

UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS Fundada en 1551

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

UNIDAD DE POST GRADO

Cautela y Contracautela en el Proceso Civil

TESIS para optar el Grado de: MAGÍSTER EN DERECHO MENCIÓN EN DERECHO CIVIL Y
COMERCIAL

JUVENAL GALLARDO MIRAVAL

LIMA – PERÚ 2000

A mi esposa y a mis hijos
que son la razón de mi
existencia y de mi lucha
constante por la Justicia y el
Derecho.

A la Universidad Nacional Mayor de
San Marcos por haberme dado la
oportunidad de pertenecer a su historia
gloriosa y a su presente y futuro de
compromiso con nuestra patria.

INTRODUCCIÓN:

Las medidas cautelares como instituto procesal están relacionadas como es obvio al proceso por una necesidad misma de proteger al actor de modo más eficaz y restablecer la respetabilidad y majestad del poder judicial.

Como lo dijera Piero Calamandrei hace muchas décadas, el proceso cautelar y por consiguiente las medidas cautelares no tendrían lugar por innecesarias, si los fallos jurisdiccionales fueran pronunciados con celeridad y oportunidad. El proceso y su desarrollo no siempre breve, obliga a que el propio Estado reconociendo tal hecho, regule en su ordenamiento procesal medidas que garanticen la efectividad de las decisiones judiciales que se pronuncien en los llamados procesos principales. Es esta realidad incultable la que determina la existencia del proceso cautelar y las diversas medidas destinadas a prevenir, asegurar en suma garantizar la eficacia de las decisiones judiciales.

Las pretensiones que se dilucidan en un proceso civil no son de igual naturaleza, no revisten la misma urgencia hecho que da lugar a la existencia de clases de medidas cautelares que en nuestro ordenamiento procesal civil son de cuatro clases: para futura ejecución forzada, temporales sobre el fondo, innovativas y no de no innovar. Cada una por lo mismo presenta determinadas peculiaridades y procedibilidad.

Sin embargo, el propósito de aseguramiento y prevención que autorizan la petición de determinada medida cautelar, puede eventualmente dar lugar a la generación de daños y perjuicios al demandado o afectado con la medida. Puesto que es la decisión final que dice en última instancia si la medida cautelar estuvo adecuada o innecesariamente concedida; estos potenciales daños y perjuicios que la medida cautelar puede ocasionar se protegen con la contracautela que por razón se constituye en “cautelar de cautela”

La contractuela es otro de los objetivos de este trabajo investigador puesto que mal haríamos en limitarnos al estudio de la medida cautelar sin hacer lo propio con su contraparte: la contracautela. Esta figura cautelar no ha merecido estudios mayores hasta la fecha; no obstante ello, en este trabajo asumimos el reto de aportar algunos avances que contribuirán de algún modo a aproximarnos al conocimiento de la naturaleza jurídica de esta especie cautelar

Los resultados de la investigación social, empírica nos ha permitido elaborar conclusiones importantísimas como el hecho de que las medidas cautelares son solicitadas predominantemente para garantizar obligaciones ejecutivas de dar sumas de dinero, reclamadas en proceso ejecutivo. Asimismo en este trabajo hemos comprobado que son las medidas cautelares para futura ejecución forzada, entre ellas el embargo, las que tiene mayor incidencia.

Finalmente, con relación a la contracautela se ha comprobado mediante la constatación empírica que es la caución juratoria la de mayor empleo, ubicándose en un lugar muy distante la fianza. Es importante destacar que la contracautela de naturaleza real (prenda, hipoteca) no tiene mayor uso o empleo procesal.

Por lo expuesto, dejo establecido que este trabajo de investigación es sólo un intento de aproximación teórico – empírico a un instituto procesal de valiosa importancia que no obstante ello aún espera el aporte generoso de quienes con muchas limitaciones damos todo de nuestra parte con el propósito de contribuir al desarrollo de nuestras instituciones jurídicas.

PRIMERA PARTE PLAN DE INVESTIGACIÓN

I. TEMA DE INVESTIGACIÓN:

La contracautela en el proceso civil no puede ser estudiado ni contrastado con la realidad sino se efectúa el estudio previo o paralelo de las medidas cautelares; ya que éstas constituyen medidas de prevención y aseguramiento de las decisiones finales que emanen de un proceso principal o cautelado si bien tienen tal propósito garantista. Dentro de este contexto las medidas cautelares son también eventuales medidas que podrían generar perjuicios ante el desamparo de la pretensión postulada en la demanda, de ahí que se torne imperiosa la protección del afectado mediante medidas también de naturaleza cautelar que en este caso nuestra legislación denomina contracautela.

La contracautela como medio resarcitorio es una institución nueva en nuestra legislación procesal su regulación es indudablemente necesaria y positiva; empero precisamente por ser novedosa aún no existen trabajos de investigación jurídico-social que se ocupen in extenso de tan importante institución.

II. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

El estudio de la contracautela sea esta de naturaleza real o personal debe ser determinada con estricta correspondencia con la naturaleza y magnitud de la medida cautelar solicitada y ésta a su vez, debe ser admitida obviamente teniéndose en cuenta la naturaleza magnitud y alcances de la pretensión principal; sin embargo en la realidad esta no viene produciéndose tal como al parecer es la orientación teleológica de la Ley.

Frecuentemente se solicita medidas cautelares por montos considerables, teniendo como sustento probatorio documental títulos

ejecutivos y en atención a la naturaleza de estas medidas se admite contracautelas de naturaleza personal y bajo la modalidad de caución juratoria sin considerar que ésta es una modalidad especialísima que sólo debe ser admitida en circunstancias especiales.

Nos interesa conocer cual es la frecuencia o nivel de incidencia de las contracautelas de naturaleza real, cual es el tratamiento que se viene dando a esta forma cautelar tanto por los solicitantes de medidas cautelares como por los órganos jurisdiccionales.

Nos interesa conocer cual es la frecuencia o nivel de incidencia de las contracautelas de naturaleza real, cual es el tratamiento que se viene dando a esta forma cautelar tanto por los solicitantes de medidas cautelares como por los órganos jurisdiccionales.

Por último se justifica la presente investigación porque hasta el momento no se ha realizado constataciones empíricas, destinadas a establecer el rango que el uso de una y otra forma de contractuela presenta en el distrito judicial de Lima y la forma como se ha venido tramitando la ejecución misma de las contracautelas, tema en el cual deberá estudiarse las facultades del juez respecto a su regulación y determinación.

III. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN:

A. Generales:

- a) Precisar la naturaleza jurídica, clases, alcances y tramitación de las medidas cautelares y particularmente la contracautela; las facultades del órgano jurisdiccional sobre su determinación, regulación y ejecutabilidad. Interesa determinar cual es la relación de la contracautela con los diversos procesos sean estos cognitorios, o de ejecución.

- b) Determinar los posibles errores de concepción contenidas en la norma procesal proponiendo su correspondiente alternativa rectificatoria.

B. Específico:

- a) Establecer cual es el tratamiento que los órganos jurisdiccionales civiles vienen otorgando al instituto de la contracautela y en particular cual de las modalidades previstas en la norma procesal es la mayor frecuencia o empleo.
- b) Determinar, de ser posible, la ejecución misma de la contracautela; si es que en este momento procesal se respeta los procedimientos establecidos en la ley.

IV. INDAGACION SOBRE INVESTIGACIONES PREEXISTENTES:

Se ha efectuado visitas indagatorias a diversas bibliotecas de las Universidades de Lima (Facultades de Derecho) con resultados infructuosos: no existen estudios realizados sobre el instituto de proponemos como tema de tesis para optar el grado de magíster.

La paupérrima bibliografía que existe a nivel nacional sobre materia procesal solo se limita a reproducir con uno y otro añadido los preceptos contenidos en la norma procesal; circunstancia que nos obliga a efectuar estudios doctrinarios y legislativos extranjeros.

V. DELIMITACIÓN:

Universo: La investigación tiene como universo los procesos cautelares correspondientes al año 1998, pertenecientes al Distrito Judicial de Lima.

Muestra: La muestra está constituida por cien procesos cautelares, cincuenta relacionados con procesos cognitorios (conocimiento, abreviado sumarísimo) y cincuenta vinculados a procesos ejecutivos.

VI. MARCO TEORICO DOCTRINARIO:

El estudio teórico-social que realizaremos está sustentado fundamentalmente en los valiosos aportes de procesalistas italianos y españoles, sin desdeñar los aportes de autores latinoamericanos. Por razones metodológicas y didácticas en el marco teórico desarrollaremos como capítulo introductorio el estudio del proceso cautelar y las medidas cautelares para luego ingresar al tema específico: la contracautela.

Dentro del marco teórico abordaremos el estudio de los antecedentes históricos nacionales y extranjeros, su naturaleza jurídica, finalidad, clases; puesto que de otro modo la tesis adolecería de consistencia.

Es insoslayable estudiar la relación de la contracautela relacionada con una pretensión cognitoria y una pretensión ejecutiva. Los diversos grados o magnitud de la contracautela en concordancia con la naturaleza de la medida cautelar concedida.

VII. HIPOTESIS:

1ª HIPOTESIS:

Las medidas cautelares a las que los demandantes acuden con mayor frecuencia son las que pertenecen al grupo de medidas cautelares para futura ejecución forzada.

2ª HIPOTESIS:

Los procesos respecto de los cuales se solicita medidas cautelares es el proceso ejecutivo cuya pretensión es obligación de dar suma de dinero.

3ª HIPOTESIS:

Existe una marcada tendencia de los jueces a no admitir las medidas cautelares por lo general son rechazadas.

4ª HIPOTESIS

La contracautela en su modalidad personal y en particular como caución juratoria es la que tiene mayor recurrencia tanto en su proposición como en su admisión por el proponente y por el juez respectivamente, sin discriminar la naturaleza del proceso civil cautelado.

5ª HIPOTESIS

La decisión jurisdiccional al fijar contracautela por lo general es modificatoria de la forma postulada por el actor. Por lo general tiende a establecer como contracautela un monto superior al ofrecido por el demandante.

6ª HIPÓTESIS

Las medidas cautelares luego de ejecutadas no sufren variaciones, salvo se trate de ingresar a la fase de ejecución forzada en el proceso cautelado.

VIII. VARIABLES:

A) VARIABLE INDEPENDIENTE N° 1

“Postulación de la medida cautelar”

INDICADORES:

- 1) Pretensión en el proceso principal o proceso cautelado.
- 2) Medida cautelar y contracautela propuesta.
- 3) Naturaleza del proceso principal

Subindicadores del indicador 1:

- 1) Clases de embargo
- 2) Clases de secuestro

B) VARIABLE INDEPENDIENTE N° 2

“Decisión cautelar”

INDICADORES:

- 1) Admisión o rechazo de la medida cautelar.
- 2) Medida cautelar y exoneración de contracautela

C) VARIABLE DEPENDIENTE

“La contracautela”

INDICADORES:

- 1) Clase.
- 2) Contracautela ofrecida y decisión judicial

D) VARIABLE INDEPENDIENTE

“Variación de la medida cautelar ejecutada”

INDICADOR

“Tipo de variación”

**IX. DESCRIPCIÓN Y EXPLICACIÓN DEL PROBLEMA
(CONTRASTACIÓN DE VARIABLES)**

X. METODOS Y TÉCNICAS

La recopilación documental es el método de investigación al que recurriremos para realizar el presente trabajo; particularmente efectuaremos la revisión de expedientes concluidos.

Con relación al tema que hemos elegido con fines investigatorios, consideramos que el acopio o recopilación documental es el único procedimiento pertinente y objetivo que nos permitirá establecer conclusiones válidas.

No consideramos trascendentes o confiables el uso de las entrevistas puesto que no pretendemos medir el grado o nivel de conocimiento de la contracautela por los justiciables y en general por los sujetos del proceso.

Descripción del instrumento de acopio de información:

Como instrumento de acopio documental emplearemos la ficha de recolección de datos previamente elaborados de acuerdo con los datos que interesan a la investigación, se explorará los siguientes aspectos: la demanda cautelar y la contracautela ofrecidas, el auto admisorio de la medida cautelar contracautela, a naturaleza y monto de la medida

cautelar así como la naturaleza y el monto de la contracautela, sentido de la sentencia expedida en el proceso principal.

Técnicas de análisis:

Los datos recopilados fueron sometidos a análisis lógico, contrastado los resultados con las hipótesis formuladas.

XI. ASPECTOS ADMINISTRATIVOS:

a) Recursos humanos:

Asesor.- Formalizaremos nuestra solicitud de designación de un maestro de tesis a efecto de guiarme en aspectos relacionados con la formalidad del proyecto de investigación y la tesis misma.

Investigador.- El maestrista que tendrá a su cargo la recopilación documental, acopio de datos, análisis y procesamiento de la información obtenida y la elaboración del informe final.

Digitador.- Bajo cuya responsabilidad estará la transcripción del informe bajo supervisión del investigador.

b) Recursos económicos (presupuesto):

c) Cronograma

SEGUNDA PARTE MARCO TEORICO CONCEPTUAL

TITULO I

LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL.

Capítulo 1° Marco Conceptual

Conforme a criterios etiológicos, la función jurisdiccional es la potestad que emana de la soberanía estatal que a su vez la obtiene de la soberanía del pueblo y que es ejercida exclusivamente por Tribunales Independientes y predeterminados por la ley para hacer efectivo el derecho en el caso concreto, juzgando de modo irrevocable y ejecutando lo juzgado para satisfacer pretensiones y resistencias.¹

En opinión del procesalista italiano Guispe Chiovenda la función jurisdiccional tiene como propósito “la actuación de la voluntad concreta de la ley, como función de Estado, mediante la sustitución, por la actividad de los particulares o de otros órganos públicos ya sea al afirmar la existencia de la voluntad de la ley o al hacerla prácticamente efectiva”²

Por nuestra parte concebimos a la función jurisdiccional como la función pública de administrar justicia que emana de la soberanía del Estado y es ejercida por órganos especiales, para la realización o declaración del derecho y la tutela de la libertad individual y del orden jurídico, mediante la aplicación de la ley en los casos concretos, para obtener la armonía y la paz social.

No está demás advertir que la finalidad de la función jurisdiccional

1 Montero Aroca, Juan: “ Introducción al Derecho Procesal”, p. 53

2 Chiovenda G. “Instituciones de Derecho Procesal Civil” Vol. II, Edit. Revista de Derecho privado, Madrid, 1940, p.2

fronteriza con la finalidad del proceso en general sólo que éste contempla casos determinados y aquella tiene una cobertura mayor que alcanza a todos los casos que requieren de tutela jurisdiccional.

La función jurisdiccional tiene como base normativa a nuestra Carta Magna en cuyo artículo 138° establece que “La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes. “A su vez, el artículo 143° preceptúa que “El Poder Judicial está integrado por órganos jurisdiccionales que administran justicia en nombre de la Nación, y por órganos que ejercen su gobierno y administración. Los órganos jurisdiccionales son: la Corte Suprema de Justicia y las demás cortes y juzgados que determine su ley orgánica.”

Capítulo 2°: La función jurisdiccional y otras funciones Estatales.

Siguiendo una orientación biológica estudiamos al Estado a través de sus órganos y las funciones que a tales órganos corresponde, los cuales actúan dentro de un sistema.

Las funciones fundamentales del Estado, conforme a doctrinas modernas del Derecho Administrativo y Constitucional pueden ser agrupadas en tres: función legislativa, función administrativa y función jurisdiccional cada una de las cuales es desempeñada por un órgano determinado que por la naturaleza de la función que cumple se estructura como órgano público.

Al Gobierno Central le corresponde la función administrativa o ejecutiva; al Congreso de la República la función legislativa y a los Jueces la función jurisdiccional; es decir, Gobierno Central, Congreso de la República, Poder Judicial son los tres órganos públicos que dentro de un sistema político determinado desempeñan las actividades fundamentales de la función estatal.

Como ya lo dijimos el estado moderno se fundamenta en dos conceptos, esenciales: el Estado Moderno es Estado Constitucional que se estructura en un sistema de órganos, mediante los cuales exterioriza una voluntad concreta

y realiza las funciones encaminadas al cumplimiento de sus finalidades esenciales; el Estado Moderno es Estado de Derecho que funcionalmente somete a una disciplina jurídica la relación de su actividad con los habitantes de su territorio, en interés de éstos y con la finalidad de protegerlos contra las arbitrariedades.

La revolución francesa inspiró una teoría del Estado sobre el dogma de separación e independencia de los poderes fundamentales sobre el modo mecánico y estático, se concibe entonces a los poderes: legislativo, ejecutivo y judicial, a los cuales se les atribuye funciones específicas: la legislativa, la administrativa y la jurisdiccional; estas funciones se exteriorizan respectivamente en los actos administrativos, legislativos y jurisdiccionales, en los cuales se concreta la autoridad emanada del poder: un mandato expresivo de la voluntad del órgano que podrá ser, respectivamente, ley, acto administrativo o sentencia.

Las notas diferenciadoras entre el acto legislativo y el jurisdiccional son elocuentes: la ley es abstracta, innovativa, creativa y general; la resolución judicial es concreta, declarativa y particular. La promulgación de una ley no impide que otra posterior la derogue; mientras que el rasgo característico del acto jurisdiccional es su firmeza e inmutabilidad, esto es, la posibilidad de llegar a la cosa juzgada.

La separación de poderes en la forma impuesta por la revolución francesa, en la actualidad es una exageración, a la separación conceptual de las funciones no puede corresponder una separación absoluta de poderes. Los órganos legislativos tienen funciones administrativas; los órganos jurisdiccionales también realizan funciones administrativas; los órganos administrativos tienen funciones legislativas (Decretos leyes, Decretos legislativos, Reglamentos) y tienen funciones jurisdiccionales. Debemos admitir entonces que entre los diversos órganos estatales debe existir coordinación y no contraposición, puesto que el Estado en última instancia es uno sólo.

Capítulo 3°: La función jurisdiccional y sus poderes.

La doctrina moderna considera que la función jurisdiccional tiene a su servicio una serie de poderes que por sí mismos pueden pertenecer también a órganos extra-jurisdiccionales; tales poderes son: el poder de decisión, poder coerción, poder de ejecución y el poder de instrumentación: Históricamente a partir del derecho romano-canónico de la edad media por obra de los glosadores y postglosadores se mencionaba una serie de actividades concurrentes en la labor del juez para el desempeño de sus funciones, se hablara entonces de la notio, la vocatio, la coertio, el iudicium y la executio.

Debe preferirse, actualmente, hablar de poderes de la función jurisdiccional porque este concepto subsume dentro de sus alcances a las actividades mediante las cuales se exteriorizan tales poderes. Veamos cuales son estos poderes de la función jurisdiccional:

Poder de decisión.- Mediante este poder los órganos jurisdiccionales resuelven con fuerza obligatoria el conflicto de intereses o la incertidumbre jurídica o resuelven sobre la configuración del ilícito penal y la responsabilidad del procesado. Genéricamente, el poder de decisión comprende la potestad de decretar u ordenar, en suma resolver sobre todo lo que requiere el proceso para su desenvolvimiento.

Poder de coerción.- Gracias a este poder los Jueces pueden sancionar a los testigos, imponer multas, ordenar la detención de aquellos que ofenden su majestad y autoridad, emplear la fuerza pública para practicar un embargo o secuestro, disponer la conducción de grado o fuerza del citado rebelde, pero se trata de actos que tienen lugar hasta antes de la expedición de la decisión final.

Poder de ejecución.- Los Jueces pueden hacer cumplir sus propias decisiones jurisdiccionales gracias a este poder, significa que pueden ejecutar lo juzgado que no es otra cosa que el denominado imperium de la doctrina clásica. Este

poder se refiere también a la potestad de hacer cumplir la obligación contenida en un título proveniente del deudor al cual la ley le atribuye mérito ejecutivo.

Poder de instrumentación.- Llamado también poder de documentación o investigación, consiste en la potestad de dar categoría de instrumento auténtico a las actuaciones procesales en que interviene el órgano jurisdiccional, pero además se expresa en la potestad material de conservar y custodiar el conjunto de tales instrumentos.³

Capítulo 4º: La Función Jurisdiccional Civil.

La función jurisdiccional en la resolución de conflictos de intereses o incertidumbres jurídicas de naturaleza civil, se expresa como en las demás expresiones jurisdiccionales a través del proceso, instituto consustancial a la función jurisdiccional puesto que en su instrumento o medio de expresión.

Ahora bien, en materia civil la función jurisdiccional se manifiesta bajo tres maneras o funciones específicas consideradas como tales de modo uniforme y pacífica en la doctrina; nos referimos a las funciones cognitoria, ejecutiva y cautelar. La función cognitoria a su vez, se subdivide en cognición declarativa, cognición constitutiva, y cognición de condena. Si ubicamos a estas funciones de la jurisdicción en su correspondiente vía procedimental, tendremos respectivamente al proceso de cognición o proceso de conocimiento, proceso de ejecución y proceso cautelar. Estos procesos a su vez evidencian su naturaleza específica mediante la decisión final es decir, a través de la sentencia, así tendremos entonces sentencias cognitorias declarativas, constitutivas, condenatorias, sentencias cautelares.

