Buenos Aires, 1980.

LEVI, Eduardo H., *Introducción al razonamiento jurídico*, Ed. EUDEBA, Buenos Aires, 1961.

LOUTAYF RANEA, Roberto G., *Medidas precautorias: forma de impugnación*, J.A., 1977-II, p. 657.

MARTINEZ CRESPO, Mario, *Procedimiento Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1983.

MAURINO, Alberto L., *Notificaciones procesales*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1983.

MERCADER, Amilcar, *Estudios de Derecho Procesal*, Ed. Librería Editora Platense, La Plata, 1964.

MORELLO, Augusto M., *Juicios sumarios*, Ed. Librería Editora Platense, La Plata, 1968.

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*, Ed. Platense y Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1971.

MORELLO, Augusto M., SOSA, Gualberto L. y BERIZONCE, Roberto O., *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación*, Ed. Librería Editora Platense y Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1984.

NOVELLINO, Norberto J., *Embargo y desembargo y demás medidas cautelares*, Abeledo-Perrot, 2a. ed., Buenos Aires, 1984.

PALACIO, Lino E., *Derecho procesal civil*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1970.

— — *Estudio de la reforma procesal civil y comercial*, 2a. ed., Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1982.

— — *Medidas cautelares y cosa juzgada*, Revista del Colegio de Abogados de La Plata, Año II, Nro. 4.

PEYRANO, Jorge W. y CHIAPPINI, Julio O., *Tácticas en el Proceso Civil*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1984.

PEYRANO, Jorge W., *Compendio de reglas procesales en lo civil y comercial*, Ed. Zeus, Rosario, 1983.

PODETTI, J. Ramiro, *Tratado de las medidas cautelares*, 2a. Ed., Ed. Ediar, Buenos Aires, 1969.

— — *Tratado de los recursos*, 2a. ed., Ed. Ediar, Buenos Aires, 1969.

RAMIREZ, Jorge O., *Medidas cautelares*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1979.

RODRIGUEZ, Luis, *Tratado de la ejecución*, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1984.

SAPPIA, Jorge J., *Régimen laboral de la industria de la construcción*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1982.

SATTA, Salvatore, *Derecho Procesal y Civil*, Ed. EJEA, Buenos Aires, 1972.

SILVA, Armando V., *Acción oblicua*, Enciclopedia Jurídica Omeba, Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1956.

SNOPEK, Guillermo, *Medidas cautelares en contra de la administración pública*, Ed. Librería Editora Platense, La Plata, 1985.

CODIGO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION

Artículo	Capítulo y número de parágrafo
1	VII, 3.1.1.
4	VII, 3.1.1.
6	I, 3.; V, 3.
34	VII, 3.2.
46	VII, 3.1.2.
48	VII, 3.1.2.
56	VII, 3.1.2.
57	VII, 3.1.2.; 4.
63	II, 2.3.
65	II, 2.3.; V., 1.
68	VIII, 1.; VIII, 2.
69	VIII, 1.; 2.; V, 2.
70	VIII, 2.
71	VIII, 2.
74	VIII, 6.
97	III, 2.3.; 2.3.1.; 2.3.5.; VIII, 5.
98	III, 2.3.1.; 2.3.2.
99	III, 2.3.3.; II, 2.11.
101	III, 2.3.1.; 2.3.4.; 2.3.5.; 2.4.; IV, 2.1.
102	IV, 2.; 2.1.
104	III, 2.3.5.; 2.4.

Artículo	Capítulo y número de parágrafo
133	VI, 2.1.
135	V, 3.
166	VII, 3.1.1.
172	VII, 4.
174	II, 2.1.
175	III, 2.2.; 2.3.1.; 2.3.5.; 2.4.
178	III, 2.2.1.; V, 4.
179	III, 2.2.1.
180	V, 4.
181	V, 4.; III, 2.4.
182	V, 4.
183	V, 4.;
195	VI, 2.1.; VII, 3.1.1.; 3.1.2.
196	VII, 3.1.; 3.1.1.
198	III, 2.1.; 2.1.1.; 2.3.3.; V, 6.1.; VII, 3.1.1.
199	VIII, 1.
202	II, 1.; 2.; 2.5.; 2.11.; III, 2.2.; 2.2.1.; 2.3.5.; IV, 2.; 4.1.; V, 1; VI, 2.2.; 2.5.
203	IV, 2.; 2.1.; 3.; 4.1; 4.2; 4.2.1.2.; V, 1.; 3.; 6.1.
204	I, 3.; IV, 3.; 4.1.; 4.2.; V, 1.
205	II, 2.10; IV, 4.2.1.1.; V, 1.
206	IV, 4.2.1.1.2.; 4.2.1.1.3.
207	VI, 1.; 2.; 2.1.; 2.2.; 2.3.; 2.7.; 3.; 3.2.; 3.3.
208	II, 3.; 3.1.; 3.2.; 3.4.; 3.5.; VI, 3.2.; VIII, 2.
209	II, 3.; 3.1.
212	II, 2.8.; 3.; 3.1.
213	IV, 2.; 3.
219	I, 3.; II, 2.12.; 2.12.1; III, 2.2.; 2.3.5.; 2.2.1.; IV, 4.2.1.1.3.
220	I, 3.; II, 2.12.; III, 1.; 2.2.; VI, 2.2.; VII, 3.1.
224	IV, 4.2.1.1.2.
225	VI, 2.4.; VII, 3.2.
226	IV, 4.1.1.1.
229	VI, 1.; 2.5.
231	VI, 1.; 2.2.

