

TÍTULO II TUTELA JURISDICCIONAL CAUTELAR

Capítulo 1 FINALIDAD

La doctrina emplea diversos criterios para clasificar los procesos judiciales. Atendiendo al criterio de función o finalidad los procesos son de cognición, ejecución y cautelar, según sea para declarar el derecho, ejecutar el derecho o asegurar el cumplimiento de una sentencia.⁴⁰

No obstante, en doctrina aún se discute si el proceso cautelar es efectivamente un proceso o un procedimiento, sosteniéndose que no es proceso porque en él no se resuelve ningún conflicto de intereses ni se elimina una incertidumbre jurídica, sino que solo se garantiza el cumplimiento de una pretensión que corre en el proceso principal de cognición o de ejecución, donde sí se resuelven conflictos de intereses. Independientemente de ese debate doctrinario, cuya importancia admitimos, lo cierto es que el Código nuestro regula el proceso cautelar conforme a la finalidad que le ha asignado la doctrina comentada, decisión legal que por

40 A modo de referencia citamos a FAIRÉN GUILLÉN, *Doctrina general del derecho procesal*, cit., pp. 45-46.

lo demás guía la actuación de todos los operadores jurídicos en esta materia⁴¹. En efecto, la norma citada establece de modo claro que el destino y finalidad de toda medida cautelar, solicitada fuera o dentro de un proceso, es asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva.

41 MARTEL CHANG, Rolando, "El proceso cautelar. El valor eficacia y la finalidad del proceso cautelar. El procedimiento cautelar", en *Orientaciones y tendencias en el proceso cautelar y de ejecución*, Librería y Ediciones Jurídicas, Lima, 2002.

Artículo 608º Código Procesal Civil: "Todo Juez puede, a pedido de parte, dictar medida cautelar antes de iniciado un proceso o dentro de este, destinada a asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva".

Artículo III: Fines del proceso e integración de la norma procesal: "El Juez deberá atender a que la finalidad concreta del proceso es resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica, haciendo efectivo los derechos sustanciales, y que su finalidad abstracta es lograr la paz social en justicia.

En caso de vacío o defecto en las disposiciones de este Código, se deberá recurrir a los principios generales del derecho procesal y a la doctrina y jurisprudencia correspondientes, en atención a las circunstancias del caso".

Capítulo 2

CARACTERÍSTICAS DEL PROCEDIMIENTO

El procedimiento viene a ser la forma de materializar los actos que ha previsto la ley; es seguir paso a paso, las reglas que ella establece para el trámite y desarrollo del procedimiento.

Para el logro de la finalidad cautelar y del valor eficacia, y como no puede ser de otra manera, el Código ha establecido a nuestro entender un procedimiento sencillo y simple cuyas principales características pasamos a comentar⁴²:

1. ES RESERVADO

Significa que este procedimiento en ningún caso debe ser público, sino que exige discreción y prudencia. En efecto, si hacemos todo lo contrario, esto es, si publicitamos la existencia de un pedido cautelar, lo único que lograremos es hacer inservible la

42 MARTEL CHANG, "El proceso cautelar. El valor eficacia y la finalidad del proceso cautelar. El procedimiento cautelar", cit.

institución procesal y empezar seguramente a elucubrar su desaparición o modificación so pretexto de su inoperancia⁴³.

Generalmente se piensa que únicamente es tarea de los Jueces, los auxiliares de Justicia y en todo caso del Poder Judicial ser celosos guardianes y garantes de esa reserva, y que todo quiebre de ella es atribuible a dichos funcionarios, verdad que aun cuando puede llegar a ser cierta no es absoluta.

Nosotros creemos que igual responsabilidad tienen los justiciables, sus abogados y todo aquel que tenga un nivel de manejo o conocimiento de la petición cautelar, alcanza a todos aquellos que participan de la elaboración de la solicitud, su presentación y tramitación interna dentro del Órgano Jurisdiccional, de quien toma la decisión y claro está de quienes intervienen en la ejecución.

Así las cosas, todos los que hemos mencionado tienen la obligación de guardar la reserva de la solicitud cautelar, pues en todo caso no se logrará la finalidad de la medida cautelar, y peor aún se puede perjudicar el derecho del justiciable solicitante de la medida.

De esta forma, una vez recibida una petición cautelar por el órgano jurisdiccional, corresponde a este tomar la decisión con estricta observancia de esta característica del procedimiento, decisión que debe adoptar en base a las exigencias que prevé el artículo 611º del texto procesal civil, es decir, comprobar, analizando

43 En los últimos meses, a propósito de peticiones cautelares vinculadas a una entidad bancaria intervenida y a una empresa de televisión, diversos medios de comunicación social nacionales, han informado sobre la existencia de peticiones cautelares no presentadas al Órgano Jurisdiccional, o recibidas por este y no resueltas, o resueltas pero no ejecutadas. En todos los supuestos la parte "afectada" ha realizado una intensa defensa de sus derechos e intereses, tanto en el plano Judicial como en el extrajudicial, no obstante que el artículo 637º del Código Procesal Civil señala que la participación del afectado es posterior a la ejecución de la medida.

lo expuesto en la solicitud y la prueba anexada a ella, si existe la concurrencia de los presupuestos de verosimilitud del derecho, el peligro en la demora, y la adecuación, así como la contracautela para su ejecución.

La reserva del procedimiento cautelar alcanza a todas sus etapas de desarrollo, calificación de la petición cautelar, dictado de la resolución y posterior ejecución, aclarando que esto último solo será así cuando primero se ejecute la medida, pues en otros casos el afectado puede presentar la oposición una vez que tome conocimiento del dictado de la medida, tal como ahora lo autoriza el artículo 637º del Código Procesal Civil⁴⁴.

2. *ES INAUDITA ET ALTERA PARS* (SIN OÍR A LA PARTE CONTRARIA)

Esta característica del procedimiento cautelar significa que el Juez toma la decisión de amparar o denegar la petición cautelar sin oír a la parte contraria, esto es, sin notificarle de tal pedido, exigencia que resulta obvia para que no se frustre tanto la finalidad de la medida cautelar como su eficacia. En efecto, si se procede de modo contrario, esto es, si para tomar la decisión, en primer término se notifica del pedido al que va a resultar afectado

44 Artículo 637º. *Trámite de la medida*. "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".

con él, se pone en inminente peligro la finalidad de la medida cautelar, pues el emplazado podría poner a buen recaudo sus bienes y derechos, haciendo ilusorio el derecho del actor.

Mucho se discute y probablemente se seguirá discutiendo si esta característica es o no la que debe seguirse y mantenerse para nuestro procedimiento cautelar, argumentándose como razones principales de quienes participan de idea contraria a la del Código que se priva del derecho de defensa o de contradicción y que facilita la arbitrariedad de las decisiones.

En cuanto a la privación del derecho de defensa debe decidirse que el Código más que privación establece la restricción del derecho de contradicción, el mismo que es postergado para hacerse valer una vez dictada o ejecutada la medida. Los motivos para tal restricción obedecen a la finalidad misma de la medida cautelar, a la urgencia de tutelar derechos o situaciones jurídicas o de hecho, y a evitar que ocurran actos que luego impliquen que el derecho del peticionante se convierta en ilusorio, supuesto que por ejemplo sucede cuando el probable afectado se desprende de los bienes que servirían para asegurar el pago de un crédito.

En la práctica judicial actual se aprecia mínimamente que el afectado con una medida cautelar alegue la violación al derecho de contradicción, lo que a nuestro entender es así porque los operadores jurídicos han terminado por comprender la valía y utilidad de este instituto cautelar en el servicio de justicia. Normalmente, el afectado impugna la decisión tomada basándose en argumentos de forma o de fondo que no se habrían considerado al tomar la decisión.

En relación a las decisiones arbitrarias, generalmente se alude y menciona a los errores judiciales como su fundamento, y si bien ello es pasible de ocurrir, toda vez que la labor judicial como toda

actividad humana no está exenta de errores, este argumento no puede ser valedero por sí mismo para neutralizar la posibilidad de contar con herramientas procesales idóneas que permitan brindar tutela rápida y oportuna. No está demás tener en cuenta que el dictado de una decisión cautelar favorable al peticionante requiere que el Juez compruebe, teniendo en cuenta los fundamentos de la solicitud cautelar y la prueba aportada a ella, la concurrencia de los presupuestos de verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora, exigencias legales que precisamente buscan evitar decisiones arbitrarias.

3. EXPEDITIVO Y SUMARÍSIMO

Toda petición cautelar presupone urgencia. El tiempo es un elemento fundamental en este contexto, razón por la cual el justiciable requiere del órgano jurisdiccional su actuación aquí y ahora, no después, pues puede ser demasiado tarde.

Así, ante una petición cautelar la decisión puede ser tomada inmediatamente, y ejecutada con igual rapidez, sin que ello deba entenderse como interés inusitado del Juez para resolver. El sustento de esta actuación legal reside en el simple y contundente motivo de que toda petición cautelar presupone urgencia, razón por la cual debe decidirse rápidamente, claro está verificando la concurrencia copulativa de los presupuestos para la concesión de la medida cautelar y de la contracautela para su ejecución. Lo urgente no implica prescindir de la calificación de la petición cautelar, pero exige actuar rápidamente, pues de otra manera podrían verse afectados la eficacia y la finalidad de la medida.

La actuación displicente del Juez ante un pedido cautelar puede importar desprotección y falta de tutela judicial efectiva, asuntos que son contrarios a la finalidad del proceso cautelar.

4. ES AUTÓNOMO

Mucho se discute en doctrina acerca de este tema. El artículo 635° del Código Procesal Civil establece que todos los actos relativos a la obtención de una medida cautelar, conforman un proceso autónomo para el que se forma un cuaderno especial.

Algunos defensores de su autonomía señalan que ella debe entenderse en el plano teológico y en el procesal, mientras que otros la admiten solo en el primero, señalando que en el segundo no hay duda alguna sobre su instrumentalidad, toda vez que sirve a otro proceso principal donde se discute la pretensión principal.

En otras palabras, si se analiza el proceso cautelar desde el ámbito legal y procedimental no hay duda que es instrumental y por ende carente de autonomía; sin embargo, si se revisa esta autonomía desde el ámbito de su finalidad encontramos que ella sí existe, pues el proceso persigue resolver un conflicto o incertidumbre jurídica (artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil) en tanto que el proceso cautelar persigue asegurar que lo resuelto en aquel proceso principal se cumpla.

