

Derecho procesal civil III

SARA BRAITHWAITE GADEA

primera

UNIDAD

EL PROCESO CAUTELAR

1.1 Concepto

¿En qué consiste el proceso cautelar?

-
- ¿Quién es el juez competente?
 - ¿En qué momento se puede solicitar una medida cautelar?
 - ¿Cuál es la finalidad de la medida cautelar?
 - ¿Cuáles son los requisitos de la solicitud cautelar?
 - ¿Qué contiene la decisión cautelar?
 - ¿Qué es la contracautela y cuáles son los casos de excepción?
 - ¿Cuáles son las características de la medida cautelar?
 - ¿Cuáles son los casos especiales de procedencia y de improcedencia?
 - ¿En qué consiste la autonomía del procedimiento cautelar?
 - ¿A qué se denomina medida cautelar fuera de proceso?
 - ¿Cuál es el trámite de la medida cautelar?
 - ¿Cómo se lleva a cabo la ejecución de la medida cautelar?
 - ¿Puede darse la concurrencia de medidas cautelares?

Lección I

EL PROCESO CAUTELAR

1.1 Concepto

→ Como señala Monroy Gálvez, "el concepto proceso traduce, más allá de la impresionante cantidad de definiciones distintas y aun contradictorias que encontramos en la doctrina, una vocación de tránsito, de cambio hacia algo. Este algo será distinto en la perspectiva de cada uno de los elementos activos de la relación jurídica procesal."

Estos objetivos concretos de cada protagonista difieren del objetivo del proceso, cuya transcendencia es equiparable con el objeto del Derecho. En efecto, al igual que el Derecho, el proceso tiene por finalidad la consecución del valor justicia. Sin embargo, su obtención en el proceso supone la concreción de otros valores que al momento de litigar también están en juego.

Uno de estos valores es la eficacia. Este valor puede definirse como la obtención a través del proceso, de su finalidad, que no es otra que la consecuencia de una decisión justa" (1987:13).

→ Roberto Loutayf Ranea señala que "(...) El proceso cautelar es aquel que se origina en una pretensión cautelar. Y la pretensión cautelar tiende al dictado de una resolución cautelar. Es la naturaleza del pronunciamiento jurisdiccional solicitado lo que distingue a la pretensión cautelar de las demás pretensiones (y lógicamente al proceso cautelar de los demás procesos).

Consiste en el conjunto de actos que, desde esta pretensión cautelar, se desarrollan en forma coordinada y progresiva tendientes a obtener una medida judicial que asegure el eventual cumplimiento de la sentencia de mérito a dictarse en un proceso de conocimiento o de ejecución" (1996:29).

→ En el concepto de Liebman, el proceso cautelar, integraría un tercer género, autónomo y diferenciado, respecto de las otras dos formas de otorgar la prestación jurisdiccional. De esta manera, la actividad del juez puede ser de conocimiento cuando se efectúa una constatación respecto de una situación jurídica de conflicto planteada al inicio de la relación procesal; ejecutiva cuando se recurre a la jurisdicción en busca de una actuación material —predominantemente sustitutiva— que se imponga sobre la voluntad del sujeto incumplidor y cautelar si lo que se pretende es asegurar la eficacia del proceso sea cual fuere su función (de conocimiento o ejecutiva).

Es por ello que existe una importante diferencia entre un pronunciamiento de tipo cautelar y los demás, pues mientras una resolución de conocimiento (sea meramente declarativa, constitutiva o de condena) o ejecutiva, realizada en formato de sentencia, implica la finalización del proceso, o por lo menos la culminación de una instancia o grado, la resolución cautelar siempre se da durante el trámite del proceso o antes de iniciado este y su eficacia parece con la culminación del mismo. Por tanto, el procedimiento para otorgar una medida cautelar carece de un requisito esencial para convertirse en un proceso judicial: concluir un conflicto de intereses o una incertidumbre con relevancia jurídica, satisfaciendo de manera definitiva a las partes.

En ese sentido, la medida cautelar es un instrumento del proceso que aparece en su tramitación bajo la figura de un incidente. No puede ser considerado un proceso porque no otorga satisfacción definitiva, por el contrario, es solo una herramienta del proceso, capaz, eso sí, de procurar la eficacia de este.

→ Como señala el profesor Monroy Gálvez: "La primera característica de este procedimiento está dada por su rapidez, (...) otro rasgo usual de esta vía procedimental está dado por su reserva" (1987:32).

Y es que, salvo contadas excepciones, el procedimiento se sigue casi en forma secreta, esto es lo que en derecho romano se denominó inaudita pars, literalmente "sin oír a la otra parte". También se evidencia la autonomía del proceso cautelar, cuando advertimos que los elementos de prueba ofrecidos y actuados en él, no sirven para la formación de la convicción del juez sobre la pretensión principal, salvo que este expresamente así lo manifieste a las partes.

1.2 Juez competente, oportunidad y finalidad.

Sustitución del juez

En el contexto de la tutela cautelar como deber del Estado, la Ley 29384 publicada el 28 de junio de 2009 ha introducido modificaciones y precisiones al sistema cautelar, las que están referidas a diferentes aspectos del procedimiento cautelar, específicamente contenidos en los artículos 608º, 611º, 613º y 637º del Código Procesal Civil.

Conforme a dicha modificatoria, el texto actual del artículo 608º del CPC establece que: "el juez competente para dictar medidas cautelares es aquel que se encuentra

habilitado para conocer de las pretensiones de la demanda. El juez puede, a pedido de parte, dictar medida cautelar antes de iniciado el proceso o dentro de este.

Todas las medidas cautelares fuera de proceso, destinadas a asegurar la eficacia de una misma pretensión, deben solicitarse ante el mismo juez, bajo sanción de nulidad de las resoluciones cautelares dictadas. El solicitante debe expresar claramente la pretensión a demandar.

La medida cautelar tiene por finalidad garantizar el cumplimiento de la decisión definitiva".

Bajo este contexto, en la modificatoria del artículo 608º del CPC se hace referencia expresa a que el juez competente para dictar la medida es el que se encuentra habilitado para conocer las pretensiones de la demanda; esto es que, por ejemplo, si el proceso principal se está llevando en Lima, ya no se podrá interponer una medida cautelar en el Callao, o de igual forma, en cualquier otra jurisdicción donde no es competente el juez del proceso principal.

Cabe resaltar, sin embargo, que aunque el primer párrafo del artículo 608º del CPC establece que el juez puede a pedido de parte, dictar medida cautelar antes de iniciado el proceso o dentro de este, la Disposición Transitoria, Complementaria y Final ÚNICA, de la Ley 29384 señala que: "tratándose de lo previsto en el primer párrafo del artículo 608º del CPC, el juez Provisional o Suplente solo puede conocer de los pedidos cautelares dentro de proceso, salvo que, en el distrito judicial correspondiente o en el ámbito de su competencia el juez titular no se encuentre habilitado.

Lo dispuesto en el párrafo anterior rige hasta la aplicación efectiva de lo previsto en el artículo 239º del Texto Unico Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado mediante el Decreto Supremo No. 017-93 JUS modificado por la Ley No. 29277, Ley de la Carrera Judicial."

Esta disposición podría de alguna manera significar un acto de discriminación a la autoridad del juez, ya que quien ejerce la función lo hace o lo debe hacer plenamente, sin ninguna restricción, salvo las reglas de competencia por razón de cuantía, territorio o materia, pero en este caso la Disposición Transitoria, Complementaria y Final UNICA de la Ley 29384, estaría efectuando una distinción por la calidad del juez, de ser titular, provisional o suplente.

En el mismo orden de ideas, el segundo párrafo del referido artículo modificado, establece que en los casos de las medidas cautelares fuera de proceso, éstas se deben solicitar ante el mismo juez que conocerá la pretensión principal y sancionará con nulidad las resoluciones cautelares en contravención de lo dispuesto.

Asimismo, se establece que el solicitante deberá expresar en la solicitud cautelar fuera de proceso, cuál es la futura pretensión a demandar, lo que entendemos como la obligación de fundamentar el pedido, requisito que antes no estaba regulado.

Además, desde este primer artículo que regula el procedimiento cautelar, se señala que las medidas cautelares están destinadas a garantizar la eficacia del proceso, lo que tiene una mayor implicancia que el simple cumplimiento.

En nuestra legislación, el artículo 609° del CPC establece que: *"Si por impedimento, recusación, excusación o abstención se dispone que el conocimiento del proceso principal pase a otro juez, este conocerá también del proceso cautelar."* Dicho artículo se mantiene vigente sin modificación alguna.

1.3 Requisitos de la solicitud cautelar

Tal como lo prescribe el artículo 610° del CPC: *"El que pide la medida debe:*

1. Exponer los fundamentos de su pretensión cautelar;
2. Señalar la forma de esta.
3. Indicar, si fuera el caso, los bienes sobre los que debe recaer la medida y el monto de su afectación;
4. Ofrecer contracautela; y
5. Designar el órgano de auxilio judicial correspondiente, si fuera el caso. Cuando se trate de persona natural, se acreditará su identificación anexando copia legalizada de su documento de identidad personal".

1.4 Contenido de la decisión cautelar

El artículo 611° del CPC ha sufrido una modificación introducida por la Ley 29384, en cuanto a los elementos que debe apreciar el juez de lo expuesto y de las pruebas presentadas por el solicitante; así tenemos que a los dos elementos que han de advertirse como son la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora, se ha sumado la razonabilidad de la medida para garantizar la eficacia de la pretensión, lo que se relaciona directamente con la adecuación y proporcionalidad de la medida.

En efecto, el texto del artículo 611° vigente dice textualmente lo siguiente:

"El juez, atendiendo a la naturaleza de la pretensión principal y a fin de lograr la eficacia de la decisión definitiva, dicta medida cautelar en la forma solicitada o en la que considere adecuada, siempre que, de lo expuesto y la prueba presentada por el demandante, aprecie:

1. La verosimilitud del derecho invocado.
2. La necesidad de la emisión de una decisión preventiva por constituir peligro la demora del proceso o por cualquier otra razón justificable.
3. La razonabilidad de la medida para garantizar la eficacia de la pretensión.

La medida dictada solo afecta bienes y derechos de las partes vinculadas por la relación material o de sus sucesores en su caso.

La resolución precisa la forma, naturaleza y alcances de la contracautela.

La decisión que ampara o rechaza la medida cautelar es debidamente motivada, bajo sanción de nulidad".

