

LA OPOSICIÓN INCIDENTAL COMO MEDIO IMPUGNATIVO EN EL ÁMBITO DEL PROCESO CAUTELAR

por

Santiago Labat Pérez-Gomar y Alejandro Santi Estefan

1. PROPÓSITO:

El presente trabajo tiene por finalidad plantear una problemática cotidiana a la que se enfrentan abogados y jueces. Los primeros por ver cercenadas las posibilidades de defensa de sus patrocinados y los segundos, al encontrarse *prima facie* impedidos de impartir debida justicia sin violar el texto de la Ley, que, con aparente vocación universal regula una cuestión que a juicio de los suscritos resulta disfuncional al momento de su aplicación bajo el presupuesto fáctico que se referenciará.

La cuestión que será analizada trata acerca de la limitación en la iniciativa probatoria para la impugnación de la medida cautelar tramitada unilateralmente y en forma previa a un proceso de conocimiento (v. g. ordinario, extraordinario, monitorio).

La limitación probatoria surge de que el medio impugnativo establecido aparentemente a texto expreso por la Ley es la vía recursiva (art. 315 CGP). Adicionalmente, se pretende también valorizar la vigencia del carácter revisivo de la segunda instancia.

2. NATURALEZA DE LA SENTENCIA QUE DISPONE UNA MEDIDA CAUTELAR PREVIA

La Sentencia que dispone una medida cautelar es, siempre y necesariamente, una interlocutoria simple.

Ello porque, dicha providencia tiene contenido decisorio, sobre una cuestión distinta pero vinculada con la principal, de ahí su carácter de interlocutoria. La decisión no obsta a la prosecución del proceso, es decir, del proceso en que se sustanciará o se sustancia la cuestión principal que con la cautela se pretende asegurar. Ciertamente es que esta Sentencia pone fin al proceso cautelar previo, pero ello, a juicio de los suscritos, no habilita a considerarla como interlocutoria con fuerza de definitiva y mucho menos como definitiva. Precisamente, porque la definitividad de este tipo de providencias recae sobre la tramitación del proceso en el que se ventila una pretensión principal. Es decir, la Sentencia interlocutoria con fuerza de defini-

tiva, resolviendo la cuestión incidental, agota el debate, sobre su objeto propio y sobre el principal.

Por lo que viene de decirse, cuando la medida cautelar es previa, dada la inexistencia de un proceso principal, que precisamente se asegura con esta medida, la interlocutoria que la resuelve nunca tendrá “fuerza de definitiva”, desde que no tiene tampoco objeto pasible para el despliegue de esa fuerza.

A mayor abundamiento, y a vía de ejemplo, sería una Sentencia interlocutoria con fuerza de definitiva, la que en un proceso ordinario decidiera favorablemente la excepción de cosa juzgada. Sin embargo, la ocurrencia de una hipótesis de tal naturaleza resulta ontológicamente imposible en un proceso cautelar, que por definición, no es principal, puesto que su finalidad es siempre asegurativa y por ello accesoria (1). Cuando, como en el caso, ésta accesoria se presenta en forma futura y condicionada (plazo de caducidad, art. 311 CGP) no podría la Sentencia poner fin a un proceso que aún no ha comenzado. Aún en el caso en que el trámite del proceso principal fuere concomitante o simultáneo y “corra” por pieza separada, esta relación se mantiene y sabido es que el levantamiento de la medida, por ejemplo, no pondría nunca fin al proceso principal.

Según la presente línea argumental resulta irrelevante el hecho de que ésta sentencia ponga fin al proceso cautelar, para categorizarla como interlocutoria con fuerza de definitiva, y la inexistencia de proceso principal, como se expuso, lejos de acercarla a la referida categoría, afianza el criterio sostenido, cual es: su naturaleza de interlocutoria simple.

3. VÍA INCIDENTAL PARA LA INTRODUCCIÓN DE CAMBIO DE CIRCUNSTANCIAS (REBUS SIC STANTIBUS)

Contestes son doctrina y jurisprudencia respecto de la naturaleza “rebus sic stantibus” del objeto del proceso cautelar (2) (3).

Como es sabido, según esta teoría es posible la realización de un nuevo proceso, en virtud de la modificación de la “causa petendi”, que ameritó el dictado de la Sentencia, siempre que la estructura del nuevo proceso ofrezca las mismas o mayores garantías que la de su antecedente.

(1) Vescovi Enrique “*El proceso cautelar, como enseña toda la doctrina es accesorio. Como ha dicho Calamandrei en su libro, que debe ser el principio de todo estudio sobre el tema, es de carácter instrumental, esto es sirve a la realización de otro proceso que es principal. Esta instrumentalidad determina que, salvo excepciones, el proceso cautelar no tenga existencia autónoma...*” (RUDP 1/ 85 p. 12, en “Reunión científica – Problemática del Proceso Cautelar”).