5. LA RESOLUCIÓN CAUTELAR Y SU EJECUCIÓN

Ante un pedido cautelar el Juez puede decidir por su amparo o rechazo, mas en ningún caso estaremos frente a un supuesto de cosa juzgada, debido a que la decisión cautelar concesoria de la medida solicitada puede ser variada o modificada e incluso dejada sin efecto en cualquier momento posterior, y en el caso de la petición denegada puede ser intentada nuevamente, tantas veces como lo estime pertinente el justiciable que quiere acceder a la medida.

Para amparar o rechazar una petición cautelar es necesario que el Juez evalúe la concurrencia de los presupuestos que prevé el artículo 611° del Código Procesal Civil tanto para su concesión como para su ejecución.

Además, sobre todo en los casos de peticiones cautelares fuera de proceso, el Juez no solo cuida de las exigencias del artículo 611° sino también del cumplimiento de las condiciones de la acción y los presupuestos procesales de forma que deben ser satisfechos por el demandante, ello por razones obvias, bastando como ejemplo, que si el peticionante no tiene legitimidad activa no obtendrá respuesta favorable a su petición.

Debe señalarse en este tema que la resolución cautelar puede afectar bienes y derechos del obligado o de un tercero, conforme se verifica de lo establecido en el segundo párrafo de los artículos 611° y 623° del Código Procesal Civil. En el caso del tercero es pertinente considerar que el artículo 623° señala que se puede afectar sus bienes o derechos cuando se acredite su relación o interés con la pretensión principal, siempre que haya sido citado con la demanda.

Una interpretación de esta última exigencia, daría a entender que en peticiones cautelares fuera de proceso no sería factible afectar bien de tercero, pues faltaría la citación con la demanda. Pero, cuando la petición es dentro de proceso, para afectar el bien de tercero debe verificarse si ha sido o no citado con la demanda.

En cuanto a la ejecución de la medida debe observarse las reglas que establecen los artículos 638° (ejecución por terceros —funcionario público— y auxilio policial) y 641° del Código Procesal Civil, las mismas que son concordantes con el poder coercitivo de la jurisdicción.

La Ley N° 27723 publicada el 13 de mayo de 2002 ha modificado el artículo 623° del Código Procesal Civil, cuyo segundo párrafo ahora establece que tanto el deudor como el tercero ajeno a la relación obligacional pueden oponer el cambio de su domicilio de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 40° del Código Civil.

Añade esta norma que dicha oposición surte efecto aun en el acto mismo de ejecución de la medida cautelar, bajo responsabilidad del Juez y/o auxiliar jurisdiccional.

La formalidad que debe cumplirse para que la oposición surta efecto es la remisión al acreedor, por parte del deudor o del tercero ajeno a la relación obligacional, de una comunicación indubitable, conforme lo señala el artículo 40º del Código Civil, que también ha sido modificado por la Ley N° 27723.

Lo anotado representa una nueva regla a observarse en la ejecución de la resolución cautelar que concede una medida, la misma que por efecto de la citada oposición haría inejecutable dicha resolución.

Capítulo 3 EL PROCEDIMIENTO CAUTELAR Y LA OPOSICIÓN

1. EL PROCEDIMIENTO CAUTELAR ANTES DE LA MODIFICATORIA DEL ARTÍCULO 637º DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

Para efectuar este examen es necesario considerar lo que establecía el modificado artículo 637º del Código Procesal Civil, a saber:

“Artículo 637º. Trámite de la medida.

La petición cautelar será concedida o rechazada sin conocimiento de la parte afectada, en atención a la prueba anexada al pedido. Sin embargo, puede excepcionalmente conceder un plazo no mayor de cinco días, para que el peticionante logre acreditar la verosimilitud del derecho que sustenta su pretensión principal.

Al término de la ejecución o en acto inmediatamente posterior, se notifica al afectado, quien recién podrá apersonarse al proceso e interponer apelación, que será concedida sin efecto suspensivo.

Cuando la decisión cautelar comprenda varias medidas, la ejecución de alguna o algunas de ellas, que razonablemente asegure el cumplimiento de la sentencia, faculta al afectado a interponer la apelación, siguiendo el procedimiento indicado en el párrafo anterior.

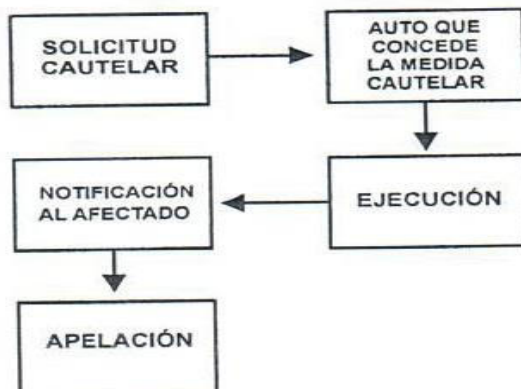
Procede apelación contra el auto que deniega la medida cautelar. En este caso el demandado no será notificado y el superior absolverá el grado sin admitirle intervención alguna.”

Del tenor del citado artículo 637 podemos extraer las siguientes notas:

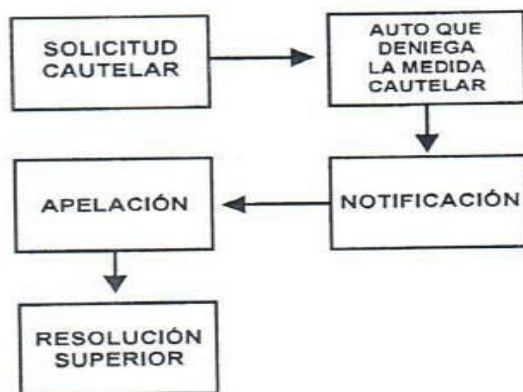
- La solicitud cautelar se atendía *inaudita parte*, sea por el Juez de Primera Instancia o por el Juez Superior en caso de denegatoria por aquel.
- Cuando la verosimilitud del derecho no había sido acreditada, podía concederse al demandante el plazo de cinco días para que cumpla con hacerlo ello.
- La notificación de la resolución cautelar al demandado ocurría en el momento de la ejecución de la medida o en acto inmediatamente posterior a él.
- El demandado solo podía apelar de la resolución cautelar una vez ejecutada la medida concedida, y cuando eran varias las medidas podía apelar siempre que la ejecución de alguna o algunas de ellas, razonablemente asegure el cumplimiento de la sentencia.
- La apelación del demandado no suspendía los efectos de la resolución cautelar ejecutada.

El procedimiento anterior puede graficarse de esta manera:

A.
EN CASO DE OTORGARSE LA MEDIDA



B.
EN CASO DE DENEGARSE LA MEDIDA



2. EL PROCEDIMIENTO CAUTELAR DESPUÉS DE LA MODIFICATORIA DEL ARTÍCULO 637° DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

El texto actual del artículo 637 (producto de la modificación introducida por el artículo único de la Ley N° 29384, publicada el 28 junio 2009), es el siguiente:

“Artículo 637°. Trámite de la medida.

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 del 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”

De la norma descrita podemos extraer las siguientes notas:

- La solicitud cautelar se atiende *inaudita parte*, sea por el Juez de Primera Instancia o por el Juez Superior en caso de denegatoria por aquel.
- La solicitud cautelar se concede o deniega, mas ya no se contempla la posibilidad de otorgar un plazo adicional al

demandante cuando la verosimilitud del derecho no ha sido acreditada.

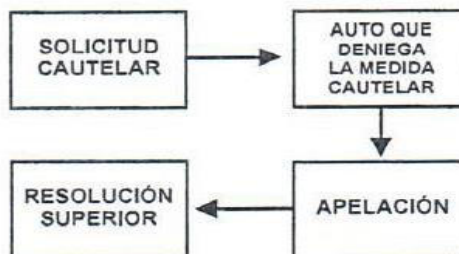
- No se precisa si la notificación con la resolución cautelar a la parte afectada se hace una vez dictada la medida o cuando ella es ejecutada.
- La parte afectada tiene derecho a formular oposición dentro del plazo de 5 días, contado desde que toma conocimiento de la resolución cautelar.
- La formulación de la oposición no suspende la ejecución de la medida.
- La oposición declarada fundada determina que el Juez deje sin efecto la medida cautelar.
- La apelación contra la resolución que resuelve la oposición es sin efecto suspensivo.

El procedimiento actual puede graficarse de esta manera:

A.
EN CASO DE OTORGARSE LA MEDIDA



B.
EN CASO DE DENEGARSE LA MEDIDA



3. ALGUNOS TEMAS RELEVANTES DERIVADOS DE LA MODIFICATORIA DEL ARTÍCULO 637° DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

3.1. ¿En qué momento se notifica la resolución cautelar?

La norma actual autoriza a la parte afectada a defenderse desde que se dicta la medida cautelar, lo que significa que la oposición que ahora se contempla puede proponerse desde este momento, no siendo necesario que la medida se haya ejecutado, como sí lo exigía la norma anterior para efecto de la apelación.

El plazo para proponer la oposición es de 5 días, contado desde la fecha en que se ha tomado conocimiento de la resolución cautelar. Para que las partes del proceso tengan conocimiento de una resolución judicial es necesario que se les notifique con ella, tal como lo informa el artículo 155° del Código⁴⁵. Si bien el ar-

45 Código Procesal Civil, artículo 155°: *Objeto de la notificación*

El acto de la notificación tiene por objeto poner en conocimiento de los interesados el contenido de las resoluciones judiciales. El Juez, en decisión motivada, puede ordenar que se notifique a la persona ajena al proceso.

Las resoluciones judiciales solo producen efectos en virtud de notificación hecha con arreglo a lo dispuesto en este Código, salvo los casos expresamente exceptuados.

título 637° no precisa en qué momento se notifica la resolución cautelar, queda fuera de toda discusión que la oposición como ejercicio del derecho de defensa supone tener pleno conocimiento de la resolución cautelar, y no solo noticias de su existencia y contenido⁴⁶.

Al respecto, Priori⁴⁷ señala:

“(…) Por ello, es legítima la pregunta ¿el hecho que la nueva norma establezca que dictada la medida el afectado puede oponerse, significa que la notificación de la resolución cautelar procede antes de su ejecución? El profesor Enrique Palacios Pareja ha dado respuesta a esta pregunta señalando que: “Tenemos entonces que la norma vigente dispone que la medida cautelar se dicta *in audita altera pars*, pero se ejecuta con conocimiento previo del afectado, quien puede oponerse a la ejecución sin que esta se suspenda”.