Artículo	Capítulo y número de parágrafo
239	III, 2.1.1.
242	III, 2.4.; V, 61.
244	III, 2.1.1.
253	III, 2.1.1.
319	III, 2.3.5.
535	IV, 2.; 4.2.1.1.3.
540	IV, 2.; 2.1.
541	IV, 2.; 2.1.
546	VI, 1.; 2.3.
588	II, 2.10.

Abuso del derecho, I, 3.; II, 3.; IV, 2.; 3.

Acción cautelar, I.1.

Administración judicial,
Cesación, VI, 2.4.

Anotación de litis, II, 2.10.
Extinción, VI, 2.5.

Auto de procesamiento
Revocación, II, 2.7.

Bienes inembargables
Levantamiento de oficio, I, 3.
Muebles de uso indispensable, II, 2.12.1.
Necesarios para el arte, oficio o profesión, II, 2.12.2.

Caducidad
Del embargo preventivo, VI, 2.3.
De pleno derecho, VI, 2.1.

Competencia
Medida decretada por juez incompetente, VII, 3.1.1.

Concurso civil, VI, 2.6.

Costas
En la caducidad, VIII, 4.
En el embargo, VI, 2.1.
En el levantamiento, VIII, 1.
En la modificación, VIII, 3.
En la nulidad, VIII, 6.
En la tercería, VIII, 5.

Daños y perjuicios
En caso de pedirse la medida sin derecho, VI, 3.2.

Defensa en juicio, VII, 2.

Derecho de retención
Sustitución, IV, 4.1.1.2.2.

Divorcio, VI, 2.1.

Embargo preventivo
Caducidad, VI, 2.3.
Extinción, VI, 2.7.
Sustitución, IV, 4.

Empresa
Bienes necesarios para su funcionamiento, IV, 4.2.1.1.2.

Escrituración
Levantamiento del embargo a su solo efecto, II, 2.10.

Establecimientos industriales o comerciales
Bienes exonerados de embargo, IV, 4.2.1.1.3.

Fianza
Sustitución, IV, 4.1.1.2.1.

Incidente
De levantamiento, III, 2.2.
De modificación, V, 1.
De nulidad, VII, 2.

Inhibición
Extinción, VI, 2.7.
Sustitución, IV, 4.1.1.1.

Intervención judicial
Caducidad, VI, 2.4.
Procedencia, IV, 4.2.1.1.2.

Juez
Facultades, I, 3.

Levantamiento
Hipótesis, II, 2.
Trámite, III, 1.

Medidas cautelares
Ampliación, IV, 1.
Mejora, IV, 2.
Mutabilidad, IV, 1.
Provisionalidad, II, 1.
Reducción, IV, 3.
Sustitución, IV, 4.1.
Suspensión, VI, 2.6.
Prohibición de proponerla nuevamente, VI, 3.3.

Notificación
Del acreedor, VI, 2.1.
Del deudor, I, 1.

Nulidad
Del procedimeinto, II, 2.1.
De la decisión cautelar, VII, 3.2.
Del trámite cautelar, VII, 4.
De la medida dictada antes de deducirse la demanda, VII, 3.1.1.

Orden público cautelar, I, 3.

Patrocinio letrado, VII, 3.1.2.

Peligro
De pérdida o desvalorización, IV, 4.2.1.1.1.

Petición de herencia, IV, 3.

Pretensión revocatoria cautelar, I, 1.

Proceso cautelar, I, 1.

Prohibición de contratar, VI, 2.2.

Prueba
Del derecho del tercero, III, 2.4.
De la insuficiencia o exceso de la medida, V, 4.

Rebeldía
Cesación, II, 2.3.
Revocación, II, 2.4.

Recurso
De apelación, II, 2.1.1.
De revocatoria, III, 2.1.1.
Extraordinario, V, 6.2.

Responsabilidad
Del peticionante de la medida, VI, 3.2.

Secuestro
Sustitución por fianza, IV, 4.1.1.2.1.

Sentencia
Adversa al embargante, II, 2.8.

Sustitución
De medidas, IV, 4.1.
De bienes, IV, 4.2.

Tasa de justicia, II, 2.6.

Tercero
Que recurre de la medida, III, 1.

Tercería, III, 2.3.

Verosimilitud
Del derecho alegado en la tercería, III, 2.3.1.