Es importante desarrollar los conceptos más importantes de este artículo, que son los siguientes:

aprobabilidad

1. *Verosimilitud o apariencia del derecho*: este presupuesto es comúnmente conocido como *fumus boni iuris*, o apariencia del derecho o como lo llama Monroy Palacios "apariencia de fundabilidad de la pretensión principal (verosimilitud)" (2002:170).

Como señala Giovanni F. Priori Posada: "(...) es necesario que el Juzgador evalúe si es que existe la posibilidad de que en el futuro vaya a dictar una sentencia a favor de quien formuló una pretensión en el proceso, pues es esa sentencia, la que puede terminar siendo ineficaz por causa de la demora del proceso.

(...) El análisis sobre la fundabilidad de la pretensión no puede ser entonces un juicio de certeza como aquel que se hace en el proceso principal y que resulta necesario para el dictado de una sentencia, sino que debe ser un análisis basado en la probabilidad de que se obtenga una sentencia que ampare la pretensión planteada. Así, al juicio de certeza, propio del proceso principal, se le opone el juicio de probabilidad propio del proceso cautelar" (2006:72).

Así, sostiene Calamandrei que: "Declarar la certeza de la existencia del derecho es función de la providencia principal; en sede cautelar basta que la existencia del derecho aparezca verosímil, o sea, para decirlo con mayor claridad, basta que, según un cálculo de probabilidades, se pueda prever que la providencia principal declarará el derecho en sentido favorable a aquel que solicita la medida cautelar" (1996:77).

Ello no significa, que la sola alegación del demandante generará verosimilitud, sino que las alegaciones de hecho deben corroborarse con los medios de prueba que se ofrezcan al pedido cautelar. En ese sentido, la verosimilitud, como señala Priori Posada: "(...) no es un juicio emitido al azar ni sobre la base de intuiciones del Juzgador, sino que es un juicio que, sin llegar a basarse en la certeza, es posible de ser corroborado con los medios de prueba que se hayan ofrecido en el pedido cautelar" (2006:74).

Lo trascendente es que la norma en comentario establece con claridad que la determinación del citado presupuesto, se hace teniendo en consideración dos cosas: (i) Lo expuesto por el solicitante de la medida cautelar y (ii) La prueba que haya acompañado a su solicitud. Esto último se encuentra corroborado por el primer párrafo del artículo 637º del CPC el cual establece que, la solicitud cautelar es concedida o rechazada sin conocimiento de la parte afectada en atención a los fundamentos y prueba de la solicitud.

debe ser urgente

2. *Peligro en la demora del proceso*: llamado también *periculum in mora*, el cual definía magistralmente Calamandrei como el peligro de daño jurídico, derivado del retardo de una resolución jurisdiccional definitiva. Además el peligro ha de ser real e inminente. Dicho de otro modo, la adopción de la medida ha de ser urgente, si se quiere evitar la materialización de un daño frente al cual, la tutela ordinaria se muestra demasiado lenta. Obviamente el *periculum in mora* se valora tomando por base la hipótesis de que la resolución definitiva deba dictarse en sentido favorable a quien solicita la medida cautelar.

Calamandrei fue quien señaló que el peligro en la demora puede tener dos configuraciones: el peligro de infructuosidad y el peligro en el retardo de la providencia jurisdiccional.

a) *Peligro de infructuosidad*: es el temor de que durante el transcurso del proceso desaparezcan los medios necesarios para hacer que la sentencia sea eficaz.

"Este es el peligro que se da en los casos en que se hace necesario afectar, a través de una medida cautelar, los bienes del deudor para garantizar la futura ejecución forzada, evitando de esta manera que, mientras dure el proceso, el deudor pueda transferir los bienes de su propiedad, perjudicando con ello la efectiva ejecución de la sentencia" (Priori Posada, 2006:50).

b) *Peligro en el retardo de la providencia jurisdiccional*: es el temor de que la sola duración del proceso genere una sentencia que no sea efectiva.

Sobre este tipo de peligro Calamandrei señala que: "está constituido no por la temida desaparición de los medios necesarios para la formación o para la ejecución de la providencia principal sobre el mérito, sino precisamente por la prolongación a causa de las dilaciones del proceso ordinario, del estado de insatisfacción del derecho, sobre el que se contiene en el juicio de mérito." (1996:72).

Es el caso, por ejemplo, del peligro que existe en los procesos contencioso-administrativos, en el sentido que mientras dure dicho proceso, la entidad administrativa demandada puede ejecutar el acto administrativo cuestionado.

Ahora bien, cuando el artículo 611º del CPC se refiere al peligro en la demora utiliza la expresión "*necesaria la emisión de una decisión preventiva por constituir peligro la demora del proceso o por cualquier otra razón justificante*".

Ello significa que en nuestro texto legal, "se puede encontrar el doble componente al cual nos hemos referido líneas atrás, pues de su lectura queda absolutamente claro que el peligro o riesgo de daño jurídico es, por la *demora del proceso*; y que la decisión preventiva debe presentarse como necesaria, lo que significa "*que forzosa o inevitablemente ha de suceder*" (Priori, Posada: 2006:51).

Al comentar el artículo 611º del CPC, el profesor Adolfo Rivas señala que "El texto transcripto permite sostener que en la concepción del Código, la demora ínsita en el desarrollo del juicio no será por sí y sin más, motivo constitutivo del peligro en la demora (*periculum in mora*) sino que es necesaria la existencia de una razón de urgencia —exterior a la demora del proceso en sí— que impida esperar el pronunciamiento de certeza y exija (necesariedad) el dictado de la medida solicitada, pues en caso contrario la sentencia no ha de tener la utilidad buscada" (Rivas, Adolfo:2000:40-41).

Pero además, el artículo 611º del CPC establece: "(...) *necesaria de decisión preventiva por constituir peligro la demora del proceso, o por cualquier otra razón justificable (...)*". Como señala Adolfo Rivas, "Se trata de la existencia de otros motivos justificantes, concepto jurídico indeterminado que la prudencia de los jueces deberá apreciar en cada caso sopesando el valor de aquella verosimilitud, las consecuencias negativas de la espera sobre el derecho que se intenta proteger y la asignación de una adecuada contracautela que resguarde los derechos del sujeto sometido a la cautelar." (2000:43).

- congruente y proporcional*
3. *La razonabilidad de la medida para garantizar la eficacia de la pretensión:* como hemos señalado, este presupuesto se relaciona directamente con la adecuación y proporcionalidad de la medida.

Sin embargo, esta exigencia estaba implícita antes de la modificatoria pues era y continúa siendo un deber del juez dictar medida cautelar en la forma solicitada o en la que considere adecuada, de ahí que es acertada la precisión efectuada por la Ley 29384 en el artículo 611º del CPC.

Cabe preguntarse entonces ¿en qué consiste la adecuación? Como sostiene Monroy Palacios, es "la necesidad de que se otorguen medidas cautelares que sean congruentes y proporcionales con, precisamente, el objeto que es materia de esta tutela de aseguración."

De esta manera cuando hablamos de congruencia, nos referimos a la correlación lógica que necesariamente deberá establecerse entre la cautelar concedida y el objeto de la tutela que acabamos de señalar. Así por ejemplo, cuando se dispone un embargo en forma de retención sobre las cuentas bancarias del demandado, el actor debe demostrar que con esta medida se pretende que, al finalizar el proceso, la contraparte tenga los medios económicos suficientes para cumplir plenamente con la potencial sentencia estimatoria.

(...) el segundo elemento configurante de la adecuación es la proporcionalidad. Se trataría, a diferencia del primero, de una calificación cuantitativa y no cualitativa en la correlación necesaria que debe existir entre la medida otorgada y el objeto que esta busca asegurar. Por ello mismo, es necesario precisar que este elemento solo se puede identificar en medidas cautelares que tengan como finalidad la aseguración de situaciones jurídicas con contenido patrimonial" (2002:189-191).

Por ejemplo, en el caso del embargo en forma de inscripción sobre un inmueble, como se sabe se tiene que inscribir el monto por el cual se va a afectar dicho bien que se encuentra inscrito en los Registros Públicos. Ese monto deberá cubrir cuantitativamente una suma similar a la que el demandado debe pagar al finalizar el proceso, considerando dentro del cálculo el monto de los intereses generados, en caso el actor obtenga una sentencia favorable.

Este ejemplo nos permite entender que, tanto la congruencia como la proporcionalidad, constituyen elementos que si bien deben ser observados simultáneamente por el juzgador, no se encuentran condicionados entre sí. Pues en el caso que el embargo haya sido solicitado por una suma excesivamente superior al monto adeudado y que deba ser cancelado a la culminación del proceso, resulta claro que, si bien la medida es congruentemente adecuada, no será proporcional.

Como los otros requisitos de procedencia la adecuación debe pasar por dos momentos de análisis. El primero está referido al que realiza la parte solicitante, al momento de presentar su solicitud cautelar y el segundo es el que efectúa el juez cuando debe decidir sobre la concesión de la medida solicitada. Es en esta segunda etapa donde la adecuación, se diferencia de los otros dos presupuestos, pues si el juez no advierte en la fundamentación o prueba anexa, el peligro en la demora o la verosimilitud del derecho, debe declarar improcedente el pedido cautelar, sin embargo ello no ocurre necesariamente con el requisito de la adecuación por aplicación del principio *iura novit curia*, pues el artículo 611º del CPC bajo comentario, le concede al juez la facultad de dictar la medida solicitada en la forma solicitada o en la que considere adecuada.

Por ejemplo, si un sujeto solicita un secuestro conservativo con el propósito de asegurar la disponibilidad económica del demandado, el juez podría rechazar dicho pedido y conceder otra medida cautelar como un embargo en forma de depósito, si encuentra que esta última, garantiza de igual forma la eficacia del proceso, con la ventaja de que ocasione un menor perjuicio a la parte afectada, ello en virtud de la adecuación de la medida.

Asimismo, en el caso de la proporcionalidad el juez también puede adecuar el monto de la solicitud. De hecho, en la práctica judicial nacional, diariamente podemos apreciar casos donde el juzgador adecúa de oficio el monto de la afectación económica de la medida cautelar concedida, estando facultado a reducirlo si es excesivo (pero de ninguna manera tiene potestad para aumentarlo si fuese exiguo, pues en este caso opera el principio dispositivo, por lo que no puede resolver extrapetita); debiendo también evaluar si la naturaleza de lo solicitado no se opone a la de la pretensión principal, teniendo la potestad de dictar la medida adecuada, de ser el caso.