La respuesta que da el profesor Enrique Palacios Pareja no solo es (i) conforme al texto literal de la norma, (ii) coherente con los antecedentes a la modificación legislativa, sino también (iii) la interpretación menos lesiva al derecho de de-

46 Picó i Junoy (*Las garantías constitucionales del proceso*, Bosch, Barcelona, 1997, pp. 54 y 58) sostiene que los actos de comunicación de las decisiones judiciales (notificaciones, citaciones y emplazamientos) en la medida que hacen posible la comparecencia del destinatario y la defensa contradictoria de las pretensiones, representan un instrumento ineludible para la observancia de las garantías constitucionales del proceso. Añade que el conocimiento de la existencia de determinadas actuaciones judiciales por vías extraprocesales, siempre que ese conocimiento se haya producido en un momento hábil que permita al afectado no solo comparecer sino ejercitar la plena defensa de sus derechos, no lesiona el artículo 24.1 de la Constitución Española —tutela efectiva—, por cuanto la debida diligencia en su actuar impide, posteriormente, toda invocación de indefensión.

47 PRIORI POSADA, Giovanni, “La oposición a las medidas cautelares”, en *Advocatus*, N° 124, Universidad de Lima, Lima, 2011, pp. 413-432.

fensa del afectado. Razones suficientes para estar de acuerdo con ella. Sin embargo, esta interpretación tiene un problema destacado por el propio profesor Palacios: hay casos en los que la notificación con la medida cautelar al afectado puede terminar afectando la efectividad de la medida cautelar, y por ende, el derecho fundamental a la tutela cautelar del demandante. En estos casos, se debe diferir la notificación al afectado hasta luego de la ejecución de la medida cautelar, sin embargo, nada de esto dice la modificatoria al Código Procesal Civil.

Es necesario señalar, sin embargo, que nuestros jueces no vienen interpretando así la norma. Habitados a la regla generalizada de postergación del contradictorio, nuestros jueces vienen interpretando la norma en el sentido de postergar el contradictorio hasta un momento posterior a la ejecución.

(...) La norma señala que el plazo de cinco días para formular oposición debe computarse desde el momento en que el afectado toma conocimiento de la resolución cautelar, no señala que el plazo se computa desde la notificación. Claro, bien podría decirse que en el proceso las partes toman conocimiento de las resoluciones judiciales a través de la notificación, sin embargo, esta no es la única vía, pues en el caso que se dicten varias medidas cautelares, la ejecución de una de ellas puede advertir a la parte afectada con ella de la existencia de esa resolución cautelar, y sin que haya sido formalmente notificada, puede enterarse o darse por enterada. En esta circunstancia, ¿puede oponerse? No veo por qué no, más aún si la norma es clara en señalar que la oposición no suspende la ejecución de la medida. La realidad jurisdiccional, sin embargo, sigue manteniendo al afectado con la

medida cautelar postergado [sic], sufriendo pasiva e inconstitucionalmente las consecuencias de una resolución cautelar dictada sin su conocimiento ni intervención [sic]”.

Como se puede advertir, la falta de precisión sobre el momento en que debe notificarse la resolución cautelar puede complicar la ejecución de la medida, porque si la notificación se hace una vez dictada la medida, se pone en riesgo su ejecución, al abrir la posibilidad de que el afectado ponga a buen recaudo los bienes objeto de la medida. Más allá de ello, la opción de notificar la resolución antes de ejecutarse la medida ha quedado albergada dentro de la norma actual, lo que incluso podría ser solicitado por el afectado que ya se informó de la existencia de la medida.

Pero también debe considerarse que nada obsta a notificar la resolución cautelar una vez ejecutada la medida, práctica que es posible implementar si tenemos en consideración que la formulación de la oposición no suspende la ejecución de la medida. En otras palabras, cabe desarrollar el mismo procedimiento descrito en la norma modificada.

En abundancia a esta segunda opción debe recordarse que una medida cautelar puede solicitarse, dictarse y ejecutarse en el mismo día, lo que es acorde y congruente con la calidad de proceso urgente del proceso cautelar. Lo dicho no podría hacerse si obligatoriamente antes de ejecutar la medida primero deba notificarse, lo que en verdad resultaría lesivo al derecho a la tutela efectiva y oportuna.

Conforme a lo expuesto, resulta claro que es el órgano jurisdiccional quien deberá decidir qué camino seguir, pero lo deseable hubiera sido que la norma precise el momento de la notificación, a fin de evitar prácticas dispares en esta materia, que en nada fa-

vorecen a la tutela efectiva y oportuna. Creemos que hubiera sido más acertado precisar que la oposición que ahora contempla el modificado artículo 637 se hubiera efectuado después de ejecutada la medida, con lo cual se hubiera favorecido la eficacia de la medida concedida, y no habría dudas sobre el momento en que debe notificarse la resolución cautelar.

3.2. El traslado de la oposición a la resolución cautelar

La norma actual incorpora la posibilidad para el afectado de proponer la oposición una vez dictada la resolución cautelar, dentro del plazo de cinco días de haber tomado conocimiento de dicha decisión. La idea es que el afectado ejerza su derecho de defensa respecto a esta resolución y logre eventualmente que la misma quede sin efecto. Aun cuando la norma no lo señala, es claro que por aplicación del principio de igualdad procesal⁴⁸ la oposición debe ser puesta en conocimiento del beneficiario de la medida cautelar, para cuyo fin se le deberá correr el traslado

48 Héctor Fix Zamudio (*Las garantías del debido proceso. Materiales de Enseñanza*, Instituto de Estudios Internacionales de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Lima, 1996, p. 42) sostiene que la igualdad efectiva de las partes debe considerarse uno de los aspectos esenciales del debido proceso legal o derecho de defensa judicial, como aplicación del principio genérico de la igualdad de los gobernados ante la ley, consagrado por el artículo 1° de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

A su turno Picó i Junoy (*Las garantías constitucionales del proceso*, cit., p. 132) señala que el derecho a la igualdad de armas exige que las partes cuenten con medios parejos de ataque y defensa, ya que para evitar el desequilibrio entre las partes es necesario que dispongan de las mismas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación. En concreto, respecto a la aportación de hechos al proceso, el derecho a la igualdad de armas tiene por objeto evitar una situación de privilegio o supremacía de una de las partes, garantizando así la igualdad efectiva de las posibilidades y cargas del actor y del demandado en la alegación y prueba de los hechos controvertidos para lograr la plenitud del resultado probatorio.

respectivo, luego de lo cual con su absolución o sin ella el Juez deberá resolver la oposición⁴⁹.

A favor de la tesis de correr traslado de la oposición al favorecido con la decisión cautelar, debemos mencionar los casos de la desafectación de la medida cautelar, la tercería y la variación de la medida cautelar. En todos ellos, la norma ha dispuesto que antes de resolverse sobre la continuidad (vigencia) o no de la medida cautelar, debe notificarse a la otra parte para que exprese lo que estime, y por ello estimamos que igual debe procederse cuando se formula la oposición a la medida cautelar.

3.3. Temas que pueden ser alegados en la oposición

La oposición declarada fundada determina que el Juez deje sin efecto la medida cautelar, tal como lo prevé el artículo 637°. Siendo ello así, es evidente entonces que mediante la oposición el afectado con la medida cautelar puede pedir que se reexaminen los presupuestos que sirvieron de base para el dictado de la medida cautelar, es decir, la verosimilitud del derecho, el peligro en la demora y la adecuación (congruencia y proporcionalidad).

Pero además de ello, el afectado puede sustentar la oposición con temas relacionados con los presupuestos procesales generales, a saber: condiciones de la acción —legitimidad e interés para obrar, y posibilidad jurídica—, y presupuestos procesales de forma —capacidad procesal, competencia y requisitos de la demanda—, o con los presupuestos procesales especiales de determinados procesos, como por ejemplo el título ejecutivo en el proceso único de ejecución. En efecto, la ausencia o la insubsanabilidad de alguno de estos presupuestos impactan no solo en

49 De parecer distinto es el profesor PRIORI ("El derecho fundamental a la tutela cautelar: fundamentos, contenido y límites", cit., p. 430).

el tema principal sino también en la decisión cautelar, por su naturaleza accesoria, y por eso es válido que puedan ser materia de la oposición.

La viabilidad de invocar los defectos o la ausencia de los presupuestos procesales generales, y especiales en su caso, se evidencia cuando la medida cautelar ha sido dictada fuera de proceso.

Por lo señalado, y dado que la consecuencia de una oposición exitosa es dejar sin efecto la medida cautelar concedida, no cabe que vía oposición se plantee el debate sobre la contracautela ofrecida por el solicitante de la medida, toda vez que la contracautela no es un presupuesto para la concesión de la medida, sino para la ejecución, y es por ello que no debe ser reexaminado vía oposición. Por tanto, toda discusión que quiera promoverse sobre la contracautela deberá hacerse mediante otro mecanismo legal, como la apelación, o la nulidad procesal, en este último caso cuando a la resolución referida a la contracautela le falten requisitos de validez.

3.4. La impugnación de la resolución que resuelve la oposición

Según el artículo 637º, la resolución que recae sobre la oposición, sea que la declare fundada o infundada, es apelable sin efecto suspensivo. Esto significa que cuando la oposición es declarada fundada, si la medida ya se ejecutó, deberán reponerse las cosas al estado anterior a pesar de la apelación que pudiera interponerse contra la resolución que ha resuelto la oposición. Una vez absuelto el grado por el superior, en la hipótesis de revocarse la decisión deberá volverse a ejecutar la medida concedida, más en este estadio ya podría existir algún riesgo para la ejecución de la medida en atención a las acciones que pudiera haber desarrollado el afectado para poner a buen recaudo sus bienes. Lo mismo puede ocurrir

en el caso de anularse la resolución, pues al haberse concedido la apelación sin efecto suspensivo se ejecuta la resolución que declara fundada la oposición, luego, si esta es anulada debe emitirse nueva decisión, que en el supuesto de ser favorable al solicitante de la medida, no asegura su ejecución, debido a que el afectado podría haber puesto a buen recaudo sus bienes.