(2) Marabotto, Jorge. “Nos parece que si han pasado en autoridad de cosa juzgada (formal) o ha precluido la posibilidad de su impugnación, por vía de recursos, solamente las medidas pueden ser revocadas en la medida en que cambian las circunstancias que dieron motivo a su adopción, pero no en otro caso” (RUDP 1/ 85 p. 19, en “Reunión científica – Problemática del Proceso Cautelar”).

(3) “La Sala ha sostenido que por su naturaleza instrumental y asegurativa, la decisión sobre medidas cautelares puede adoptarse inaudita altera pars, siendo así revisable por dos vías recursos nominados e incidente, cf. art. 311 a 313.4, 315 y ccs. CGP (Sent 90/2000), sin perjuicio de que deba acudir a la vía recursiva cuando se sostenga que el proveimiento cautelar no se habría ajustado a requisitos de fundabilidad y de admisión... Señaladas las vías escindibles desde el punto de vista procesal, se acuerda que el proceso cautelar se rige en puridad por el principio del “rebus sic stantibus” el punto deriva en que es la vía incidental la útil a los fines de obtener el cese y/o la modificación de la medida previa cuando irrumpen circunstancias que cambian el estado de cosas que existía al decretarla; tanto, que habrá un objeto de proceso puntual; los hechos modificativos que, en lo virtual, desplacen la medida”. T. 7º Bello, Rodríguez Caorsi, Troise (r). RUDP 4/2003 Caso 242.

Esta tesis doctrinaria se encuentra recogida en el art. 313 CGP, que en su numeral 4º otorga el poder – deber al Juez de “*disponer de oficio o a petición de parte, la modificación, sustitución o cese de la medida cautelar adoptada, siguiéndose en el caso de la petición y para su sustanciación el procedimiento de los incidentes*”.

Es decir que, el Juez podrá siempre modificar o incluso decretar el cese de la medida dispuesta, cuando existan cambios en las circunstancias fácticas que tuvo en cuenta al momento de acoger la pretensión cautelar (v.g.: hechos nuevos). Esta lectura del artículo es la que resulta de su interpretación armónica con lo dispuesto en los artículos 315.3 y 216 CGP.

Como viene de verse, nuestro Código ha previsto el proceso incidental como continente de la sustanciación de este cambio de circunstancias, siempre que el mismo fuere denunciado por la parte.

4. IMPUGNACIÓN DE LA SENTENCIA INTERLOCUTORIA QUE DISPONE UNA MEDIDA CAUTELAR

Resuelta la cuestión acerca de su naturaleza jurídica, corresponde analizar el régimen de impugnación de esta clase de providencias.

Naturalmente, al ser sentencia interlocutoria admite recursos de aclaración y ampliación (244 CGP), así como el de reposición (245 CGP) y apelación (250 CGP). Respecto del recurso de apelación, en sede de Proceso Cautelar el legislador previó expresamente su procedencia en el art. 315.3 CGP, estableciendo que “*la providencia que decreta una medida o dispone su sustitución por otra será apelable sin efecto suspensivo*”. Esta norma confirma el criterio sustentado respecto de la naturaleza de la providencia de referencia. Por ello, de considerarla interlocutoria con fuerza de definitiva a la hora del estudio de su apelación, el efecto de la misma debería ser suspensivo, solución que resulta contraria al criterio del legislador, solución, que a la luz del art. 18 de la Constitución y 16 CGP resultaría inadmisibles.

En el elenco de recursos contra la providencia objeto de este trabajo, no se incluye el recurso de casación, desde que el art. 269 CGP excluye a texto expreso a las Sentencias de segunda instancia que revisan la disposición en primera instancia de una medida cautelar. Norma que podría llegar a considerarse superabundante puesto que esta clase de sentencias resultan ajenas al elenco de providencias naturalmente susceptibles de recurso de casación (cfr. art. 268 CGP). No obstante, el art. 269 CGP parece responder a una finalidad de política legislativa respecto de los asuntos susceptibles de casación, más que al reflejo de una posición acerca de la naturaleza jurídica de las sentencias excluidas. Otra interpretación haría incompatible su lectura lógico-sistemática en coordinación con la norma específica del art. 315.3 CGP.

5. INICIATIVA PROBATORIA

Conforme se vio en los dos apartados anteriores, las hipótesis en que puede verificarse el decaimiento de la medida cautelar (sin perjuicio de la caducidad de treinta días respecto a la presentación de la demanda principal), son el acogimiento de recursos interpuestos contra la

misma (reposición y apelación), o el cese dispuesto por la vía del “rebus sic stantibus” (proceso incidental).

Corresponde entonces el análisis de la iniciativa probatoria de la parte afectada en ambos casos.

En el caso del proceso incidental “rebus sic stantibus” que persigue el cese o modificación de la medida cautelar (por naturaleza no impugnativo), rigen los principios generales en materia de prueba, especialmente, el de libertad en la prueba.