3 Pérez Ríos, Carlos Antonio: Tesis: "El remate y la adjudicación como acto de exportación jurisdiccional", pp. 128, 129

La realidad sin embargo no es multiforme, diversa que muy pocas veces se manifiesta de acuerdo con las clasificaciones esquemáticas, puras, que realizan los estudios y científicos sociales a través de sus elaboraciones teóricos-conceptuales, éstas obedecen fundamentalmente a un ejercicio didáctico y reflejan el esfuerzo científico de aprehensión cognitoria de la realidad misma. Decimos esto para indicar que las sentencias por lo general presentan formas mixtas con predominio de una u otra naturaleza.

Sobre el particular Eduardo Couture explica que “Toda sentencia es en cierto modo constitutiva, como toda sentencia es en cierto modo, declarativa. Y hay sentencias, como la que disuelve el matrimonio, que pueden ser, simultáneamente, declarativas, constitutivas, de condena y de cautela. (...) Junto a las clasificaciones, con su valor de escuela, debemos admitir la realidad de formas híbridas, unidades compuestas con pluralidades y que no pueden abarcarse en clasificación herméticas (...) La sentencia no es un pedazo de lógica, ni es también una pura norma. La sentencia es una obra humana, una creación de la inteligencia y de la voluntad, es decir una criatura del espíritu del hombre”.⁴

La determinación de la naturaleza de la actividad jurisdiccional requiere que se examine cual es el fin que se consigue mediante cierto tipo de decisiones jurisdiccionales llamadas medidas cautelares, como una especial y diferenciada forma de actuación del derecho. Como veremos oportunamente las decisiones jurisdiccionales como finalidad preventiva se expresan en nuestra legislación a través de autos; y ello es así porque la finalidad de las decisiones cautelares es finalidad en última instancia de las sentencias correspondientes a los procesos cautelados o llamados inadecuados procesos principales.

4 Couture, Eduardo: “Introducción al Estudio del Proceso Civil” Ediciones Arayu, Bs.As. 1958, p. 73

Capítulo 5°: La función jurisdiccional cautelar.

La función jurisdiccional civil de naturaleza cautelar ha adquirido carta de ciudadanía a fines de la primera mitad del siglo veinte, consolidándose normativamente en las diversas legislaciones del mundo. Esta afirmación no niega los valiosos aportes precedentes cuyos antecedentes se remontan al propio derecho romano.

La tutela cautelar-explica Piero Calamandrei- es, en relación al derecho sustancial, una tutela mediata: mas que a 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, un medio predispuesto para el mejor éxito de la providencia definitiva, que a su vez es un medio para la actuación del derecho; esto es, son el relación a la finalidad última de la función jurisdiccional, instrumento del instrumento”⁵

Siguiendo al mismo autor sostenemos que las decisiones cautelares están dirigidas, más que a defender los derechos subjetivos, a garantizar la eficacia y seriedad de la función jurisdiccional y de ese modo evitar la burla a la justicia que el deudor demandado en el proceso cognitorio o deudor ejecutado en el proceso de ejecución podría poner en práctica aprovechando precisamente las demoras y dilaciones excesivas del procedimiento poniendo a salvo sus bienes y reírse luego de la decisión judicial, impotente para afectarlo. La tutela jurisdiccional cautelar por consiguiente tiene como finalidad mediata evitar la circunstancia descrita.

⁵ Calamandrei, Piero. “Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares” p.45

La tutela jurisdiccional cautelar se dirige, pues, como las providencias que el Derecho Inglés comprende bajo la denominación de contempt of court, a salvaguardar el imperium iudicis, o sea a impedir que la soberanía del Estado, en su más alta expresión que es la de la justicia, se reduzca a ser una tardía e inútil expresión verbal, una vana ostentación de lentos mecanismos destinados, como los guardias de la ópera bufa, a llegar siempre demasiado tarde.

Las medidas cautelares se disponen, más que en interés de los individuos, en interés de la administración de justicia, de la que garantizan el buen funcionamiento y también su buen nombre. Incluso se podría decir que precisamente la materia de las providencias cautelares constituye la zona fronteriza entre la función jurisdiccional y la administrativa, de policía.⁶

En este punto, cuan oportuna y valiosa resulta la opinión de gran Giuseppe Chiovenda cuando sostiene que “El poder jurídico de obtener una de estas resoluciones es una forma por sí misma de acción (acción aseguradora); y esa pura acción que no puede considerarse como accesorio del derecho garantizado, porque existe como poder actual cuando todavía no se sabe si el derecho garantizado existe; y, sin embargo, el demandado no tiene ninguna obligación de cautela con anterioridad a la resolución del juez, también aquí, el derecho a la resolución cautelar es un derecho del Estado fundado en la necesidad general de la tutela del derecho, y la parte no tiene sino el poder de provocar su ejercicio en el caso concreto.”⁷

Podemos concluir, afirmando junto con Ugo Rocco⁸ que la actividad jurisdiccional llamada cautelar (y el proceso correspondiente) no es más que una actividad dirigida a comprobar desde punto de vista objetivo y subjetivo la existencia de un peligro (posibilidad de un daño) y a eliminarlo puesto que

6 Calamandrei, Piero: Ob. Cit. p. 140

7 Chiovenda, Giuseppe. “Instituciones de Derecho Procesal Civil.” Vol. I, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid 1948, pp. 281, 282.

8 Rocco, Ugo: “Tratado de Derecho Procesal Civil T.V. DEPALMA Bs. As. 1977, p.57.

amenaza directamente los intereses sustanciales o procesales tutelados por el derecho objetivo, incierto o controvertido, conservado en el estado de hecho y de derecho mientras está pendiente o por previsión de la declaración de certeza o de la realización coactiva de la tutela aprontada por el derecho objetivo a dichos intereses.

TITULO II

EL PROCESO CAUTELAR.

Capítulo 1° Naturaleza jurídica

La función jurisdiccional se desenvuelve a través del instrumento jurídico instituido por la ley para resolver conflicto de intereses o incertidumbres jurídicas, es decir, a través del proceso. Pues bien, como lo vimos en la primera parte de este trabajo, el proceso civil, como vehículo o medio de expresión de la función jurisdiccional y la actividad de las partes, tiene tres finalidades uniforme y pacíficamente establecidos por la doctrina. El proceso civil de cognición, de ejecución y de cautela.

El proceso cautelar de naturaleza civil es aquel proceso civil cuya finalidad está destinada a garantizar la eficacia de una decisión jurisdiccional firme emergente de un proceso de cognición, de un proceso ejecutivo e incluso de un proceso no contencioso en aplicación del principio de universalidad de aplicación.

De acuerdo con nuestro ordenamiento procesal civil, toda medida cautelar está “destinada a asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva.” así lo establece el artículo 608° del cpc.

Desde una perspectiva dinámica la expresión proceso cautelar se usa para indicar el fenómeno del desenvolvimiento de la función jurisdiccional civil cuando ésta se dirige a emitir decisiones cautelares.

En opinión de Ugo Rocco “Cuando hablamos de un proceso cautelar, entendemos referimos a aquel tipo de proceso que tiene como finalidad cautelar una situación de hecho o de derecho que es ya objeto de un juicio pendiente de declaración de certeza, o que podrá más adelante ser objeto de un juicio futuro de declaración de certeza sin que importe el hecho de que la finalidad cautelar se presente como objeto principal al cual se dirija la actividad jurisdiccional, o se presente acaso como un momento o una fase incidental, en otra forma, de actuación del derecho y particularmente de declaración de certeza o de condena.”⁹

El concepto elaborado por el distinguido maestro italiano limita el ámbito del proceso cautelar como garantía de los procesos de cognición; sin embargo, estudios posteriores amplían los alcances de las decisiones cautelares proyectándolas a garantizar y asegurar la satisfacción misma del derecho reconocido judicialmente o dispuesto por ley.

Capítulo 2º: Proceso y procedimiento cautelar.

El procedimiento cautelar indica la serie de actos que se suceden según un orden cronológico, previamente establecido por las normas de derecho procesal civil, desde el momento de inicio del fenómeno hasta su finalización

Enrique Véscovi, sostiene que “El proceso es el conjunto de actos dirigidos a la resolución del conflicto (composición del litigio, satisfacción de pretensiones, etc) y resulta en último término un instrumento para cumplir los objetivos del Estado; imponer a los particulares una conducta jurídica, adecuada al derecho, y, a la vez brindar a estos la tutela jurídica.”¹⁰ En tanto que el procedimiento debe entenderse tan sólo como el medio extrínseco por el cual se instaura y se desenvuelve el proceso.

9 Rocco Ugo: “Tratado de Derecho Procesal Civil” T.V. Edit. Temis Bogotá 1977, p8

10 Véscovi Enrique: “Teoría General del Proceso” Edit. Temis. Bogotá, 1984, p. 103

Actualmente es posible distinguir entre uno y otro término, merced a los estudios científicos efectuados a partir de l último tercio del siglo pasado. La idea del proceso es unitaria se conecta íntimamente con la función jurisdiccional. El procedimiento alude al fenómeno externo, a lo rutinario en el desenvolvimiento de las actividades que realizan las partes y el órgano de la jurisdicción, en suma los sujetos del proceso; conforme a las pautas preordenadas por la ley procesal.¹¹

Pues bien, en aplicación analógica de los conceptos citados podemos afirmar que el proceso cautelar es el conjunto de actos dirigidos a obtener una decisión jurisdiccional a efectos de garantizar, asegurar o prevenir la ejecución de una decisión respecto de un proceso principal o proceso cautelado. En tanto que el procedimiento cautelar es el aspecto externo, o conjunto de trámites que permiten la realización de los actos procesales cautelares y por consiguiente del proceso cautelar mismo.

Capítulo 3°: El proceso cautelar y los procesos cautelados.

La expedición del auto cautelar de admisión o rechazo de la medida cautelar solicitada, requiere de una cognición sumaria y los fundamentos de hecho y derecho y los medios probatorios contenidos en la demanda. Esta actividad y decisión jurisdiccional debe tener en cuenta además la concurrencia de otros elementos esenciales como la apariencia del derecho invocado (*fumus bonis iuris*) y el peligro en la demora (*periculum in mora*); ejercicio de razonamiento jurídico de naturaleza cognitoria destinada a facilitar la expedición de la resolución cautelar positiva o negativa. Precisamos de este modo que el auto cautelar para su expedición exige del juez la realización de una actividad cognitoria extremadamente sumaria y contingente, puesto que la confirmación del acierto de tal decisión sólo será posible cuando se

11 Pérez Ríos, Carlos A. "El remate y la adjudicación como actos de expropiación jurisdiccional" Tesis para optar grado de magíster UNMSM, p.18.

expide la sentencia correspondiente o provisoriamente cuando se confirme o revoque el auto en el caso de ser apelado.

El autor cautelar expedido antes del inicio del proceso cautelado o principal siempre está relacionado con un proceso cognitorio o un proceso de ejecución. Por disposición legal, “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. Si no se interpone la demanda oportunamente, o si ésta es rechazada liminarmente, la medida caduca de pleno derecho. Dispuesta la admisión de la demanda por revocatoria del superior, la medida cautelar requiere nueva tramitación.” (art. 637° cpc)

La naturaleza instrumental del proceso cautelar determina que el auto cautelar positivo se expida siempre en relación con un proceso cognitorio (sumarísimo, abreviado o de conocimiento). Empero, tal decisión cognitoria, también se expide en relación con un proceso de ejecución en su forma ejecutiva o un proceso de ejecución de laudo arbitral firme. También se expide para cautelar una pretensión contenida en un proceso no contencioso. Recuérdese que estas líneas están dedicadas al proceso cautelar que se inicia antes del proceso al cual cautela o garantiza.

Capítulo 4°: Autonomía del proceso cautelar:

El artículo 635° del cpc alude a la autonomía del proceso cautelar en los siguientes términos: “Todos los actos relativos a la obtención de una medida cautelar, conforman un proceso autónomo para el que se forma cuaderno especial”.

Pues bien, sabido es que los actos procesales individuales no conforman un proceso; es el principio de sucesión en los actos el que da el nombre al

proceso. La obtención de una medida cautelar es el resultado de un conjunto de actos de las partes, del órgano de jurisdicción y de sus auxiliares, orientados a asegurar el cumplimiento de una obligación, aun no reconocida por el órgano jurisdiccional, o a evitar daños, guarda de un menor, etc., o cualquier otra medida que en suma, asegure de la forma más adecuada el cumplimiento de la decisión definitiva.

Los actos relativos a la obtención de una medida cautelar conforma un proceso autónomo no sólo porque se forme un cuaderno especial; sino porque la efectividad de una medida cautelar constituye anticipo y garantía de una decisión definitiva posterior; todo lo cual es posible merced a la autonomía del proceso cautelar.

La eficacia y éxito de una decisión definitiva, dentro de un contexto de riesgo e incertidumbre, está subordinada a la efectividad del proceso cautelar. Evidentemente que los matices y alcances de éste, exigen estudios de mayor proyección.

Normativamente el proceso cautelar es autónomo porque así lo dispone el artículo 635° del Código Procesal Civil. Sin embargo, desde una posición gnoseológica, corresponde aproximarnos a las consideraciones que sustentan tal autonomía.

Pues bien, conforme a nuestro ordenamiento procesal civil la autonomía de los diversos procesos puede ser entendida, únicamente dentro de su mutua correspondencia y complementariedad. Así tenemos que lo resuelto en los, arbitrariamente denominados procesos principales no logra eficacia si no es a través de un proceso de ejecución de resoluciones judiciales; mas, ambos eliminan cualquier incertidumbre respecto a la eficacia de la ejecución mediante el proceso cautelar, a través de una medida cautelar determinada. Los nexos y complementaciones entre procesos, es inobjetable. No obstante debe precisarse que no todos los procesos requieren de medida cautelar.

La acción con pretensión cautelar existe tan igual que una acción con pretensión de condena, constitutiva o declarativa. Se trata de la facultad procesal que la ley concede al demandante, al demandado y aún al Ministerio Público.

El proceso cautelar no constituye el apéndice de un proceso determinado, sino un complemento funcional de cualquier tipo de proceso. No existe un proceso cautelar específico, su carácter instrumental le otorga universalidad de aplicación por lo que podrán adoptarse medidas cautelares en cualquier proceso, sea éste, contencioso o no contencioso.

Piero Calamandrei refiriéndose a este tema dice lo siguiente: “Yo pienso, por el contrario que las providencias cautelares tienen su inconfundible fisonomía procesal que permite colocarlas en la sistemática del proceso como categoría por sí mismas, determinables a base de criterios que, aún no siendo los mismos que sirven para distinguir las providencias de cognición de las de ejecución, no se transforman por eso de procesales en materiales.

La definición de las providencias cautelares, sin salir del campo procesal, ha de buscarse, más que a base de un criterio ontológico, a base de un criterio teleológico: no en la cualidad (declarativa o ejecutiva) de sus efectos, sino en el fin (anticipación de los efectos de la providencia principal), a que sus efectos están preordenados; ya que estos aparecen desde su iniciación destinados a extinguirse en el momento en que pueden ceder el puesto a los efectos de la providencia principal.”¹²

Ramiro Podetti con absoluta claridad sostiene que “El concepto de autonomía de las medidas cautelares, sin la necesidad relación a su unidad, puede llevar a serias confusiones. No existe, a mi juicio, una acción

12 Calamandrei, Piero: Ob. cit. p. 137

cautelar (en sentido clásico de acción), diferente de una acción de condena o declarativa o constitutiva o ejecutiva (...) En mi concepto, pues, hablar de la autonomía de las medidas cautelares o propugnarla, es afirmar su unidad conceptual y funcional: la existencia de una doctrina y la posibilidad y conveniencia de su estructuración sistemática.”¹³

La función jurisdiccional de cautela se diferencia de las demás por constituir un pronunciamiento anticipado del previsible resultado de un proceso actual o futuro, garantizando directa o indirectamente la eficacia de la resolución final favorable pronunciada en el proceso cuya pretensión cautelar. Del mismo modo, la función jurisdiccional de cautela se manifiesta a través de una resolución expedida y ejecutada sin audiencia del afectado, lo que revela otra particularidad que la distingue de otras manifestaciones jurisdiccionales.

La autonomía del proceso cautelar logra coherencia sólo si es estudiada dentro de su unidad conceptual. Así como no existe proceso cautelar específico, dado a su universalidad de aplicación; del mismo modo no existe proceso cautelar sin su necesaria relación con otro proceso iniciado o por iniciarse cuya pretensión cautelar; por consiguiente, pronunciarse por la autonomía del proceso cautelar o propugnarla, es afirmar su unidad funcional y conceptual, es tomar posición por la existencia de una doctrina y la posibilidad y conveniencia de su estructuración sistemática tal como lo sostiene el procesalista argentino Ramiro Podetti.

Finalmente, si la finalidad pública o mediata del proceso (llamada abstracta por el legislador) es lograr la paz social en justicia; el proceso cautelar es el medio más eficaz para hacer realidad tal propósito, evitando que se tornen ilusorios los fallos judiciales; salvaguardando la credibilidad de la función estatal en lo que a

13 Podetti, Ramiro: “Derecho Procesal Civil, comercial y laboral, “Tratado de las medidas cautelares” T.IV, Ediar S.A. a Editores, kBs.As. 1956, pp. 15, 17.

servicio público de justicia se refiere.

Dice Juan Monroy Gálvez: “Probablemente la demostración más palmaria de la existencia autonomía de la acción cautelar, está dada por el caso de una demanda infundada. En efecto, es perfectamente factible obtener una medida cautelar en un proceso que posteriormente acabe con el rechazo de la pretensión. Esto significa que a pesar de la inexistencia de un derecho material a ser protegido, el actor puede obtener una medida cautelar, en consecuencia, su existencia no depende de la existencia del derecho sustantivo que garantiza, tiene vida propia.”¹⁴

Finalmente a lo señalado por Juan Monroy Gálvez podemos acotar que otra evidencia de su autonomía es la posibilidad de solicitar, obtener y ejecutar una medida cautelar antes de iniciado el proceso principal.

Capítulo 5º: Principio de universalidad de aplicación

Dado el carácter doblemente instrumental del proceso cautelar y debido a su propia naturaleza podemos sostener que el proceso cautelar puede ser aplicado a distintos procesos, independientemente de su carácter contencioso o no contencioso. Al autonomía del proceso cautelar se evidencia precisamente en la posibilidad de poder servir a todos los procesos sin pertenecer ontológicamente a la estructura de ninguno de ellos.

En el Código Procesal Civil peruano este principio subyace en toda la regulación normativa inherente al proceso cautelar; es correcto que así sea pues es la forma como existen o se manifiestan los principios, aunque en determinados códigos o leyes ordinarias se suele positivizar los principios en un título preliminar.

El Código General del Proceso del Uruguay es explícito en la regulación

14 Monroy Gálvez, Juan: “Temas de Derecho Procesal Civil” Ediciones librería Studium, Lima -Perú 1987, p. 21

de este principio que está normado en el artículo 311.1 con el siguiente tenor: “Las medias cautelares podrán adoptarse en cualquier proceso, tanto contencioso como voluntario.”

Capítulo 6°: La demanda en el proceso cautelar.

El artículo 610° del cpc. Dispone que “El que pide la medida debe: 1. Exponer los fundamentos de su pretensión cautelar; 2. Señalar la forma de ésta; 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 anexado copia legalizada de su documentos de identidad personal.”

Por la naturaleza del trabajo, nos interesa abordar el tema de la institución misma de la demanda, antes que el trámite o procedimiento. Es frecuente denominar a la demanda cautelar, simplemente como solicitud cautelar y ello no es un simple problema lingüístico, sino que tiene su correlato en el tratamiento del tema cautelar como un proceso o como un procedimiento sin mayor trascendencia.

Pues bien, sabido es que la demanda bajo criterios formales es el medio de expresión del derecho de acción; su expresión material. Desde una perspectiva sustancial la demanda es un acto jurídico procesal unilateral por el cual el actor requiere al Estado en función jurisdiccional el reconocimiento o amparo de una pretensión contenciosa o voluntaria.

La demanda con pretensión cautelar no es una solicitud cualquiera, no es un simple documento dirigido al órgano jurisdiccional; muy por el contrario, es un típico acto jurídico procesal con una pretensión que supera a la formulada en un proceso contencioso, ya que el amparo jurisdiccional otorgado a una demanda cautelar, excede en oportunidad al momento de expresión de la sentencia del proceso al cual garantiza.

Asimismo, no puede descartarse la existencia de contienda o litigio. El auto cautelar contiene la decisión judicial para efectuar bienes y derechos de las partes vinculadas por la relación material o de sus sucesores en su caso. El auto cautelar, también conocido en otras legislaciones, como providencia cautelar, es pronunciado y ejecutado “inaudita pars”, por la naturaleza y finalidad especialísimo del proceso cautelar; lo cual no implica negación del derecho a la defensa, puesto que el afectado ejercita su derecho de contratación luego de ejecutada la medida.

Concluimos manifestando que la solicitud de medida cautelar constituye un típico y especialísimo acto de postulación procesal, evidencia un pedido de tutela jurisdiccional; afecta derechos y bienes del obligado, por consiguiente, creemos que la denominación normativa debe ser demanda y no solicitud.

Capítulo 7°: Inaudita altera pars.

El deudor, por lo general buscará disminuir su patrimonio en forma real o simulada, voluntaria o de mala fe; de allí que la medida cautelar se admita y ejecute de sorpresa, sin conocimiento previo, es decir se sustancia inaudita pars, el acto de notificación tiene lugar luego de ejecutada la medida.

“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”; tal es el tenor del segundo párrafo del artículo 637° del Código Procesal Civil.