Para evitar el trance descrito, quizá hubiera sido mejor que la apelación contra la resolución que declara fundada la oposición se conceda con efecto suspensivo, máxime si con ella se pone fin al proceso cautelar, es decir, se trata de un auto final, que como se sabe es apelable con efecto suspensivo, según la previsión del artículo 371º del Código⁵⁰. En cambio, no resulta razonable conceder apelación con efecto suspensivo contra la resolución que declara infundada la oposición, pues en este supuesto el Juez que ha concedido la medida opta por conservar y mantener su decisión, por lo que hace bien la norma actual en no suspender los efectos de esta resolución a pesar de la apelación, que en consecuencia es sin efecto suspensivo.

3.5. Oposición y apelación

Sobre este tema hay opiniones en sede nacional que estiman que contra la resolución que concede la medida cautelar solo debe proponerse la oposición, mas no la apelación⁵¹.

50 Artículo 371º. *Procedencia de la apelación con efecto suspensivo*

Procede la apelación con efecto suspensivo contra las sentencias y autos que dan por concluido el proceso o impiden su continuación, y en los demás casos previstos en este Código.

51 Piori ("El derecho fundamental a la tutela cautelar: fundamentos, contenido y límites", cit., p. 430) sostiene que: "[...] si se permitiera la directa apelación de la resolución cautelar, se le quita al Juez de primera instancia la posibilidad de resolver respecto de los argumentos de defensa del afectado, y con ello, la posibilidad de impugnarla. De este modo, si el afectado apelase directamente

Para presentar nuestra idea sobre este tema, es relevante considerar lo previsto en el artículo 365º del Código Procesal Civil, a saber:

Artículo 365.- Procede apelación:

1. Contra las sentencias, excepto las impugnables con recurso de casación y las excluidas por convenio entre las partes;
2. *Contra los autos, excepto los que se expidan en la tramitación de una articulación y los que este Código excluya; y*
3. En los casos expresamente establecidos en este Código.

La resolución que concede una medida cautelar es un auto, y por ende, el análisis debe hacerse en función del numeral 2 del artículo 365.

Conforme a dicho numeral, todo auto es apelable, salvo que: i) se haya expedido en la tramitación de una articulación; o, ii) haya sido excluido por el mismo Código Procesal Civil.

En el tema que nos ocupa, si bien es verdad que el artículo 637 del Código citado ha regulado la oposición a la medida cautelar, también lo es que no ha excluido la posibilidad de la apelación, con lo cual podemos concluir que respecto de la resolución (auto) que concede la medida cautelar el afectado puede proponer la oposición o la apelación directa, pues ambos meca-

y el superior revocase la resolución que concede la medida cautelar, se le habría quitado al solicitante de esta la posibilidad de impugnar la decisión acerca de los argumentos esgrimidos por el afectado. De esta manera se estaría rompiendo en equilibrio de las partes en el proceso cautelar. De otro lado permitir la apelación, le quita al Juez la posibilidad de reconsiderar su decisión a la luz de los argumentos esgrimidos por el afectado, respecto de los cuales jamás tuvo la posibilidad de pronunciarse, lo que podría terminar incidiendo en la responsabilidad civil por el indebido dictado de medidas cautelares. Por estas razones, si el afectado decide defenderse de la resolución que concede la medida cautelar, el mecanismo es la oposición, no pudiendo formular apelación directa”.

nismos están autorizados por ley. Actuar en sentido distinto, esto es, aceptar solo la oposición mas no la apelación, sería contravenir la reglas del inciso 2 del artículo 365, y además afectar el derecho a la doble instancia del afectado, que solo puede limitarse por medio de norma expresa, mas no por vía de interpretación.

La conclusión anterior también es válida tratándose de la no apelación de los autos expedidos en la tramitación de una articulación, pues sin duda alguna, el auto que concede una medida cautelar no constituye un auto expedido en la tramitación de una articulación.

En consecuencia, nada obsta —porque la ley no lo impide— a que el afectado con la medida cautelar, en lugar de oponerse, decida apelar directamente de la resolución cautelar, en cuyo caso el superior para absolver el grado cuenta con la posición del solicitante de la medida (expresada en su solicitud cautelar), y con la posición del afectado expresada en su apelación. El órgano jurisdiccional superior deberá resolver la apelación cuando menos con estos actuados, salvo que decida de oficio citar a los abogados a fin de que informen o respondan sobre cuestiones específicas contenidas en la resolución apelada, todo ello en atención a las reglas del artículo 377º, última parte, del Código Procesal Civil.

En suma, la oposición y la apelación deben tramitarse conforme a las reglas que el Código establece para cada uno de ellos, y haciendo ello se asegura el debido proceso legal en cada caso.

3.6. La concesión de varias medidas cautelares

Por otra parte, la norma actual guarda silencio y omite regular sobre el tema de la concesión de varias medidas cautelares. Al respecto la norma anterior preceptuaba lo siguiente: “(...) Cuando la decisión cautelar comprenda varias medidas, la ejecución de alguna o algunas de ellas, que razonablemente asegure el cumplimiento

de la sentencia, faculta al afectado a interponer la apelación, siguiendo el procedimiento indicado en el párrafo anterior”.

Dicho silencio se explica porque para oponerse no es necesario que se ejecute la medida concedida, sino que se haya dictado la resolución, y si esta contiene varias medidas, ya es factible oponerse aun cuando no se hubiera ejecutado ninguna de ellas. Si fuera necesario para oponerse que primero se ejecute la medida, entonces seguramente la norma actual hubiera mantenido una fórmula similar a la que tenía la norma anterior tratándose de varias medidas, pero su no regulación solo confirma que la oposición procede aun sin haberse ejecutado la medida.

3.7. Otorgamiento de la medida cautelar en segunda instancia y la oposición

Cuando la medida cautelar es denegada en primera instancia, el solicitante puede apelar dicha decisión⁵², quedando entonces abierta la posibilidad, en el caso de la revocación, que la medida sea concedida por el Juez Superior⁵³. En este supuesto, como quiera que ahora se ha regulado la formulación de la oposición una vez dictada la medida, a fin de que el mismo órgano jurisdiccional reexamine su decisión, creemos que dicha oposición también puede formularse ante el Juez Superior, quien deberá resolver sobre ella, decisión que se convierte en definitiva y firme al haber sido emitida por este órgano superior. No es óbice para lo expuesto que en la parte final del artículo 637 se haya establecido

52 Así lo autoriza el primer párrafo del artículo 637º del Código Procesal Civil.

53 Código Procesal Civil. Artículo 364º. Objeto:

“El recurso de apelación tiene por objeto que el órgano jurisdiccional superior examine, a solicitud de parte o de tercero legitimado, la resolución que les produzca agravio, con el propósito de que sea *anulada o revocada, total o parcialmente*” (subrayado nuestro).

que la resolución que resuelve la oposición es apelable sin efecto suspensivo, pues tal regulación es aplicable a la oposición formulada ante el Juez de Primera Instancia, mas no a la que se puede proponer ante el Juez Superior, cuya decisión evidentemente es inapelable. Claro que una decisión firme dictada en sede cautelar autoriza a quien se estime agraviado a instaurar por ejemplo un proceso constitucional, en la medida que el agravio se refiera a algún derecho fundamental tal como lo señala el artículo 4º del Código Procesal Constitucional.

Ante la falta de regulación expresa, resulta razonable asumir que la oposición pueda presentarse en la misma segunda instancia una vez que se ha tomado conocimiento del dictado de la medida, o también podrá ser propuesta en primera instancia si se ha devuelto el cuaderno cautelar para que se ejecute la medida concedida. También en este último caso la oposición deberá ser resuelta por la segunda instancia (mas no por la primera instancia porque ella no ha concedido la medida), en sintonía con lo que dispone la norma, correspondiendo al Juez de Primera Instancia disponer lo pertinente para que la segunda instancia decida, como por ejemplo, elevar copias o remitir lo actuado por breve término, claro está, sin afectar la posibilidad de ejecutar la medida cautelar, pues como se sabe, la oposición no suspende la ejecución.

Lo sugerido en las líneas anteriores se explica por la falta de regulación precisa sobre dicha materia. En todo caso, corresponderá a los jueces implementar estas u otras prácticas que viabilicen la tutela efectiva de las partes, es decir, tanto del solicitante de la medida como del que formula oposición.

Capítulo 4 PRESUPUESTOS PARA SU CONCESIÓN Y EJECUCIÓN

Monroy Palacios⁵⁴ refiere que los presupuestos del pedido cautelar tradicionalmente admitidos por la doctrina son la apariencia de la fundabilidad del derecho discutido, peligro en la demora de tutela efectiva (o del efecto satisfactorio) y caución. Dicho autor no comparte esta posición porque la caución no es un presupuesto del pedido cautelar sino un mecanismo de protección del demandado. Y además sostiene que esa posición obvia un presupuesto fundamental, la adecuación, la cual exige que la medida cautelar deba ser congruente y proporcional con el objeto de su aseguramiento.

Por su parte, Giovanni Priori Posada⁵⁵ sostiene que los presupuestos para la concesión de una medida cautelar son el peligro

54 MONROY PALACIOS, Juan José, *Bases para la formación de una teoría cautelar*, Comunidad, Lima, 2002, pp. 167 y ss.

55 En *Materiales de la Diplomatura de Especialización en Derecho Comercial para Magistrados Iberoamericanos en Modalidad Virtual*, Pontificia Universidad Católica del Perú - Facultad de Derecho, Lima, 2010.

en la demora, la verosimilitud de fundabilidad de la pretensión, y la adecuación.

En esa misma línea el Tribunal Constitucional ha señalado:

“50. Desde la Teoría general del proceso se establece que los presupuestos para la concesión de una medida cautelar están determinados para garantizar la efectiva tutela de una pretensión principal que tiene apariencia de encontrarse protegida por el Derecho (*fumus boni iuris*), mediante una medida idónea (*adecuación*), para evitar el peligro que puede significar la demora en la tramitación o vaciar de contenido final el respectivo proceso (*periculum in mora*).”⁵⁶

Los presupuestos aludidos de verosimilitud del derecho, peligro en la demora, y adecuación, están contemplados en el artículo 611° del Código Procesal Civil. Dichos presupuestos son los que se examinan para decidir si se concede o no la medida cautelar.

En cambio, acorde con la doctrina y con lo que establece el artículo 613° del mismo Código, la contracautela es un presupuesto que se examina para efectos de la ejecución de la medida, más no para decidir si se la concede.

1. VEROSIMILITUD O APARIENCIA DEL DERECHO INVOCADO

Este presupuesto implica la realización de un juicio de probabilidad, provisional e indiciario a favor del accionante en relación al derecho que invoca en el proceso principal.