En el caso de los recursos tendientes a la revisión de la decisión cautelar (medio impugnativo), los medios de prueba de que dispondrá el recurrente corresponderán a los previstos para cada uno de los distintos recursos.

Reposición → 245 a 247 prueba amplia.

Apelación → 254. 4 documentos de fecha posterior a la conclusión de la causa o anteriores, cuando, en este último caso se afirmare no haber tenido conocimiento de la misma, circunstancia que apreciará el Tribunal para admitir o rechazar la prueba. A tal efecto podrá requerir o recabar la información sumaria que la acredite.

6. RESTRICCIÓN PROBATORIA EN SEGUNDA INSTANCIA

La restricción probatoria del art. 253.2 apartado 2, supone que la providencia recurrida es resultado de un contradictorio pleno, donde existió la debida oportunidad para las partes en la deducción de la pretensión y su oposición, tanto en la alegación como en la prueba.

La locución “*conclusión de la causa*” resulta denotativa de esa hipótesis o presupuesto fáctico tenido en cuenta por el legislador, ya sea la “causa” incidental y por ello decidida a través de Sentencia Interlocutoria, ya sea principal decidida a través de la Sentencia Definitiva. La misma refiere a la oportunidad en que se retira el Tribunal para dictar la Sentencia (art. 193.1), momento preclusivo para el ofrecimiento de prueba conocida y lograda con anterioridad al mismo (prueba de hechos nuevos y superviniente).

No obstante, puesto que la interlocutoria que decide una medida cautelar sustanciada *inaudita altera pars*, no contó por ello, con el control de coordinación efectuado previamente a la Sentencia por el afectado, podría considerarse inaplicable a la especie el límite temporal citado, ya que la causa no puede considerarse concluida cuando precisamente, por la vía del recurso recién se oirá al afectado, que en esta oportunidad tendría su primer momento hábil para el ofrecimiento de prueba. Por ende, al establecer la vía recursiva de la apelación como medio impugnativo de la medida cautelar, el legislador fracciona el contradictorio difiriendo la contradicción para la segunda instancia.

De lo que viene de decirse resultaría que de realizarse una correcta calificación del supuesto fáctico normado por el artículo 253.2 apartado 2) corresponde advertir que los límites temporales fijados a la iniciativa probatoria no serían aplicables a la apelación de estas sentencias, puesto que: a) no son resultado de la dilucidación en contradictorio pleno y b) por

ello, no puede decirse que se haya verificado conclusión de causa alguna, cuando es recién con el recurso, abierta la segunda instancia, que culminará la sustanciación del proceso.

En general, nuestro legislador ha sido sumamente cauto al momento de respetar la naturaleza revisiva de la apelación, evitando la reproducción de la sustanciación del trámite en la segunda instancia. Al ser necesariamente revisiva de la primera instancia, la prueba resulta lógicamente excepcional y por lo tanto limitada. Ahora bien, si en la hipótesis que se examina la segunda instancia tramita la defensa del proceso cautelar, entonces, para estos casos la apelación pierde su naturaleza revisiva para transformarse en una instancia de sustanciación (4) (5).

Si el legislador hubiera pretendido apartarse del criterio de la naturaleza revisiva de la apelación en el art. 315 CGP, respecto de la vía para el ejercicio de la defensa (alegación) ante la imposición de una medida cautelar, debería haber reproducido una norma en consonancia para la introducción de prueba en apoyo a esas alegaciones y no librar su regulación a un sistema general que responde a un presupuesto fáctico diverso.

Prosiguiendo, si inexorablemente el contradictorio se verificó en su plenitud, una vez dictada la Sentencia de segunda instancia de este proceso cautelar, resultaría vulnerado el principio de la doble instancia (art. 22 CGP). Ello porque, como es sabido, dicha sentencia no admite recurso alguno (sin perjuicio de los recursos de aclaración y ampliación). No se pretende aquí la creación artificiosa de una suerte de apelación de la apelación, sino simplemente se procura la exposición de los motivos por los cuales la vía recursiva resulta notoriamente inadecuada para el ejercicio del derecho de defensa. Tampoco se pretende la vulneración de la garantía que supone el secreto inicial de la medida para su promotor, sino simplemente asegurar un tratamiento igualitario para el afectado.

Nuestro ordenamiento procesal conoce otras estructuras procesales (procesos de conocimiento), en las que se dicta sentencia inaudita altera pars (monitorios, providencia con citación), pero, en todas esas hipótesis la defensa, más o menos limitada, se produce antes de abrirse la segunda instancia y, en general, con libertad probatoria. Ello implica que la sustanciación de la cuestión debatida se produce en su totalidad en la primera instancia, con

(4) "La finalidad del recurso ordinario de apelación es la revisión por el órgano superior de la sentencia del inferior tendiente a la reparación de los errores del juicio de aquella (*in iudicando*), en la actualidad al resultar subsumido el recurso de nulidad en la apelación, también los errores por eventuales desviaciones virtuales (*in procedendo*), en este caso siempre que no haya mediado subsanación; pero no un mecanismo que habilite la revisión total de la instancia anterior (arts. 116, 127 y concordantes CGP; 13 Ley 16.011; Vescovi, Derecho Procesal Civil ps. 70 y ss., 74 y ss, 137; Jardí en Curso sobre el CGP, IUDP, T.II, p. 9 y ss). La apelación en el fondo ya no pretende lo que se requería en el accionamiento sino que intenta ahora atacar o invalidar la decisión operada después del accionamiento, por encima, además, de las normas que rigen en materia de recurrencia de los actos administrativos." (RUDP N° 4/2001, c. 323, T. 1° Sent. 97/2000).