1.5 La contracautela y casos de excepción

Debemos señalar que este requisito a diferencia de los tres anteriores, mencionados líneas arriba, constituye como señala Monroy Palacios "(...) en realidad un requisito de actuación (de ejecución en sentido lato) de la medida, más no de procedencia" (2002:203).

La expresión "contracautela" acunada por Chiovenda y recogida por Calamandrei, hace referencia a la caución, que funciona como "cautela de la cautela". En palabras del último autor mencionado, como la medida cautelar se adopta sobre la base de un mero cálculo de probabilidades, los ordenamientos, para suavizar los inconvenientes que podrían derivar de errores de previsión, otorgan al juez, la posibilidad de acordar en vía cautelar, junto a la medida dispuesta, para la hipótesis de que la resolución principal no sea favorable al solicitante, una contramedida destinada a garantizar los intereses de la parte afectada.

Como se advierte, la caución, que significa prevención o cautela, es una garantía de protección en el sistema cautelar, pero en este caso la garantía no es a la tutela cautelar, sino al afectado con la medida, de allí que ha sido llamada "contracautela", conforme lo señala el artículo 613º del CPC que también ha sido modificado por la Ley 29384.

Dicho artículo establece que, la contracautela puede ser de naturaleza real o personal; dentro de esta última, se incluye a la caución juratoria, que es ofrecida en el escrito que contiene la solicitud de medida cautelar, con legalización de firma ante el secretario respectivo.

Así como la discrecionalidad del juez es importante para conceder razonablemente medidas cautelares, igualmente lo es, al momento de fijar la contracautela, debiendo ser muy cauto con las cauciones juratorias, ya que al ser compromisos personales o juramentos, pueden no ser idóneas en determinadas circunstancias, por ello es que de acuerdo al texto modificado del artículo 613º del CPC, para que el juez admita una caución juratoria, se exige fundamentación y que sea además proporcional y eficaz, lo cual constituye una importante novedad.

En cuanto a la contracautela de naturaleza real, el artículo 613º del CPC establece que, se constituye con el mérito de la resolución judicial que la admite y recae sobre bienes de propiedad de quien la ofrece; el juez remite el oficio respectivo para su inscripción en el registro correspondiente.

Asimismo, el artículo 613º del CPC establece que en caso de ejecución de la contracautela, esta se actúa, a pedido del interesado, ante el juez que dispuso la medida y en el mismo cuaderno cautelar; el que resuelve lo conveniente previo traslado a la otra parte.

Finalmente, el último párrafo del artículo 613º del CPC establece que cuando se admite la contracautela sometida a plazo, esta queda sin efecto al igual que la medida

cautelar, si el peticionante no la prorroga u ofrece otra de la misma naturaleza o eficacia, sin necesidad de requerimiento y dentro del tercer día de vencido el plazo.

EXCEPCIONES DE CONTRACAUTELA

Ahora bien, este presupuesto de la contracautela no se encuentra presente en todas las solicitudes cautelares, pues según el artículo 614º del CPC existen casos en que los solicitantes de la medida cautelar se encuentran exceptuados de ofrecer contracautela, como lo son, los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, el Ministerio Público, los órganos constitucionales autónomos, los Gobiernos Regionales y Locales y las universidades. También lo está, la parte a quien se le ha concedido auxilio judicial.

Encontramos también en el artículo 615º del CPC otro caso en que no es necesario que el solicitante de la medida cautelar ofrezca contracautela y se trata de quien ha obtenido sentencia favorable, aunque fuera impugnada, pues la norma referida establece que en ese caso, el pedido cautelar se solicita y ejecuta en cuerda separada ante el juez de la demanda, con copia certificada de los actuados pertinentes, sin que sea preciso cumplir los requisitos exigidos en los incisos 1 y 4 del artículo 610º del CPC, siendo este último inciso, el que se refiere al ofrecimiento de la contracautela.

1.6 Características de la medida cautelar

Conforme al artículo 612º del CPC: "Toda medida cautelar importa un prejuzgamiento y es provisoria, instrumental y variable".

Sin embargo, a estas características señaladas por el artículo 612º del CPC, se pueden añadir las siguientes: autonomía, jurisdiccionalidad y contingencia.

Veamos brevemente en que consisten cada una de ellas:

1. Autonomía: desde el punto de vista netamente procedimental, la medida cautelar no gozaría de la autonomía, pues la tramitación de una medida cautelar, si bien se efectúa en cuaderno separado se encuentra permanentemente ligada a la tramitación del proceso principal que intenta asegurar.

La autonomía debe ser analizada según la finalidad que persigue la prestación cautelar; desde allí observaremos que, mientras el objetivo de un proceso judicial consiste en solucionar un conflicto de intereses o la incertidumbre jurídica, la cautela busca garantizar la eficacia de dicho proceso. Mientras que el proceso principal se dirige a verificar la fundabilidad o no del derecho demandado (certeza), en el cautelar se busca la protección del derecho en base a una simple apariencia o verosimilitud del derecho, por lo que, debemos concluir, como lo hace el autor Monroy Palacios que: "(...) se trata de una autonomía teleológica y no procedimental" (2002:147).

2. Jurisdiccionalidad: el carácter jurisdiccional de las medidas cautelares obedece a una prolongación del poder-deber del Estado de impartir justicia.

- Por ello, las medidas cautelares, tradicionalmente solo podían ser expedidas por órganos jurisdiccionales, sin embargo, en la actualidad, tal perspectiva se encuentra cuestionada, pues existen órganos administrativos, que requieren ser dotados de poderes suficientes —similares a los jurisdiccionales—, para resolver de manera adecuada, los conflictos que ante ellos se presentan.
- En el ámbito del derecho privado, esta situación también se presenta, específicamente en el plano del procedimiento arbitral, en el que, los árbitros pueden dictar medidas cautelares, lo cual en muchos casos no deja de ser cuestionable.

3. **Instrumentalidad:** Piero Calamandrei postuló por primera vez la instrumentalidad del procedimiento cautelar y lo explica de esta forma: "La tutela cautelar es, en relación al derecho sustancial, una tutela mediata: más que hacer justicia contribuye a garantizar el eficaz funcionamiento de la justicia. Si todas las providencias jurisdiccionales son un instrumento del derecho sustancial que se actúa a través de ellas, en las providencias cautelares se encuentra una instrumentalidad cualificada, o sea elevada, por así decirlo, al cuadrado; son en efecto, de una manera inevitable, medio predispuesto para el mayor éxito de la providencia definitiva, que a su vez es un medio para la actuación del derecho; esto es, son, en relación a la finalidad última de la función jurisdiccional, *instrumento del instrumento*" (1996:45). *Es un instrumento del proceso principal*

4. **Provisionalidad:** esta característica es consecuencia del carácter instrumental de la medida cautelar. En tal medida, los efectos de la resolución que recae en el proceso cautelar tiene inevitablemente, un día final de plazo, representado por el momento en que adquiere carácter firme la resolución o sentencia dictada en el proceso principal o definitivo. Vale decir que cuando alcanza autoridad de cosa juzgada el pronunciamiento sobre el fondo del asunto, se extingue *ipso iure*, la eficacia de la resolución cautelar, porque a partir de ese instante pierde su razón de ser y agota por lo tanto, su ciclo vital.

A decir de Moretti las medidas cautelares "(...) son provisorias o interinas, porque nacen para garantizar un resultado y desaparecen cuando ese resultado ha sido logrado (...)" (1962:645).

Para Venturini "(...) las medidas preventivas son provisorias porque están destinadas a durar hasta que sobrevenga otro evento sucesivo y preclusivo, en vista y en espera del cual se contemplan como un estado accesorio (...)" (1962:137).

Por ello, podemos concluir que la medida cautelar es de tipo provisional, pues culminará precisamente cuando se haya pronunciado la sentencia o resolución final, pero que es pasible de ser alterada, no solo por medio del levantamiento de la medida, sino también a través de solicitudes de ampliación, reducción, sustitución, entre otras, o si los presupuestos con los que la cautelar fue concedida ya sea el peligro en la demora o la verosimilitud del derecho se hubieran modificado o desaparecido, o como en el caso de la contracautela sometida a plazo, si el pe-

tionante no la prorroga u ofrece otra de la misma naturaleza y eficacia dentro de tercer día de vencido el plazo.

5. **Variabilidad:** esta característica permite tanto a las partes como al juez, pedir y ordenar respectivamente, la modificación o revocación de la medida durante la tramitación del proceso.

Como señala el autor Alberto Hinostroza Mínguez: "la medida cautelar es variable porque puede sufrir cambios en cualquier estado del proceso, o sea es dinámica, pudiendo transformarse permanentemente" (1998:36).

Dado que para la concesión de una medida cautelar solo es exigible acreditar la verosimilitud o apariencia del derecho invocado, es posible que en el curso del proceso principal, básicamente de lo actuado en la etapa probatoria, el juez adquiera una percepción diferente a la que tuvo en el momento de dictar la medida cautelar, por lo que esta puede sufrir modificaciones.

Además, la variación de la medida cautelar, puede operar a pedido del titular o del afectado: a) si se solicitó en determinada forma, la misma puede ser cambiada por resultar improductiva; b) si la cantidad demandada se incrementa (cuando se hace reserva de ampliación de cuantía en la demanda), se puede variar pidiendo el aumento del monto de la medida; c) si los bienes no son encontrados o son susceptibles de deterioro, pérdida o destrucción, ello autoriza al interesado a pedir la variación de la medida respecto de los bienes sobre los que recae; d) si el órgano de auxilio judicial se desempeña mal en su función o va a irse de viaje o fallece o se declara su interdicción, también se puede solicitar la variación.

En consecuencia se puede modificar la forma de la medida cautelar, variar los bienes sobre los que recae o su monto y sustituir al órgano de auxilio judicial, conforme lo establece el artículo 617º del CPC.

6. **Contingencia:** como señala el profesor Monroy Gálvez, "(...) lo contingente es aquello que puede ser o no ser" (1987:39).

Su contingencia está dada por el hecho de que al momento en que se solicita, no es factible determinar si el proceso principal concluirá con una sentencia favorable al titular de la medida o no, lo cual genera un riesgo que debe ser asumido por la parte solicitante. Solo cuando el juez expida sentencia se podrá establecer la utilidad o pertinencia de la medida cautelar, si aquella es favorable a su titular, pues en caso contrario, si la sentencia es adversa, se establecerá que la medida cautelar no era útil sino innecesaria o maliciosa, con las respectivas sanciones para el peticionante de la medida cautelar, que estudiaremos más adelante.