La medida cautelar del proceso civil sin excepción alguna se admite y ejecuta sin audiencia previa del afectado. La eficacia y éxito relativo de la medida cautelar depende precisamente de este tipo de tramitación. Esta forma de tramitación no implica la negación del derecho de defensa del afectado, éste se manifiesta después de la ejecución con la eventual interposición del recurso de apelación y otro medio de defensa. Es verdad que la admisión y ejecución de la medida se tramita con total ausencia del contradictorio, más ello no implica

su eliminación o negación; puesto que surge al ejecutarse la medida al término de la ejecución o en acto inmediatamente posterior.

El inaudita pars es, no obstante, contrarrestado con la contracautela que en su oportunidad tendrá que servir para garantizar los eventuales daños y perjuicios que la ejecución de la medida cautelar genere siempre que se desestime la demanda del proceso principal.

Capítulo 8°: Ubicación sistemática.

El Código Procesal Civil dedica el Título IV de la Sección Quinta, referida a procesos contenciosos, al tratamiento del proceso cautelar; tema que es desarrollado mediante dos capítulos: el primero dedicado a medidas cautelares con dos sub capítulos: disposiciones generales y procedimiento cautelar.

El capítulo segundo por su parte desarrolla el tema de las medidas cautelares específicas a través de cuatro sub-capítulos el primero sobre medidas para futura ejecución forzada; el segundo, medidas temporales sobre el fondo; el tercero, medida innovativa y el cuarto sobre medida no innovativa.

El Código abrogado contenía 24 artículos dentro de la sección primera, título XI, referentes al tratamiento del embargo preventivo, antecedente de la medida cautelar y del proceso cautelar actual.

Las diferencias sistemáticas son marcadas, obedecen a la estructura misma de cada uno de ellos. Los contrastes formales y sustanciales reflejan el desarrollo acelerado que ha experimentado la ciencia procesal a lo largo del siglo XX.

TITULO III LAS MEDIDAS CAUTELARES.

Capítulo 1° Marco conceptual.

El término medida debemos conceptualizarlo en su sentido práctico. La medida cautelar, por consiguiente, es la decisión cautelar ejecutada que presenta características peculiares según el tipo de proceso al cual cautela, ello explica precisamente que la medida cautelar sea variable. Medida cautelar es la decisión jurisdiccional positiva debidamente ejecutada.

No obstante sostener que la medida cautelar es la decisión cautelar ejecutada, ello no es simple como parece puesto que el punto de referencia a partir del cual estudiemos al tema cautelar nos conducirá a denominaciones cautelares especiales, este problema es expresado por Ramiro Podetti en los siguientes términos: “Si buscamos su nombre en la pretensión, tendríamos que designarlas como acción o acciones cautelares o conservativas; si en la forma de sustanciarlas, tendríamos que llamarlas procesos o procedimientos cautelares, y si por la resolución, sentencias o decisiones cautelares. Pero, con ninguna de esas designaciones se logra una idea integral de la institución, aparte de que, como veremos en seguida, pueden dar lugar a equívocos”¹⁵

Explicando la motivación por la cual resulta más adecuado emplear la denominación de “medida” antes que providencia, el mismo autor dice que dicho sustantivo da idea del objetivo y del resultado. Si bien el vocablo significa decisión, su sentido es más amplio que el dado a decisión o resolución, porque indica algo que se cumple. Tomar medidas para reparar o solucionar una dificultad, no implica solamente decidir algo, sino ponerlo en ejecución.

15 Podetti, Ramiro: Ob. cit. p. 11.

Sin embargo en la doctrina y en la legislación no es uniforme el término o denominación que se utiliza. Al sustantivo medidas y para indicar su naturaleza, se le agregan diversos adjetivos calificativos o voces que lo califican: de seguridad, urgentes, precautorias, preliminares o previas o preparatorias, preventivas, provisionales, de conservación, de cautela o cautelares. Así por ejemplo en la doctrina, Chiovenda las llama “medidas provisionales de cautela o conservación; Goldschmidt, medidas provisionales de seguridad; Redenti las denomina procedimientos cautelares; Zanzuchi, medidas cautelares, caconservativas o asegurativas, provisionarias o interinas; Calamandrei providencias cautelares; Carnelutti se refiere a un proceso cautelar; Spota, medidas cautelares; Alsina Medidas precautorias; Reimundín, medidas cautelares.

Estas medidas- dice Chiovenda-determina por peligro o urgencia, son llamadas provisionales cautelares o de conservación porque se dictan con anterioridad a que esté declarada la voluntad concreta de la ley que nos garantiza un bien, o antes de que se lleve a cabo su actuación, como garantía de ésta, y varían según la diversa naturaleza del bien que se pretende.¹⁶

Raúl Martínez Boto, autor argentino, afirma que “Las medidas cautelares constituyen un medio tendiente a asegurar el cumplimiento de las resoluciones judiciales cuando, antes de incoarse el proceso o durante su curso, una de las partes demuestra que su derecho es prima facie verosímil y que existe peligro de que la decisión jurisdiccional sea incumplida.”¹⁷

El autor nacional Monroy Gálvez conceptúa a la medida cautelar del siguiente modo: “Es un instituto procesal a través del cual el órgano jurisdiccional, a petición de parte, adelanta ciertos efectos o todos de un fallo definitivo o el aseguramiento de una prueba, al admitir la existencia de una apariencia de derecho y el peligro que puede significar la demora producida por la espera del fallo definitivo o la actuación de una prueba.”¹⁸

16 Chiovenda Giuseppe: “Instituciones de Derecho Procesal Civil” Vol. I. Edit. Rev. De Derecho Privado, Madrid 1948, p.280.

17 Martínez Botos, Raúl: “Medidas cautelares” Editorial Universidad Bs.As. 1994, p.28

Capítulo 2º: Características.

- a. **Instrumentalidad.-** Constituye el rasgo más saltante del derecho procesal, El proceso no tiene un fin en sí mismo, su objetivo es servir de medio para la actuación de la ley materia o derecho sustantivo. Del mismo modo una medida cautelar está siempre subordinada a un fallo definitivo, incluso cuando procede al proceso cautelado, siempre existe en función del fallo definitivo.

Mauricio Ottolenghi, citado por Monroy Gálvez, sobre el particular explica que “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 o garantiza el eficaz funcionamiento de ésta.”¹⁹

En conclusión, si el fallo definitivo es el medio por el cual se hace efectivo el derecho material o sustantivo, la medida cautelar es el medio a través del cual el fallo definitivo se convierte en eficaz.

- b. **Provisionalidad.-** Es otra de las características más señaladas y sobre ellas insisten, uniformemente los procesalistas. Las medidas cautelares son provisionales porque subsisten mientras duran las circunstancias que las determinaron. Solicitada y otorgada la medida cautelar antes de iniciarse el proceso definitivo o en el curso de éste, parece y así lo afirma la doctrina que debe caducar con la sentencia definitiva que actúe el derecho, motivo de aquélla.

18 Monroy Gálvez, Juan: Ob. cit. p. 42

19 Ottolenghi, Mauricio A. “Estudios de Derecho Procesal en Honor de Hugo Alsina” Ediar S.A. Editores, Bs.As. 1946, p. 513

El carácter provisional de la medida y por ende del proceso cautelar se encuentra regulado en nuestro ordenamiento procesal civil del siguiente modo: “Resuelto el principal en definitiva y de modo favorable al titular de la medida cautelar, éste requerirá el cumplimiento de la decisión, bajo apercibimiento de proceder a su ejecución judicial. La ejecución judicial se iniciará afectado el bien sobre el que recae la medida cautelar a su propósito.” (art. 619° del cpc.)

El carácter provisorio de una medida cautelar también se manifiesta en el hecho de que su rechazo no implica que no pueda nuevamente ser solicitada en el mismo expediente, en el principal, en un cuaderno incidental o en un expediente autónomo.

- c. **Flexibilidad.-** También conocida como mutabilidad se refiere al hecho de que las medidas cautelares pueden ser variadas a pedido del demandante o titular de la medida o sustituidas a solicitud del afectado. Sobre el particular sostiene Ramiro Podetti que “Ninguna institución procesal requiere más flexibilidad que la medida cautelar, a fin de cumplir sus fines en forma satisfactoria, sin ocasionar molestias o perjuicios que puedan evitarse.”²⁰

Por ello conforme a la dinámica del proceso, el desarrollo de las audiencias la actuación de medios probatorios, entre otras circunstancias, determinan que la inicial apariencia del derecho invocado se intensifique o aminore, ello puede dar lugar a que se solicite la variación de la medida cautelar adecuándose así a la nueva situación del derecho controvertido. La extensión definitiva de la medida cautelar, por esta razón, es independiente de la petición inicial.

- d. **Contingencia.-** Las medidas cautelares cumplen una función asegurativa, sin embargo y en efecto es posible que cumplan con creces su objetivo, circunstancia que se ve confirmada cuando se ampara la pretensión cautelarada

20 Podetti, Ramiro: “Derecho Procesal Civil Comercial y Laboral” T.IV, Tratado de las Medidas Cautelares, Ediar S.A. Editores, Bs.As. 1956, p.25

y tramitada en el proceso principal. Sin embargo puede igualmente suceder que la medida cautelar amparada para garantizar la eficacia de una decisión correspondiente a un proceso principal no pueda finalmente cumplir su propósito al declararse infundada la demanda a la que debía asegurar.

Piero Calamandrei, ya en 1935, en su obra "Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares" introduce la idea de contingencia como atributo de las medidas cautelares, dice el maestro que "Las providencias cautelares representan una conciliación entre las dos exigencias frecuentemente opuestas, de la justicia: la de la celeridad y 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 del 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. Permiten de este modo al proceso ordinario funcionar con calma, en cuanto aseguran preventivamente los medios idóneos para hacer que la providencia pueda tener, al ser dictada, la misma eficacia y el mismo rendimiento práctico que tendría si se hubiera dictado inmediatamente."

21

Capítulo 3º: Presupuestos.

Los presupuestos o condiciones para la obtención y amparo de una medida cautelar son los siguientes:

1. VEROSIMILITUD DEL DERECHO INVOCADO (Fumus bonis iuris).

Fumus boni iuris traducido literalmente quiere decir humo de buen derecho, mas en su acepción semántica debe entenderse como apariencia o aspecto exterior de derecho.

21 Calamandrei, Piero: "Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares." 1935, pp.43,34

Como sabemos la acreditación de los hechos expuestos por las partes con el propósito de producir certeza en el juez respecto de los puntos controvertidos a efectos de permitirle pronunciar su decisión final, exige el agotamiento de un conjunto de actos procesales que por lo general se desarrollan en estricto respecto del contradictorio, esto es, con la participación, o posibilidad de hacerlo, de ambos sujetos del interés en litigio; sin embargo, cumplir con este propósito tornaría en ilusorio el posterior cumplimiento o ejecución de la sentencia si es que no adopta medidas de prevención o aseguramiento.

El amparo de una solicitud cautelar por la razón expuesta ante el tenor de la frustración o la urgencia de la medida, exige disminuir o suprimir la cognición extensa o lata y sustituirla por la cognición sumaria. De allí que la comprobación de la existencia del derecho se haga en forma sumaria, de modo que proporcione la verosimilitud del derecho que en ciertas circunstancias pueda presumirse que exista y que, por último, pueda admitirse su existencia ante la afirmación del actor, avalada por una buena contracautela.

Desde una perspectiva dinámica puede decirse que el *fumus boni iuris* es una de las operaciones que el juez debe realizar en el ejercicio de la función jurisdiccional cautelar, y se expresa en la obtención de una declaración de certeza de la apariencia o presunción de la existencia de intereses sustanciales. No se trata pues de obtener una declaración de certeza de la probada existencia de los intereses sustanciales o procesales. Como muy bien precisa Piero Calamandrei “La cognición cautelar se limita en todos los casos a un juicio de probabilidades y de verosimilitud. 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 aquél que solicita la medida cautelar. El resultado de esta cognición sumaria sobre la existencia del derecho tiene pues, en todos los casos, valor no de declaración de certeza sino de hipótesis: solamente cuando se dicte la providencia principal se podrá ver si la hipótesis corresponde a la realidad.”²²

Explica Ugo Rocco que toda cognición sumaria y superficial importa, no la certeza de derecho, sino la posibilidad o la probabilidad de la existencia del derecho, valorada sobre la base de la afirmación por parte del pretendido titular de él y sobre los elementos indiciarios, más que en verdaderas pruebas, de donde resulta probable la existencia de un derecho, cuya plena declaración de certeza será o podrá ser objeto de una plena y normal declaración de certeza del derecho.

Podemos afirmar que la verosimilitud del derecho invocado o “El llamado *fumus boni iuris* no es más que una valoración subjetiva y, en gran parte, discrecional, del juez sobre la apariencia de que existen intereses, tutelados por el derecho, totalmente sumaria y superficial.”²³

Normativamente, este presupuesto conjuntamente con el peligro en la demora está contenido en el artículo 611 del cpc bajo el siguiente tenor: “El juez, siempre que de lo expuesto y prueba anexa considere verosímil el derecho invocado y necesaria la decisión preventiva por constituir peligro la demora del proceso, o por cualquier otra razón justificable, dictará medida

2. PELIGRO EN LA DEMORA (*Periculum in mora*)

No existe medida cautelar alguna que no se dé para disipar un temor de daño inminente, sea que se exija su acreditación *prima facie*, sea que se presuma por las circunstancias del caso.

22 Calamandrei, Piero: Ob. Cit p. 77

23 Rocco, Ugo: “Tratado de Derecho Procesal Civil” T.V. Edit DEPALMA

cautelar en la forma solicitada o la que considere adecuada atendiendo a la naturaleza de la pretensión principal...”

La condición general para dictar una medida preventiva es, el temor de un daño jurídico, es decir la inminencia de un posible daño a un derecho o a un posible derecho, si este daño es o no en realidad inminente y jurídico, resultará de la declaración definitiva. Por la misma razón la decisión cautelar puede ser revocada, modificada o confirmada.

El juez al calificar la demanda cautelar, ejecuta una actividad cognitoria sumarisima respecto a la verosimilitud del derecho invocado y la posibilidad del daño; debe examinar si las circunstancias de hecho por las pruebas aportadas dan serio motivo para temer el suceso perjudicial; si el caso es urgente y es, por lo tanto, necesario amparar la pretensión cautelar.

Peligro-explica el profesor Ugo Rocco-en el derecho procesal, no puede ser otra cosa que la potencia o la idoneidad de uno de tales hechos de ocasionar el sacrificio o la restricción, o de un derecho o interés de derecho sustancial o de un derecho o interés de derecho procesal.²⁴

Finalmente el mismo tratadista italiano perfilando con total nitidez la naturaleza y connotación de este presupuesto concluye sosteniendo que "El llamado periculum in mora no es más que una valoración subjetiva del juez, en gran parte discrecional, de la existencia de un hecho natural o voluntario y de su idoneidad o potencia para atentar contra los intereses sustanciales o procesales, produciendo la supresión o la restricción de ellos (declaración de certeza de una situación peligrosa) Puesto que se trata de una valoración subjetiva de la posibilidad o probabilidad de un daño, implica una previsión (previsibilidad del daño)

—

24 Rocco, Ugo: "Tratado de Derecho Procesal Civil" T.V. DEPALMA Bs.As. 1977m p.48 ofrece otra de la misma naturaleza o eficacia, sin necesidad de requerimiento y dentro del tercer día de vencimiento el plazo.

3.LA CONTRACAUTELA.

Respecto de esta última condición o requisito para amparar una demanda cautelar, preliminarmente afirmamos que se trata de una medida cautelar especialísima porque está destinada a garantizar el resarcimiento de los eventuales daños derivados de la ejecución de una medida cautelar ante la eventualidad de que la pretensión principal sea declarada infundada. La contracautela es por ello garantía de garantías y cautela de decisiones cautelares.

En efecto, el artículo 613° del cpc, preceptúa que “La contracautela tiene por objeto asegurar al afectado con una medida cautelar, el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda causar su ejecución.

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 considera pertinente.

La contracautela puede ser de naturaleza real o personal. Dentro de la segunda se incluye la caución juratoria, que será ofrecida en el escrito que contiene la solicitud de medida cautelar, con legalización de firma ante el secretario respectivo.

Cuando se admite la contracautela sometida a plazo, ésta quedará sin efecto al igual que la medida cautelar, si el peticionante no lo prorroga u _

Sobre el instituto de la contracautela no efectuamos mayores comentarios, ni avances doctrinales o exegéticos por constituir el objeto principal de estudio, investigación y medición empírica de la presente tesis, por cuya circunstancia le dedicamos un título especial.

Capítulo 4°: Clasificación

Son diversas las variables tomadas en cuenta a efectos de clasificar a las medidas cautelares, sólo veremos las siguientes:

I. CLASIFICACIÓN NORMATIVA CPC:

El código procesal civil reconoce dos formas o clases de medidas cautelares.:

1. **Medida cautelar genérica.-** Se trata de medidas cautelares atípicas puesto carecen de regulación normativa propia y por consiguiente no se

encuentran previstas en nuestro ordenamiento procesal civil, sin embargo son medidas que se puede solicitar y conceder teniendo como única condición que aseguren el modo más adecuado el cumplimiento de la decisión definitiva, así lo prevé el artículo 629° del cpc.

Nuestro legislado, siguiendo los modelos procesales de países vinculados a nuestro sistema procesal también ha regulado un poder cautelar general tanto para el solicitante como para el juez; en virtud del cual el actor puede solicitar medidas cautelares no comprendidas entre las formas específicas adoptas y reguladas por el código procesal civil, y el juez por su parte está igualmente dotado de la facultad jurisdiccional para amparar la medida atípica solicitada o dictar otra de igual naturaleza, estas facultad jurisdiccional está contenida en el artículo 608° y 629° del cpc.

Respecto de estas medidas, el distinguido procesalista italiano Ugo Rocco explica lo siguiente: “Frente a la efectiva o presunta necesidad de proveer o suministrarle al juez un poder cautelar general que pueda ponerlos en condiciones de adoptar providencias, frente a la necesidad cautelar general, idóneas para evitar el peligro de que por posibles o probables

eventos no configurados particularmente por normas específicas, pudiese de cualquier modo amenazar los intereses sustanciales que estén amparados en abstracto por el derecho objetivo, el nuevo ordenamiento procesal ha predispuesto y sancionado una potestad cautelar general, reconocida a los órganos jurisdiccionales como una manifestación general, aunque específica, del derecho todavía más general de jurisdicción y como una forma autónoma de aplicación del derecho.

2. Medidas cautelares específicas.- Mas que específicas son medidas cautelares nominada y típicas: poseen una denominación asignada por el legislador y tiene regulación normativa propia. Estas son las medidas que tienen mayor uso y justificación social de allí que hayan sido reguladas de modo especial y presenten subgrupos de acuerdo con determinados criterios procedibilidad, como veremos a continuación

A. Medidas para futura ejecución forzada.- Son aquellas cuyo propósito es asegurar la ejecución; es decir afectar algún bien o derecho del ejecutado para el momento en que tenga que procederse a la realización coactiva del derecho contenido en una sentencia o en un título ejecutivo sometido a ejecución judicial. Estas medidas en nuestro legislación y por lo que general en la legislación extranjera son: el embargo, el secuestro y la anotación de demanda conocida también como anotación de litis.

El embargo, por su parte adopta las siguientes formas específicas:

- a) Embargo en forma de depósito (art. 649°);
- b) Embargo en forma de inscripción (65°);
- c) Embargo en forma de retención (657°);
- d) Embargo en forma de intervención:
 - Recaudación (art. 661°);
 - Información (art. 665°).

- e) Embargo en forma administración.

A su vez, el secuestro (art. 643° cpc) presenta dos modalidades:

- a) Secuestro judicial.
- b) Secuestro conservativo.

B. Medidas temporales sobre el fondo.- Son en realidad decisiones cautelares que se traducen en la ejecución anticipada de lo que se va a decidir en la sentencia, aquélla puede referirse a la integridad o a aspectos sustanciales de la decisión a pronunciarse. Estas medidas cautelares tienen mayor alcance que las primeras puesto que no sólo se limitan a adoptar decisiones preventivas para una futura ejecución forzada, sino que aseguran o cautelan el contenido mismo del derecho sustancial de la futura decisión.

Estas medidas cautelares también son conocidas como medidas provisionales de seguridad, no están destinadas a garantizar derechos de crédito sino prestaciones de otra naturaleza, van más allá del simple aseguramiento para ejecución forzada, producen el efecto de una satisfacción anticipada de la pretensión misma.

Son medidas excepcionales, por tal razón para ser amparadas deben concurrir tres requisitos: a) necesidad impostergable del solicitante; b) firmeza del fundamento de la demanda y, c) Suficiencia probatoria.

Transcribimos a continuación el tenor de la norma contenida en el artículo 674° del cpc: “Excepcionalmente, por la necesidad impostergable del que la pide o por la firmeza del fundamento de la demanda y prueba aportada, la medida cautelar puede consistir en la ejecución anticipada de lo que el juez va a decidir en la sentencia, sea en su integridad o sólo en aspectos sustanciales de ésta.”

La norma transcrita no es cerrada, puede por tanto solicitarse una medida temporal sobre el fondo respecto de cualquier pretensión a postularse o postulada en el proceso principal, siempre que concurren los tres requisitos enunciados (necesidad impostergable del solicitante, firmeza del fundamento fáctico-jurídico, y suficiencia probatoria).