(5) "Nuestra legislación, recoge la tradición hispánica de la multiplicidad de instancias, principio que ha sufrido diversas atenuaciones... La doble instancia si bien no se ha consagrado expresamente como principio constitucional y así lo ha declarado nuestra Suprema Corte de Justicia significa de todos modos uno de los elementos configurantes del derecho de defensa en juicio... para expresarlo con palabras de Couture es una garantía para el justiciable. En todo caso, constituye un predominio de la razón sobre la autoridad. Actualmente las normas que regulan el principio a texto expreso son: a) Pacto de San José de costa Rica-convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 8° b) Código General del Proceso... arts. 22.3 y 241... En consecuencia, y como lo han afirmado Torello y Vescovi el principio es la posibilidad de recurrencia y la doble instancia, salvo las excepciones expresas que deben emanar claramente de la ley. Lo esencial del recurso es la impugnación de la resolución perjudicial para que un Juez superior la revise. El objeto es lograr la destrucción de lo resuelto (el llamado *iudicium rescindens*) para reemplazarlo o sustituirlo por otra decisión (*iudicium rescisorium*)..." Jorge Carlos Perera. Apelación y Segunda Instancia. Proceso Civil y Penal. Ed. Amalio M. Fernández 1994. Págs. 25 a 28

la posterior posibilidad de revisión en sede de apelación. En estas hipótesis la apelación introduce los agravios que genera la decisión del primer grado y no contiene la deducción de la contestación. Lo curioso del caso es que, al menos adjetivamente, se encuentra en mejor situación de ejercitar su defensa, el incumplidor de un vale demandado en juicio ejecutivo, o el deudor de tributos, el ocupante precario o el cónyuge con sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada por tentativa de homicidio de su consorte, que el afectado por una medida cautelar dictada inaudita altera pars.

Por lo que viene de decirse puede fácilmente sostenerse que la solución que podríamos denominar del “incidente” cuya fundamentación se pretende por medio del presente, no contraría el sistema de impugnación general de nuestro Derecho Procesal, ni violenta el artículo 315 del propio C.G.P. Considerar al recurso como único medio impugnativo previsto, solucionando el problema de la limitación en la iniciativa probatoria de la segunda instancia por la vía de su ampliación, en base a principios generales, si bien no violenta el artículo 315 CGP, sí y radicalmente, soslaya el artículo 254 apartado 4) que por su texto y ubicación sistemática es de interpretación restrictiva. Sin olvidar que en, su aplicación práctica libra la cuestión al decisor de segundo grado, cuya postura será conocida recién a posteriori. Si la sentencia de segunda instancia, en aplicación de la ley, rechaza la prueba ofrecida, la parte ya no tendrá forma alguna de lograr la consideración de su prueba y no dispondrá tampoco de medio de impugnación ya que el único ha sido infructuosamente agotado (6).

Siguiendo el mismo enfoque pragmático si por el contrario, la alzada admitiera la prueba, diversa a la documental, ofrecida por el recurrente (v.g. Prueba Pericial, Inspección Judicial, Reconstrucción de Hechos, Prueba por Informe, Testimonial) se verificaría en la práctica por ejemplo que los Ministros de un Tribunal de Apelaciones sustancien el expediente tal como compete, de regla a los magistrados de primer grado. Consecuencia que muy seguramente no haya sido la querida por el legislador al regular la apelación.

En la posición que propone el recurso como único medio impugnativo, la protección que la Ley parece buscar del “fumus bonis juris” resultaría mayor a la otorgada a documentos que gozan de una considerable fehaciencia inicial. Esta finalidad tuitiva responde principalmente a la inferioridad de condiciones en que se encuentra el actor de la medida cautelar, que si bien se verifica la mayoría de las veces, otras tantas no, hipótesis estas últimas en las que el actor cautelar se sirve de este mecanismo introduciendo de mala fe una pretensión que encubre una finalidad extorsiva. Basta para ello investigar someramente en la práctica forense la abundancia de medidas cautelares trabadas en litigios cuya principal finalidad es lograr la transacción con el co-contratante, que afectado por la medida, se encuentra en una posición negocial altamente perjudicada.