Si bien la medida cautelar nace para cumplir una función asegurativa, sin embargo, es perfectamente factible que cumpla satisfactoriamente con su objetivo o por el contrario, que sea inútil y además, provoque perjuicio.

Esta contingencia de la medida cautelar está íntimamente ligada con un elemento externo que casi participa de su naturaleza: el riesgo. Cuando se expide una medida cautelar, el peticionante es el favorecido con ella. Con su obtención tiene asegurado el cumplimiento del fallo definitivo. Sin embargo, cuando la decisión final no ampara su derecho, significa que el beneficio rápido que obtuvo al comienzo carecía de sustento legal.

Calamandrei expresa lo siguiente: "(...) las providencias cautelares representan una conciliación entre las dos exigencias, frecuentemente opuestas, de la justicia: la de la celeridad y la de la ponderación; entre hacer las cosas pronto pero mal y hacerlas bien pero tarde, las providencias cautelares tienden, ante todo, a hacerlas pronto, dejando que el problema de bien y mal, esto es, de la justicia intrínseca de la providencia, se resuelva más tarde, con la necesaria ponderación, en las reposadas formas del proceso ordinario" (1945:43-44).

1.7 Caso especial de procedencia

El artículo 615° del CPC establece que es procedente el pedido de medida cautelar de quien ha obtenido sentencia favorable, aunque fuera impugnada exceptuándose de cumplir con el requisito de exponer los fundamentos de su pretensión cautelar (artículo 610° inciso 1 del CPC) e incluso de ofrecer contracautela (artículo 610° inciso 4 del CPC).

En este caso, el pedido de cautela debe solicitarse y ejecutarse como toda solicitud cautelar, en cuerda separada, ante el juez de la demanda; sin embargo para la formación del cuaderno cautelar se exige la presentación de copias certificadas de los actuados pertinentes, a diferencia de lo que establece el artículo 640° del CPC para un proceso en trámite, en el cual, el cuaderno cautelar se forma con copia simple de la demanda, sus anexos y de la resolución admisorias.

1.8 Casos especiales de improcedencia

Por mandato del artículo 616° del CPC no proceden las medidas cautelares para futura ejecución forzada contra:

- El Poder Legislativo. ✓
- El Poder Ejecutivo. ✓
- El Poder Judicial. ✓
- El Ministerio Público. ✓
- Los Órganos Constitucionales Autónomos. ✓
- Los Gobiernos Regionales. ✓
- Los Gobiernos Locales. ✓
- Las Universidades. ✓

Los bienes de particulares asignados a servicios públicos indispensables que presten los Gobiernos Locales y Regionales, cuando con su ejecución afecten su normal desenvolvimiento.

Además de este artículo, nuestro ordenamiento procesal establece que, si la pretensión se encuentra suficientemente garantizada, es improcedente el pedido de medida cautelar. Sin embargo, puede ser concedida si se acredita que la garantía ha sufrido una disminución en su valor o la pretensión ha aumentado durante el curso del proceso u otra causa análoga. (artículo 627° del CPC).

Asimismo, en el Proceso Único de Ejecución se establece una limitación cautelar en el artículo 692° del CPC que preceptúa lo siguiente:

"Cuando se haya constituido prenda, hipoteca o anticresis a favor del ejecutante en garantía de su crédito, no podrá cautelarse este con otros bienes del deudor, salvo que el valor de los bienes gravados no cubran el importe de lo adeudado por capital, intereses, costas y costos, o por otros motivos debidamente acreditados por el ejecutante y admitidos por el juez en decisión inimpugnable".

Lección 2

EL PROCEDIMIENTO CAUTELAR

2.1 Autonomía del procedimiento cautelar

Dada la autonomía del procedimiento cautelar, se forma un cuaderno especial para todos los actos relativos a su obtención, conforme lo establece el artículo 635° del CPC.

Ahora bien, tratándose de una medida fuera de proceso, el cuaderno cautelar lo conforma, la solicitud y los anexos originales.

En cambio, si se trata de un proceso en trámite, el cuaderno cautelar se forma con copia simple de la demanda, sus anexos y la resolución admisorio. Estas, se agregan a la solicitud cautelar y a sus documentos sustentatorios. Para la tramitación de este recurso está prohibido el pedido del expediente principal, según lo establece el artículo 640° del CPC.

En lo concerniente a este punto cabe destacar que por un lado el artículo 640° del Código Procesal Civil permite que la formación del cuaderno cautelar, se efectúe con copias simples de ciertos actuados ya mencionados, mientras que en el artículo 615° de dicho ordenamiento procesal referido al caso especial de procedencia del pedido de medida cautelar de quien obtuvo sentencia favorable que fuera objeto de impugnación, se exige copias certificadas de los actuados pertinentes. La situación prevista en el artículo 615° del CPC hace que la pretensión cautelar goce de mayor consistencia que en el caso del artículo 640° del acotado código procesal, pues existe una sentencia favorable

en el cuaderno principal, aunque se encuentre impugnada, por lo que no encontramos una razón valedera para la exigencia de mayores formalidades, salvo que se trate de un olvido del legislador que no tuvo en cuenta al modificar el texto original del artículo 640° del CPC*, que era necesario reformar además el artículo 615° del Código Procesal Civil, a fin de evitar innecesarias contradicciones.

2.2 Medida cautelar fuera de proceso

La medida cautelar fuera de proceso, es aquella que se solicita en momento previo a la interposición de la demanda, pudiendo tramitarse y ejecutarse la solicitud cautelar ante el órgano jurisdiccional, con anterioridad a que la demanda sea presentada en el cuaderno principal.

La medida cautelar fuera de proceso obedece a la urgencia del mandato cautelar por ser prácticamente inminente el perjuicio que se quiere evitar con ella, o se trate de un potencial peligro en la demora. El carácter especial que le da la oportunidad en que es planteada, amerita una acreditación mayor de la verosimilitud del derecho del peticionante y del *periculum in mora*, así como el ofrecimiento de una contracautela idónea.

La autora Ángeles Jove hace hincapié que las medidas cautelares: "(...) excepcionalmente, podrán obtenerse con anterioridad, mas la incoación del proceso dentro de cierto plazo opera como una condición de eficacia de la medida acordada" (1995:143).

El carácter instrumental de la medida cautelar, está presente incluso en las medidas cautelares fuera de proceso, ya que si bien la Ley permite que se presente una petición cautelar anterior a la demanda, es la exigencia de que se vincule de forma inmediata a un proceso ulterior, que de no ser iniciado dentro del plazo establecido en la Ley, será sancionado con la caducidad de la medida cautelar, la cual opera de pleno derecho.

El artículo 608° del CPC autoriza la procedencia de la medida cautelar fuera de proceso, como hemos visto, en tanto que el numeral 636° de dicho Código, lo regula del siguiente modo:

"Ejecutada la medida antes de iniciado el proceso principal, el beneficiario debe interponer su demanda ante el mismo juez, dentro de los diez días posteriores a dicho acto. Cuando el procedimiento conciliatorio extrajudicial fuera necesario para la procedencia de la demanda, el plazo para la interposición de esta se computará a partir de la conclusión del procedimiento conciliatorio, el que deberá ser iniciado dentro de los cinco días hábiles de haber tomado conocimiento de la ejecución de la medida. Si no se interpone la demanda oportunamente, o esta es rechazada liminarmente o no se acude al centro de conciliación en el plazo indicado, la medida cautelar caduca de pleno derecho.
Dispuesto la admisión de la demanda por revocatoria del superior, la medida cautelar requiere nueva tramitación".

* El artículo 640° original exigía copias certificadas pero fue modificado por Ley N° 26871 del 11.11.97

El plazo para la interposición de la demanda o en su caso, de la solicitud ante el Centro de Conciliación Extrajudicial se computa en días hábiles, de conformidad con lo previsto por el artículo 141º del CPC.

De tratarse de una materia conciliable, no procede interponer la demanda ante el Poder Judicial, si antes no se ha recurrido a un Centro de Conciliación Extrajudicial, por lo que en este caso, el plazo de diez días útiles para la interposición de la demanda se suspende hasta que se culmine con el procedimiento conciliatorio.

Pero en este caso, la Ley pone otra condición, y consiste en que el beneficiado con la medida cautelar, deberá presentar su solicitud ante un Centro de Conciliación Extrajudicial, dentro del plazo de cinco días útiles o hábiles de haber tomado conocimiento de la ejecución de la medida, solo así, se suspenderá el plazo de diez hábiles para presentar la demanda en el cuaderno principal, el cual empezará a computarse a partir de la fecha del Acta que expida el Centro de Conciliación Extrajudicial, con la cual culmina el procedimiento conciliatorio.

Para Lino Palacio, el fundamento del plazo de caducidad de las medidas fuera de proceso en relación a la interposición de la demanda respectiva, radica "(...) no solo en la presunción de desinterés que cabe extraer de la inactividad procesal del beneficiario de la medida, sino también en la necesidad de evitar los perjuicios que esta pueda irrogar a su destinatario. Juegan pues, valoraciones jurídicas de paz y de orden (...)" (1992, Tomo VIII: 59).

2.3 Trámite de la medida cautelar

El artículo 637º del CPC es otro de los que ha sido modificado por la Ley N° 29384. Básicamente se ha reemplazado el término pedido por solicitud y es de relieve la figura de la *oposición* de la medida por el afectado. Antes, para ejercer una defensa se tenía que esperar que la cautelar se realice o ejecute y previa notificación, seguía el apersonamiento del ejecutado, pero solo para interponer apelación. Actualmente puede haber oposición con el solo dictado de la medida y resuelve el juez del proceso.

El texto actual del artículo 637º del Código Procesal Civil modificado, establece lo siguiente:

"La solicitud cautelar es concedida o rechazada sin conocimiento de la parte afectada en atención a los fundamentos y prueba de la solicitud. Procede apelación contra el auto que deniega la medida cautelar. En este caso, el demandado no es notificado y el superior absuelve el grado sin admitirle intervención alguna. En caso de medidas cautelares fuera de proceso, el juez debe apreciar de oficio su incompetencia territorial. Una vez dictada la medida cautelar, la parte afectada puede formular oposición dentro de un plazo de cinco (5) días, contado desde que toma conocimiento de la resolución cautelar, a fin de que pueda formular la defensa pertinente. La formulación de la oposición no suspende la ejecución de la medida. De ampararse la oposición, el juez deja sin efecto la medida cautelar. La resolución que resuelve la oposición es apelable sin efecto suspensivo".