Los casos específicos señalados en el código procesal civil son los siguientes:

- a) Asignación anticipada de alimentos (art. 675°);
- b) Protección de menores y cónyuge debido a violentar familiar (art. 677°);
- c) Nombramiento o remoción de administrador de bienes (art. 678°);
- d) Restitución del bien en proceso de desalojo (art. 679°);
- e) Administración individual de bienes conyugales y autorización para separación domiciliaria en proceso de separación de cuerpos o divorcio por causal (art. 680°);
- f) Restitución del bien despojado en el proceso sobre interdicto de recobrar (art. 681°)

Es importante escuchar las palabras del profesor W. Kisch, acerca de los alcances de estas medidas: “Muchas veces, en efecto, existe la necesidad de constituir provisionalmente un estado de hecho hasta que el pleito sea resuelto, para evitar en el entretanto los riesgos que amenazan. Si, p.e., discuten dos vecinos por la propiedad de una tierra, mientras dure el proceso y para evitar cualesquiera actos de violencia, se puede poner a uno de ellos en posesión del pedazo de tierra; o la construcción ya comenzada en un edificio debe ser suspendida mientras se sustancia el proceso; o el inquilino debe permanecer provisionalmente en la casa con la reserva

de abandonarla después cuando se revuelva, sobre el desahucio; mientras se decide el proceso sobre alimentos se impone al presunto alimentador la obligación de mantener provisionalmente al alimentista (...) En todos estos casos la medida judicial no persigue el asegurar una futura ejecución... la medida va más allá del simple aseguramiento y produce el efecto de una satisfacción anticipada de la acción.”

C) Medida innovativa.- En palabras de Jorge W. Peyrano “La medida cautelar innovativa es una diligencia precautoria excepcional que tiende a modificar el estado de hecho o de derecho existente antes de la petición de su dictado, medida que se traduce en la injerencia del tribunal en la esfera de libertad de los justiciables a través de la orden de que cese una actividad contraria a derecho o de que se retrotraigan las resultas consumadas de un proceder antijurídico. Dicha diligencia cautelar –a diferencia de la mayoría de las otras – no afecta la libre disposición de bienes, ni dispone que se mantenga el statu quo. Va más allá, ordenando- sin que concurra sentencia firme de mérito- que alguien haga o deje de hacer algo, en sentido contrario al representado por la situación existencial.”²⁵

El artículo 682° del cpc, regula esta medida cautelar en los siguientes términos: “Ante la inminencia de un perjuicio irreparable, puede el juez dictar medidas destinadas a reponer un estado de hecho o de derecho cuya alteración vaya a ser o es el sustento de la demanda. Esta medida es excepcional por lo que sólo se concederá cuando no resulte aplicable otra prevista en la ley.”

Como en el caso de las medidas temporales sobre el fondo, la medida innovativa también es excepcional, empero este carácter está referido al hecho de que sólo se concede cuando no resulte aplicable otra

25 Peyrano, Jorge W.: “Derecho Procesal Civil” Ediciones, Lima Perú, 1995, p.188.

prevista en la ley; es decir, es la última opción o alternativa cautelar y siempre ante la inminencia de un perjuicio irreparable.

La redacción del texto normativo es de fórmula abierta, genérica, no restrictiva, no obstante ello, regula cuatro casos específicos:

- a) Interdicción (art. 683°);
- b) Cautela posesoria (art. 684°);
- c) Abuso de derecho (art. 685,
- d) Derecho a la inimizad, a la imagen y a la voz (art. 686°)

D. Media de no innovar.- También es una medida excepción: se concede cuando no resulta aplicable otra prevista en la ley, por ello es exacto afirmar que tiene rol subsidiario, igual que la medida innovativa, se dicta ante la inminencia de un perjuicio irreparable y tiene como finalidad conservar la situación de hecho o de derecho existente al momento de la admisión de la demanda, en relación a personas y bienes comprendidos en el proceso, tales son las ideas básicas contenidas en el artículo 687° del cpc.

Linares, citado por Podetti, define la prohibición de innovar como “La medida precautoria dictada por un órgano judicial intimando a cualquiera de las partes se abstenga de alterar, mientras dura el pleito, el estado de cosas sobre que versa o versará la litis, existente en el momento de notificarse dicha medida.”²⁶

Es una medida cautelar que procura el mantenimiento del statu quo, es decir, de un estado de cosas y la seguridad de los bienes implicados en la litis, mientras ésta se sustancia y decide. Persigue, por un lado, que el derecho del vencedor no resulte de imposible cumplimiento o dañado o menoscabado por las innovaciones o alteraciones introducidas durante el curso del proceso, y por otro, que

no se perturbe la paz, ni se dañen o perjudiquen bienes o servicios de interés común.²⁷

II. CLASIFICACIÓN PROPUESTA POR PIERO CALAMANDREI:

Dice este autor que “La relación de instrumentalidad que liga la providencia cautelar a la providencia principal puede asumir diversas formas, que a mi entender, cabe reducir a cuatro tipos cuyas esquemática reseña puede contribuir a facilitarnos un criterio para la clasificación sistemática de estas providencias,”²⁸

- a) **Providencias instructorias anticipadas.-** Tratan de fijar o conservar o asegurar ciertos datos o resultados probatorios positivos para ser utilizados en el proceso principal o cautelado. Estos datos probatorios con el tiempo serían imposibles o más difíciles de recoger.
- b) Providencias para facilitar el resultado práctico de una futura ejecución forzada, impidiendo la dispersión de los bienes que pueda ser objeto de la misma.
- c) Providencias mediante las cuales se decide interinamente, en espera de que a través del proceso cognitorio se perfeccione la decisión definitiva, una relación controvertida, de la indecisión de la cual, si esta perdurase hasta el pronunciamiento de la decisión definitiva, podrían ocasionar a una de las partes daños irreparables.
- d) Providencias cuya finalidad cautelar consiste en la imposición de una caución, cuya prestaciones e orden a interesado como condición para obtener una ulterior providencia judicial.

26 Linares, Juan Francisco: “La prohibición de innovar (Bases para su sistemática, en Rev. del Colegio de Abogados , Bs.As. nov. Dic. 1942, p.821.

27 Podetti, Ramiro: Ob. cit.. p. 288.

28 Podetti, Ramiro: Ob. cit. p. 53

III. CLASIFICACIÓN PROPUESTA POR RAMIRO PODETTI.

- a. Medidas para asegurar la ejecución
- b. Medidas conservativas o asegurativas genéricas
- c. Medidas cautelares sobre pruebas.
- d. Medidas cautelares sobre las personas
- e. Medidas cautelares para satisfacer necesidades urgentes

Capítulo 5° Caducidad.

Los actos jurídicos procesales son realizados por personas (juez, partes, terceros Ministerio Público) que en sí misma son expresión finita de espacio y tiempo. El devenir de la materia en movimiento expresado y reconocido comúnmente como tiempo es un hecho natural que en sí mismo o en concurrencia con otros hechos genera efectos jurídicos de trascendental importancia.

El proceso pro cierto, como relación o institución jurídica no es ajeno a los efectos del tiempo, de modo particular con relación a las medidas cautelares una de sus manifestaciones es la caducidad de éstas, cuya ocurrencia se produce en determinados supuestos o hipótesis que seguidamente revisamos:

Primer caso (art. 636° cpc):

Cuando, no es interpuesta la demanda respecto de cuya pretensión fue ejecutada una medida cautelar, dentro del plazo de diez días posteriores a la ejecución de la medida cautelar.

Segundo caso (2ª parte, art. 636 cpc):

Si la demanda interpuesta “es rechazada liminarmente”.

El rechazo liminar puede obedecer a razones de inadmisibilidad o improcedencia en ambos casos el autor pro el cual se rechaza liminarmente la demanda debe quedar firme para generar la caducidad de la medida cautelar amparada y ejecutada. El rechazo liminar por consiguiente debe ser definitivo.

La inadmisibilidad inicial y provisional de la demanda puede ser superada con la subsanación de las omisiones de defectos advertidos; esta inadmisibilidad por tanto no provoca la caducidad de la medida cautelar. Sólo “si el demandante no cumple con lo ordenado, el juez rechaza la demanda y ordena el archivo del expediente” (art. 427° cpc) generando por consiguiente la caducidad de la medida cautelar. El auto por el cual se rechaza liminarmente y de modo definitivo la demanda puede ser apelado, mas esta impugnación no impide la caducidad de la medida cautelar.

Del mismo modo, aunque la norma no lo señale con precisión debemos colegir que si la demanda es declarada improcedente, liminarmente, en este caso no existe la posibilidad de subsanación de nada, sólo cabe la apelación del auto de improcedencia. La apelación debe ser concedida con efecto suspensivo por tratarse de un auto que pone fin al proceso; creemos que en este caso la medida cautelar sólo caduca si es que el órgano revisor confirma el auto de improcedencia.

Tercer caso (625° cpc):

Cuando transcurre dos años de consentida o ejecutoriada la decisión que amparó la pretensión garantizada con la medida cautelar.

Cuarto caso (2ª parte, art. 625° cpc)

Cuando transcurren cinco años desde la fecha de ejecución de la medida y aún no hubiere pronunciamiento definitivo en el proceso cautelado. Es este caso a pedido de parte puede el Juez disponer su reactualización. Se requerirá nueva ejecución sólo cuando la decisión implica inscripción registral.

Capítulo 6°: Cancelación de la medida cautelar.

La cancelación de la medida cautelar, a diferencia de la caducidad, está relacionada el pronunciamiento expreso y desestimatorio del órgano jurisdiccional respecto de la pretensión contenida en la demanda del proceso principal o proceso cautelado.

El artículo 630 del cpc, se refiere a la cancelación de la medida cautelar en los siguientes términos. “Si la sentencia en primera instancia desestima la demanda, la medida cautelar queda cancelada de pleno derecho, aunque aquélla hubiere sido impugnada.”

Pese a que la norma dispone que la medida cautelar queda cancelada de pleno derecho, ello sólo es literatura puesto que en realidad no opera automáticamente: el juez al expedir sentencia que declara infundada la demanda no dispone de oficio la cancelación de la medida cautelar, luego la experiencia dice que tal cancelación debe ser solicitada por el afectado, ante lo cual el juez la declara sin previa citación de la parte contraria.

Colocándonos en otro supuesto, tenemos el caso relacionado con la apelación del auto cautelar. Pues bien, si el superior revoca el auto cautelar, no podríamos afirmar con propiedad que se trata de una cancelación de medida cautelar.

La cancelación de la medida cautelar es el efecto o consecuencia del desamparo de la pretensión principal o dicho de otro modo es el pronunciamiento indirecto o tácito que emerge de la sentencia desestimatoria de la pretensión principal.

Capítulo 7°: Variación

El artículo seiscientos diecisiete del código procesal civil regula todo lo relacionado con la variación de la medida cautelar precisando en consecuencia las siguientes situaciones jurídicas: sujetos, oportunidad, sentido o alcances y tramitación del pedido de variación.

La tramitación del pedido de variación defiere según se trate del titular de la medida o de la parte afectada con la ejecución de aquélla. En efecto, el primer párrafo del artículo mencionado establece la posibilidad de variación de la medida cautelar a pedido del titular de la medida, y en cualquier estado del proceso, sin previa citación del afectado. El segundo párrafo del mismo artículo, reconociendo similar derecho al afectado, dispone sin embargo que para su resolución se cite previamente al titular de la medida.

La regulación normativa respecto a la tramitación de la variación, en atención al solicitante, es lógica, puesto que el trámite "inaudita altera pars", sólo beneficia al ejecutante o titular de la medida pero nunca al ejecutado, por ello es que la solicitud de variación que el afectado o ejecutado solicita debe contar con la previa citación del titular de la medida; de otro modo se desnaturalizaría la esencia de las medidas cautelares respecto a su ejecución y finalidad .

TITULO IV
MEDIDAS CAUTELARES PARA FUTURA EJECUCIÓN FORZADA

Capítulo 1°. El embargo

I. CONCEPTO.

Conforme a nuestro ordenamiento procesal civil el embargo consiste en la afectación jurídica de un bien o derecho del presupuesto obligado sin importar que el bien se encuentre en posesión de tercero, siempre que la pretensión principal sea apreciable en dinero (art. 642° CPC)

El destacado procesalista alemán W. Kisch, ya en 1932, decía: “Dos requisitos son necesarios para que pueda realizarse el embargo. En primer lugar se requiere que el acreedor tenga contra el deudor un crédito que justifique la medida, el cual no es indispensable que sea exigible ni incondicionado ni que haya sido demandado previamente por vía de demanda, ni que resulte de un título ejecutivo. En segundo lugar, debe existir un motivo suficiente, es decir, un temor fundado que de no tomarse la medida cautelar, la ejecución en el correspondiente procedimiento posterior será imposible o se verá dificultada notablemente.”²⁹

Ramiro Podetti, define el embargo como la medida judicial que afecta un bien o bienes determinados, de un deudor o presunto deudor, al pago eventual de un crédito, individualizándolos y limitando las facultades de disposición y de goce.³⁰

Desde el punto de vista de su naturaleza jurídica, el embargo es una declaración

29 Kisch, w: “Elementos de Derecho Procesal Civil” Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid 1940, p.376.

30 Podetti, J. Ramiro: “Derecho Procesal Civil Comercial y Laboral – Tratado de las Ejecuciones “ Ediar S.A. EDITORES Buenos Aires 1952, p.143.

de voluntad de los órganos jurisdiccionales, emitida por éstos en el ejercicio del poder jurisdiccional de imperio, encaminada a la realización coactiva del derecho, perteneciente a la categoría de las órdenes, positivas (mandatos) o negativas (prohibiciones)³¹. con este propósito, mediante el embargo se limita el derecho de uso, de disfrute y de modo indirecto se afecta las posibilidades de disposición del bien.

El embargo procede aunque los bienes se encuentren en posesión de terceros, con las reservas que la ley establece. En efecto, interesa garantizar la realización del derecho declarado judicial o legalmente, luego el objetivo central del embargo consistirá en afectar los derechos de créditos o bienes del deudor ejecutado, que estén en posesión de terceros bajo cualesquiera de las modalidades previstas en la ley; en consecuencia, si los bienes se encuentran en arrendamiento, como dato o depósito, la afectación dispuesta mediante el embargo consistirá en su retención a cargo del poseedor.

Enajenación de bienes embargados:

Los bienes embargados pueden ser enajenados no existe prohibición legal que impida la venta o donación de dichos bienes; sobre el particular el numeral 2 del artículo 1409 del código civil establece que la prestación materia de la obligación creada por el contrato puede versar sobre bienes afectados en garantía, embargados o sujetos a litigio por cualquier causa. En aplicación del principio de publicidad registral debe presumirse que quien adquiere el bien gravado tiene conocimiento de tal circunstancia; esta es una presunción que no admite prueba en contrario. (art. 2012 del CC)

No obstante, la omisión del deber de información oportuna sobre los gravámenes o limitaciones existentes puede ser considerada delictiva

31 Rocco, Ugo "Tratado de Derecho Procesal Civil" Edit DEPALMA Buenos Aires 1976, T.IV. PP. 178.

siempre que el agente se procure para sí o para otro un provecho ilícito en perjuicio de tercero, induciendo o manteniendo en error al agraviado mediante engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta, sólo ante estos

supuestos la enajenación de un bien gravado puede generar consecuencias penales. El numeral 4, artículo 197° del Código Penal considera delictiva la conducta de aquél que bajo los supuestos señalados “vende o grava, como bienes libres, los que son litigiosos o están embarcados o gravados y cuando se vende, grava o arrienda como propios bienes ajenos”.

Embargo de accesorios, frutos y productos:

La afectación dispuesta sobre determinado bien puede alcanzar a sus accesorios, frutos y productos, empero, para su procedencia se requiere que de modo expreso se haya solicitado tal afectación y haya sido concedida por el órgano jurisdiccional. No basta razonamientos inductivos o criterios de accesoriedad para sostener que la sola afectación del bien alcanza a los accesorios, frutos y productos (art. 645° CPC)

Nuestra normatividad sustantiva establece como criterio de diferenciación entre frutos y productos, el carácter renovable o no renovable de los provechos que produce o se extrae de un bien. En el primer caso se trata de los frutos; en el segundo, de los productos.

Embargo de bienes en régimen de copropiedad:

La norma es sumamente escueta al tratar esta situación jurídica, se limita a señalar que “Cuando el embargo recae sobre un bien sujeto al régimen de copropiedad, la afectación sólo alcanza a la cuota del obligado” (art. 646° CPC).

Empero, la realidad mucho más compleja presenta situaciones que el Estado en el desempeño de su función jurisdiccional debe atender y resolver. La norma se limita a señalar que “la afectación sólo alcanza la

cuota del obligado” no precisa cual es la modalidad de embargo que puede ordenarse en el caso subexamen; daremos respuesta a esta interrogante al desarrollar las clases de embargo.

II. CLASES.

El embargo conforme a nuestro actual ordenamiento procesal civil adopta las siguientes formas:

1. EMBARGO EN FORMA DE DEPOSITO.

Consiste en la afectación jurídica de un bien o derecho del presunto obligado; es procedente siempre que la pretensión a garantizar en el proceso cautelado o principal sea apreciable en dinero.

La afectación jurídica puede recaer sobre bienes muebles o sobre inmuebles no inscritos del obligado, en ambos casos el deudor ejecutado asume la calidad de órgano de auxilio judicial bajo la denominación de depositario.

El efecto principal de esta modalidad de embargo consiste en la inmovilización de los bienes afectados, estos deben ser conservados en el domicilio del ejecutado o en el local destinado para tal fin a la orden del Juzgado, no se afecta el derecho de usar disfrutar o disponer de los bienes, por su propietario. Empero, de algún modo, los derechos de uso y disfrute sufren cierto menoscabo o limitación en el supuesto de que el uso de los bienes requerían de su traslado eventual o cotidiano a otros lugares.

El ejecutante, por razones prácticas y actuando previsoramente al solicitar embargo en forma de depósito debe designar un órgano de auxilio ante la eventualidad de que el embargo derive en una medida de secuestro por negarse el ejecutado a constituirse en depositario.

Deberes del depositario:

1. Conservar los bienes en el mismo estado en que los recibió.
2. Conservar los bienes en el local designado como depósito.
3. dar cuenta al juez de todo hecho que pueda significar alteración de los objetos depositados.
4. permitir que las partes, y veedor si fuere el caso, puedan observar permanentemente el estado de conservación y condiciones de los bienes depositados.
5. Poner a disposición del Juzgado o del martillero los bienes afectados dentro del plazo fijado, a efectos de procederse al correspondiente remate o adjudicación.

Ejecución:

La ejecución está a cargo del auxilio jurisdiccional (secretario de juzgado o especialista legal de diligencia externas). Presente en el lugar de ubicación de los bienes a efectuarse, de inicio a la diligencia levantando la correspondiente acta en la que procede identificar los bienes precisando su naturaleza, número o cantidad, marca, año de fabricación, estado de conservación y funcionamiento, numeración registral y otros datos que permitan su cabal identificación y devolución, de ser el caso, en el mismo estado en que fueron depositados o secuestrados. Del mismo modo identificara a la persona designada como depositaria o custodio, certificando la entrega de los bienes a ésta. La inobservancia de estos requisitos genera responsabilidad funcional para el auxilio jurisdiccional. Si la naturaleza de los bienes a embargarse, para su identificación, requiere de determinados conocimientos técnicos especializados, el auxilio jurisdiccional podrá contar con el auxilio de un perito.

Embargo de bienes en régimen de copropiedad:

¿Puede disponerse el embargo en forma de depósito sobre bienes sometidos al régimen de la copropiedad?

La norma es sumamente escueta al tratar esta situación jurídica, se limita a señalar que “Cuando el embargo recae sobre un bien sujeto al régimen de copropiedad, la afectación sólo alcanza a la cuota del obligado” (art. 646° CPC, no precisa cual es la modalidad de embargo que puede ordenarse en el caso subexamen.

La realidad mucho más compleja presenta al juzgado situaciones que debe atender y resolver por mandato de la ley. Con relación a la pregunta formulada consideramos que los bienes sometidos a este régimen, siendo indivisos, y siendo que la afectación consistente en la inmovilización del bien no sólo afectaría la cuota del obligado sino también a la del copropietario ajeno a la relación jurídica sustantiva y jurídica procesal, ornaría en inviable la medida luego no podría admitirse el embargo solicitado bajo esta modalidad, lo contrario implicaría vulnerar derecho sustantivos (reales y personales) del copropietario que no es parte en el proceso.

Embargo de inmueble no inscrito:

El embargo sobre inmuebles no inscritos asume al forma de embargo en forma de depósito, se ejecuta bajo las características siguientes:

- a) La afectación no incluye los frutos, se limita sólo al inmueble. – Por esta precisión se deduce que el titular del inmueble sí puede disponer de los frutos que el bien genera. Tratándose de un inmueble, los frutos a los que alude la norma son los civiles; es decir, los provechos renovables que produce el bien, sin alterar ni disminuir su sustancia, serían los producidos como consecuencia de una

relación jurídica; como por ejemplo los obtenidos merced a un contrato de arrendamiento.

b) El depositario es necesariamente el afectado.- Como se precisó líneas arriba, cuando el embargo ordenado es en forma de depósito, el afectado tiene la preferencia para ser constituido en depositario, sólo ante su negativa procede el secuestro de los bienes y el nombramiento de un custodio con funciones análogas a las del depositario. En el caso que nos ocupa la ley establece que el depositario es el propio afectado, no cabe la posibilidad de rechazo o negativa a la aceptación del cargo; puesto tratándose de un bien inmueble tampoco cabe la posibilidad del secuestro.

c) El afectado (depositario) deberá conservar la posesión inmediata del bien y no está obligado al pago de renta por su uso.- La Ley impone al afectado el deber de conducir directamente el inmueble, sin el pago de renta alguna dado a su condición de propietario. Resulta obvio que no podrá obtener renta por el alquiler del inmueble puesto que la conducción inmediata y directa del mismo le impide tal posibilidad.