(6) El profesor Alejandro Abal Oliú ha oportunamente expresado: “... que la ciertamente existente limitación en materia de prueba que se acompaña a los recursos (particularmente la apelación), señalada inicialmente por Torello, perjudica injustamente a quien recurre sin haber antes podido ofrecer pruebas. Pero el remedio para ello no será la tramitación de la impugnación de la resolución por la vía incidental – lo cual contrariaría el sistema de impugnación general de nuestro Derecho Procesal, y además el art. 315.3 del propio C.G.P.- sino la que resulta por integración a través de los principios generales: el recurrente en materia de medidas cautelares, cuando la resolución impugnada por él se tramitó sin su intervención (esto es, unilateralmente), tendrá la más amplia posibilidad probatoria. RUDP 1/2001 pág. 19 y ss. en “Apelación de resoluciones sobre medidas cautelares”. Posición antes sustentada por el autor en: “Derecho Procesal” T. I. pág. 93 y 94; así como en “Proceso Cautelar y Proceso provisional”; y en Curso sobre el Código General del Proceso Tomo II, pág. 84. Ed. FCU.

7. ALCANCE DEL ARTÍCULO 315.3

Planteadas que han sido las dificultades de interpretación y coordinación del artículo 315 CGP con las normas sobre trámite del recurso de apelación, resulta necesario proceder a su armonización a través de su lectura lógico-sistemática, de manera de despejar cuál es el régimen impugnativo aplicable, evitando soluciones casuísticas, que vulneren el texto legal o que libren la cuestión a la discrecionalidad del magistrado. Para ello deberá procurarse encontrar dentro del texto de la ley la forma de resolver la cuestión, y no sólo “la forma”, sino la que a juicio de los suscritos deba ser la “mejor” forma de resolverlo puesto que a esa interpretación obliga el artículo 14, desde que ordena tender a la efectividad de los derechos sustanciales y a aplicar la norma preservando las garantías constitucionales del debido proceso y de la defensa en el mismo.

Por otra parte la solución como adelantáramos debe ser uniforme, general, y abstracta, y por tratarse de una cuestión que atañe a la estructura del proceso cautelar debe necesariamente provenir de la Ley (art. 18° Constitución, art. 16 del CGP).

Ingresando en la cuestión, el artículo 315.3 párrafo primero, del CGP, no determina al legitimado para impugnar la medida, simplemente establece: “La providencia que admita o deniegue una medida cautelar será recurrible mediante reposición y apelación. También lo será toda otra providencia modificativa de la medida...” y hace hincapié, según se expuso inicialmente, en el efecto no suspensivo del recurso.

Conviene ahora identificar las diferentes providencias posibles y susceptibles de la aplicación de la regla citada:

- a) Providencia que “admita o deniegue” una medida cautelar tramitada en forma bilateral. Suponiendo la existencia de un contradictorio pleno que agota la instancia, la aplicación del artículo 254.4 no presenta mayores dificultades. Estarán legitimados para ejercer la facultad impugnativa a través del recurso de apelación, ambos litigantes, sin perjuicio de la posible impugnación de terceros afectados (según posición que se tome respecto del alcance subjetivo de la cosa juzgada, 218 CGP).
- b) Providencia que rechaza *in limine* la demanda cautelar – en aplicación del artículo 24 numeral 1° del CGP – naturalmente el único agraviado será el actor y por ello él es el único legitimado para la introducción del recurso que por lo mismo no se sustancia con traslado a la contraparte, para quien la reserva debe mantenerse.
- c) Providencia que pone fin al incidente introducido por el afectado por una medida cautelar admitida inicialmente en forma unilateral, que resuelve sobre la admisión o rechazo de la medida. Se adelanta aquí que la vía incidental debe considerarse de principio para la impugnación de la medida desde que es la única que permite la sustanciación de la cuestión en la primera instancia y con ello habilita a considerar concluida la causa bajo la competencia del a-quo. Serán legitimados para recurrir ambos litigantes y terceros con la salvedad referenciada en el apartado a).

8. EL INCIDENTE COMO MEDIO IMPUGNATIVO

Por las ya expuestas dificultades de armonización que presentan los textos de los artículos 253.2 254.4, y la naturaleza revisiva de la segunda instancia, a juicio de los suscritos, el precepto contenido en el artículo 315.3 no resulta aplicable a la impugnación por el afectado de la providencia cautelar dictada inaudita altera pars, al menos no de manera inmediata. No existe en el Código norma específica que regule el trámite de este recurso en particular, concretamente en lo que refiere a su principal consecuencia práctica, esto es, los límites a la iniciativa probatoria, uno temporal (conclusión de la causa) y otro material (medios admisibles).

El mismo artículo, sin embargo, en su primer inciso refiriéndose específicamente a la medida cautelar tramitada en forma unilateral alude a la introducción del incidente por su destinatario, aclarando el efecto no suspensivo del trámite.