Encontramos pues, que la modificatoria introducida por la Ley No 29384 varía el trámite de la medida cautelar previsto por el artículo 637° del CPC, de tal forma que la parte afectada tiene un plazo de cinco días desde que toma conocimiento de la medida para formular oposición a la misma con sus argumentos de defensa pertinentes; sobre esta oposición tendrá que pronunciarse el juez que otorgó la medida cautelar, con lo cual se está respetando el derecho constitucional a la doble instancia judicial en los procesos cautelares ya que hasta antes de esta modificación su cumplimiento se daba de manera imperfecta; esto porque el afectado con la medida al tomar conocimiento de ella interponía recurso de apelación, por tanto, el juez que concedió la medida cautelar no se pronunciaba sobre la defensa formulada por el afectado elevando, en su caso, el cuaderno a la instancia revisora que en realidad actuaba como primera instancia para el afectado.

Contra la resolución que resuelve la oposición procede el recurso de apelación, con lo cual en el caso del afectado con la medida, este llega a la segunda instancia con un pronunciamiento del juez que concedió la medida habiendo ejercitado su derecho de acción como es debido.

2.4 Ejecución de la medida cautelar

La ejecución de la medida será realizada por el Secretario respectivo (hoy llamado Especialista Legal), en días y horas hábiles o habilitados, con el apoyo de la fuerza pública si fuese necesario, Puede autorizarse el descerraje u otros actos similares, cuando el caso lo justifique, conforme lo establece el artículo 641° del CPC.

Cuando la ejecución de la medida deba ser cumplida por un funcionario público, el juez remitirá bajo cargo, copia certificada de los actuados que considere pertinentes y el oficio conteniendo el mandato respectivo. Igual oficio se cursará a la autoridad policial correspondiente, cuando por las circunstancias sea necesario el auxilio de la fuerza pública, conforme lo prevé el primer y segundo párrafos del artículo 638° del CPC.

Por el mérito de la recepción del oficio conteniendo el mandato respectivo, el funcionario o la autoridad policial quedan obligados a su ejecución inmediata, exacta e incondicional, bajo responsabilidad penal, según lo preceptúa el último párrafo del citado artículo 638° del CPC.

Todas las ocurrencias de la ejecución de la medida serán sentadas en un acta por el auxiliar, la que será firmada por todos los intervinientes y certificada por aquel. En su caso, dejará constancia de la negativa a firmar, conforme lo establece el artículo 641° del CPC.

2.5 Concurrencia de medidas cautelares

Nuestro ordenamiento procesal civil, permite la coexistencia de dos o más medidas cautelares sin prohibir que las posteriores sean diferentes que la primera y/o dispongan la extracción de los bienes.

Esta norma hace referencia a la prelación, que es el derecho preferente que se tiene, frente a dos o más derechos de la misma naturaleza y que afecten el mismo bien, con el objeto de establecer el orden de pago, a su realización.

Es decir, que la eficacia de las medidas cautelares concurrentes se encuentra subordinada a la primera medida que se ejecutó, rigiendo el principio de prioridad del cual deriva la preferencia de la medida cautelar ejecutada o formalizada en primer lugar.

Cuando se lleve a cabo la ejecución forzada, es decir la venta forzada del bien que estuvo sujeto a varias medidas cautelares, el producto que se obtenga va a servir para satisfacer en primer lugar el monto de la medida cautelar que se formalizó primero.

Así lo establece claramente el artículo 639° del CPC en los términos siguientes:

"Cuando dos o más medidas afectan un bien, éstas aseguran la pretensión por la que han sido concedidas, atendiendo a la prelación surgida de la fecha de su ejecución. Si no se pudiera precisar fehacientemente la prelación, se atenderá a la establecida por los derechos que sustentan la pretensión".

Cabe adicionalmente señalar como lo establece el artículo 726° del CPC que, un acreedor no ejecutante que tiene afectado el mismo bien puede intervenir en el proceso antes de su ejecución forzada dependiendo sus derechos de la naturaleza y estado de su crédito. Pero si su intervención es posterior, solo tendrá derecho al remanente si lo hubiere.

Texto seleccionado

Análisis de algunas cuestiones aplicadas en materia cautelar*

Oportunidad, vigencia y caducidad de las medidas cautelares

El concepto oportunidad está referido al momento en el cual es posible realizar determinado acto procesal. En el caso de las medidas cautelares, ellas pueden ser solicitadas en cualquier etapa procedimental anterior al pronunciamiento de la sentencia final; inclusive antes de la interposición de la demanda, caso en el cual el pedido cautelar sería el acto que da inicio a la relación procesal. A su vez, trasladándonos al otro extremo de la relación, resulta explicable que no se concedan medidas cautelares luego de expedida la sentencia que pone fin al proceso, ya que requisito esencial de aquellas es la verosimilitud y, como sabemos, cuando el juez expide sentencia, está implícitamente afirmando que sobre la litis ya ha formado certeza. Es oportuno agregar que cuando hablamos de sentencia final nos estamos refiriendo a la sentencia con autoridad de cosa juzgada que pone fin al proceso, es decir, quedan fuera de estas consideraciones las de primer u otro grado, siempre y cuando -de lo contrario serían firmes- hayan sido objeto de impugnación o estén sujetas a otro tipo de gravamen, ya que debe quedar claro que lo que garantiza la medida cautelar, antes que la eficacia de la pretensión o de la sentencia, es la eficacia del proceso. Por esa razón es necesario establecer una diferencia de relevancia entre la certeza a la que llega un juez de grado y la certeza asumida por la jurisdicción, cuando la sentencia ha adquirido firmeza y se resuelve definitivamente el conflicto. Reservamos esta interesante cuestión para cuando abordemos el tema de la extinción de la resolución cautelar. Resta decir, por el momento, que la certeza que hace suya la jurisdicción -y no la del juez de grado- es la que cierra la posibilidad de solicitar una medida cautelar.

Retomemos ahora la cuestión referida a la petición de medidas cautelares anteriores a la interposición de la demanda. Son comúnmente conocidas como "medidas cautelares fuera del proceso", lo cual implica una nominación poco afortunada si, como ya dijéramos, el pedido cautelar es el que marca —excepcionalmente, para estos casos— el inicio de la relación procesal.

Cuando las medidas cautelares producto de pedidos anteriores a la demanda son concedidas también antes de su interposición, se encuentran sometidas a un

régimen especial de caducidad por el cual se otorga un breve plazo para la interposición de la demanda, ya que de lo contrario la medida es dejada sin efecto de pleno derecho.

El plazo, como bien puntualiza nuestro ordenamiento procesal, empieza a correr desde la ejecución (actuación, en sentido estricto) de la medida cautelar y no, como antiguamente se sostenía, desde la concesión de la misma. Esto, que a primera vista parecería tratarse de una discusión menor, produce consecuencias prácticas relevantes. Nos explicamos: las medidas cautelares son otorgadas por razones de urgencia originadas en situaciones de peligro. En este sentido, como ya quedara expuesto, se produce un diferimiento de la contradicción hacia un momento posterior, pudiéndose así dictar medidas *inaudita altera parte*, con el objeto de sorprender al demandado para que no tenga oportunidad de realizar actos que atenten contra la eficacia final del proceso. Ahora bien, la posibilidad de pedir medidas cautelares antes de la interposición de la demanda tiene como fundamentos los mismos motivos que legitiman la concesión de medidas *inaudita altera parte*. Lo que ocurre es que, salvo contadas excepciones, el lapso de tiempo que transcurre entre la concesión de la medida y el inicio de su ejecución es mucho mayor del que habitualmente se dispone para que se configure la caducidad (10 días, para el caso peruano). Por tanto, si el conteo del plazo de caducidad se iniciara con la concesión de la medida, se obligaría al actor, en muchos casos, a interponer la demanda antes del inicio de la actuación de la medida, con lo cual se correría el riesgo de que la parte advierta la inminencia de una medida cautelar y tome las previsiones necesarias para burlar la eficacia de aquella. Esta situación, como es obvio, atentaría contra la finalidad de la medida y, sobre todo, contra la posibilidad de obtener una tutela procesal efectiva. [...]

* Monroy Palacios, Juan José (2002) *Basas para la formación de una teoría cautelar*. Lima, Comunidad.

AUTOEVALUACIÓN Nº 1

1. ¿Cuáles son los requisitos de la solicitud cautelar?

.....
.....
.....

2. ¿Cuáles son las características de la medida cautelar?

.....
.....
.....

3. En los paréntesis en blanco coloque (V) o (F) y luego marque la letra que contenga la secuencia correcta. "Contracautela"

- () La contracautela se ejecuta a pedido del interesado, en cuaderno aparte.
- () En caso el demandante haya obtenido sentencia favorable no es necesario que exponga los fundamentos de su pretensión ni ofrecer contracautela.
- () La contracautela sometida a plazo queda sin efecto al quinto día de vencido el plazo si es que no es prorrogada por el peticionante.
- () La caución juratoria es una especie de contracautela de naturaleza real.

- a. V-V-V-F
- b. F-V-V-V
- c. F-V-F-F
- d. F-F-V-V
- e. V-F-F-F

4. En los paréntesis en blanco coloque (V) o (F) y luego marque la letra que contenga la secuencia correcta. "Trámite de la medida cautelar"

- () La solicitud cautelar se resuelve sin conocimiento de la parte afectada.
- () En el caso de las medidas cautelares fuera de proceso, el juez no puede declarar de oficio su incompetencia.
- () El afectado con la medida cautelar puede formular oposición dentro del plazo de cinco días de haber tomado conocimiento de la resolución cautelar.
- () La resolución que resuelve la oposición es apelable con efecto suspensivo

- a. F-F-V-V
- b. F-V-V-V
- c. V-F-V-V
- d. V-F-V-F
- e. V-F-F-F

Respuestas de control

1. Leer 1.3, 2. Leer 1.6, 3. c. Leer 1.5, 4. d. Leer 2.3

ACTIVIDADES DE AUTOAPRENDIZAJE

1. Ubique una Resolución Judicial (auto cautelar) y analice su contenido.
2. Elabore un gráfico del trámite del proceso cautelar.