A decir de Monroy Palacios⁵⁷, la verosimilitud no sugiere que el Juez evalúe la fundabilidad de la pretensión sino que con-

56 Expediente N.º 0023-2005-AI/TC.

57 MONROY PALACIOS, *Bases para la formación de una teoría cautelar*, cit., p. 173.

sidere, por lo menos, que la pretensión tiene un sustento jurídico que la hace discutible.

En relación a la verosimilitud del derecho es importante considerar lo que el Tribunal Constitucional ha expresado⁵⁸:

“a) El *fumus boni iuris*. Según este presupuesto, si la medida cautelar tiende a asegurar la efectiva tutela de una pretensión principal, es razonable que la adopción de esta medida tenga como presupuesto “la apariencia de buen derecho constitucional”, que no responde a que la pretensión sea probablemente estimada (juicio subjetivo), sino a que la misma pueda serlo (juicio objetivo). De allí que lo que se exige del juzgador en este caso es un juicio simple de verosimilitud, es decir, que mediante los documentos acompañados por el solicitante de la medida cautelar se genere en el juez la apariencia razonable de que si se pronunciase la sentencia se declararía fundada la demanda. No se le exige al juez un juicio de certeza, pues este es exigible al momento de sentenciar.

Lo que constituye un análisis distinto a la probanza de la existencia del derecho alegado por el actor, dado que la titularidad de los derechos fundamentales recae en toda persona humana, de conformidad con lo establecido en el Capítulo I, Título I, de la Constitución. De lo cual se deriva una importante consecuencia procesal; que “La apariencia de buen derecho es algo que, en principio, podría deducirse del hecho mismo de haber sido admitida a trámite la demanda, pues al tiempo de dictar la resolución en que así se acuerda siempre se realiza un análisis de su contenido constitucional y, por ende, de su potencial viabilidad. Pero junto a esa inicial apariencia de buen derecho, lo esencial es la justificación del peligro que representa el perjuicio

58 Expediente N.º 0023-2005-AI/TC, f.j. 52.a.

que, de no acordarse la suspensión de la ejecución de la resolución impugnada en amparo, se ocasionaría al demandante”.

Es claro entonces que la verosimilitud, llamada también *fumus boni iuris*, no exige comprobación de certeza, sino solamente de humo de derecho, de apariencia, esto es, de probabilidad.

El accionante debe persuadir al Juez de la verosimilitud de su derecho con los hechos expuestos en la solicitud cautelar y la prueba aportada a ella, tal como lo preceptúa el artículo 611º del Código Procesal Civil peruano. A nuestro juicio, el solicitante deberá poner su mayor empeño en este presupuesto, pues de él depende que obtenga la medida cautelar.

2. PELIGRO EN LA DEMORA

Respecto a este presupuesto, nuestro Código Procesal Civil en su artículo 611º ha considerado que la sola duración del proceso importa peligro en la demora. Ello obedece a que el tiempo de duración del proceso principal puede hacer ineficaz el derecho del accionante.

El peligro en la demora o *periculum in mora* puede derivar no solo de la duración del proceso, sino también de conductas, hechos o actos de mala fe del emplazado que dificulten o impidan la realización y cumplimiento de la pretensión del actor.

Calamandrei⁵⁹ “distinguía dos tipos de peligro en la demora: peligro de infructuosidad y peligro de tardanza de la providencia principal. El primero alude a una urgente necesidad de asegurar, de manera preventiva, la eficacia de la sentencia final, mientras que el segundo está referido a la ‘aceleración’, en vía provisoria, de la satisfacción del derecho, pues el *periculum in mora* estaría constituido

59 Citado por MONROY PALACIOS, *Bases para la formación de una teoría cautelar*, cit., p. 177.

por la prolongación, a causa de las dilaciones del proceso ordinario, del estado de insatisfacción del derecho, sobre el que se contiene el juicio de mérito. Aquí la providencia provisoria recae directamente sobre la relación sustancial controvertida”.

Siguiendo esta distinción podemos verificar que en el primer caso se trata de asegurar la eficacia de la decisión final, mientras que en el segundo caso se trata de adelantar los efectos de la futura sentencia. Ejemplo del primero sería el embargo sobre los bienes del obligado a fin de asegurar el pago que debe ordenarse en la sentencia, y ejemplo del segundo sería la asignación anticipada de alimentos o la ministración provisional de la posesión.

La tesis de Calamandrei no es compartida por Monroy Palacios⁶⁰, quien en conclusión sostiene que existe un solo peligro en la demora, de que lo solicitado en la pretensión sufra un perjuicio —irreparable o no— durante el transcurso del proceso. Este último, prefiere hablar de medidas cautelares no coincidentes para referirse a aquellas que aseguran la eficacia de la sentencia y de medidas coincidentes para referirse a aquellas que adelantan lo que se decidirá en la futura sentencia.

3. ADECUACIÓN

Conforme a este presupuesto, *solo debe concederse la medida cautelar que resulte adecuada para asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva*. Dicha medida cautelar para ser adecuada debe ser congruente (conexa con la pretensión principal) y proporcional, es decir, se prohíbe la concesión de medidas en exceso.

Respecto a la adecuación, el Tribunal Constitucional⁶¹ ha señalado:

60 MONROY PALACIOS, *Bases para la formación de una teoría cautelar*, cit., p. 185.

61 Expediente N.º 0023-2005-AI/TC, f.j. 52.c.

“*c. Adecuación.* Este presupuesto exige que el juzgador deba adecuar la medida cautelar solicitada a aquello que se pretende asegurar, debiendo dictar la medida que de menor modo afecte los bienes o derechos de la parte demandada o en todo caso, dictar la medida que resulte proporcional con el fin que se persigue.”

Cuando el Tribunal dice que debe dictarse la medida que de menor modo afecte los bienes o derechos de la parte demandada, lo que está diciendo es que debe considerarse el **principio de mínima injerencia**, en virtud del cual “(...) el Juez debe otorgar aquella medida que afecte lo menos posible los intereses del sujeto sobre quien recae la misma”⁶².

Y en relación al **principio de proporcionalidad** el mismo Tribunal Constitucional⁶³ ha expresado que:

“55. (...) El presupuesto para su aplicación es siempre la presencia de dos principios constitucionales en conflicto y una decisión que afecta alguno de estos principios o bienes constitucionales. De este modo, la aplicación del principio de proporcionalidad debe suministrar elementos para determinar si la intervención en uno de los principios o derechos en cuestión, es proporcional al grado de satisfacción que se obtiene a favor del principio o valor favorecido con la intervención o restricción. El test está compuesto por tres sub principios: idoneidad, necesidad y ponderación o proporcionalidad en sentido estricto.

56. En cuando al procedimiento que debe seguirse en la aplicación del test de proporcionalidad, hemos sugerido que la decisión que afecta un derecho fundamental debe ser sometida, en primer término, a un juicio de idoneidad o adecuación, esto es,

62 MONROY PALACIOS, *Bases para la formación de una teoría cautelar*, cit., p. 188.

63 Expediente N.º 01209-2006-AA/TC, ff.jj. 55-56.

si la restricción en el derecho resulta pertinente o adecuada al fin propuesto; en segundo lugar, superado este primer análisis, el siguiente paso consiste en analizar la medida restrictiva desde la perspectiva de la necesidad; esto supone como hemos señalado, verificar 'si existen medios alternativos al optado', en este caso por el Juez, que es quien ha tomado la medida. Se trata del análisis de *relación medio-medio*, esto es, de una comparación entre medios; el medio elegido por quien está interviniendo en la esfera de un derecho fundamental y el o los hipotéticos medios que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin. Finalmente, en un tercer momento y siempre que la medida haya superado con éxito los test o pasos previos, debe proseguirse con el análisis de la ponderación entre principios constitucionales en conflicto. Aquí rige la ley de la ponderación, según la cual *'cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro'*".

4. CONTRACAUTELA

Este presupuesto no debe evaluarse para los efectos de concederse la medida, sino para su ejecución. Así fluye nítidamente de lo previsto en el primer párrafo del artículo 613º del Código Procesal Civil⁶⁴, lo que además es coincidente con lo que sostiene la doctrina en este aspecto.

Conforme al Código Procesal Civil, la contracautela puede ser de naturaleza real o personal, comprendiéndose en este último caso a la caución juratoria, cuya aceptación requiere del dictado de una decisión debidamente motivada, siempre que sea propor-

64 Código Procesal Civil, artículo 613º: "La contracautela tiene por objeto asegurar al afectado con una medida cautelar, el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda causar su ejecución [...]".

cional y eficaz. En la práctica, para cumplir con esta exigencia de proporcionalidad y eficacia, los justiciables están expresando que cuentan con patrimonio suficiente para cubrir los eventuales daños que pudiera ocasionar la ejecución de la medida, con lo cual pareciera que la caución juratoria solo es para quienes cuentan con patrimonio. Si esto es correcto, entonces, un importante sector de la población ve alejada la posibilidad de obtener tutela cautelar por no contar con contracautela, y con ello ve alejada su posibilidad de asegurar el cumplimiento de la decisión a dictarse, lo que en verdad resulta contrario al sentido mismo del Derecho a la Tutela Efectiva. Es de esperar que la judicatura pondere adecuadamente estas situaciones fácticas, y haga prevalecer siempre el derecho fundamental a la tutela efectiva.

En definitiva, la contracautela no es otra cosa que la garantía que otorga el solicitante de una medida cautelar para garantizar lo eventuales daños que pudiera ocasionarse al afectado con la ejecución de la medida.

Es necesario advertir que en sede nacional, es finalmente el Juez quien decide en cuanto a la naturaleza y monto de la contracautela, pues no está obligado a aceptar la que ofrece el peticionante, pudiendo en su caso, graduarla, modificarla o sustituirla por la que estime pertinente, conforme se verifica de lo preceptuado en el segundo párrafo del artículo 613^o 65.

El texto actual del artículo 613^o 66 trae además dos cuestiones que merecen ser destacadas:

65 Código Procesal Civil, artículo 613^o. “[...] La admisión de la contracautela, en cuanto a su naturaleza y monto, será decidida por el Juez, quien podrá aceptar la ofrecida por el solicitante, graduarla, modificarla o, incluso, cambiarla por la que considere pertinente [...]”.