Indudablemente, si el legislador previó esa hipótesis, aunque para prevenir contra las posibles maniobras dilatorias, quiere decir que supuso la admisibilidad del incidente como medio de impugnación para el caso. De regla los incidentes carecen de efecto suspensivo, así lo establece a texto expreso el art. 319 del CGP, por ende no puede considerarse que la prevención antedicha constituya el objeto exclusivo de la norma recogida en el 315.1. En esta línea argumental, podría sostenerse que la inclusión de la posibilidad del incidente carecería de sentido si se entiende que la exclusiva e inexorable vía impugnativa de la providencia inicial que hace lugar a la medida, fuera la recursiva.

Si se entendiera que la previsión del incidente alude al que se introduce *rebus sic stantibus* mediante, resultaría superabundante, como se expresó la norma que recoge esta hipótesis es otra, la preceptuada en el 313.4, máxime si se tiene en cuenta que el cambio de circunstancias que se introduce con el incidente *rebus sic stantibus* no participa de la naturaleza de un medio impugnativo, como para constituir la materia regulada por el artículo, cuyo nomen iuris es: “Recursos”. Por ello resulta, al menos a juicio de los suscritos, que el incidente al que se hace mención en el 315.1 es necesariamente el que se introduce a los efectos de contestar la procedencia de la medida cautelar dictada inaudita altera pars, sin que presente mayor relevancia la circunstancia de si la introducción del incidente se verifica antes o después del comienzo de la ejecución de la medida.

La interpretación del artículo 315, que viene de exponerse, y que habilita la deducción del incidente dentro del plazo de seis días hábiles contados a partir del día hábil siguiente al de la notificación de la providencia que hizo lugar a la cautela, como impugnación de la medida cautelar, permite la coordinación lógico-sistemática de esta norma con la preceptuada en el artículo 254 apartado 4), evitando así las dificultades de aplicación, principalmente en materia de iniciativa probatoria (7).

(7) A los efectos de evitar vulnerar el instituto de la cosa juzgada y en aplicación de los principios de oportunidad, preclusión, y principalmente en cumplimiento con los deberes de buena fe y lealtad procesal por esta parte se entiende que el incidente debe oponerse dentro del plazo de seis días hábiles siguientes al de la notificación de la medida. Asimismo esta solución presenta desde un punto de vista forense mayor seguridad para el impugnante ya que en caso de que el Tribunal no considerase al incidente como la vía pertinente, en aplicación del poder-deber recogido en el artículo 24.3 CGP podría disponer su canje por el recurso.

Respecto a la impugnación por vía incidental conocidas son dos líneas de pensamiento, una, la primera que se vuelca por su admisión aunque a diferencia de la presente sin limitación temporal para su introducción; y otra, la segunda, que con el objeto de salvaguardar el supuesto normativo (315.3) sostiene la vigencia del recurso como único medio impugnativo, con la integración, vía artículo 15 del CGP de la “laguna lógica” que presenta la limitación probatoria que surge de los artículos 254.4 y 253.2, abrogando la norma y en su lugar aplicando la que hubiere correspondido conforme al principio de igualdad (8) (9).

En similar línea argumental que la primera es que por esta parte se procura la solución del incidente, que sin vulnerar el texto legal, lleva a su lectura en armonización con principios más altos y rectores del Código como un todo coherente. A saber, no podría sin reparos al menos, hacerse mayor hincapié en la posición del recurso, cuando su finalidad es deducir una oposición que poco tiene que ver con la exposición de los motivos de sucumbencia contra sentencia (agravios) propios de la apelación. Es decir, si se admite el recurso como único medio para el afectado de conseguir el levantamiento de la medida cautelar, con él, aunque formalmente se introduzcan agravios, en puridad lo que se hace es contestar la demanda oportunamente incoada y expresar las circunstancias fácticas (hechos modificativos, impeditivos y extintivos de la pretensión cautelar) por las que se entiende no debió hacerse lugar a la misma. Si la impugnación de la sentencia aparece en segundo plano y envuelve elípticamente la contestación, lógico es que a cada una de estas dos actitudes procesales se les asigne la vía que le es propia: a la contradicción, el acto de proposición que en el caso es la demanda incidental; y a la impugnación de la sentencia, la vía recursiva.

En lo demás, a todas luces resultaría palmariamente errada una tesis sosteniendo la vía recursiva como medio impugnativo por el demandado del proveimiento inicial que hiciera lugar a la demanda del proceso monitorio, y nadie discute tampoco la fuerza de la excepción como medio impugnativo. En la providencia con citación por similares razones no se admite recurso sino precisamente la oposición dentro del plazo de la referida citación.