BIBLIOGRAFÍA

- Monroy Gálvez, Juan (1987) *Temas de proceso civil*. Lima, Studium.
- Loutayf Ranea, Roberto (1996) *Aspectos generales del procedimiento en las medidas cautelares*. Santa Fe, Jurídica Panamericana S.R.L. Serie: Tratado de las medidas cautelares. I. Coordinador: Jorge W. Peyrano.
- Código Procesal Civil (Noviembre 2008). Lima, Jurista Editores E.I.R.L.
- Monroy Palacios, Juan José (2002) *Bases para la formación de una teoría cautelar*. Lima, Comunidad.
- Priori Posada, Giovanni F. (2006) *La tutela cautelar. Su configuración como derecho fundamental*. Lima, ARA Editores E.I.R.L.
- Calamandrei, Piero (1996) *Introducción al estudio sistemático de las medidas cautelares*. Buenos Aires, El Foro.
- Rivas, Adolfo (2000) *Las medidas cautelares en el proceso civil peruano*. Lima, Rodhas.
- Moretti, Raúl (1962) "Admisibilidad y eficacia de las medidas cautelares". En *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*. Montevideo, julio-setiembre. Año XIII, N° 3, pp. 627-678.

Lección 3

LA MEDIDA CAUTELAR

3.1 Concepto

La medida cautelar es un instituto jurídico por medio del cual se garantiza la efectividad de la sentencia a dictarse en un proceso principal, frente a los riesgos derivados de la demora del mismo. Para ello, el órgano jurisdiccional que conoce dicho proceso principal, cuya decisión se quiere garantizar, evalúa la solicitud cautelar presentada por la parte interesada y si se presentan los presupuestos exigidos por nuestro ordenamiento procesal civil, dicta la resolución cautelar, que dispone el otorgamiento de una medida adecuada para poder garantizar la eficacia de la sentencia (medida cautelar).

Como señala el profesor Juan Monroy Gálvez, "(...) a diferencia de la providencia, el concepto de medida cautelar debemos entenderlo en un sentido práctico. La medida cautelar es la providencia cautelar ejecutada" (1987:23).

Alsina las define así: "Si el Estado al asumir la función de administrar justicia prohíbe a los individuos la autodefensa de sus derechos, no puede, en situaciones como las enunciadas, desentenderse de las consecuencias de la demora que necesariamente ocasiona la instrucción del proceso, y debe por tanto proveer las medidas necesarias para prevenirlas, colocándolas en manos del juez y de los litigantes. Tales son las llamadas medidas precautorias" (1962:449).

3.2 Criterio clasificatorio de las medidas cautelares adoptado por el Código Procesal Civil

Nuestro ordenamiento procesal civil hace una división entre las medidas cautelares agrupándolas en: 1) Específicas llamadas también típicas o nominadas y 2) Medida cautelar genérica, llamada también atípica o innominada contemplada en el artículo 629º del CPC.

Dentro de las medidas cautelares específicas tenemos las siguientes:

1. *Medidas para futura ejecución forzada*: son aquellas que tienen por finalidad facilitar el resultado práctico de una futura ejecución forzada entendida como el remate o la adjudicación de bienes. Esta medida cautelar impide que los bienes que van a estar sujetos a una futura ejecución, se dispersen o desaparezcan.

Dentro de estas medidas encontramos la siguiente sub-clasificación:

→ a. Embargo: en sus diversas modalidades:

- En forma de depósito.
- En forma de inscripción; sobre inmuebles no inscritos o inscritos a nombre de tercera persona.
- En forma de retención.
- En forma de intervención: en información y en recaudación.
- En forma de administración.

→ b. Secuestro: conservativo o judicial.

→ c. Anotación de demanda.

2. *Medidas temporales sobre el fondo*: son aquellas que anticipan exactamente lo que presumiblemente va a ser el pronunciamiento final en el proceso principal.

3. *Medidas innovativas*: son aquellas medidas cautelares de carácter excepcional que tienden a alterar el estado de hecho o de derecho existente antes de la petición de su dictado.

4. *Medida de no innovar o prohibición de innovar*: son aquellas que impiden que se modifique la situación de hecho o de derecho, cuando tal acto tenga una decisiva influencia en la solución del proceso y en la ejecución de la sentencia.

L e c c i ó n 4

ASPECTOS DIVERSOS SOBRE LA MEDIDA CAUTELAR

4.1 Variación de la medida cautelar

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 617º del CPC la medida cautelar es susceptible de variación en cualquier estado del proceso a pedido del titular de la medida, en cuyo caso la solicitud de variación será tramitada *inaudita pars* es decir, sin conocimiento del afectado, al igual que la solicitud cautelar, dado el carácter reservado del proceso cautelar que como hemos visto, es indispensable para cumplir con su finalidad que es alcanzar el valor eficacia del fallo definitivo.

Los aspectos sobre los cuales se puede solicitar la variación son los siguientes:

- a) Modificación de la forma.
- b) Variación de los bienes sobre los que recae.
- c) El aumento o reducción del monto.
- d) La sustitución del órgano de auxilio judicial.

El afectado también tiene el derecho de efectuar similar pedido, es decir solicitar la variación de la medida cautelar en cuanto a la forma, bienes, monto y órgano de auxilio judicial.

Sin embargo, en este caso, de la solicitud de variación que presente la parte afectada, el juez correrá traslado al demandante, y con la absolución del peticionante de la medida

cautelar o en su rebeldía, el juzgador resolverá mediante un Auto, en la misma forma que resuelve el pedido de variación que formule la parte demandante.

En ambos casos, sea que la solicitud de variación haya sido presentada por el demandante o por el demandado, el juez resolverá atendiendo a las circunstancias particulares del caso, siendo tal decisión, apelable sin efecto suspensivo.

4.2 Sustitución de la medida cautelar

Esta figura procesal está permitida por el artículo 628º del CPC, cuando la medida cautelar garantiza una pretensión dineraria, en cuyo caso, el afectado puede pedir la sustitución de una medida cautelar por otra, en atención a la regla del menor perjuicio, siempre que se garantice adecuadamente el derecho que se pretenda asegurar.

El afectado puede sustituir la medida cautelar, sea depositando el monto fijado en la medida, con lo cual, el juez de plano la sustituirá o puede ofrecer garantía suficiente a criterio del juez, quien en ese caso, resolverá previo traslado al peticionante de la medida cautelar por el plazo de tres días.

En el caso que el afectado sustituya la medida cautelar por dinero, la suma depositada se mantendrá en garantía de la pretensión y devengará el interés legal, siendo la decisión del juez en este caso inimpugnable. La sustitución en tal caso, ahorra el trámite y los gastos de un remate, sin perjuicio para nadie.

Cuando el pedido de sustitución de la medida cautelar se sustente en el ofrecimiento de una garantía, los bienes que se ofrezcan deben ser de igual valor y suficientes para cubrir el crédito, pues si bien el afectado tiene derecho a obtener la sustitución de la medida, debe ofrecer bienes suficientes y de fácil realización. En este caso, la decisión del juez puede ser apelada sin efecto suspensivo.

Podemos dar un ejemplo siguiendo este criterio, suponiendo que el afectado pretenda sustituir un embargo sobre un inmueble libre de gravámenes por otro gravado con hipoteca, consideramos que el juez debería denegar tal pedido de sustitución; o en el caso que los bienes ofrecidos fueran de una sociedad mercantil, en cuyo caso también debería denegársele el pedido de sustitución por ser bienes que pertenecen a un tercero.

4.3 Medida anticipada

El Código Procesal Civil en su artículo 618º concede al magistrado la facultad de ordenar medidas anticipadas. Dicho numeral establece lo siguiente:

Además de las medidas cautelares reguladas, el juez puede adoptar medidas anticipadas destinadas a evitar un perjuicio irreparable o asegurar provisionalmente la ejecución de la sentencia definitiva.

A este efecto, si una medida se hubiere ejecutado sobre bienes perecibles o cuyo valor se deteriore por el transcurso del tiempo u otra causa, el juez, a pedido de parte, puede ordenar su enajenación, previa citación a la contraria. La enajenación puede sujetarse a las estipulaciones que las partes acuerden. El dinero obtenido mantiene su función cautelar, pudiendo solicitarse su conversión a otra moneda si se acreditara su necesidad. La decisión sobre la enajenación o conversión es apelable sin efecto suspensivo.

Para que el juez conceda esta medida debe existir un pedido de la parte interesada, aunque el artículo no lo menciona expresamente, siguiendo la regla general que establece el artículo 608º del CPC.

El carácter anticipado de la medida no está referido a la oportunidad de la solicitud cautelar, sino a la anticipación de determinados efectos de la sentencia que el juez va a dictar en el proceso principal.

La situación o circunstancia que refiere el segundo párrafo de este artículo no constituye la única posibilidad para que el juez dicte una medida anticipada, sino que puede tomarse a manera de ejemplo.

4.4 Eficacia de la medida cautelar

Como señala Monroy Palacios "(...) Previamente es necesario distinguir dos conceptos que parecen equivalentes, pero que sin duda mantienen diferencias de tipo funcional: eficacia y efectos de la resolución judicial. Ambos se caracterizan por verificarse en el contenido de la resolución, es más, es este el factor que determina el tipo de eficacia y los efectos de la resolución. La distinción radica en que, mientras el primero se refiere a la calidad jurídica que la resolución impone sobre la relación material, los efectos no son otra cosa que el contenido concreto de la resolución. (...)” (2002:289).

El artículo 619º del CPC establece lo siguiente:

Resuelto el principal en definitiva y de modo favorable al titular de la medida cautelar, este requerirá el cumplimiento de la decisión, bajo apercibimiento de proceder a su ejecución judicial.
La ejecución judicial se iniciará afectando el bien sobre el que recae la medida cautelar a su propósito.

De lo señalado en el artículo 619º del CPC podemos concluir que la eficacia de la medida cautelar se pone de manifiesto no cuando esta es trabada, sino cuando se logra el cumplimiento del fallo definitivo, que la medida cautelar tenía por finalidad asegurar.

Por otro lado, debemos recordar que no todo pedido cautelar culmina con la dación de aquella, tal por ejemplo los casos donde se rechaza el pedido, la resolución cautelar tendrá un carácter puramente declarativo, manteniéndose la situación inicial, ya que a criterio judicial se podrá resolver el litigio, sin recurrir a ninguna medida de aseguramiento.

4.5 Extinción de las medidas cautelares

Podemos señalar las siguientes causales de extinción de las medidas cautelares:

1. No presentación de la demanda en el plazo oportuno: es el caso previsto por el artículo 636º del CPC, de las medidas cautelares fuera de proceso.