66 Nos referimos al texto que para el artículo 613^o trae la Ley N.º 29384 (publicado el 28 de setiembre de 2009).

- La posibilidad de otorgar como contracautela una garantía real, la misma que se constituye en virtud de la resolución judicial que la admite, oficiándose luego al registro respectivo para su inscripción. Esta alternativa alivia la dificultad que había, antes de la modificación de este artículo, para efectos de otorgar esta garantía real como contracautela, para cuyo caso normalmente se exigía la escritura pública, trámite que ahora se evita. Contar con esta facilidad legal para formalizar la contracautela real es importante y se ajusta al marco de la tutela cautelar.
- Si el afectado quiere ejecutar la contracautela que ofreció el solicitante de la medida cautelar, ahora debe formular su pedido ante el Juez que dictó la medida y en el mismo cuaderno cautelar, debiendo resolverse previo traslado a la otra parte. Otra vez, esta precisión legal ayuda por lo menos a encarrilar este tipo de pretensiones, y a identificar al Juez competente, aun cuando deja de regular varios aspectos que seguramente deberán ser abordados en cada caso concreto, como por ejemplo, la posibilidad de actuar medios probatorios para definir el tipo de daño o daños, su cuantía, entre otros.

Capítulo 5

CARACTERÍSTICAS DE LA MEDIDA CAUTELAR

En este tema nuestro enfoque se circunscribe a las características expresamente establecidas por el Código Procesal Civil en su artículo 612º, donde se consigna que ella es provisoria, instrumental y variable.

1. PROVISORIA

Monroy Gálvez⁶⁷ sostiene que “esta característica es la más definitiva y propia de las medidas cautelares, y que la entenderemos mejor si distinguimos los conceptos de temporalidad y provisoriedad. El primero es aquello que no dura siempre, que tiene una duración limitada; en cambio lo provisorio es aquello que está destinado a durar hasta tanto no ocurra un hecho sucesivo y esperado. En este sentido, el vocablo provisorio incluye lo temporal, precisamente la medida cautelar es temporal en cuanto asume las características de una cláusula *rebus sic stantibus*, dado que

67 MONROY GÁLVEZ, JUAN, *Temas de proceso civil*, Librería Studium, Lima, 1987, p. 36.

en cualquier momento pueden presentarse (probarse) hechos que persuadan al Juez de la sustitución o desaparición de la medida cautelar. Pero, no solo es temporal, sino que además la medida cautelar se encuentra permanentemente a la espera que cualquier decisión futura varíe su estado”.

A su turno, Silvia Barona Vilar⁶⁸ afirma que las medidas cautelares no pretenden convertirse en definitivas, por lo que deben alzarse cuando en el proceso principal se haya llegado a una situación que haga inútil el aseguramiento, bien por cumplimiento de la sentencia, bien por actuaciones en el proceso de ejecución que despojan de motivación el mantenimiento de las medidas.

Conforme a lo anotado, la provisoriedad de la medida cautelar deja claro que su permanencia y duración dependen de la suerte del proceso principal. Así, si el proceso principal es exitoso y se obtiene sentencia favorable con la calidad de cosa juzgada, la cautelar se consolida y se refunde en la sentencia misma; en cambio, si el resultado es negativo por decisión judicial sobre el fondo o aun cuando no lo sea sobre él, no cabe duda de que desaparecerá.⁶⁹

2. INSTRUMENTAL

Acorde con la función y finalidad que le asigna la doctrina al proceso cautelar, y que es recogida por nuestro Código Procesal Civil, otra de sus características es la instrumentalidad, dado que no constituye un fin en sí mismo, sino que sirve para asegurar los derechos que se definen en el proceso principal.

68 BARONA VILAR, Silvia et al., *El nuevo proceso civil (Ley 1/2000)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 740.

69 Los artículos 321º y 322º del Código Procesal Civil peruano regulan las formas de conclusión del proceso sin declaración sobre el fondo y con declaración sobre él. A tales supuestos puede agregarse otros que prevé el propio Código, como por ejemplo la conclusión del proceso por inasistencia de las partes a la audiencia de pruebas.

Piero Calamandrei, citado por Monroy Palacios⁷⁰, explica que 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 pre-dispuesto 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*”.

Coincidiendo con la opinión anterior, Mauricio Ottolenghi⁷¹ explica la instrumentalidad así: “Con el instituto cautelar se atiende más que a la finalidad de actuar el derecho, a conseguir el efecto inmediato de asegurar la eficacia práctica de las providencias definitivas; de tal manera que la tutela cautelar es con relación al derecho sustancial una tutela inmediata, puesto que más que hacer justicia, contribuye a garantizar el eficaz funcionamiento de esta”.

En consecuencia, en virtud de esta característica toda medida cautelar es conducente a hacer viable y posible la tutela jurisdiccional efectiva que pudiera otorgarse en una sentencia favorable a dictarse en un proceso de cognición o de ejecución.

3. VARIABLE

Con esta característica queda establecida que toda medida cautelar puede sufrir modificaciones o cambios, en cuanto a la forma,

70 MONROY PALACIOS, *Bases para la formación de una teoría cautelar*, cit., p. 151.

71 Citado por MONROY GÁLVEZ, *Temas de proceso civil*, cit., p. 37.

monto y bienes. En efecto, la obtención de una medida cautelar no implica su invariabilidad, sino que ella puede ser modificada, sea a pedido del accionante o del afectado, supuestos que por lo demás son considerados por el Código Procesal Civil en el artículo 617^{o72}. Nótese que en todos los casos será el Juez quien finalmente decida al respecto, en razón del poder de cautela que la ley procesal confiere a este, facultándolo a conceder la medida adecuada al derecho que se pretende garantizar, y a acceder o denegar el pedido de variación de la medida.

Las medidas cautelares pueden entonces no solo ser modificadas, sino también suprimidas, según el principio *rebus sic stantibus*, lo que ocurre cuando se modifica la situación de hecho que dio lugar a su obtención o concesión. De esta manera, si el beneficiario de la medida cautelar no logra a través del proceso principal acreditar su derecho, es obvio que la medida puede ser suprimida y desaparecer; al contrario, si logra demostrar ese derecho, podría obtener incluso medidas cautelares adicionales que aseguren mejor ese derecho.

72 Código Procesal Civil, artículo 617^o: "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.

La parte afectada con la medida puede efectuar similar pedido, el que será resuelto previa citación a la otra parte.

Para resolver estas solicitudes el Juez atenderá a las circunstancias particulares del caso. La decisión es apelable sin efecto suspensivo".

Capítulo 6

¿REENCAUSAR LA FINALIDAD DE LA MEDIDA CAUTELAR?

1. LA SITUACIÓN PROBLEMÁTICA

En sede nacional se han venido solicitando medidas cautelares en los procesos de ejecución de garantías reales, no para asegurar directamente el pago de la acreencia (es decir, la pretensión), sino para asegurar la vigencia y eficacia de la hipoteca que garantiza la acreencia; dicho de otra manera, se están solicitando medidas cautelares para asegurar a la garantía (hipoteca), y con ello, al crédito mismo.

Tales solicitudes se han presentado al haberse puesto de manifiesto situaciones de riesgo para la vigencia y eficacia de la hipoteca, habiéndose identificado cuando menos las siguientes situaciones:

- *La extinción de la inscripción registral de la hipoteca al amparo del artículo 3º de la Ley N.º 26639, que establece:*

“Artículo 3. Las inscripciones de las hipotecas, de los gravámenes y de las restricciones a las facultades del titular del derecho inscrito y las demandas y sentencias u otras resoluciones que a criterio del Juez se refieran a actos o contratos inscribibles, se extinguen a los 10 años de las fechas de las inscripciones, si no fueran renovadas.

La norma contenida en el párrafo anterior se aplica, cuando se trata de gravámenes que garantizan créditos, a los 10 años de la fecha de vencimiento del plazo del crédito garantizado” (subrayado nuestro).

Para tal efecto, el favorecido realiza una gestión registral unilateral, donde es relevante la declaración jurada con firma legalizada, la verificación del tiempo transcurrido, y el estudio del título archivado. Todo este trámite se hace sin conocimiento del acreedor hipotecario, y el registrador decide solo en base a los requisitos que le provee el solicitante, que de cumplirse, termina con la cancelación de la hipoteca, salvo que el registrador tenga noticia de la existencia del proceso judicial donde se ejecuta la hipoteca, lo que no es usual porque en el registro no consta noticia alguna de dicho proceso.

Algunos acusan aquí que el acreedor que se ve afectado por el levantamiento registral de su hipoteca, ha sido un acreedor negligente, pues no ha acudido al proceso en tiempo oportuno para hacer efectivo su crédito, más tal reparo, quizá podría ser válido en el caso de aquellos acreedores que no han hecho nada para exigir su crédito, pero no para los que sí han acudido al proceso, incluso antes de vencer todo plazo prescriptorio, pese a lo cual también han sido afectados por alguna de las situaciones problemáticas que se describe.

- El remate o subasta del inmueble dado en hipoteca por otro órgano jurisdiccional, en virtud de una hipoteca o

medida cautelar posterior, proceso en el cual no se notifica al acreedor hipotecario de rango preferente.

En este caso, el deudor es demandado en otro proceso por un acreedor distinto del acreedor hipotecario preferente, desarrollándose el proceso ante otro órgano jurisdiccional, donde no se notifica al acreedor preferente. Luego de culminar este proceso, se realiza el remate, y el juzgado en aplicación del artículo 739° del Código procesal Civil⁷³, efectúa la transferencia de propiedad y levanta todo gravamen que pesa sobre el inmueble dado en hipoteca. Aun cuando este caso resulta manifiestamente violatorio de los derechos del acreedor hipotecario, lo cierto es que han podido ser identificados en la praxis, y es por ello que la situación problemática que genera debe ser abordada.

- La transferencia del bien dado en hipoteca por parte del Liquidador designado conforme a la Ley General del Sistema Concursal N.º 27809, cuyo artículo 85.1 señala:

73 Artículo 739°. *Transferencia de inmueble y destino del dinero obtenido*

“En el remate de inmueble el Juez ordenará, antes de cerrar el acta, que el adjudicatario deposite el saldo del precio dentro del tercer día.

Depositado el precio, el Juez transfiere la propiedad del inmueble mediante auto que contendrá:

1. La descripción del bien;
2. *La orden que deja sin efecto todo gravamen que pese sobre este, salvo la medida cautelar de anotación de demanda; se cancelará además las cargas o derechos de uso y/o disfrute, que se hayan inscrito con posterioridad al embargo o hipoteca materia de ejecución.*
3. La orden al ejecutado o administrador judicial para que entregue el inmueble al adjudicatario dentro de diez días, bajo apercibimiento de lanzamiento. Esta orden también es aplicable al tercero que fue notificado con el mandato ejecutivo o de ejecución.
4. Que se expidan partes judiciales para su inscripción en el registro respectivo, los que contendrán la transcripción del acta de remate y del auto de adjudicación” (énfasis nuestro).