En relación al punto cabe señalar que el principal argumento en contra de esta posición es que la sentencia que admite la cautela en caso de no ser recurrida pasa en autoridad de cosa juzgada, cualidad que el incidente no logra enervar (10). Este argumento, a estas alturas del

(8) A la tesis amplia, es decir la que admite el incidente como medio impugnativo, se han afiliado el Prof. Luis Torello, Jaime Teitelbaum y el homenajeado Enrique Vescovi (RUDP 1/85 p. 19. Op. Cit. y en Jurisprudencia Anotada sobre La apelabilidad de las Resoluciones sobre las cuestiones provisionales resueltas por el Juez en la Audiencia del Proceso del Divorcio - aplicación del art. 350 l CGP, en RUDP 2/1990, pág. 351 y ss), el primero y el último correductores del Código General del Proceso. Con posterioridad Bendadette Minvielle en Jurisprudencia Anotada sobre Pensión Alimenticia provisionaria en el juicio de Divorcio de la RUDP 2/85 pág. 175 y ss. y el Prof. Gonzalo Uriarte en “Impugnación de las medidas cautelares, su caducidad y responsabilidad de quien las pide” del Curso Sobre Medidas Cautelares del IUDP. Año 1999. FCU p. 51 y ss. En similar posición con variante en la interpretación del artículo 313. 4º se encuentra la posición del Prof. Angel Landoni Sosa en “Abuso del Proceso y el exceso en el ejercicio de los poderes en el ámbito de las medidas cautelares” RUDP 2/2001. pág. 167.

En la posición contraria que postula como único medio impugnativo a la vía recursiva encontramos al Prof. Dr. Jorge Marabotto en Op. Cit. Tarigo en Lecciones de Derecho Procesal Civil T. II Pág. 375. y Abal en obras citadas ut supra, en nota al pie número 6.

(9) Compartiendo esta postura puede consultarse la Sent. N° 203/93 del TAC 4º T., en RUDP 2-3/ 1994.

(10) “Las providencias cautelares gozan de la fuerza de la cosa juzgada: si no hay variaciones en la situación de hecho que llevó a su dictado la medida cautelar es inmodificable pero si se operan variaciones, entonces es posible la modificación total o parcial, la sustitución o el cese de la medida (Rebus Sic Stantibus) está sobreentendido en el artículo 313 inciso 4º del CGP que la vía incidental para la modificación-sustitución o cese de la medida cautelar procede en caso de variación de los presupuestos fácticos tenidos en cuenta para su dictado, precisamente porque existe cosa juzgada en este ámbito, y de otra manera no se entendería en que casos funcionaría el régimen recursivo del artículo 315 (Conf. Abal Oliú Curso sobre el CGP T. II Pág. 84). La

avance de nuestra doctrina procesal en la investigación del punto se considera ajustado, en la medida que no pueden caber dudas acerca de que las sentencias en los procesos en que se falla rebus sic stantibus pasan en autoridad de cosa juzgada tanto formal como material, a pesar de la redacción del artículo 347 C.G.P.

Sin embargo se considera que la impugnación por vía incidental, que surge del texto de la ley 315.1 sí es hábil para enervar la ejecutoriedad de la sentencia tal como se anotara, ocurre en estructuras similares, también subespecies del régimen general de medios impugnativos previstos en el CGP y que además de esta participación en la especie con todos casos de sentencias dictadas inaudita altera pars. Por ejemplo en el caso de la providencia con citación existe una sentencia dictada inaudita altera pars que resuelve la cuestión, y que sin embargo no adquiere firmeza en caso de que se deduzca la oposición en el plazo de tres días, sin perjuicio de la recurribilidad que resuelve la cuestión.

A todo esto podría simplemente responderse: “si existe sentencia, su impugnación se efectúa necesariamente por la vía del recurso”, ahora bien, esa afirmación presupone lo siguiente: si “existe sentencia” existió contradictorio; si existió contradictorio, hubo bilateralidad y, por lo tanto “sentencia” debe necesariamente leerse como resultado de una instancia plena regida por el principio de bilateralidad y libertad de prueba. Por ello el recurso sería la vía de impugnación, razonamiento que por otra parte, parece haber seguido el legislador al regular la providencia con citación (art. 202), y el proceso de estructura monitoria (art. 352 a 360) donde primero hay defensa y luego apelación.

Con la solución que se propone, el impugnante de la medida cuenta con plena libertad a la hora de probar sus alegaciones en la primera instancia, y que podrá recién considerarse concluida una vez resuelto ese incidente. Esta tesis asimismo, por concentrar la contradicción en la primera instancia, permite preservar la naturaleza revisiva de la segunda instancia abierta en caso de apelación de la sentencia que resuelve el incidente (art. 315.3)¹¹. En lo demás no resulta incongruente con el criterio básico de la segunda instancia consagrado por el artículo 22 del CGP, así como parece responder a la línea directriz que implícitamente surge de la regulación de los medios impugnativos contra sentencias dictadas sin previa audiencia del demandado (12).

cosa juzgada se presenta cuando se agotan los recursos del artículo 315 en tal caso no podrá modificarse, sustituirse ni cesar la medida si no varían las circunstancias que llevaron a su dictado so pena de violar la cosa juzgada. Parece claro que a idéntica conclusión ha de arribarse cuando las vías recursivas no se agotaron sino que precluyó la posibilidad de su ejercicio por el consentimiento tácito emergente de la no interposición temporánea de medios impugnativos contra la providencia que actuara la medida cautelar. En la especie la solicitud de modificación de la contracautela no se sustenta en fundamentos fácticos diversos de los tenidos en cuenta para fijarla habiendo precluido las facultades impugnativas y consentido la entrega por la garantía específica, el ejecutante debió invocar el acaecimiento de hechos nuevos que justificaran la ampliación que pretende”. T. 5º Rochón, Van Rompaey (r). S. 96/95. C. 544 RUDP 3/96.