Una vez que se ejecuta la medida cautelar antes de iniciado el proceso principal, el beneficiario debe interponer su demanda ante el mismo juez, dentro del plazo de diez días posteriores a dicho acto y si el procedimiento conciliatorio fuese necesario antes de la interposición de esta, debe acudir ante un centro de conciliación extrajudicial dentro del plazo de cinco días hábiles de haber tomado conocimiento de la medida, para presentar la solicitud de conciliación respectiva. En este caso, el plazo de diez días para la presentación de la demanda queda suspendido, hasta que concluya el procedimiento conciliatorio.

Si la demanda no es presentada oportunamente o esta es rechazada liminarmente, es decir es declarada improcedente de plano, o no se acude al centro de conciliación en el plazo indicado (cinco días hábiles de haber tomado conocimiento de la ejecución de la medida), la medida cautelar caduca de pleno derecho, debiendo el juez expedir el auto respectivo.

Ahora bien, si el superior jerárquico que conoce del recurso de apelación interpuesto, revoca dicho Auto que declara la caducidad de la medida cautelar y ordena al juez que admita a trámite la demanda, la medida cautelar va a requerir de nueva tramitación, con el evidente riesgo de que ya no existan bienes susceptibles de ser afectados.

2. Por desistimiento del proceso o de la pretensión: conforme a lo dispuesto por el artículo 340º del CPC el proceso principal puede concluir por desistimiento que formule el demandante ya sea del proceso o de la pretensión, en cuyo caso, las medidas cautelares que se hubiesen solicitado y/o trabado, se extinguirán, dado el carácter instrumental de aquella, pues en buena cuenta, lo accesorio corre la misma suerte que el principal.

Ahora bien, nada obsta para que el demandante continúe con el proceso principal y solo se desista de la medida cautelar solicitada o trabada en el cuaderno respectivo.

3. Por abandono del proceso: conforme lo establece el artículo 346º del CPC el abandono se declara de oficio por el juez o a petición de parte, cuando el proceso permanezca en primera instancia durante cuatro meses, sin que se realice acto procesal que lo impulse. En cuanto a las medidas cautelares que se hubiesen trabado en cuaderno aparte, quedarán sin efecto y se archivará el expediente, una vez que queda consentida o ejecutoriada la resolución que declara el abandono del proceso conforme a lo previsto por el artículo 347º del CPC.

4. Por sustitución de la medida cautelar: como hemos visto al comentar el artículo 628º del CPC, el afectado puede sustituir la medida cautelar solicitada y/o ejecutada por el peticionante, ya sea por dinero u ofreciendo garantía suficiente a criterio del juez, con lo cual la medida cautelar trabada quedará extinguida, si el juez acepta la sustitución.
5. Por variación de la medida cautelar: también hemos visto al comentar el artículo 617º del CPC que el solicitante de la medida cautelar puede variar la forma de esta modificando una por otra, con lo cual, la primera de ellas se extinguirá, si el juez accede al pedido de variación, que puede ser formulado en cualquier momento.
6. En el caso de no prorrogarse la contracautela sometida a plazo: conforme a lo dispuesto por el último párrafo del artículo 613º del CPC si el juez admite la contracautela sometida a plazo, ofrecida por el peticionante de la medida, y este no la prorroga u ofrece otra de la misma naturaleza o eficacia, sin necesidad de requerimiento y dentro del tercer día de vencido el plazo, la medida cautelar queda sin efecto.
7. Extinción de la medida cautelar concedida con el Código derogado: como lo establece el artículo 625º del CPC, en los procesos iniciados con el Código de Procedimientos Civiles de 1912, la medida cautelar se extingue de pleno derecho a los cinco años contados desde su ejecución. Si el proceso principal no hubiese concluido, el juez puede disponer a pedido de parte, la reactualización de la medida. Esta decisión requiere de nueva ejecución cuando implica una inscripción registral.
8. Por terminación del proceso principal: una de las características de la medida cautelar es su carácter provisorio, por ello, también se extinguirá cuando concluya el proceso principal. Si este concluye de modo favorable al demandante, la medida cautelar se extingue como tal, para convertirse en la ejecución judicial de la sentencia, conforme al artículo 619º del CPC.
9. Por cancelación de la medida: como establece el artículo 630º del CPC, si la sentencia en primera instancia declara infundada la demanda, la medida cautelar queda cancelada, aunque aquella hubiere sido impugnada. Sin embargo, el peticionante puede mantener la vigencia de su medida hasta que el superior jerárquico resuelva, siempre que ofrezca contracautela de naturaleza real o fianza solidaria.

4.6 Sanciones por medida cautelar innecesaria o maliciosa

Como hemos visto al estudiar las características de la medida cautelar, la contingencia es una de ellas, es decir que genera un tipo de riesgo que debe ser asumido por quien la solicita.

La utilidad o pertinencia de una medida cautelar solo se podrá establecer cuando se expida sentencia en el proceso principal, siempre que esta sea favorable al peticionante de la medida, pues en el caso de ser adversa, se establecerá que la medida cautelar fue innecesaria o maliciosa.

El artículo 621º del CPC establece las sanciones por medida cautelar innecesaria o maliciosa, en los siguientes términos:

Si se declara infundada una demanda cuya pretensión estuvo asegurada con medida cautelar, el titular de esta pagará las costas y costos del proceso cautelar, una multa no mayor de diez Unidades de Referencia Procesal y, a pedido de parte, podrá ser condenado también a indemnizar los daños y perjuicios ocasionados. La indemnización será fijada por el juez de la demanda dentro del mismo proceso, previo traslado por tres días. La resolución que decida la fijación de costas, costos y multa es apelable sin efecto suspensivo; la que establece la reparación indemnizatoria lo es con efecto suspensivo.

Como podemos apreciar del artículo citado, nuestro ordenamiento procesal civil ha adoptado en este tema la tendencia de la responsabilidad objetiva, pues basta que el proceso principal termine con una sentencia que declare infundada la demanda, para que nazca la obligación procesal del titular de la medida, de restituir los derechos afectados al sujeto que soportó la medida, pagando las costas y costos del proceso cautelar, multa e incluso una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados.

Un primer signo de esta obligación se puede advertir en la exigencia de una contracautela, que es un requisito para la ejecución de la medida cautelar, para garantizar las posibles afectaciones de una medida cautelar innecesaria.

En tal sentido, al finalizar el proceso principal y luego de que se demuestre el carácter innecesario de la medida, el demandado puede requerir en el mismo cuaderno cautelar, una liquidación respecto de los daños sufridos, concluido dicho trámite, la contracautela servirá para cubrir el monto del resarcimiento.

Finalmente, como señala el profesor Monroy Palacios: "(...) Lo cierto es que la verificación de esta responsabilidad objetiva por medida cautelar innecesaria, no excluye la posibilidad de iniciar un proceso judicial donde se demande la indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad subjetiva. Es decir, cuando el demandado —en el proceso primigenio— advierta que el sujeto favorecido con aquella ha actuado de mala fe, con participación o no del juzgador. (...)" (2002:332-333).

4.7 Afectación de bienes de terceros

Según establece el artículo 623º del CPC, la medida cautelar puede recaer en bien de tercero, cuando se acredite su relación o interés con la pretensión principal. El artículo citado establece como condición que el tercero haya sido citado con la demanda.

Ahora bien, la medida cautelar debe haberse ejecutado para que el tercero esté legitimado para intervenir en el proceso principal y en el cautelar.

Debemos enfatizar que el término empleado es citación al tercero, no emplazamiento, ya que a quien se emplaza es al demandado, pero al tercero solo se le cita, para darle la oportunidad de incorporarse al proceso, ya sea al principal o al cautelar, y defender su derecho o el del demandado. Si el tercero no ejercita esa facultad que le concede la ley, ello no será causal de invalidez del proceso.

El segundo acápite del artículo comentado, establece que el deudor y los terceros ajenos a la relación obligacional podrán oponer el cambio de su domicilio de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 40º del Código Civil. Dicha oposición surte efecto aún en el acto mismo de ejecución de la medida cautelar, bajo responsabilidad del juez y/o auxiliar judicial.

4.8 Responsabilidad por afectación de bien de tercero

La afectación de un bien de tercero puede generar responsabilidad para el peticionante conforme lo establece el artículo 624º del CPC, cuando se acredite fehacientemente que el bien afectado con la medida pertenece a persona distinta del demandado.

En ese caso, el juez debe ordenar la desafectación inmediata del bien, inclusive si la medida no se hubiera ejecutado aún.

El peticionante pagará las costas y costos del proceso cautelar y atendiendo a las circunstancias puede perder la contracautela a favor del propietario, pero en el monto que sea suficiente para el pago de la indemnización de los daños y perjuicios que efectivamente este hubiese sufrido.

Si se acredita que hubo mala fe del peticionante se le impondrá además la sanción pecuniaria de multa no mayor de 30 Unidades de Referencia Procesal, aunque la ley no establece el mínimo, y sin perjuicio de ello el juez tiene la facultad de oficiar al Ministerio Público para los efectos del proceso penal a que hubiere lugar.

4.9 Órganos de auxilio judicial en las medidas cautelares

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 55º del CPC concordante con los artículos 273º y 281º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, son órganos de auxilio judicial los siguientes: los peritos, el depositario, el interventor, el martillero público, el curador procesal, la policía y los otros órganos que determine la ley, como es el caso del cuerpo médico forense.

Estos órganos de auxilio judicial se rigen por las leyes y demás disposiciones pertinentes conforme lo establece el artículo 56º del CPC.

En las medidas cautelares, va a depender de la forma solicitada para que se designe o no a un órgano de auxilio judicial, como lo establece el artículo 610º inciso 5 del CPC al señalar dentro de los requisitos de la solicitud cautelar, que el peticionante designe el órgano de auxilio judicial correspondiente, si fuera el caso. Cuando se trate de persona

natural, se acreditará su identificación anexando copia legalizada de su documento de identidad personal.

Por ejemplo en un embargo en forma de inscripción o una anotación de demanda no existe órgano de auxilio judicial, pero en un embargo en forma de depósito si lo hay, y es el depositario. En el secuestro conservativo o judicial, es el custodio.

Si el órgano de auxilio judicial designado por el peticionante no resulta ser una persona idónea, tiene la facultad de variarlo, conforme al artículo 617º del CPC, el cual establece que, a pedido del titular de la medida y en cualquier estado del proceso puede variarse esta, sea modificando su forma, variando los bienes sobre los que recae o su monto o sustituyendo al órgano de auxilio judicial.