“85.1. La transferencia de cualquier bien del deudor, por parte del Liquidador, generará el levantamiento automático de todos los gravámenes, las medidas cautelares y cargas que pesen sobre este, sin que se requiera para tales efectos mandato judicial o la intervención del acreedor garantizado con dicho bien. El Registrador deberá inscribir el levantamiento de dichas medidas, bajo responsabilidad. En tal supuesto, la persona que efectúe el trámite de levantamiento de las referidas cargas o gravámenes ante cualquier entidad registral a nivel nacional, está inafecta al pago de las tasas o derechos administrativos correspondientes” (cursivas nuestras).

En este caso, al margen del proceso judicial donde se le ha demandado, el deudor es sometido a un proceso concursal en sede administrativa que concluye con la designación de un liquidador, quien actuando conforme a las funciones legales previstas en el artículo 85.1 de la Ley N.º 27808, transfiere los bienes del deudor y levanta los gravámenes sin que se requiera para tales efectos mandato judicial o la intervención del acreedor garantizado con dicho bien, debiendo el Registrador inscribir el levantamiento de dichas medidas, bajo responsabilidad.

Otra vez, a pesar de que podría decirse que este caso también da cuenta de manifiestas violaciones de los derechos del acreedor hipotecario, lo cierto es que se están presentando en la práctica, y es por eso que deben merecer atención y solución.

2. LA RESPUESTA DE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES COMO EXPRESIÓN DE TUTELA EFECTIVA

Aun cuando pudiera asumirse como correcto que resulta discutible la viabilidad jurídica de tales situaciones (esto es, de que los casos citados como situación problemática no merecen tutela alguna porque la normatividad no ampara estas situaciones), lo cierto es que se han presentado casos de éxito, donde se ha ter-

minado dejando sin posibilidad de cobro —incluso en la etapa de ejecución— al acreedor hipotecario preferente que venía exigiendo el pago de su crédito en sede judicial, justamente por el levantamiento o cancelación de la hipoteca constituida a su favor.

Frente a tal escenario, y problemática real, resulta necesario adoptar medidas, siempre dentro del ordenamiento jurídico, para garantizar la tutela de las situaciones jurídicas de ventaja que ha establecido justamente el mismo ordenamiento jurídico.

La problemática descrita, que fue identificada en distintos casos judiciales, dio lugar a dos eventos promovidos desde la judicatura para encontrar soluciones compatibles con el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva de los justiciables, a saber:

2.1. El Pleno Jurisdiccional Distrital en Materia Comercial de Lima realizado el 11 de agosto del 2011

Los Plenos Jurisdiccionales,

“Son foros que propician la discusión y debate de los principales problemas relacionados al ejercicio de la función jurisdiccional. Promueven la reflexión de los magistrados acerca de los temas que son materia de debate, en los cuales los participantes para su deliberación y fundamentación de criterios, han escuchado la exposición de los expertos en el tema. Esta actividad conduce al perfeccionamiento del ejercicio de la función jurisdiccional, al fortalecimiento del sistema jurídico y de la organización judicial”⁷⁴.

Dichos plenos jurisdiccionales pueden ser Supremos, Nacionales, Regionales y Distritales.

74 Definición de Plenos Jurisdiccionales. En el portal del Poder Judicial. Versión en línea: <bit.ly/1eGHTIL>.

Para este trabajo es pertinente el Pleno Jurisdiccional Distrital en Materia Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima⁷⁵, realizado el 11 de agosto del 2011, donde participaron los Jueces de Primera y Segunda Instancia de la especialidad. Allí se abordaron las situaciones problemáticas referidas a:

- i. La extinción de la inscripción registral de la hipoteca al amparo del artículo 3º de la Ley N.º 26639, a través de la “extensión de un asiento de cancelación por caducidad de la inscripción de gravamen”; y,
- ii. El remate —en otro distrito judicial y juzgado— del inmueble en virtud de una hipoteca posterior, proceso donde no se notifica al acreedor hipotecario de rango preferente.

En relación a estos temas se acordó por mayoría lo siguiente:

“Se concede la medida cautelar genérica⁷⁶ de inscripción de la demanda, en la idea de que —publicitando en los registros la existencia de un proceso de ejecución de garantía hipotecaria— se protege la viabilidad de la ejecución misma, evitando que se produzca la extinción de la inscripción registral de la hipoteca al amparo del artículo 3º de la Ley N.º 26639, a través de la “extensión de un asiento de cancelación por caducidad de la inscripción del gravamen”, o si el inmueble se remata en otro distrito judicial en virtud de una hipoteca posterior, y en dicho proceso no se notifica al acreedor hipotecario de rango preferente, se evita que el adjudicatario o los sucesivos adquirentes del bien, invoquen la fe pública registral” (sic).

75 El texto completo del Pleno Distrital Comercial 2011 puede leerse en el portal del Poder Judicial: <bit.ly/1d0BYhM>.

76 La minoría acordó que debía otorgarse la medida cautelar de anotación de la demanda.

Las razones dadas en el Pleno para este acuerdo fueron las siguientes:

- “Resulta procedente dictar la medida cautelar de anotación de demanda en el proceso de ejecución de garantías hipotecarias a fin de que la publicidad de la misma (demanda y proceso) prevenga la generación de situaciones jurídicas derivadas de los propios registros públicos que hagan infructuosa la ejecución de la garantía. La medida cautelar de anotación de la demanda permitirá que el registrador conozca la existencia del proceso y evitará levantar la garantía.
- Se debe conceder la medida cautelar, porque es posible que el bien inmueble se remate en otro distrito judicial en virtud de una hipoteca posterior, sin notificar en dicho proceso al acreedor hipotecario de cargo preferente; de ese modo se evita que el adjudicatario o los sucesivos adquirentes del bien, invoquen la fe pública registral. Se acotó que era indispensable evitar la comisión de actos ilícitos, generalmente acaecidos en la tramitación de procesos interpuestos en provincias.
- El fin de la anotación de la demanda es dar publicidad de la misma, caracterizándose porque tiene una gravosidad mínima, pues no impide la transferencia del bien ni las afectaciones posteriores, pero evita que se levanten administrativamente las hipotecas o el proceso se vea expuesto a actos ilícitos” (sic).

El acuerdo mayoritario adoptado en este pleno permite efectuar dos afirmaciones puntuales:

- Para evitar que la hipoteca que viene siendo objeto de proceso judicial, se vea afectada por gestiones registrales o judiciales (en este último caso derivadas de otro proceso), debe publicitarse la existencia del proceso judicial en el registro mismo.
- Tal publicidad debe lograrse mediante medidas cautelares, como la medida cautelar genérica⁷⁷ del Código Procesal Civil (posición adoptada por la mayoría de asistentes al pleno), o la anotación de la demanda⁷⁸ (posición adoptada por la minoría).

2.2. El encuentro entre los Jueces de Primera Instancia de la Corte Superior de Justicia de Lima y los Registradores Públicos de Lima realizado el 22 de junio y el 13 de julio del 2012⁷⁹

77 Código Procesal Civil, artículo 629°. *Medida cautelar genérica*

Además de las medidas cautelares reguladas en este Código y en otros dispositivos legales, se puede solicitar y conceder una no prevista, pero que asegure de la forma más adecuada el cumplimiento de la decisión definitiva.

78 Código Procesal Civil, artículo 673°. *Anotación de demanda en los Registros Públicos*

Cuando la pretensión discutida en el proceso principal está referida a derechos inscritos, la medida cautelar puede consistir en la anotación de la demanda en el registro respectivo. Para su ejecución, el Juez remitirá partes al registrador, los que incluirán copia íntegra de la demanda, de la resolución que la admite y de la cautelar.

El registrador cumplirá la orden por su propio texto, siempre que la medida resulte compatible con el derecho ya inscrito. La certificación registral de la inscripción se agrega al expediente.

La anotación de la demanda no impide la transferencia del bien ni las afectaciones posteriores, pero otorga prevalencia a quien ha obtenido esta medida.

79 El suscrito fue Coordinador de la Corte Superior de Justicia de Lima para la realización de este evento. (Res. Adm. N.º 169-2012-P-CSJL/PJ).

En este evento participaron 49 Jueces de Primera Instancia de la Corte Superior de Justicia de Lima de las especialidades civil, comercial y contencioso administrativo, y 58 Registradores Públicos de la Zona Registral IX - Sede Lima.

Entre los temas que se abordaron en dicho encuentro fueron considerados los que motivan este trabajo académico, a saber:

- i) Efectos en el proceso judicial de la caducidad del gravamen en virtud del artículo 3 de la Ley N.º 26639.
- ii) Efectos procesales del levantamiento del gravamen cuando se transfiere el bien inmueble por parte del liquidador de una empresa, persona individual o sociedad conyugal.

En relación a estos dos temas las conclusiones adoptadas por la mayoría de los asistentes fueron las siguientes:

“1. Cabe señalar que en caso exista una anotación de demanda de la ejecución de la garantía hipotecaria, es consenso del grupo que en ese caso el Registrador público denegaría el pedido de caducidad de la referida hipoteca”.

“2. Que, no es posible continuar con la ejecución del gravamen que ha sido levantado, sin embargo, el proceso judicial no se suspende en virtud que aún la deuda no se ha satisfecho”.

La posición mayoritaria que respalda esas conclusiones permite señalar las siguientes ideas:

- Para evitar que la hipoteca, que viene siendo objeto de proceso judicial, sea cancelada o levantada, es necesario que se anote la demanda en el registro público.

Contrario sensu, si no se anota la demanda existe el riesgo de que se levante la hipoteca por la caducidad de la Ley N.º 26639 o por la venta hecha por el Liquidador de la empresa, persona individual o sociedad conyugal.

- Una vez que se ha levantado o cancelado la hipoteca, no es posible continuar ejecutando esta garantía, pero no concluye el proceso al no haberse satisfecho el crédito.