(11) Los suscritos participan de la idea de que si bien en el proceso cautelar se ventila una cuestión distinta de la principal y en tal sentido incidental, el proceso cautelar no es un proceso incidental, y al no estar comprendido en dicha estructura no resulta comprendido por la limitación a la apelabilidad del art. 250 nral 2, conforme se ha manifestado el TAC 6º en Sent. 110/99 (RUDP 4/2000, pág. 649).

(12) Respecto a que dentro de la primera instancia se revisara la procedencia de la medida dictada en forma reservada, resulta interesante destacar que el texto original del artículo 315.3 al referir a la interposición de los recursos de reposición y apelación incluía el vocablo: “subsidiaria” que calificaba al segundo. El texto fue modificado por el artículo 4º de la Ley 16.699 del 25 de abril de 1995. Sin embargo, la expresión, curiosamente, se mantiene vigente en el texto del artículo 308 en sede de impugnabilidad de Diligencias Preparatorias. Sin perjuicio, no se desconoce que la inclusión de la subsidiaridad pueda responder a la reproducción del artículo 278 del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, que como es sabido no incluye la reposición de oficio de los artículos 254 ap. 5 y 250 in fine del CGP.

Para finalizar, resta señalar que si bien la postura a favor del incidente como estructura para la sustanciación de la oposición a una medida cautelar, resulta minoritaria a nivel jurisprudencial, la misma es de todas formas recogida en jurisprudencia de reciente concreción. Así, en Sentencia N° 17/04 del 13 de febrero de 2004, dictada por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 3° Turno, se sostuvo que la vía del recurso no contempla las posibilidades de producir prueba – salvo la regulada en el artículo 253.2 CGP – por el cautelado, cercenándose con ello en buena medida las garantías del debido proceso. En mérito a ello, en la sentencia se dispuso la tramitación y resolución en vía incidental en primera instancia de la prueba solicitada por el recurrente, devolviéndose el expediente a tales efectos (13).

1. The first part of the document is a list of names and addresses of the members of the committee. The names are listed in alphabetical order, and the addresses are given in full. The list includes names such as Mr. J. H. Smith, Mr. W. B. Jones, and Mr. C. D. Brown, among others.

2. The second part of the document is a list of names and addresses of the members of the committee. The names are listed in alphabetical order, and the addresses are given in full. The list includes names such as Mr. J. H. Smith, Mr. W. B. Jones, and Mr. C. D. Brown, among others.

3. The third part of the document is a list of names and addresses of the members of the committee. The names are listed in alphabetical order, and the addresses are given in full. The list includes names such as Mr. J. H. Smith, Mr. W. B. Jones, and Mr. C. D. Brown, among others.

4. The fourth part of the document is a list of names and addresses of the members of the committee. The names are listed in alphabetical order, and the addresses are given in full. The list includes names such as Mr. J. H. Smith, Mr. W. B. Jones, and Mr. C. D. Brown, among others.

5. The fifth part of the document is a list of names and addresses of the members of the committee. The names are listed in alphabetical order, and the addresses are given in full. The list includes names such as Mr. J. H. Smith, Mr. W. B. Jones, and Mr. C. D. Brown, among others.

6. The sixth part of the document is a list of names and addresses of the members of the committee. The names are listed in alphabetical order, and the addresses are given in full. The list includes names such as Mr. J. H. Smith, Mr. W. B. Jones, and Mr. C. D. Brown, among others.

7. The seventh part of the document is a list of names and addresses of the members of the committee. The names are listed in alphabetical order, and the addresses are given in full. The list includes names such as Mr. J. H. Smith, Mr. W. B. Jones, and Mr. C. D. Brown, among others.

8. The eighth part of the document is a list of names and addresses of the members of the committee. The names are listed in alphabetical order, and the addresses are given in full. The list includes names such as Mr. J. H. Smith, Mr. W. B. Jones, and Mr. C. D. Brown, among others.

9. The ninth part of the document is a list of names and addresses of the members of the committee. The names are listed in alphabetical order, and the addresses are given in full. The list includes names such as Mr. J. H. Smith, Mr. W. B. Jones, and Mr. C. D. Brown, among others.

10. The tenth part of the document is a list of names and addresses of the members of the committee. The names are listed in alphabetical order, and the addresses are given in full. The list includes names such as Mr. J. H. Smith, Mr. W. B. Jones, and Mr. C. D. Brown, among others.