Sin embargo la obtención de otros frutos civiles son absolutamente posibles.

Embargo en forma de depósito y secuestro

Para que el órgano jurisdiccional ampare una medida cautelar de secuestro conservativo es condición indispensable que en el proceso ejecutivo o de ejecución de resoluciones judiciales se haya expedido mandato ejecutivo o de ejecución respectivamente. Sin embargo, excepcionalmente este requisito deviene en inexigible cuando en la ejecución del embargo en forma de depósito el deudor ejecutado se niega a constituirse en depositario.

Ante la eventualidad señalada se procede al secuestro de los bienes los cuales son depositados a la orden del Juzgado en un almacén legalmente constituido el que asume la cantidad de depositario con las responsabilidades civiles y penales previstas en la ley. El banco de la Nación se constituye en depositario del orden legal cuando los bienes secuestrados son dinero, joyas, piedras y metales preciosos y otros bienes similares.

Sobre el órgano de auxilio, la norma no utiliza un criterio excluyente o restrictivo, señala que de preferencia será un almacén legalmente constituido, entonces debemos efectuar las presiones del caso:

1. Cuando la norma alude a un almacén legalmente constituido, debe entenderse que se refiere a una empresa constituida bajo cualquier modalidad establecida por la ley general de sociedades o la ley especial que regula a la empresa individual de responsabilidad limitada, cuya finalidad es la pretensión de servicios de depósitos o almacenaje.
2. Puede designarse como órgano de auxilio una persona individual (persona natural según la ley) que pueda prestar servicio de depósito por ser propietaria o conductora de inmueble o inmuebles que reúnan los requisitos para el fin enunciado.
3. Nada impide que incluso pueda designarse a una persona jurídica con finalidad no lucrativa como por ejemplo una asociación, que al ser propietaria o conductora de un inmueble, pueda prestar el servicio de almacenaje o depósito.
4. En todos los casos el órgano de auxilio está obligado a presentar los bienes dentro del día al de la intimación del Juez, sin poder invocar derecho de retención.

La norma procesal (art. 649° del CPC prohíbe al depositario ejercitar el eventual derecho de retención previsto en los artículos 1123° a 1131° del código civil. El depositario que invoca la falta de garantía suficiente para el pago por el servicio de depósito o almacenaje retiene los bienes puestos bajo su custodia, resistiéndose a la intimación judicial respecto a la prestación de los bienes a disposición del Juez (para su devolución al propietario, o su entrega al martillero, según se a el caso) incurre en responsabilidad penal como presunto autor de los delitos de violencia y resistencia a la autoridad y apropiación ilícita, además de la responsabilidad civil los daños y perjuicios que su actitud pueda ocasionar.

El cateo:

Es la acción de exploración y búsqueda de bienes afectados practicada por el auxiliar jurisdiccional, a pedido de parte, en los ambientes que éste indique, cuando en el momento de la ejecución de la medida se produce el ocultamiento de bienes, o si los bienes ubicados resultan insuficientes para cubrir el monto, se ejecutará esta medida “sin caer en excesos ni causar daño innecesario.

Empero, esta medida va más allá de la exploración y búsqueda de bienes en los ambientes de propiedad o bajo conducción del afectado; en efecto, puede practicarse incluso en la persona del afectado, es decir, se autoriza el cateo en la estructura física externa de la persona” respetando el decoro de ésta” y “atendiendo a circunstancias plenamente justificadas”

El cateo se justifica por las circunstancias que rodean a la ejecución del embargo en forma de depósito y en especial al secuestro. Es comprensible que el afectado pretenda sustraer el mayor número de bienes de la ejecución con este propósito realiza actos de ocultamiento. Las zonas de ocultamiento no son únicamente los ambientes del inmueble, sino el propio

cuerpo. En este último caso puede tratarse del ocultamiento de dinero, alhajas, títulos valores y otros bienes pequeños en los bolsillos e incluso en el interior de las ropas.

Sobre este particular la norma establece que se procede a la búsqueda en la persona del afectado. Empero cabe preguntarse si la búsqueda puede practicarse en otras personas tales como familiares o personas dependientes del afectado. Nos atrevemos a absolver la cuestión sosteniendo que si se advierte el ocultamiento de bienes por otras personas pero dentro del área de dominio del afectado, resultaría procedente el cateo, máxime si tenemos en cuenta que el embargo es afectación jurídica de un bien o derecho del presunto obligado aunque se encuentre en posesión de terceros, con las reservas señaladas por la ley.

2. EMBARGO EN FORMA DE INSCRIPCIÓN.

La afectación jurídica del bien o derecho del afectado se produce sobre bienes registrados y siempre que resulte compatible con el título de propiedad ya inscrito, la medida se ejecuta con la inscripción del monto de la afectación en el asiento registral respectivo. El bien así embargado puede ser enajenado, el sucesor asume la carga hasta por el monto inscrito.

El artículo 2010 del CPC preceptúa que “La inscripción se hace en virtud d título que conste en instrumento público, salvo disposición contraria”. En este caso el título de inscripción es el auto cautelar contenido en el oficio que el Juez cursa al Registrador respectivo, además de las copias certificadas de los actuados pertinentes. La norma procesal exige que se agregue la certificación registral al expediente.

Actúa como órgano de auxilio en esta modalidad de embargo el registrador quien ejecuta el embargo inscribiendo el monto de la

afectación siempre que la medida cautelar resulte compatible con el título de propiedad ya inscrito.

El embargo de bienes en el régimen de copropiedad.

¿Procede el embargo en forma de inscripción sobre las cuotas ideales de uno de los copropietarios?

Previamente debemos recordar que la copropiedad sobre una cosa otorgada a ésta la calidad de bien indiviso, ello implica que el derecho de cada propietario se refiere al total, no a una parte específica de la cosa común, por lo cual la parte de cada uno no es una parte material sino una cuota ideal, una parte alícuota proporcional cuya únicas limitaciones son las que emergen del estado de copropiedad la misma que confiere a los copropietarios derecho a los frutos y les impone la obligación de asumir los gastos de conservación del bien indiviso en proporción a la cuota ideal de cada uno.

Pues bien, de acuerdo con la precisión sustantiva realizada, nuestra respuesta es afirmativa. Creemos que es procedente el embargo en forma de inscripción sobre las cuotas ideales de uno de los copropietarios, ello no obstante no implica la extinción del régimen de copropiedad e indivisión, la ejecución forzada de la obligación garantiza sólo tendrá como efecto la transferencia de las cuotas ideales del copropietario ejecutado a favor del postor adjudicatario.

Luego de la realización de la ejecución forzada, es decir, concluido el proceso de ejecución y satisfecho el acreedor ejecutante, el postor adjudicatario convertido en copropietario podrá ejercitar todos los derechos sustantivos y procesales pertinentes y asumir las obligaciones inherentes a su nueva condición. En consecuencia, podrá solicitar judicial o extrajudicialmente la extinción de la copropiedad, poniendo fin al régimen de

indivisión, salvo los casos indivisión forzada, de acto jurídico o de la ley que fije plazo para la participación.

3. EMBARGO EN FORMA DE RETENCIÓN:

“Cuando la medida recae sobre derechos de crédito u otros bienes en posesión de terceros, cuyo titular es afectado con ella, puede ordenarse al poseedor retener el pago a la orden del Juzgado, depositando el dinero en el Banco de la Nación, Tratándose de otros bienes, el retenedor asume las obligaciones y responsabilidades del depositario, salvo que los ponga a disposición del Juez” (art. 657° CPC)

De la norma se colige que esta medida consiste en la orden que el Juzgado imparte a efectos de que el poseedor retenga el pago de la orden del Juzgado, depositando el dinero en el Banco de la Nación. cuando se trata de otros bienes, el retenedor asume las obligaciones y responsabilidades del depositario, salvo que los ponga a disposición del Juez.

En síntesis, debe entenderse que esta afectación tiene como propósito evitar el derecho de crédito o los bienes del afectado, en posesión de un tercero, sean dispuestos por aquél. Tratándose de derechos de crédito, mediante la orden de retención dispuesta por el Juez, el poseedor queda prohibido de pagar (entregar suma de dinero) al deudor ejecutado, el dinero tiene que ser retenido a la orden del Juzgado y depositado en el Banco de la Nación, en el caso de otros bienes muebles determinados, el objeto es lograr su inmovilización finalidad análoga al embargo en forma de depósito.

Sobre este punto, el segundo párrafo del artículo 226 de la ley 26702 (ley general del sistema financiero y del sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros) contiene la siguiente estipulación: “Las medidas cautelares que se disponga respecto de

cuentas corrientes sólo surtirán efecto sobre el saldo que resulte luego de que la empresa aplique sobre ella los cargos que corresponda por las deudas vencidas que mantenga el titular de la cuenta a la fecha de notificación de dichas medidas y siempre que no se encuentre sujeto a gravamen alguno.”

El órgano de auxilio judicial en el embargo en forma de retención es el mismo terceros retenedor, persona natural o jurídica sobre al cual existe una obligación de dar suma de dinero, o bien mueble determinado quien asume las obligaciones y responsabilidades propias del depositario. Puede tratarse de un tercero retenedor titular de la obligación de pago frente al deudor ejecutado, pero también puede tratarse de un tercero ajeno a la obligación de pago (en sentido restringido) quien actúa como depositario del dinero del deudor ejecutado a través de cuentas de ahorró, cuantas corrientes u otras modalidades; en ambos casos se trata de una obligación de dar suma de dinero, cualquiera sea la naturaleza de la relación contractual.

Ejecución:

El secretario interviniente sentará el acta de embargo en presencia del retenedor, a quien le dejará la cédula de notificación correspondiente, haciendo constar el dicho de éste sobre la posesión de los bienes y otros datos relevantes. Si se niega a firmar dejará constancia de su negativa (art. 658° CPC)

Es deber del secretario interviniente (o especialista legal de diligencias externas) requerir al tercero retenedor a efectos de que le proporcione toda la información relacionada con la existencia del derecho de crédito o del bien mueble determinado. Tratándose de derecho de crédito, además de solicitar información sobre su monto, deberá recabar información sobre la existencia de afectaciones gravámenes o cargas, naturaleza del depósito, tipo de cuenta, moneda,

plazos, si fuera el caso. Tratándose de bienes muebles determinados, además de la información proporcionada por el acreedor ejecutante deberá recabarse los demás datos que permitan su adecuación identificación, para su posterior devolución o ejecución forzada.

El artículo 657° del código de procedimientos civiles, sobre la toma de dicho del retenedor, disponía que "... se insertará en la diligencia la exposición que haga sobre la condición, monto o estado del crédito, cosa o pensión. Puede exigírsele en dicho acto la exhibición del último recibo."

Refiriéndose al "dicho del retenedor" y comentando tal artículo, el ex catedrático de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Toribio Alayza y Paz Soldán sostenía: "el dicho es que dé explicaciones sobre el monto de la suma que debe percibir el ejecutado, los plazos de su pago, su origen y en una palabra todos los datos necesarios para saber el monto y duración del ingreso de que disfrute el ejecutado y los periodos en que percibe la renta si es adelantada o vencida"³²

Sanciones para el retenedor:

1. Pago del valor de los créditos o bienes al vencimiento de la obligación,
2. si al ser intimado efectuar la retención hubiera negado falsamente la existencia de créditos o bienes. Esta conducta del poseedor del crédito o bienes, en esencia importan un acto de entorpecimiento de la ejecución de las decisiones judiciales, una obstrucción al ejercicio de la función jurisdiccional y por consiguiente atenta contra los fines del proceso, por lo cual la responsabilidad que tal conducta genera es de naturaleza privada y pública.

La sanción pecuniaria que el Juez impone al tercero poseedor por resistirse a su mandato beneficia al ejecutante y es sanción porque

³² Alayza y Paz Soldán, Toribio: "El procedimiento civil en el Perú" Tografía FOCET SESATOR, Lima, Perú, 1982, p.202

la inicial obligación de retener se convierte en una obligación de pago que recae directamente tercero poseedor. Puede resumirse en la siguiente expresión: por haber negado falsamente la existencia del crédito o los bienes y por consiguiente haber frustrado la retención, ahora debes pagar el importe de la obligación o el valor del bien.

3. La conducta precedente, como lo indicamos genera doble consecuencia para el tercero poseedor del crédito o bienes: una es la consecuencia civil y privada que ya fue explicada, y otra es responsabilidad de carácter penal. La conducta del tercero poseedor se encuentra tipificada como conducta punible: delito de violencia y resistencia a la autoridad previsto en el artículo 365° del código penal.

Reiteración de la orden de retención:

La norma establece que “Si el retenedor, incumplimiento la orden de retener paga directamente al afectado, será obligado a efectuar nuevo pago a la orden del Juzgado. Contra esta decisión procede apelación sin efecto suspensivo.” (art. 660° del CPC)

Lo primero que demos precisar es que no se trata de efectuar nuevo pago a la orden del Juzgado como dice el texto, mucho menos de un doble pago como indica la sumilla del artículo subexamen.

No es nuevo pago a la orden del Juzgado porque no hubo pago anterior o pago precedente a la orden del Juzgado, precisamente por el incumplimiento del poseedor (tercero retenedor), no hubo retención para el pago posterior al ejecutante. De otro lado y por similar razonamiento, no habiéndose producido el primer pago (retención a la orden del Juez para el posterior pago al ejecutante) deviene igualmente en impropio e inexacto hablar de doble pago.

De lo expuesto, cuando la norma dispone que le poseedor (retenedor) "...será obligado a efectuar nuevo pago", podemos sostener que se trata únicamente de un nuevo emplazamiento al tercero poseedor del bien (dinero, o bien mueble determinado) para que cumpla con la orden de retención dispuesta, luego de cuya ejecución recién tendrá la condición de retenedor. No es el doble pago que si estaba regulado en el artículo 622° del código del procedimientos civiles.

4. EMBARGO EN FORMA DE INTERVENCIÓN.

En opinión de Jorge Peyrano se denomina intervención judicial a la medida cautelar en cuya virtud una persona designada por el Juez, en calidad de auxiliar externo de éste, interfiere en la actividad económica de una persona física o jurídica, sea para asegurar la ejecución forzada o para impedir que se produzcan alteraciones en el estado de los bienes...³³

Esta modalidad de embargo tiene como finalidad recabar directamente los ingresos propios o información sobre el movimiento económico de una empresa de persona natural o jurídica]; luego, puede colegirse que son dos las formas que adopta: intervención en recaudación e intervención en información.

a) Intervención en recaudación.- Tiene como finalidad embargar los ingresos propios de una empresa sea ésta de persona natural o jurídica.

El interventor recaudador es el órgano de auxilio instituido para este tipo de medida; la función que cumple es la de recaudar directamente los ingresos que genere la empresa.

33 Peyrano, Jorge: "Procedimiento civil y comercial" Edit. Juris. P.41

Si tal como es de verse la función de los interventores recaudadores consiste en recaudar directamente los ingresos que la empresa genera, es obvio que esta labor viene a ser la ejecución de la afectación dispuesta, es decir, su finalidad radica en la afectación de los ingresos propios de una empresa de persona natural o jurídica, esta puede ser incluso una sin fines de lucro, tal como dispone el segundo párrafo del artículo 661° del CPC.

El embargo se hace efectivo o se ejecuta con la recaudación directa de los ingresos de la afectada.

Reiteramos, el órgano de auxilio en este tipo de embargo, es el interventor recaudador. El Juez puede designar uno o más interventores recaudadores, en atención a la naturaleza o significación patrimonial de la entidad intervenida.

El auto cautelar debe precisar el nombre del interventor y la periodicidad de los informes que remitirá al Juez.

Funciones del Interventor recaudador:

1. Verificar el funcionamiento de la empresa, sin alterar, mucho menos interrumpir las actividades propias de su giro. Con este fin deberá proporcionar, de los fondos que recauda, lo necesario para el desenvolvimiento regular de la empresa.
2. Llevar el control de ingresos y de egresos con el fin de poner a disposición del Juez dentro de tercer día las cantidades recaudadas, consignándolas a su orden en el Banco de la Nación y deducidos que fueren los fondos necesarios para el desarrollo de la actividad regular de la intervenida. A pedido propio o de parte, puede el Juez modificar el plazo para consignar; y,

3. Informar, en los plazos señalados por el Juzgado, el desarrollo regular de la intervención, esto es, el desarrollo normal de la empresa intervenida, los fondos recaudados y las cantidades proporcionadas para este propósito

Eventualidades:

Una medida cautelar de esta naturaleza genera resistencias notorias o encubiertas destinadas a hacerla fracasar. Empero, puede tratarse de hechos preexistentes a la ejecución de la medida, que igualmente tomarían en ineficaz o inútil la intervención ordenada. Ante estas circunstancias la ley impone al interventor recaudador el deber de informar inmediatamente al Juez, acerca de estos hechos perjudiciales o inconvenientes a los intereses del ejecutante.

Intervención improductiva:

Es facultad del interesado solicitar al Juez la clausura del negocio y la conversión del embargo de intervención a secuestro si considera que la intervención es improductiva. Esta petición deberá estar sustentada en los informes periódicos emitidos por el interventor recaudador, o aquellos informes especiales como los emitidos por el interventor recaudador, o aquellos informes especiales como los descritas en el punto precedente

Esta petición requiere de audiencia de la parte contraria, razón por la cual se le corre traslado por el plazo de tres días. La resolución que expida el Juez es apelable con efecto suspensivo.

b) Intervención en Información.- La única finalidad de esta forma de embargo consiste en recabar información sobre el movimiento económico de una empresa de persona natural o jurídica.

El auto cautelar además de la afectación deberá contener:

- El nombramiento de uno o más interventores informadores, atendiendo a la magnitud o importancia del negocio
- El plazo durante el cual deben verificar directamente la situación económica del negocio afectado.
- Las fechas en que los interventores informadores informarán al Juez.

Ejecución:

La ejecución corre a cargo del Secretario interviniente. El acta debe ser redactada en presencia del afectado, notificándolo con el auto respectivo. En este acto el Secretario deberá informar al afectado la forma y alcance de la medida. Las facultades del interventor y la obligación de atender a sus requerimientos dentro de los límites establecidos por el Juzgado. El acta incluirá un inventario de los bienes y archivos. Puede el intervenido dejar constancia de sus observaciones respecto de la medida. Si el intervenido se rehusara a firmar, el secretario dejará constancia de tal actitud.

Responsabilidad civil y penal de los órganos de auxilio:

La responsabilidad que establece la ley tienen como sujetos activos al interventor recaudador, al interventor informador y al intervenido: el primero por el delito que recauda, el segundo por la veracidad de la información que ofrezca y el último por la actitud de resistencia, obstrucción o violencia. Los ilícitos penales imputables respectivamente, serán: delitos de apropiación ilícita, contra la función jurisdiccional y violencia y resistencia a la autoridad; en tanto que la responsabilidad civil se refiere a pretensiones indemnizatorias, obligación de dar suma de dinero y otras análogas.

4. EMBARGO EN FORMA DE ADMINISTRACIÓN.

Dice la norma que “cuando la medida recae bienes fructíferos, pueden afectarse en administración con la finalidad de recaudar los frutos que produzcan.” (art. 669).

Pueden sostenerse que se trata de una modalidad del embargo en forma de intervención en recaudación, ya que la finalidad es recaudar los frutos; sin embargo, es distinta por su carácter más drástico y severo. No es una simple intervención para recaudar los frutos, sino que la administración supone asumir la representación y gestión de la empresa conforme a la ley de la materia, por el Órgano de Auxilio que en este caso es el Administrador.

Los funcionarios que tenían a su cargo los órganos directivos y de ejecución de la empresa cesan en sus funciones y éstas son asumidas por el órgano de auxilio judicial, al ejecutarse la medida.

Este instituto reviste características singulares, constituyendo por su especial naturaleza y atendiendo a la finalidad que persigue, una medida cautelar, de excepción, a la que debe recurrirse una vez agotadas todas las instancias, para conjurar el perjuicio potencial – para la sociedad o asociación – o cierto que se deriva de acciones u omisiones de los administradores, lo que implica un acendrado respeto por el ejercicio normal de los órganos propios, naturales de la entidad

Societaria. Así ha sido calificada por autorizada doctrina.³⁴

Es necesario no incurrir en el error de confundir la administración que resulta de disposiciones del código civil – donde el administrador

representa al dueño de los bienes administrados – con la administración como medida cautelar donde el administrador es un órgano de auxilio judicial designado por el Juez y es a quien representa. Ramiro Podetti precisando aún más las diferencias entre una y otra modalidad dice que “en la administración civil o comercial puede existir un contrato o una situación a él asimilable; en la administración judicial de cautela existe una relación de derecho público, en la cual el Juez, mediante un órgano de auxilio interfiere en la administración de bienes bajo tutela judicial.”³⁵

La administración civil o comercial con relación a su forma de celebración o constitución puede ser convencional o judicial. La administración judicial en su tramitación se somete a las reglas del proceso no contencioso sobre “Administración judicial de bienes” artículos 769° al 780° del CPC.