No olvidemos que la parte afectada con la medida cautelar, tiene la facultad de efectuar similar pedido.

Podemos mencionar a los órganos de auxilio judicial que participan en algunas formas de medida cautelar establecidas por la ley:

- El depositario: en el embargo en forma de depósito. Hacemos la salvedad que en el embargo en forma de retención, el retenedor aun cuando no es un órgano de auxilio judicial, asume las obligaciones y responsabilidades del depositario cuando la orden recae sobre otros bienes distintos al dinero, salvo que los ponga a disposición del juez.
- El custodio: en el secuestro conservativo y judicial. También es necesario precisar que el custodio puede ser designado en un embargo en forma de depósito, cuando el deudor u obligado se negare a aceptar su designación como depositario de sus bienes muebles. El artículo 649º del CPC señala que el custodio será de preferencia un almacén legalmente constituido, el que asume la calidad de depositario, con las responsabilidades civiles y penales previstas por la ley.
- El interventor recaudador o informador: en el embargo en forma de intervención en recaudación y en información, respectivamente.
- El administrador: en el embargo en forma de administración.

Debemos precisar que al igual que el retenedor, el veedor no constituye un órgano de auxilio judicial, no obstante el artículo 634º del CPC asimila a este último como tal, para los efectos de su retribución, y asimismo lo hace responsable por los daños y perjuicios que se produzcan, en caso que incumpla sus obligaciones, sin perjuicio de la responsabilidad a que se contraen los artículos 371º y 409º del Código Penal, (que tratan sobre los delitos de omisión de declaración e informes y de declaración e informes falsos en juicio, respectivamente).

Nuestro ordenamiento procesal civil establece en el artículo 631º del CPC, que el juez se encuentra facultado para designar más de un órgano de auxilio judicial, con el

propósito de proteger los intereses no solo del afectado, sino también del peticionante, porque al existir pluralidad de órganos de auxilio judicial, se tornará más difícil cualquier posibilidad de pérdida, destrucción, sustracción o improductividad del bien sobre el que recae la medida cautelar, pues habrá más atención, control y cuidado por parte de los órganos de auxilio judicial que se designen.

El artículo 631º establece lo siguiente:

Cuando la medida recae sobre más de un bien y su naturaleza o ubicación lo justifica, puede el juez designar más de un órgano de auxilio judicial.

Los órganos de auxilio judicial tienen derecho a una retribución por la labor que desempeñan, la misma que es fijada por el juez. La responsabilidad de su pago recae en el peticionante de la medida, con cargo a la liquidación final de costas judiciales que serán reembolsadas por el sujeto vencido en el proceso, conforme a lo dispuesto en los artículos 632º y 412º del CPC.

Las decisiones en relación a la retribución son apelables sin efecto suspensivo.

Finalmente, según se establece en el artículo 633º del CPC:

Cualquiera de las partes puede pedir la designación de un veedor que fiscalice la labor del órgano de auxilio judicial. En la resolución se precisarán sus deberes y facultades, así como la periodicidad con que presentará sus informes escritos, los que serán puestos en conocimiento de las partes.

En atención a lo informado y a lo expresado por las partes, el juez dispondrá las modificaciones que considere pertinentes, pudiendo subrogar al auxiliar observado. Contra esta decisión procede apelación sin efecto suspensivo.

Texto seleccionado

Las medidas cautelares en particular: el embargo*

A) Embargo preventivo

[...]

Efectos de la medida

Señala el art. 642, que el embargo consiste solamente en "la afectación jurídica de un bien o derecho". Afectación importa individualización, sujeción del bien a las resultas del proceso: tal consecuencia podrá lograrse de diversas maneras (por ejemplo, arts. 644, 649, 656, 657 CPC).

Dividimos los efectos del embargo en general, en esenciales y derivados. Los primeros que operan en todo embargo (preventivo, ejecutivo o ejecutorio, consisten en: 1) la referida afectación del bien. 2) su sujeción a la decisión judicial. 3) el poder reipersecutorio del acreedor sobre el bien. 4) la asunción por parte del acreedor, de una posición determinada frente a otros acreedores. En tal sentido todos los embargos inclusive el preventivo, generan estos mismos efectos.

Los efectos derivados son los que permiten, precisamente, diferenciar las distintas categorías de embargo: así el preventivo no permitirá la subasta del objeto —cosa inherente al ejecutivo— salvo supuesto de deterioro, en cuyo caso se transferirá al precio; así lo determina la segunda parte del art. 618 CPC que dice: "A este efecto, si una medida se hubiere ejecutado sobre bienes perecibles o cuyo valor se deteriore por el transcurso del tiempo u otra causa, el Juez a pedido de parte puede ordenar su enajenación, previa citación a la contraria. La enajenación puede sujetarse a las estipulaciones que las partes acuerden. El dinero obtenido mantiene su función cautelar, pudiendo solicitarse su conversión a otra moneda si se acreditara su necesidad. La decisión sobre la enajenación o conversión es apelable sin efecto suspensivo". A diferencia del ejecutivo y del ejecutorio, el preventivo está sujeto al plazo de caducidad del art. 636 CPC y a la prestación de contracautela.

Afectación del bien

A la luz del CPC, el bien embargado quedará afectado a la medida; ello significa que dicha consecuencia se mostrará en dos vertientes a saber: a) individualización del bien; b) interversión de la posesión ejercida por el titular del bien embargado

que pasará a ejercer como depositario, una especial tenencia, salvo que la ley disponga que ese papel lo asuma un tercero.

- a) Individualización. La individualización, descrita en el punto anterior, no significa en principio, desapoderamiento material con pérdida de posesión ni transferencia de dominio. La individualización, simplemente, limita las facultades del titular del bien. "De tal manera, el bien embargado, si bien sigue integrando el patrimonio del obligado, queda adecuadamente "marcado" como para que se puedan producir los demás efectos que analizaremos"; empero, con la medida cautelar se produce una "fractura" en el ejercicio de los poderes derivados de la titularidad, pues quedarán limitados con respecto al bien individualizado.

Apuntamos desde ya que el bien embargado preventivamente no se convierte en indisponible para su titular. Lo dice expresamente el art. 656 CPC, con relación a los registrables que es la categoría en la que resulta más fácil de aplicar la consecuencia individualizadora. Así podrá ser enajenado, u objeto de otros contratos, pues la medida cautelar no le coloca fuera de comercio, sin perjuicio del régimen que pasaremos a explicar.

- b) Interversión de posesión en tenencia. No solamente ello, sino que si bien no hay desapoderamiento material, se produce el fenómeno que llamamos de la "interversión de la posesión en tenencia". En efecto, embargado el bien, el dominio no se altera para su titular; la posesión esta concebida por el art. 896 CC como el ejercicio de hecho de poderes inherentes a la propiedad. Si el titular de dominio es el depositario, lo cierto es que, salvo que viole sus deberes como tal, en los hechos no podrá ejercer todas sus facultades dominiales; así por ejemplo podrá venderlo pero no dar la posesión correspondiente; de tal manera pierde la posesión; conserva el uso y goce del bien (no el usufructo, pues de acuerdo al art. 999 CC se da sobre bienes ajenos) a través de una tenencia sui géneris; en efecto, en el ámbito civil, el depositario posee pero en nombre de otro que como titular trató con él y le confirió dicha calidad. En el depósito judicial no ocurre nada de ello, ya que se configura por disposición judicial, en tanto que el juez no es poseedor del bien embargado, sino que la posesión queda "expropiada" ex lege sin indemnización a las resultas del juicio.
- c) Posesión condicionada. El art. 650 CPC en materia de bienes inmuebles no inscriptos, establece —conservación del dominio— mediante la designación del titular como depositario, manteniendo una "posesión inmediata". A nuestro juicio esa modalidad posesoria no es sino el uso que referíamos en el tema anterior, pero con goce del producto del bien.

* Rivas, Adolfo (2000) *Las medidas cautelares en el proceso civil peruano*. Lima, Rodhas.

AUTOEVALUACIÓN Nº 2

1. ¿Qué es una medida cautelar?

.....
.....
.....

2. ¿Cuál es el criterio clasificatorio de las medidas cautelares en el Código Procesal Civil?

.....
.....
.....

3. En los paréntesis en blanco coloque (V) o (F) y luego marque la letra que contenga la secuencia correcta. "Variación y sustitución de la medida cautelar"

- () Por la variación se puede modificar la forma, monto, bienes o el órgano de auxilio judicial.
- () La variación solo puede ser solicitada por la parte demandante.
- () La decisión que resuelve el pedido de variación es apelable con efecto suspensivo.
- () La sustitución procede por dinero o por bienes ofrecidos en garantía.
 - a. F-V-V-V
 - b. V-F-F-V
 - c. V-V-V-F
 - d. F-F-V-F
 - e. V-F-F-F

4. En los paréntesis en blanco coloque (V) o (F) y luego marque la letra que contenga la secuencia correcta. "Extinción de la medida cautelar"

- () La medida cautelar se extingue por abandono del proceso principal.
- () El solicitante puede mantener vigente la medida cautelar si ofrece contracautela real, aunque la sentencia de primera instancia declare infundada la demanda.
- () Las medidas cautelares en el código procesal civil vigente, se extinguen a los cinco años desde su ejecución.
- () Solo el desistimiento de la pretensión determina la extinción de la medida cautelar.
 - a. F-V-V-V
 - b. V-F-V-V
 - c. V-F-V-F
 - d. V-V-F-F
 - e. F-F-F-V

Respuestas de control

1. Leer 3.1, 2. Leer 3.2, 3. b. Leer 4.1, 4. d. Leer 4.5

ACTIVIDADES DE AUTOAPRENDIZAJE

1. Identifique las medidas cautelares que requieren de órganos de auxilio judicial para su ejecución.
2. Elabore una solicitud de medida cautelar para futura ejecución forzada.
3. Identifique las diferencias entre las figuras procesales de sustitución y de variación de la medida cautelar.

BIBLIOGRAFÍA

- | | |
|----------------------------|--|
| Monroy Gálvez, Juan | (1987) <i>Temas de proceso civil</i> . Lima, Librería Studium. |
| Alsina, Hugo | (1962) <i>Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial</i> . Tomo V, 2ª Edición, Buenos Aires, EDIAR, Soc. Anónima Editores. |
| Código Procesal Civil | (Noviembre 2008), Lima, Jurista Editores E.I.R.L. |
| Monroy Palacios, Juan José | (2002) <i>Bases para la formación de una teoría cautelar</i> . Lima, Comunidad. |