Esto puede significar que el acreedor, aun cuando el proceso se encuentre en la fase de ejecución o con fecha para el remate del bien dado en garantía, quede imposibilitado de hacer efectivo su crédito, a pesar de contar con resoluciones que tienen la calidad de cosa juzgada. Al respecto, si bien es correcto que esta posición mayoritaria diga que ante tal evento (levantamiento de la hipoteca) no concluye el proceso porque la deuda —pretensión dineraria— todavía no ha sido pagada, tal idea es poco alentadora en términos reales, pues la única manera de poder seguir en el propósito de cobro de la deuda es que el deudor tenga más bienes pasibles de ser afectados, lo que con mucha regularidad es una situación ilusoria, porque esos deudores (entre ellos los que han sido objeto de un proceso de insolvencia donde se les ha nombrado un liquidador) ya no cuentan con patrimonio para ser afectado vía medidas cautelares o para la ejecución. Entonces, si bien el proceso puede seguir en curso o en trámite, la satisfacción del crédito no se producirá por la insolvencia del deudor, no obstante que el acreedor, cuando inició el proceso, contaba con una garantía hipotecaria vigente, la misma que ahora ya no tiene ni conserva por efecto de las situaciones antes descritas.

3. LA NECESIDAD DE REENCAUSAR LA FINALIDAD DE LA MEDIDA CAUTELAR PARA SUPERAR ESTA PROBLEMÁTICA

Como se advierte de los eventos descritos, los Jueces y Registradores Públicos que han participado en ellos han orientado sus esfuerzos a encontrar una salida jurídica a la problemática descrita, poniendo énfasis (como solución) en la necesidad de hacer constar en el registro público la demanda de ejecución de la hipoteca, pues en la medida que se conozca de esa judicialización, el riesgo de que sea levantada o cancelada la hipoteca desaparece, con lo cual se favorece sin duda alguna la protección de los derechos de quien tiene la situación jurídica de ventaja.

Por lo menos en sede nacional (considerando como fuente la casuística judicial), la solución aludida trae consigo una variante en cuanto a la finalidad (llamémosla directa) de la medida cautelar, en el sentido de que la medida cautelar en este caso no se concede en relación directa con la pretensión demandada, sino para asegurar la vigencia y eficacia de la hipoteca (garantía real) que sustenta dicha pretensión. Es decir, se asegura la garantía, y con ello la pretensión, lo que pone de manifiesto la variante aludida.

En relación a las medidas cautelares, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en reiterada jurisprudencia ha señalado que:

“5. Esta Corte ha establecido que en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos las medidas provisionales tienen un carácter no solo cautelar, en el sentido de que preservan una situación jurídica, sino fundamentalmente tutelar, por cuanto protegen derechos humanos, en la medida en que buscan evitar daños irreparables a las personas. **El carácter cautelar de las medidas provisionales** está vinculado al marco de los con-

tenciosos internacionales. En tal sentido, **estas medidas tienen por objeto y fin preservar los derechos en posible riesgo hasta tanto no se resuelva la controversia.** *Su objeto y fin son los de asegurar la integridad y la efectividad de la decisión de fondo, y de esta manera evitar que se lesionen los derechos en litigio, situación que podría hacer inocua o desvirtuar el efecto útil de la decisión final. Las medidas provisionales permiten así que el Estado en cuestión pueda cumplir la decisión final y, en su caso, proceder a las reparaciones ordenadas.*⁸⁰ (negras y cursivas nuestras).

Mutatis mutandi, y siguiendo la línea de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, podemos decir que la solución acordada en los eventos mencionados en este trabajo resulta razonable y acorde con la tutela cautelar (protectora de derechos), toda vez que si la finalidad de las medidas cautelares es asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva a dictarse, entonces deben adoptarse todas las medidas necesarias y adicionales para que esa finalidad sea concretada, lo que por cierto incluye la posibilidad de otorgar medidas cautelares para publicitar en el registro público sobre la existencia del proceso judicial donde se va a ejecutar la hipoteca, evitando de este modo que la hipoteca materia de ejecución sea cancelada por gestiones registrales o desde otro proceso judicial.

Actuar en sentido contrario, es decir, no otorgar mediante medidas cautelares la acusada publicidad registral, es contribuir desde la judicatura a poner en riesgo la efectividad de las decisiones judiciales, con el consiguiente perjuicio sobre los derechos de los justiciables que tienen esa decisión definitiva favorable, lo que lamentablemente ha sucedido en casos concretos, donde se han

80 Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 29 de mayo del 2013. Medidas Provisionales respecto de El Salvador. Asunto B.1.

visto “amparadas” conductas contrarias a todo principio, comenzando por la buena fe.

Por tanto, si bien es verdad que en un proceso de ejecución de garantías reales, la pretensión —de carácter dinerario— estaría garantizada con la hipoteca sub litis, y que desde tal perspectiva, ya no sería necesaria medida cautelar alguna, también lo es que, en casos como los que ocupan este trabajo, la medida cautelar para publicitar la existencia del proceso judicial (con lo cual se evitaría que se levante la hipoteca) es de vital importancia para asegurar el derecho de la parte vencedora a ejecutar la resolución final dictada en autos, que es un componente esencial del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva consagrado en el artículo 139 inciso 3 de la Constitución, precisándose, como es evidente, que el dictado de la medida cautelar estará supeditado a que se acrediten los presupuestos que prevé la norma, esto es, la verosimilitud del derecho, el peligro en la demora y la adecuación⁸¹.

Justamente, la tutela cautelar se relaciona con el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales, y en tal sentido es de-

81 Monroy Palacios (MONROY PALACIOS, *Bases para la formación de una teoría cautelar*, cit., pp. 167 y ss.) refiere que los presupuestos del pedido cautelar tradicionalmente admitidos por la doctrina son la apariencia de la fundabilidad del derecho discutido, peligro en la demora de tutela efectiva (o del efecto satisfactorio) y caución. Dicho autor no comparte esta posición porque la caución no es un presupuesto del pedido cautelar sino un mecanismo de protección del demandado. Y además sostiene que esa posición obvia un presupuesto fundamental, la adecuación, la cual exige que la medida cautelar deba ser congruente y proporcional con el objeto de su aseguramiento.

Por su parte, Giovanni Priori Posada sostiene que los presupuestos para la concesión de una medida cautelar son el peligro en la demora, la verosimilitud de fundabilidad de la pretensión, y la adecuación (en *Materiales de la Diplomatura de Especialización en Derecho Comercial para Magistrados Iberoamericanos en Modalidad Virtual*, Pontificia Universidad Católica del Perú - Facultad de Derecho, Lima, 2010).

ber del órgano jurisdiccional adoptar todas las medidas necesarias para que no se frustre ese derecho de la parte vencedora, con lo cual está plenamente justificada la medida cautelar para asegurar la vigencia y eficacia de la hipoteca.

Ahora bien, se ha dicho que en el encuentro entre Jueces y Registradores la mayoría acordó que la medida cautelar a otorgarse debía ser la medida cautelar genérica, y que la minoría acordó que la medida cautelar debía ser la anotación de la demanda.

La discrepancia de esas posiciones deriva del texto de las normas del Código Procesal Civil que las regulan, a saber:

Artículo 629.- Medida cautelar genérica.- Además de las medidas cautelares reguladas en este Código y en otros dispositivos legales, se puede solicitar y conceder una no prevista, pero que asegure de la forma más adecuada el cumplimiento de la decisión definitiva.

Artículo 673.- Anotación de demanda en los Registros Públicos.- Cuando la pretensión discutida en el proceso principal está referida a derechos inscritos, la medida cautelar puede consistir en la anotación de la demanda en el registro respectivo. Para su ejecución, el Juez remitirá partes al registrador, los que incluirán copia íntegra de la demanda, de la resolución que la admite y de la cautelar.

El registrador cumplirá la orden por su propio texto, siempre que la medida resulte compatible con el derecho ya inscrito. La certificación registral de la inscripción se agrega al expediente.

La anotación de la demanda no impide la transferencia del bien ni las afectaciones posteriores, pero otorga prevalencia a quien ha obtenido esta medida.

Del estudio de ambas disposiciones se extrae que:

- La anotación de la demanda opera cuando en el proceso judicial la pretensión principal versa sobre derechos inscritos, lo que no sucede en los procesos de ejecución de garantía hipotecaria, donde la pretensión principal es de carácter dinerario.
- La medida cautelar genérica opera cuando las demás medidas cautelares tipificadas en el Código Procesal Civil no son pertinentes o útiles, que es justamente lo que sucede en este caso, pues ninguna de las medidas cautelares previstas en el Código es útil para asegurar la vigencia y eficacia de la hipoteca mediante la publicidad de la existencia del proceso judicial donde se ejecuta la hipoteca.

Pero, más allá de la diferencia de opiniones, o de que personalmente estime que la posición mayoritaria es la correcta en atención a las reglas del Código Procesal Civil, lo relevante es que los órganos jurisdiccionales involucrados (y, por supuesto, también los Registradores Públicos) en la problemática han dado una solución adecuada e inscrita en la idea de la tutela efectiva, sin perjuicio de reclamar por una reforma legal que haga posible la publicidad de oficio de toda demanda de ejecución de garantía hipotecaria⁸², mas en tanto ello no ocurra, es válido que la po-

82 En el Pleno Distrital Comercial 2011 se postuló lo siguiente: “Fue al debatir la solución a este problema, que se hizo mención a la necesidad de una reforma procesal, a saber: La incorporación de un dispositivo legal que posibilite que una vez admitida la demanda en la que se presenta una posibilidad cercana de caducidad de la hipoteca o la concurrencia de hipotecas, el Juez disponga de manera inmediata la anotación en el registro de inicio del proceso; aunque se admite la posibilidad de que esta decisión judicial se pueda dar en todos los casos en que se admite la demanda” [sic]. (véase el texto completo del Pleno Distrital Comercial 2011 en: <bit.ly/1d0BYhM>).

blación sepa que los jueces están alertas y atentos para enfrentar eventos que podrían hacer ilusorios los derechos de los justiciables.

En adición a ello, señalamos que si la tutela jurisdiccional efectiva es un derecho del justiciable, y una obligación del Estado, corresponde a quienes actúan en representación del Estado hacer todo lo necesario para que esa obligación sea cumplida cabalmente, y es por ello que han hecho bien los Jueces y Registradores en sumar esfuerzos en esa dirección, pues de lo contrario unos entorpecerían a otros, con claro detrimento de los derechos de los justiciables.

Además, la solución citada contribuye al respeto del precepto constitucional que establece que “*Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. (...)*”⁸³, lo que por cierto incluye a los Registradores Públicos, Jueces, y Liquidadores designados en procesos concursales.

83 Artículo 138º inciso 2 de la Constitución Peruana de 1993.