Ciertamente en el caso de existir controversia sobre la propiedad o posesión del bien, en tanto se dilucide en un proceso de cognición el mejor derechos de propiedad o de posesión según sea el caso; los bienes en disputa pueden pasar a ser conservados, custodiados en suma administrados por el órgano de auxilio judicial que en tal caso nuestra ley le asigna la denominación de custodio.

No debe pues confundirse el embargo en forma de administración con el llamado secuestro judicial ni con la administración judicial de bienes tramitado como proceso no contencioso.

Ejecución:

Como en el embargo en forma de intervención, el secretario interviniente tiene a su cargo la ejecución de la medida. Deberá comunicar al afectado

34 Couso Juan Calos: “Intervención y administración judicial de sociedades.” Edit. Plus Ultra. Bos Aires, Argentina, 1983, p.21

35 Podetti, Ramiro: “Derecho Procesal Civil, comercial y Laboral, T.IV. Tratado de las Medidas cautelares : “EDIAR S.A. EDITORES, Bs.As. 1956, p.245.

El acta sus alcances y podrán al administrador en posesión del cargo. El acta incluirá un nuevo inventario de los bienes y archivos existentes al momento de la ejecución. Si el intervenido se negara a firmar, dejará constancia de esta actitud.

Funciones del administrador:

1. Gerenciar la empresa embargada en concordancia con su objeto social.
2. Efectuar los gastos ordinarios y los de conservación.
3. Cumplir con las obligaciones laborales que correspondan
4. Pagar tributos y demás obligaciones legales.
5. Formular balances y las declaraciones juradas dispuestas por ley.
6. Proporcionar al Juez la información que éste exija, agregando las observaciones sobre su gestión.
7. Poner a disposición del Juzgado las utilidades o frutos obtenidos
8. Otras obligaciones señaladas por este código y por la ley.

Conversación de la intervención en recaudación a administración:

Ese pedido debe ser debidamente fundamentado y tendrá como referencias informes del interventor o veedor si hubiere sido designado. El Juez resuelve el pedido previo traslado por tres días. Si se declara procedente el pedido cesan en sus funciones los interventores recaudadores y asumen la representación los administradores con todas las facultades que les conoce la ley.

Esta conversión también requiere de ejecución, la misma que estará a cargo del secretario cursor, procediendo como en la ejecución del embargo en forma de intervención; le expresará el ejecutado la forma y alcances de la nueva medida y entregará el cargo al nuevo órgano de auxilio (el administrador)

BIENES INEMBARGABLES:

Concepto.- La inembargabilidad debe considerarse como una limitación legal relacionada con la garantía que los bienes del deudor prestan al acreedor. La inembargabilidad no afecta el derecho de propiedad del deudor puesto que éste puede enajenar los bienes declarados inembargables; por lo que puede afirmarse que inembargabilidad e inalienabilidad no son términos análogos, aunque guardan determinado nivel de relación.

Bienes inembargables.- Conforme lo señala el artículo 648, son bienes inembargables los siguientes:

1. Los bienes constituidos en patrimonio familiar, sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 492 del Código Civil.
2. Las prendas de estricto uso personal, libros y alimentos básicos del obligado y de sus parientes con los que conforma una unidad familiar como los bienes que resulten indispensables para subsistencia.
3. Los vehículos, máquinas, utensilios y herramientas indispensables para el ejercicio directo de la profesión, oficio, enseñanza o aprendizaje del obligado.
4. las insignias condecorativas, los uniformes de los funcionarios y servidores del Estado y las armas y equipos de los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional.
5. Las remuneraciones y pensiones, cuando no excedan de cinco unidades de referencia procesal. El exceso es embargable hasta una tercera parte.
Cuando se trate de garantizar obligaciones alimenticias, el embargo procederá hasta el sesenta por ciento del total de los ingresos, con la sola deducción de los descuentos establecidos por ley.
6. Las pensiones alimenticias.

7. Los bienes muebles de los templos religiosos.

8. Los sepulcros.

No obstante, pueden afectarse los bienes señalados en los incisos 2 , y 3, cuando se trata de garantizar el pago del precio en que han sido adquiridos. También pueden afectarse los frutos de los bienes inembargables.

RAZONES DE INEMBARGABILIDAD.- Interesa establecer cuales son las consideraciones subyacente en los diversos casos de inembargabilidad de bienes. La lectura del artículo pertinente nos permite precisar que los criterios tomados en cuenta son tres:

a. Subsistencia directa del obligado y preservación de su honor.

Interesa a la sociedad y el Estado la defensa de la persona humana y el respecto de su dignidad como fin suprema, por consiguiente deviene en imperativo garantizar la inembargabilidad de las partes prendas de estricto uso personal y alimentos básicos del obligado y de los parientes con los que conforman una unidad familiar, libros, utensilios y en general bienes indispensables para su subsistencia.

Garantías al ejercicio de una profesión, oficio, enseñanza o aprendizaje y actividad pública.

Debe garantizarse la inembargabilidad de vehículos, máquinas y herramientas que permitan el ejercicio directo de una profesión u oficio o actividades de enseñanza-aprendizaje, como instrumentos que posibilitan la obtención de medios de subsistencia.

De otro lado, es igualmente deber del Estado velar por el desenvolvimiento de la actividad pública y garantizar la seguridad de la

nación, por consiguiente, las insignias condecorativas, uniformes de funcionarios y servidores del Estado, las armas y equipos de los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía nacional son inembargables de modo absoluto.

b. Preservación de actividades religiosos y bienes sagrados.

Con esta finalidad la ley ha otorgado el carácter de inembargables a los bienes muebles de los templos religiosos y los sepulcros.

Conviene precisar que se trata de bienes muebles de templos religiosos en general y no sólo de templos religiosos católicos. Cabe recordar que en nuestro país existe libertad de religión en forma individual o asociada; en ejercicio pública de las confesiones es libre siempre que no se ofenda la moral ni altere el orden público.

Sin embargo sobre la inembargabilidad de los bienes muebles de templos religiosos consideramos que tal inafectación está dirigida a aquellos bienes que de modo directo están destinados a preservar la celebración del culto religioso.

De otro lado, la ley 26298 (ley de cementerios y servicios generales) regula todo lo concerniente las relaciones de carácter real y contractual sobre cementerios y servicios funerarios al establecer que las personas jurídicas pública y privadas, nacionales y extranjeras están facultadas para constituir, habilitar, conservar y administrar cementerios y locales funerarios prestar servicios funerarios en general.

Capítulo Segundo: El secuestro

I CONSIDERACIONES PRELIMINARES.

El estudio del secuestro desde la perspectiva del derecho procesal civil nos exige efectuar presiones previas a partir del derecho civil a afectos de poder situarnos con propiedad en el instituto subexamen y evitar errores cometidos, a menudo, por las partes y los órganos de la jurisdicción.

Los primero que debemos establecer es que una cosa es el contrato de secuestro y otra la medida cautelar de secuestro por lo que es preciso establecer sus diferencias, no obstante la evidente relación entre ambos.,

El contrato de secuestro.- Es una modalidad contractual perteneciente a los contratos de prestación de servicios conjuntamente con la locación de servicios, el contrato de obra, el mandato y el depósito. Por medio de este contrato dos o más depositantes confían al depositario la custodia y conservación de un bien respecto del cual ha surgido controversia. El bien sometido a este régimen es un bien secuestrado con finalidad cautelatoria, el contrato celebrado es por tanto uno de conservación, presenta las siguientes características: a) Es principal; b) es de prestaciones recíprocas; c) Es oneroso; d) Es típico y nominado; e) Es formal ad solemnitatem; f) Es conmutativo; g) Es conservativo por tener finalidad cautelar, h) Es de ejecución continuada; i) Es personalísimo; j) Comprende a toda clase de bienes: muebles o inmuebles que puedan ser objeto de custodia.

Este acto jurídico contractual celebrado por quienes tienen intereses encontrados respecto de un determinado bien, tiene como núcleo del acto jurídico el acuerdo de las partes para entregar el bien a un depositario y confiarle la custodia y conservación, en tanto ellos solucionan sus diferencias extrajudicialmente. El secuestro civil por su naturaleza contractual es además de lo dicho consensual.

El Secuestro procesal.- Si al surgir controversia sobre determinado bien las partes no se ponen de acuerdo sobre la necesidad de celebrar el contrato de secuestro, sin ninguna duda, la parte que se considere con derecho sobre el bien trasladará el conflicto al órgano jurisdiccional para que sea éste quien lo resuelva a través de un proceso cognitorio, la pretensión en este caso es de carácter real. La medida cautelar de secuestro que se solicite y disponga en este caso está destinada a asegurar el resultado del referido proceso cognitorio, por lo que se ordena la desposesión de su tenedor y entrega a un custodio designado por el juez. De otro lado, en el proceso ejecutivo, en el cual no se discute el derecho de propiedad o de posesión sobre determinado bien, puede solicitarse y disponerse el secuestro con la finalidad de asegurar el pago dispuesto en mandato ejecutivo.

II. CLASES:

1. EL SECUESTRO JUDICIAL

Puestos en el escenario procesal jurisdiccional, el actor podrá solicitar las medidas cautelares que estime convenientes; podrá solicitar anotación de la demanda en los Registros Públicos, si se tratase de un bien registrado; podrá también solicitar el secuestro del bien controvertido, mas esta medida cautelar no se solicita para una futura ejecución forzada, sino únicamente para evitar su deterioro, menoscabo o enajenación, en suma, actos de aseguramiento de la decisión final.

A la hipótesis descrita corresponde la regulación contenida en la primera parte del artículo 643° del CPC: “Cuando el proceso principal tiene por finalidad concreta la dilucidación del derecho de propiedad o posesión sobre determinado bien, la medida puede afectar a ésta, con el carácter de secuestro judicial, con desposesión de su tenedor y entrega a un custodio designado por el juez”. Debemos acotar que el secuestro obtenido de este modo, como medida cautelar es sustitutorio de lo que

pudo haber sido el secuestro constituido por la voluntad de las partes de modo contractual o convencional; es el secuestro impuesto por decisión judicial, de allí el nombre de secuestro judicial.

Este secuestro llamado judicial también tiene carácter conservativo porque está destinado a la custodia y cuidado de un bien, en tanto se dilucide en el proceso cautelado (llamado indebidamente principal) el conflicto de intereses respecto a la propiedad o posesión sobre el bien.

Sobre esta modalidad de secuestro, Enrico Redenti, profesor de la Universidad de Bolonia, ha señalado que “tiene a impedir la sustracción o alteración de bienes individualmente determinados, cuya propiedad o posesión se controvierte o de bienes comunes en espera de división”³⁶.

Finalmente con relación a esta modalidad de secuestro sólo resta decir que por su finalidad está ligado a los procesos de cognición y no a los de ejecución.

2. EL SECUESTRO CONSERVATIVO.

“Cuando la medida tiende a asegurar el pago dispuesto en mandato ejecutivo, pueden recaer en cualquier bien del deudor, y con el carácter de secuestro conservativo, también con desposesión y entrega al custodio.... “(2ª parte del artículo 643 del CPC).

Esta forma especial del secuestro tiene como propósito asegurar el pago dispuesto en mandato ejecutivo, es este el secuestro para futura ejecución forzada patrimonial y por tal razón puede rehacer en cualquier bien del deudor, Aquí no se discute la propiedad ni la posesión del bien, aquí no existe controversia sobre la titularidad del bien, aquí se trata de asegurar el pago ordenado en mandato ejecutivo.

36 redenti, Enrico: “Derecho Procesal Civil” T.I. EJEA Buenos Aires, 1957, p.106

Giuseppe Chiovenda explica que el secuestro de conservación tiene por finalidad conservar aquellas garantías de créditos que pueden más fácilmente desaparecer, como los muebles(...) y las cantidades debidas al deudor por un deudor suyo. Es institución de origen italiano; informa seguidamente que las leyes italianas medievales admitían también el arresto personal del deudor sospechoso de huida (especialmente con relación a extranjeros), institución conservada en algunas leyes modernas (por ejemplo, la alemana y la austriaca)³⁷

Otro distinguido procesalista italiano, Enrico Redenti concibe a esta forma especial de secuestro del siguiente monto: “ El secuestro conservativo es una providencia con que se tiende a impedir a un deudor o de quien se afirma que lo es, que derroche o sustraiga en daño del acreedor (o que se afirma serlo) los bienes que pudieran en hipótesis ser objeto de ejecución por expropiación y que constituyen en este sentido las garantías genéricas del crédito”³⁸.

Apreciación crítica

1. Secuestro es la medida cautelar cuya característica fundamental está constituida por el acto de desposesión de los bienes de su tenedor y entrega a una tercera persona designada por el juez, quien actúa como órgano de auxilio bajo la denominación de custodio.
2. El secuestro como medida cautelar tiene carácter conservativo, puesto que esta particularidad es consustancial a su naturaleza cautelar.
3. El secuestro como toda medida cautelar es dictada por el Juez, a pedido de parte, por consiguiente, desde este punto de vista todo secuestro dispuesto jurisdiccionalmente es judicial, luego deviene en

37 Chiovenda Giuseppe: “Instituciones de Derecho Procesal Civil” Vol. Edit. Rev. de Privado, Madrid 1948, p..283

38 Redenti, Enrico: Ob. cit. p.106.

4. redundante la asignación de este nombre a una de las formas que asume esta medida cautelar.
5. Luego se puede afirmar que toda medida cautelar de secuestro es conservativa y judicial. Sólo puede admitirse determinada diferencia en atención a su finalidad: el secuestro puede disponerse para asegurar el resultado de un proceso cognitorio en el que la pretensión está referida a la titularidad sobre derechos reales respecto a determinado bien; puede de otro lado disponerse para asegurar el resultado de un proceso ejecutivo (asegurar el pago) dispuesto mediante mandato ejecutivo o mandato de ejecución.
6. Al secuestro se aplican las disposiciones referidas al embargo en cuanto sean compatibles con su naturaleza, luego puede ordenarse el secuestro sobre los bienes del ejecutado aunque estos se encuentren en posesión de tercero, con las reservas del caso (parte final del artículo 643° concordante con el 642° del CPC).
7. Con relación al proceso ejecutivo, la norma dispone que esta medida puede disponerse para asegurar el pago dispuesto en mandato ejecutivo; quiere decir, que no podrá ordenarse el secuestro de bienes si antes no se ha expedido el aludido mandato ejecutivo.
8. Sin embargo, puede accederse el secuestro de bienes sin antes expedirse mandato ejecutivo, cuando la medida cautelar solicitada es embargo en forma de depósito. La norma establece que “Cuando el embargo en forma de depósito recae en bienes muebles del obligado, éste será constituido en depositario, salvo que se negare a aceptar la designación, en cuyo caso se procederá al secuestro de los mismos...” (primera parte del artículo 649° CPC)

9. Consideraciones que el secuestro en el proceso de ejecución de resoluciones judiciales es procedente en aplicación extensiva del segundo párrafo del artículo 643° CPC; es verdad que esta norma hace referencia al mandato ejecutivo (que se expide en el proceso ejecutivo) y no al mandato de ejecución, por lo demás, la aplicación extensiva de tal artículo está sustentada en el artículo 716° del CPC que textualmente dispone lo siguiente: “Si el título de ejecución condena al pago de cantidad líquida o hubiese liquidación aprobada, se procederá con arreglo al subcapítulo sobre medidas cautelares para futura ejecución forzada. Si ya hubiese bien cautelado, judicial o extrajudicialmente, se procederá con arreglo al capítulo V de este título”

La procedencia del secuestro en el proceso de ejecución de resolución judicial no sólo está amparada por los dispositivos antes enunciados sino que su aplicación está plenamente justificada por diversas situaciones que surgen en la realidad; por ejemplo: ¿qué sucede si luego de expedirse el mandato de ejecución referido al pago de una suma líquida el obligado se resiste a su cumplimiento? Creemos que en este supuesto es absolutamente procedente disponer la medida de secuestro, precisamente “para asegurar el pago” dispuesto en mandato de ejecución; en otro caso, el ejecutado depositario se resiste a entregar al martillero el bien embargado con el fin de frustrar el remate, sin lugar a dudas también en esta eventualidad consideramos procedente la medida cautelar de secuestro por estar orientada a asegurar el pago dispuesto en mandato de ejecución, equiparable en este caso, al mandato ejecutivo.

3. SECUESTRO SOBRE BIENES ESPECIFICOS.

Secuestro de vehículos (art. 647° cpc)

“El vehículo sometido a secuestro será internado en almacén de propiedad o conducido por el propio custodio, accesible al afectado o veedor, si lo hay. El vehículo no podrá ser retirado sin orden escrita del juez de la medida. Mientras esté vigente el secuestro, no se levantará la orden de captura o de inmovilización.”

Debe entenderse que como primera opción que el designado como custodio debe ser propietario de un almacén. El demandante de la medida de secuestro debe ofrecer como custodio a una persona que sea propietaria de un almacén o que, como segunda opción, sea conductor de un local que preste servicios de almacenaje o pueda actuar como almacén.

Otra condición que establece la norma es que dicho local presente accesibilidad tanto para el propio afectado como para el veedor en el caso que fuera designado.

Está terminantemente prohibido que el custodio o el ejecutante retiren el vehículo del lugar de almacenaje para realizar actos de uso personal e incluso prestar servicio de taxi, como suele suceder con mucha frecuencia; esta práctica es ilegal, su comisión genera responsabilidad civil y penal para el autor. El retiro del vehículo del lugar de almacenaje sólo puede ser ordenado por el Juez.

Otro aspecto importante de la norma en comentario se refiere a un hecho que aunque parecería obvio no lo es, puesto que la orden de captura e inmovilización dispuesto para lograr la viabilidad del secuestro no puede ser levantada mientras no se cumpla con la

finalidad última de la medida cautelar, salvo que esta sea sustituida por otra diferente.

Secuestro de bienes informáticos (art. 647° cpc).

“En caso de que se dicte secuestro conservativo o embargo, sobre soportes magnéticos, ópticos o similares, el afectado con la medida tendrá derecho a retirar la información contenida en ellos.”

Esta norma no contiene una prohibición, es decir no impide el embargo o el secuestro conservativo sobre soportes magnéticos, ópticos, electrónicos, informáticos y otros similares; la norma tiene como único propósito regular el derecho del afectado a retirar la información en ellos contenida.

Con relación al embargo consideramos que la única forma posible de embargo en este caso es en forma de depósito en el que ante la negativa del afectado a constituirse como depositario de sus bienes, tenga que procederse el secuestro conservativo.

Secuestro de Títulos de créditos (652° cpc)

“Cuando se afecten títulos-valores o documentos de crédito en general, éstos serán entregados al custodio haciéndose la anotación respectiva en el documento, conjuntamente con copia certificada de su designación y del acta de secuestro, a fin de representar a su titular. El custodio queda obligado a todo tipo de gestiones y actuaciones que tiendan a evitar que el título se perjudique y a depositar de inmediato a la orden del juzgado, el dinero que obtenga.

Sobre esta forma específica del secuestro debemos manifestar los siguientes:

- a) El custodio asume la representación del titular de los títulos valores secuestrados, con tal fin debe entregársele además de los títulos, el documento en el que conste la anotación respecto de su designación.
- b) En concordancia con su condición de representante del titular afectado, queda obligado a evitar que el título se perjudique.
- c) Puede en consecuencia efectuar la cobranza extrajudicial o judicial de los mismos, si esto se produce debe depositar el dinero que obtenga, inmediatamente, a la orden del juzgado.

Capítulo Tercero: Anotación de la Demanda en los Registros Públicos

“Cuando la pretensión discutida está referida a derechos inscritos, la medida cautelar puede consistir en la anotación de la demanda en el registro cautelar puede consistir en la anotación de la demanda en el registro respectivo. Con este fin el Juez remitirá partes al registrador, los que incluirán copia íntegra de la demanda, de la resolución que la admite y la decisión 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.” (art. 673° CPC)

Son presupuestos de procedibilidad de esta medida cautelar para futura ejecución forzada, los siguientes:

- a) La pretensión que se discute en el proceso cautelado o por cautelar debe referirse a derechos inscritos.
- b) Los derechos inscritos pueden recaer sobre bienes muebles o inmuebles.

Esta medida cautelar es conocida también como anotación de litis y tiene como finalidad asegurar la publicidad de los procesos relativos a bienes muebles o inmuebles inscritos para que las sentencias que se dicten en tales procesos puedan ser opuestas a terceros adquirentes del bien litigioso; por consiguiente la anotación de la demanda en el registro tiene como única finalidad advertir al posible comprador del bien que en caso de éxito del actor en el proceso tendrá que enfrentar el pronunciamiento y someterse al efecto de la anotación.

TITULO V:

LA CONTRACAUTELA

Capítulo 1º: Naturaleza jurídica.

Es una medida cautelar especialísima porque está destinada a garantizar el resarcimiento de los eventuales daños derivados de la ejecución de una medida cautelar ante la eventualidad de que la pretensión principal sea declarada infundada. La contracautela es por ello garantía de garantías y cautela de decisiones cautelares.

Giuseppe Chiovenda explicando la finalidad de la contracautela manifiesta que aquélla se instituye para garantizar el resarcimiento de daños a quien se hubiera desprovisto o disminuido del goce de un bien en virtud de una

medida preventiva, y que por tal razón ésta puede ir acompañada de una medida de contracautela, es decir, el mandato al actor de prestar fianza.³⁹

Por su parte Piero Calamandrei sostiene que son providencias cautelares cuya finalidad cautelar consiste en la imposición de una caución, la prestación de la cual se ordena al interesado como condición para obtener una ulterior providencia judicial. Funcionan como aseguramiento preventivo del eventual derecho al resarcimiento de los daños, que podrían surgir si en el juicio definitivo la medida provisoria es revocada, a favor de aquél contra quien ha sido ejecutada.

La contracautela en la opinión de Ramiro Podetti se funda en el principio de igualdad, reemplaza en cierta medida a la bilateralidad o controversia, pues implica que la medida cautelar debe ser doble, aseguramiento al actor un derecho aún no actual, y al demandado la efectividad del resarcimiento de los daños si aquel derecho no existiera a no llegara a actualizarse.⁴¹

La contracautela es el medio que sirve para asegurar preventivamente el eventual crédito de resarcimiento de aquellos daños que podrían resultar de la ejecución de la medida cautelar, si en definitiva la misma se revela como infundada. Es la cautela que la ley toma contra quien pierde la cautela”, tal es el concepto elaborado por Colombo.⁴²

La contracautela-dice De Lazzari- es condición de la ejecutoriedad de la medida cautelar y no presupuesto de la medida cautelar. Cumple una función de garantía por los daños y perjuicios que eventualmente puedan ocasionarse al afectado si resultase que el requiriente abuso o se excedió en el derecho que la ley otorga.”⁴³

39 Chioyenda Giuseppe: Ob. cit. p.282.

40 Calamandrei, Piero: “Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares” Argentina 1945, pp.63,64

41 Podetti, Ramiro: “Derecho Procesal Civil Comercial y Laboral. Tratado de las Medidas Cautelares” EDIAR S.A. EDITORES, Bs.As. 1956, p.61

42 Podetti, Ramiro: “Derecho Procesal Civil Comercial y Laboral. Tratado de las Medidas Cautelares” EDIAR S.A. EDITORES, Bs.As. 1956, p.61

43 Colombo: “Código” Edit. 1969, Vol.1, p.336.

Raúl Martínez Botos dentro de la línea de pensamiento de Podetti considera que la contracautela es “una caución a la que la mayoría de los ordenamientos adjetivos vigentes denomina contracautela y que concreta el principio de igualdad, ya que viene a contrarrestar la falta de contradicción inicial que caracteriza, en general, al proceso cautelar.”⁴⁴

El autor nacional Juan Monroy Gálvez anota “que la contracautela parte del presupuesto que la ejecución de una providencia cautelar (vale decir, de una medida cautelar), trae consigo perjuicios al afectado con ella. Por cierto, tales perjuicios se diluyen cuando la pretensión discutida en el proceso principal y garantizada con la medida cautelar es amparada. En este caso, la medida cautelar forma parte del proceso de ejecución o se convierte en un medio de coacción para que el obligado cumpla con lo ordenado por el órgano jurisdiccional, la importancia de la contracautela se acrecienta cuando la pretensión principal, anticipada con medida cautelar, es rechazada.”⁴⁵

Podemos entonces sostener que la contracautela basada en el principio de igualdad, se constituye en el contrapeso de la expedición de la medida cautelar sin audiencia de la parte esto es, sin contradicción inicial.

Corresponde a los órganos jurisdiccionales apreciar prudentemente la naturaleza de la contracautela a ordenarse; debe tenerse presente que se trata de evitar el otorgamiento de medidas cautelares que puedan ocasionar daños, sin la suficiente garantía de resarcimiento; circunstancia que se pone evidencia cuando el afectado con la medida solicita se fije indemnización, luego que el proceso principal termina desestimando la demanda postulada por el actor y titular de la medida cautelar.

En la circunstancia indicada es cuando por lo general las contracautelares de naturaleza personal en forma de caución juratoria se revelan

44 De Lazzari Eduardo Néstor: “Medidas Cautelares”, Librería Editora Platense S.R.L. La Plata 1988,p.112.

45 Martínez Botos, Raúl: “;Medidas Cautelares” Edit. La Universidad, Bs.As. 1994,p.56

como ineficaces para garantizar el resarcimiento por los daños causados .La decisión judicial por la cual se resuelve la admisión, improcedencia o modificación de las medidas cautelares, por mandato expreso del artículo 121° del CPC, es un auto, puesto que es una resolución por la cual el juez decida al interior del proceso; luego, la resolución por la cual se admite o fija la contracautela es el mismo auto cautelar.

Capítulo 2°: Oportunidad

La contracautela es consustancial a la medida cautelar que el actor solicita dado que constituye un requisito de admisibilidad de la demanda cautelar,

así ordena el inciso 4 del artículo 610° del cpc. “ El que pide la medida debe ofrecer contracautela.”

La postulación procesal respecto de la postulación de la demanda cautelar, es también la postulación de la contracautela

Se debe asumir que el ofrecimiento de contracautela no puede ser genérica sino que debe señalarse la forma, naturaleza y alcances (y monto de ser el caso), puesto que la precisión y decisión final sobre estos aspectos constituye facultad jurisdiccional.

Capítulo 3°: Exceptuados de contracautela.

Es verdad que es condición para la administración y ejecutoriedad de la medida cautelar que ésta se encuentre, suficiente y adecuadamente cautelada por una contracautela. Esta es la regla general que como es natural, admite excepciones.

Las excepciones o exoneraciones a la regla tienen como fundamento la medida cautelar que ésta se encuentre, suficiente y adecuadamente

cautelada por una contracautela. Esta es la regla general que como es natural, admite excepciones.

Las excepciones o exoneraciones a la regla tienen como fundamento tres circunstancias, son las siguientes.

1. **Presunción de solvencia económica.-** Como es el caso del Estado, en consecuencia los Poderes Legislativo, Ejecutivo, Judicial, los Órganos Constitucionales autónomos, los Gobiernos Regionales y Locales y las Universidades están exceptuados de ofrecer contracautela pero ello en función a una presunción de solvencia económica, ya que tratándose del Estado se encuentran suficientemente garantizados a través de las propias cuentas conformantes el Presupuesto General de la República.

Que establecido que esta exoneración sólo alcanza al Estado a través de sus diversos órganos y expresiones constitucionales autónomas. Las personas individuales o colectivas no están comprendidas dentro de esta excepción.

2. **Presunción de excesiva económica.-** Está exceptuado de prestar contracautela a quien se le ha concedido auxilio judicial (art. 614 cpc).

Como sabemos se concede auxilio a las personas naturales que para cubrir o garantizar los gastos del proceso ponen en peligro su subsistencia y la de quienes de ellas dependen.

El auxilio judicial puede solicitarse antes o durante el proceso, quien obtenga auxilio judicial pondrá en conocimiento de tal hecho al juez que deba conocer del proceso o lo conozca, mediante la prestación de un escrito en el que incluirá la constancia de aprobación de la solicitud.

La persona pobre que pretenda interponer una demanda cautelar, antes de iniciarse el proceso principal, debe en primer lugar

solicitar auxilio judicial y una vez aprobada su solicitud, puede demandar la medida cautelar de su conveniencia, acreditando estar exonerando de prestar contracautela.

De otro lado, en un proceso de cognición en trámite, o en uno de ejecución, es verdad que puede solicitarse mediante cautelar, pero la persona pobre para estar exonerada de contracautela debe solicitar, previamente, el otorgamiento de auxilio judicial, sólo después de obtener este beneficio puede demandar medida cautelar, en el proceso en trámite.

Resumen: La exoneración de contracautela por gozar de auxilio judicial debe acreditarse de modo documental, al momento de postular la medida cautelar.

- 3. Veracidad del derecho invocado.-** Si la contracautela es exigible porque el derecho invocado en la demanda presenta verosimilitud, debemos admitir que cuando tal derecho expresa veracidad y existencia, por haber obtenido el actor, sentencia favorable, ya no se requiere de contracautela. En tal circunstancia, aunque la sentencia fuere apelada la medida cautelar que se solicita no requiere de contracautela, porque debe presumirse que el derecho cuya ejecución se pretende cautelar es cierto y veraz, por lo que debe admitirse que con la ejecución de la medida cautelar no se causará daño alguno al demandado vencido.

Capítulo 4°: Clases

Tal como pudimos reseñar precedentemente la contracautela por lo general es denominada caución tanto por la doctrina tradicional como por la legislación procesal mayoritaria.

En efecto el sustantivo caución, que significa precaución o prevención, tiene, en derecho, el significado específico de seguridad que da una persona a otra de que cumplirá lo pactado, prometido o mandato; bajo estas consideraciones semánticas y doctrinarias la caución entendida como precaución o prevención puede tomarse como expresión sinónima de contracautela y puede ser de naturaleza real o personal.

La contracautela, cualquiera sea la forma que adopte es siempre imputable de modo directo y exclusivo al demandante porque es quien la ofrece, aunque la prestación sea pagada por un tercero; la responsabilidad en el proceso corresponde al demandante.

El código Procesal Civil considera dos tipos de contracautela: la contracautela personal y la contracautela real (o caución personal y caución real), es decir introduce como criterio de clasificación el contenido de la medida cautelar; no toma en cuenta la intervención de terceros para el cumplimiento de la medida. Corresponde pues examinar a cada una de ellas y oportunamente contrastar las consideraciones teóricas, la formulación de hipótesis con la información empírica sometida a medición.

I. SEGÚN EL OBJETO O CONTENIDO DE LA CONTRACAUTELA.

Es el criterio tomado en cuenta por el código procesal civil, conforme al cual la contracautela puede ser de naturaleza real o personal, veamos:

- 1) Contracautela real.-** Conforme a las normas del código civil y la propia doctrina civilista los derechos reales pueden dividirse en dos grandes grupos: los derechos reales principales, y los derechos reales de garantías.

Pues bien, si consideramos cual es el propósito o finalidad de la contracautela no cabe la menor duda de que su finalidad es garantista

ya sea de la futura ejecución forzada o del aseguramiento del derecho mismo con la ejecución temporal sobre el fondo; en suma podemos afirmar que la contractuela es un instituto procesal de garantía, para cuya materialización o contenido tiene que acudir a los derechos personales o derechos reales de garantía y no a los derechos reales principales.

Entre los derechos reales de garantía, como sabemos están la prenda, la anticresis, la hipoteca y el derecho de retención. Si bien, normativamente está permitido ofrecer como contracautela cualquiera de estos derechos reales, es necesario preliminarmente establecer si alguno de ellos, técnicamente no podría ser ofrecido ni admitido, ya que siendo derechos reales de garantía cada uno presenta sus propias particularidades y finalidad, veamos:

Creemos que la prenda, la hipoteca e incluso la anticresis, legal y técnicamente son posibles de ser ofrecidas como contracautela; obviamente la garantía o sustento cautelar son los bienes sobre los cuales se constituye el derecho real de garantía. El derecho de retención que es igualmente un derecho real de garantía, cumpla su función exclusivamente en la esfera extraprocesal, su propia naturaleza y finalidad no permite que pueda ser ofrecido como contracautela.

Cuando menos en el plano normativo y teórico puedan servir como contracautela los derechos reales de garantía antes mencionados, con exclusión del derecho de retención, sin embargo, la urgencia de la medida cautelar, por un lado, y las formalidades de constitución de la prenda, la hipoteca y la anticresis, por el otro, tornan en inviable y poco práctico su ofrecimiento o fijación jurisdiccional como contracautela.

De todos modos, aunque sea a modo de ejercicio académico, es necesario indicar que la contracautela de naturaleza real, ofrecida por el demandante puede tener como contenido la obligación de pago que asume un tercero ajeno a la relación procesal o sustantiva; dicho de otro modo, la prenda, o hipoteca pueden ser constituidas por el propietario de tales bienes para garantizar los eventuales perjuicios que la medida cautelar obtenida por el demandante puede generar ante el desamparo de su demanda en el proceso principal.

Más, todo lo afirmado con relación a la contracautela de naturaleza real obedece a apreciaciones lógico-teóricas, apriorísticas, con algún sustento empírico o práctico; se trata, sin duda alguna de hipótesis que necesitan ser contrastadas con la realidad a través de la correspondiente medición empírico-social. El estudio que realizamos, precisamente está orientado a comprobar la hipótesis formulada, entre otras.

- 2) Contracautela personal.-** Con relación a la contracautela de naturaleza personal sostenemos que es aquella caución constituida por una promesa de pago (obligación de dar suma de dinero) que directa o indirectamente siempre es imputable y corre a cargo del solicitante y eventual titular de la medida cautelar, es decir, intervenga o no un tercero la responsabilidad siempre corresponde al demandante; más, la intervención del tercero es para obligarse a pagar suma de dinero por el demandante la eventual responsabilidad emergente de la ejecución de la medida cautelar y su eventual desamparo.

La norma procesal civil no especifica cuales son las modalidades que puede adoptar la contracautela de naturaleza personal, solo alude a una forma: la caución juratoria. En efecto, el tercer párrafo del artículo 613° del CPC señala que “La Contracautela puede ser

naturaleza real o personal. Dentro de la segunda se incluye la caución juratoria, que será ofrecida en el escrito que contiene la solicitud de medida cautelar, con legalización de firma ante el secretario respectivo.

Con fines académicos y de sistematización podemos proponer una subdivisión de la contracautela personal sin intervención de tercero tomando como criterio de subdivisión la forma de realización de la contracautela.

a) Contracautela personal de realización inmediata.- Es aquella cuya realización no requiere de mayor trámite o articulaciones procesales puesto que se encuentra contenida o representada en un título que puede ser un certificado de depósito o una fianza. El ofrecimiento de una u otra forma exonera al demandante del requisito de la legalización de firma y en ambos casos el monto debe ser igual o superior al monto de la medida cautelar que se solicita.

La fianza.- La fianza es siempre una institución convencional es decir, un contrato, tanto lo es cuando asegura obligaciones previstas o futuras fuera de un proceso, que cuando asegura obligaciones cuya verosimilitud se acepta o que han sido reconocidas en un proceso y obligaciones nacidas del proceso mismo, como la de indemnizar daños y perjuicios emergentes de una medida cautelar pedida sin derecho.

La diferencia estriba en la función que cumple fuera del proceso, como accesorio de una obligación no litigiosa y la que cumple dentro del proceso, para asegurar una obligación litigiosa o que se presume va a ocasionar un litigio o responsabilidad emanadas del proceso mismo. En el primer caso, solamente está en juego el interés de los contratantes; en el segundo, además, interés general de asegurar el cumplimiento de las resoluciones judiciales. En el primer caso la fianza

llegará a conocimiento judicial solamente cuando se pretenda hacer efectiva la responsabilidad del fiador, como un caso de sustitución procesal obligada, es decir como carga. En el segundo caso, aún cuando el contrato se concerte fuera del proceso, la fianza como contracautela se constituye en él, siguiendo las reglas procesales pertinentes; el fiador entra a ser sujeto subsidiario del litigio y sus obligaciones se hacen efectivas ante el mismo juez.

En general la fianza puede constituirse por suma determinada o indeterminada, pues las fianzas dadas en el proceso pueden servir para responder hasta una suma fija cuando se da como contracautela. Pero como ya se dijo, las fianzas dadas en el proceso no pueden ser por menor cantidad que la obligación que aseguran.

La fianza como contracautela, puede ser sustituida siempre que la seguridad que se otorgue, se ajuste y corresponda a la necesidad cautelar según la índole de la medida cautelar; esta sustitución está sujeta a los trámites de variación de la medida y a las consideraciones que el Juez debe efectuar respecto de su procedibilidad.

Como la fianza judicial no es subsidiaria, el fiador no goza del beneficio de excusión y el acreedor, en este caso el afectado o demandado puede ejecutarlo directamente, pero de acuerdo con las decisiones finales que en el mismo expediente debe adoptar el juez con relación a la magnitud del perjuicio causado y el monto por concepto indemnizatorio.

La forma de contratarse la fianza no es material procesal, debe seguirse los lineamientos establecidos en el código civil, puesto que

el Código Procesal Civil no establece cual es la forma de su constitución, pero sí la forma de su ofrecimiento que en este caso es propiamente la presentación del documento en el cual consta la fianza, debe presentarse conjuntamente con la demanda cautelar y como es obvio, no requiere de legalización de firma ante el secretario del Juzgado.

Normativamente la fianza está normada en el Código Civil como un contrato típico y nominado (artículos 1868° a 1905°). Las empresas bancarias dentro de los servicios propios de su actividad otorgan avales, fianzas y otras garantías, empero tratándose de fianzas, éstas deben darse por monto y plazo determinado (artículos 221°, inc. 6 y 217° inc. 4 de la ley 26702: Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros).

b) Contracautela personal de realización mediata o caución juratoria.

Es aquella cuya realización no se encuentra suficientemente garantizada, debido a que está constituida únicamente por la promesa de pago bajo juramento que efectúa el demandante, teniendo como única formalidad la legalización de su firma ante el secretario del juzgado. Decimos que es de realización mediata no por su forma de constitución sino por la incertidumbre y previsible demora en su realización o ejecución. La contracautela personal de realización mediata recibe el nombre de caución juratoria.

La caución juratoria se constituye en el expediente con la solicitud de la medida cautelar y consiste en la declaración que hace el demandante, bajo juramento, que se responsabiliza de los daños y perjuicios que la medida pudiera ocasionar, si no resultare fundada su demanda.

La tendencia moderna en la materia es eliminar la caución juratoria, que implica sólo una promesa de responder de los posibles daños y se remite a los bienes de quien la otorga, como prenda común de sus acreedores. Dado su fin y la naturaleza de contrapartida de una medida cautelar sobre bienes, parece equitativo que la contracautela se más sólida, agregando la responsabilidad de un tercero o afectado bienes determinados de quien la otorga, como acaece en la cautela convencional.

II. SEGÚN LA INTERVENCIÓN DE TERCERO

Es verdad que la responsabilidad indemnizatoria relacionada con las medidas cautelares recae ineluctablemente en el demandante o titular de la medida, siempre que su demandante en el proceso principal sea destinada. Que la promesa de pago sea asumida por el propio demandante o por un tercero en nombre de aquél, es irrelevante para la admisión y viabilidad de la medida cautelar. No obstante, este hecho si debe ser considerado a efectos de intentar sistematizar las formas que adopta la contracautela y de acuerdo con la idea que esbozamos puede admitirse la existencia de contracautela personalísima y contracautela con intervención de tercero, veamos:

- 1) Contracautela personalísima.-** Se trata de aquella contracautela cuya promesa de pago indemnizatorio es propuesta por el propio solicitante desde el monto de postular la medida cautelar. Dicho de otro modo, el demandante ofrece la contracautela de tipo real o personal sin intervención de terceros; es decir, garantiza el pago de contracautela hipotecando o prendando bienes de su propiedad o depositando determinada suma de dinero a la orden del juez y en favor del demandado o afectado ante la eventualidad de no ampararse su demanda. La contracautela es personalísima cuando la promesa de

pago de la eventual indemnización no admite intervención de tercero; ésta puede ser personal o real.

- 2) **Contractuela con intervención de tercero.-** Como su nombre lo dice le contracautela que ofrece el demandante o titular de la medida tiene como contenido nota especial la intervención del tercero quien ante el juez efectúa una promesa de pago dinerario o con afectación de su patrimonio mediante prenda o hipoteca, en nombre del demandante o solicitante de la medida cautelar.

La intervención del tercero sólo se da con finalidad contracautelar, mas no para convertirse en parte activa o pasiva de la relación procesal existente.

Capítulo 5º: Facultades jurisdiccionales.

Las facultades del Juez con relación a la contracautela ofrecida por el actor, son las siguiente:

1. CON RELACIÓN A LA ADMISIÓN.

PRIMERA OPCIÓN: Admitir la contracautela en la naturaleza, forma, alcances, montos y órganos de auxilio ofrecido por el demandante. Es decir el juez admite la contracautela sin efectuar modificación alguna.

Sobre la naturaleza:

La naturaleza de la contracautela está relacionada con su esencia o contenido material o sustantivo y conforme al Código

Procesal Civil, sólo existen contractuales de dos clases o naturalezas:
La contracautela real y la contracautela personal. Estas dos grandes
clases de contracautela presenta a su vez modalidades específicas que
para efectos procesales se denominan formas. Pueden decirse
entonces que la naturaleza de la contracautela alude al género y la
forma a al especie.

Sobre la forma:

Como venimos explicando cuando la norma hace referencia a la naturaleza de la contracautela, no hace sino señalar con que tipo de derecho sustantivo se garantiza la medida cautelar, es decir, si se trata de un derecho real de garantía o un derecho de carácter personal; empero, cuando la ley menciona la forma de la contracautela se refiera a cualquiera de las modalidades específicas de la contracautela real o personal.

Así tenemos que la contracautela real puede adoptar la forma prendaria, hipoteca, en tanto que la contracautela personal puede presentar la forma de fianza o caución juratoria, las que a su vez exigen de su correspondiente estudio teórico-normativo.

Sobre los alcances (monto):

La contracautela que se ofrece y acepta por el Juzgado debe precisar cual es la magnitud o monto por el cual se acepta la contracautela que puede coincidir con el ofrecido por el actor o ser fijado en un monto distinto, en rango superior o inferior; también dentro de los alcances debe establecerse la fijación o no de un plazo de vigencia de la contracautela.

SEGUNDA OPCIÓN: Admitir la contracautela variándose en alguna de sus variables o aspectos: podrán por tanto graduarla, modificarla o cambiarla de acuerdo con los requerimientos o alcances de la medida cautelar que se admite.

Pues bien, la graduación se refiere al monto o alcances; la modificación a la forma y cambio a la naturaleza. Podrá el juez graduar el monto de la contracautela estableciendo un monto mayor al ofrecido; podrá modificar la caución juratoria y exigir que se ofrezca una fianza, o cambiar una contracautela de naturaleza personal por una de naturaleza real.

2. CON RELACIÓN A LA EJECUCIÓN:

El juez tiene facultada para fijar el monto indemnizatorio en el supuesto de que se declare infundada una demanda cuya pretensión estuvo asegurada con medida cautelar, indudablemente la indemnización a la que referimos no es otra que la que tendrá que ser satisfecha con la contracautela, puesto que para este propósito fue constituida.

La naturaleza de la obligación indemnizatoria, su tramitación, declaración y ejecución serán examinadas en el siguiente título, por constituir un conjunto de temas cuya tratamiento físico teórico y exegético requiere de mayor amplitud.

TITULO VI:

**RESPONSABILIDAD INDEMNIZATORIA
Y PROCESO CIVIL.**

**Capítulo 1°: Responsabilidad indemnizatoria por
ejercicio irregular del derecho de
acción.**

El ejercicio del derecho de acción expresado a través de la Interposición de la demanda, es la materialización del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva que como sabemos goza de protección constitucional y legal.

Ahora bien, el interés por el cual el actor promueve o pone en funcionamiento a los órganos de la jurisdicción, no siempre refleja los verdaderos fines de la tutela jurisdiccional. Es verdad que el ejercicio del derecho de acción para estar encausado dentro de los objetivos de tutela jurisdiccional del Estado, debe constituir el ejercicio regular de tal derecho, mas no siempre ello es así.

El núcleo de la demanda sólo contiene la posición o posiciones del actor frente a su contraparte: el demandado. El petitorio que refleja la posición del demandante no siempre es la expresión de los intereses subyacentes, ocultos, estos por lo general no son expuestos en la demanda. Los fundamentos de hecho no siempre revelan los intereses particulares, especialísimos que motivan al actor a postular su demanda; ésta formalmente puede estar bien presentada, es decir, formalmente admisible y procedente pero esconder dolosamente la ausencia de amparo legal y jurídico y lo que es más grave aún, tener propósitos ilícitos y delictivos. Esta forma de proceder sin duda alguna, no puede ser considerada como el ejercicio regular del derecho de acción; todo lo

contrario, es la expresión del ejercicio irregular y temerario de tal derecho que por lo mismo no puede merecer el beneplácito e indiferencia del derecho material y del propio derecho procesal.

El ejercicio regular del derecho de acción dentro de la orientación teleológica del derecho a la tutela jurisdiccional, sea que se ampare o no la pretensión postulada en la demanda, no puede ser objeto de sanción patrimonial o cuestionamiento alguno por constituir precisamente el ejercicio regular de un derecho con reconocimiento y rango constitucional y legal tal como la preceptúa el inciso 1° del artículo 1971° del Código Civil cuando dispone que “No hay responsabilidad en el ejercicio regular de un derecho.” Sin embargo, distinta es la situación de aquel que ejercita temerariamente tal derecho, con reprobables propósitos irregulares, ilícitos y delictivos; esta conducta no puede recibirse con indiferencia, debe merecer la reprobación social y normativa a través de la imposición de una sanción patrimonial en favor del Estado y del particular afecto; del Estado mediante la imposición de multa, del particular con la imposición de una obligación indemnizatoria.

Dentro de esta línea de razonamiento, el artículo 4° del Código Procesal Civil, ha previsto tal circunstancia, al establecer que una vez “Concluido un proceso por resolución que desestima la demanda, si el demandado considera que el ejercicio del derecho de acción fue irregular o arbitrario puede demandar el resarcimiento por los daños y perjuicios que haya sufrido, sin perjuicio del pago por el litigante malicioso de las costas, costos, y multas establecidos en el proceso.”

Por consiguiente, podemos sostener que el ejercicio irregular o arbitrario del derecho de acción por el demandante, autoriza al perjudicado a interponer la correspondiente demanda indemnizatoria. La opción indemnizatoria que surge es especialísima puesto que surge en el proceso como una de las especies de la responsabilidad extracontractual de naturaleza subjetiva.

Como ya dijimos la responsabilidad indemnizatoria a la que aludimos además de ser extracontractual es subjetiva porque debe acreditarse el proceder doloso del actor. En aplicación del artículo 1969° del Código Civil corresponde al agresor o infractor acreditar la falta de dolo o culpa.

Podemos afirmar que el ejercicio irregular o arbitrario del derecho de acción está relacionado con todos los procesos, no sólo con los de naturaleza civil. Empero, en el ámbito procesal civil, la eventual responsabilidad indemnizatoria presenta dos formas o posibilidades de reclamación: una que nace de procesos civiles puros (sin medida cautelar) y otra que nace de procesos civiles garantizados con medida cautelar. En el primer caso la pretensión indemnizatoria debe postularse en proceso cognitorio nuevo, luego de concluido el proceso del cual surge la responsabilidad extracontractual; en el segundo caso, la pretensión indemnizatoria cautelarmente garantizada con la contractual se solicita en el mismo proceso ante el mismo juez de la demanda quien fija en una tramitación cognitoria especial sumarisima, previo traslado por tres días.

En el sub-capítulo siguiente examinamos en extenso esta segunda o posibilidad de reclamación indemnizatoria.

Capítulo 2°: Responsabilidad indemnizatoria emergente de proceso civil sin medida cautelar.

La primera situación indemnizatoria derivada de un proceso civil se refiere aquellos procesos en los cuales no se ha ejecutado medida cautelar alguna, permitiéndose, no obstante la posibilidad de postular una pretensión indemnizatoria por el ejercicio irregular del derecho de acción. La previsión normativa sobre esta primera está contenida en el artículo 4° del

Código procesal Civil, bajo el siguiente tenor: “Concluido un proceso por resolución que desestima la demanda, si el demandado considera que el ejercicio del derecho de acción fue irregular o arbitrario, puede demandar el resarcimiento por los daños y perjuicios que haya sufrido, sin perjuicio del pago por el litigante malicioso de las costas, costos y multas establecidos en el proceso terminado. “ La indemnización en este caso constituye una sanción por el ejercicio irregular del derecho de acción.”

Sostenemos que la previsión normativa contenida en el artículo 4° del Código Procesal Civil alude directamente a procesos concluidos desestimatorios de la demanda sin medida cautelar ejecutada, por cuanto es el artículo 621° del mismo código es el que regula la segunda situación indemnizatoria sobre procesos concluidos con medida cautelar ejecutada.

La posibilidad indemnizatoria que examinamos, sin duda alguna tiene como finalidad atenuar y evitar el ejercicio temerario del derecho de acción que lesiona no sólo al demandado sino al propio Estado al obligársele a desplegar, inútilmente, todo un conjunto de actividades procesales con la consiguiente inversión estéril de dinero.

No debe extraerse como conclusión que para reclamar indemnización es requisito haber agotado previamente un proceso civil de cognición o de ejecución. De acuerdo con la naturaleza de pretensión a postularse y cuando la responsabilidad extracontractual no surge de un proceso civil, sino de actos extraprocesales es absolutamente procedente la acumulación siempre que se respete los requisitos exigibles para la acumulación objetiva de pretensiones.

Conforme a lo expresado en el párrafo precedente, creemos que la responsabilidad indemnizatoria que se formula como reconvención es

procedente siempre que no estuviere relacionada con la eventual responsabilidad indemnizatoria que surgiría recién al culminar el proceso en trámite.

Capítulo 3° Responsabilidad indemnizatoria emergente de proceso civil con medida cautelar.

I. CUESTION PRELIMINAR.

En efecto es el artículo 621° del cpc. el que norma los procesos concluidos desestimatorios de demanda, asegurados con medida cautelar. Con total precisión el texto del artículo referido establece lo siguiente: “Si se declara infundada una demanda cuya pretensión estuvo asegurada con medida cautelar, el titular de ésta, 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...”

Lo primero que debemos puntualizar es la necesidad de no confundir la multa con la obligación indemnizatoria puesto que tienen naturaleza y finalidad distinta, veamos:

La multa es una medida sancionatoria impuesta por el juez de oficio a cualquiera de las partes en los casos previstos en el CPC o en el ejercicio de sus facultades coercitivas para lograr el cumplimiento de sus mandatos con arreglo al contenido de su decisión. De otro lado, la imposición de una multa y el dinero obtenido con su cancelación constituye ingreso propio del Poder Judicial (art. 420° del cpc), por lo que la multa no puede ser homologada con la indemnización que sí beneficia a la parte afectada.

El pago de costas y costos, si bien tiene como destinatario a la parte vencedora, y tener contenido patrimonial, no obstante ello sus finalidades son

distintas a la obligación indemnizatoria, no puede por consiguiente equipararse el pago de costas y costos con el pago de una obligación indemnizatoria.

Las costas están constituidas por las tasas judiciales, los honorarios de los órganos de auxilio judicial y los demás gastos judiciales realizados en el proceso (art. 410° del cpc). Los costos por su parte son los honorarios del abogado de la parte vencedora, más un cinco por ciento destinado al Colegio de abogados del Distrito Judicial respectivo para su Fondo Mutual y para cubrir los honorarios de los Abogados en los casos de auxilio judicial (art. 411° del cpc).

En conclusión, la multa, las costas y los costos si bien tienen contenido patrimonial están desprovistos de naturaleza indemnizatoria, tienen finalidad distinta a la obligación resarcitoria, luego no pueden ser equiparados o considerados como conceptos o institutos análogos.

II. POSICIONES SOBRE LA RESPONSABILIDAD IDEMNIZATORIA:

Indudablemente, Las medidas cautelares que recaen sobre bienes o derechos puede causar perjuicios al afectado por ellas, por tal razón es que las normas procesales exigen para asegurar el eventual resarcimiento de dichos perjuicios, que el solicitante preste adecuada contracautela. No existe discrepancia sobre este aspecto del tema, ni en cuanto al sujeto a quien debe imputarse la responsabilidad que, evidentemente, es el litigante que pidió la medida. Sin embargo, cuando se trata de fijar la causa de tal responsabilidad, es cuando surgen dos tendencias o posiciones: la subjetiva y la objetiva.

Tampoco puede discutirse el hecho que la ejecución de una medida cautelar puede causar perjuicios a terceros, sea porque el bien afectado es de su propiedad, o por otras circunstancias. Pero tanto frente al otro litigante como frente al tercero existe responsabilidad de quien solicitó la medida. El

origen de la responsabilidad sin embargo es distinto; en un caso la medida cautelar ha sido pedida sin derecho en tanto que en el otro se afectó bienes de terceros por negligencia o dolo.

Hemos dicho que son relación a la determinación de la causa de la responsabilidad existen dos posiciones, que por su importancia merecen ser examinadas con más detenimiento y rigor.

1. Posición subjetiva o civilista.

Esta posición es criticada porque no concibe a las medidas cautelares y a la responsabilidad por los daños que su ejecución genera si no es a través de la perspectiva del derecho civil.

Según esta posición la responsabilidad por medidas cautelares indebidas debe aplicarse en correlación con la ley de fondo en la que debe determinarse la existencia de culpa, dolo, mala fe o negligencia. Es decir la responsabilidad no es automática, no considera el hecho de que la medida cautelar ha sido dispuesta sólo teniendo como amparo los fundamentos expuestos, la verosimilitud del derecho invocado sin haberse probado categóricamente el derecho pretendido, con la sólo garantía de la contracautela.

Esta posición subestima y minimiza la trascendencia de la contracautela, tomándola en un simple requisito de admisibilidad, obvia que más que eso es un requisito y garantía de ejecutoriedad por los eventuales daños que la medida cautelar pueda ocasionar.

2. Posición objetiva.

Esta posición también es conocida como posición procesalista u objetiva, a diferencia de la otra denominada posición civilista o subjetiva.

Pues bien, conforme a la doctrina o posición objetiva, la

responsabilidad del peticionario tiene su origen en la mera circunstancia de que la medida haya sido trabada indebidamente, sea en virtud de destimarse la pretensión principal con fundamento en la inexistencia del derecho alegado por el actor o bien por razones relativas a la improcedencia de la cautela o a actitudes procesales que pongan de manifiesto la inutilidad de éstas (desistimiento o caducidad de la medida).

Los partidarios de estas tesis la sustentan, fundamentalmente en la consideración de que las resoluciones recaídas en el proceso cautelar, a diferencia de las que recaen en el proceso definitivo, pueden originar perjuicios patrimoniales directos que no se resarcan mediante la condena en costas, de modo que las medidas correspondientes, en tanto responden a una facultad cuyo ejercicio impone la mayor procedencia, deben reputarse adoptadas por cuenta y riesgo de quien las peticiona, añadiéndose que entre quien se beneficia sin derecho y quien la padece sin que en ningún caso pueda obtener de ella un beneficio, no cabe duda alguna de que las consecuencias deben ser soportadas por el primero.

Las razones o fundamentos para que la responsabilidad sea objetiva son los siguientes:

- En el proceso definitivo o cautelado, en el cual se pide se declare o actúe el derecho, la decisión judicial se pronuncia después toda una serie de actos procesales que aseguran la audiencia y la actividad probatoria de ambas partes, en tanto que en las medidas cautelares, la decisión se produce sin audiencia del afecto y mediante una actividad cognitoria sumaria (summaria cognitio) o sin ella aceptando las afirmaciones de quien la pide, al considerárselas verosímiles.
- El proceso cautelado o definitivo no ocasiona perjuicios patrimoniales directos antes de la sentencia ejecutoriada y los gastos que exige deben ser resarcidos por el vencido, conforme al principio objetivo de la imposición de

costas y costos; en cambio, las medidas cautelares de uno y otro modo inmovilizan bienes, limitan derechos de uso o disfrute, afectan el valor patrimonial de aquellos debido a la anotación de una demanda o un embargo en forma de inscripción.

- El símil preciso y genial que Ramiro Podetti utiliza para graficar la naturaleza objetiva de la responsabilidad emergente de las medidas cautelares es el siguiente: “Es que la medida cautelar y en consecuencia la facultad de pedirla, es un instrumento peligroso, para el contrario y también para quien la usa. Es como un arma muy rápida y celosa que debe ser manejada con suma prudencia. Por eso se otorga por cuenta y riesgo de quien la pide.”⁴⁶
- Para la posición objetiva, el órgano jurisdiccional procura mediante la contracautela, asegurar la igualdad de los litigantes y descarta así su propia responsabilidad al hacer fe de la existencia del derecho que se quiere cautelar en base a una prueba sumarísima.

Por todo lo expuesto es ilógico que se pretenda imponer la obligación o carga procesal de probar mala fe o imprudencia de quien usó semejante arma procesal, para exigírsele el resarcimiento de los daños ocasionados. Entre quien utilizó en su provecho una medida cautelar con la mejor buena fe del mundo, pero a fin de cuentas, sin derecho, y quien la sufre sin la mínima posibilidad que pueda obtener de ella un beneficio, resulta obvio que la responsabilidad debe cargarse a quien pidió la medida cautelar.

Para esta posición la responsabilidad indemnizatoria nace de la ejecución de una medida cautelar. Se presume la existencia de dolo, culpa o negligencia (presunción jure et de jure), la prueba de estas circunstancias deviene en innecesaria para determinar la responsabilidad indemnizatoria, mas si es importante para establecer la gravedad de los daños causados y la magnitud de la responsabilidad.

46 Monroy Gálvez, Juan: “Temas de Proceso Civil” Edic. Librería Studium, Lima Perú, 1987, pp.29,30

47. Podetti Ramiro: Ob. cit. o.129

En el capítulo correspondiente examinaremos determinados ordenamientos procesales civiles para establecer cual es la posición que asumen con relación a la determinación de la responsabilidad emergente de la ejecución de una medida cautelar. Corresponde en las líneas siguientes determinar con claridad y precisión la posición asumida por nuestro legislador al regular el tema de la responsabilidad patrimonial emergente de la ejecución de una medida cautelar.

No está demás decir, que este tema no estuvo previsto en el Código de procedimientos Civiles ya derogado, por lo que nos remitiremos únicamente al Código Procesal Civil en actual vigencia.

TITULO VII:

**DECLARACIÓN Y EJECUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD
INDEMNIZATORIA**

Capítulo 1º: Cuestión Previa.

El ofrecimiento de contracautela es requisito de admisibilidad de la demanda cautelar, luego podemos inferir que el ofrecimiento de contracautela es obligatorio

La contracautela tiene por objeto asegurar al afectado con una medida cautelar el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda causar su ejecución; entonces, si su ofrecimiento es obligatorio debe colegirse que la ejecución de toda medida cautelar ocasiona daños y perjuicios que ineluctablemente generan responsabilidad indemnizatoria imputable al titular de la medida. La exigencia obligatoria de contracautela confirma tal presupuesto.

De allí que consideremos que la obligación indemnizatoria emergente de esta situación procesal, tiene carácter objetivo.

La magnitud de los daños y perjuicios así como su naturaleza deben ser fijadas por el juez a partir de los actuados y de lo expresado por las partes tanto al solicitar la fijación de la indemnización como al absolver el traslado conferido, teniendo como único límite el monto fijado en el auto cautelar.

Efectivamente, es de suma importancia tener presente que estamos frente un caso de fijación de responsabilidad indemnizatoria especialísima porque a diferencia de otros casos, la fijación del monto indemnizatorio no puede exceder del margen establecido en el auto cautelar.

Capítulo 2º: Legitimación.

La legitimidad para ser considerado parte en un proceso está determinada por la existencia de relación material entre actor y emplazado, que traslada al ámbito procesal otorga legitimidad para demandar o ser demandado, es decir legitimidad para ser considerado como parte en un proceso; por ello la legitimidad puede ser activa o pasiva.

1. **Legitimación activa.-** Tiene legitimidad para solicitar la fijación de la indemnización la parte afectada con la ejecución de la medida cautelar. Con relación al proceso principal culminado la legitimación activa recae en quien tuvo la condición de demandado. El instituto de la sucesión procesal, en sus diversas situaciones es aplicable para solicitar la indemnización, en cuanto fuere aplicable.
2. **Legitimación pasiva.-** Tiene legitimidad para ser emplazado con la petición indemnizatoria la parte que tuvo la condición de titular de la

medida cautelar o demandante en el proceso principal o proceso cautelado cuyos resultados obviamente le fueron desfavorables.

Debemos destacar el hecho de que el acto postulatorio de la pretensión indemnizatoria el emplazamiento y su absolución tienen sus peculiaridades puesto que no son actos procesales originarios, iniciadores de un proceso nuevo, sino que representan la superposición de actos procesales postulatorios sobre un proceso culminado: tanto el actor como el emplazado están apersonados en el proceso, circunstancia que determina la naturaleza especialísima de su tramitación.

Por lo antes expuesto, en la fase de declaración de la prestación indemnizatorias no cabe intervención de personas ajenas al proceso de reciente culminación, esta eventualidad puede surgir en la fase de ejecución cuando se dispone determinadas medidas cautelares para futura ejecución forzada mediante las cuales se afecta bienes o derechos de terceros.

Capítulo 3º: Naturaleza del procedimiento.

El procedimiento regulado para condenar al vencido al pago de indemnización es uno de naturaleza cognitoria y especialísima.

Decimos que es un procedimiento cognitorio porque la indemnización sea en el extremo sobre la fijación de la responsabilidad o la determinación de su monto sólo puede establecerse en procesos de cognición: sumarísima, abreviada o amplia de acuerdo con el monto de la pretensión. Sin embargo tratándose de la responsabilidad indemnizatoria relacionada con el caso que examinamos, aun siendo de naturaleza objetiva, obliga al juez a realizar sumariamente actos de cognición ya no para establecer la responsabilidad sino para fijar el monto indemnizatorio.

El procedimiento es especialísimo porque su tramitación no corresponde a ninguna de las formas procedimentales cognitorias reguladas como tales en el código procesal civil y porque se tramita en el mismo expediente y ante el mismo

juez, sin requerir de ninguna audiencia porque luego de representada la petición indemnizatoria el juez resuelve previo traslado por tres días, a quien fuera titular de la medida cautelar.

Además su naturaleza especialísima se manifiesta en la preexistencia de un límite superior respecto al monto de la indemnización a fijarse. Este margen superior se encuentra preestablecido en el auto cautelar ya que por precepto legal, el juez es quien fija el monto de la contracautela. Por consiguiente, no podrá el juez fijar por concepto indemnizatorio un monto superior al ofrecido. Reitero esta circunstancia también confiere naturaleza especialísima al procedimiento.

Capítulo 4°: Impugnación.

El artículo 621° del CPC. Dispone que “ 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.”

La resolución por la cual el juez fija la indemnización estableciendo el monto respectivo y la forma de su ejecución es apelable con efecto suspensivo. Interpuesto el correspondiente recurso de apelación y luego de ser concedido, los autos tienen que ser remitidos al superior en el término de ley. No cabe la formación de cuaderno incidental.

Debe tenerse en presente que la resolución que establece la reparación indemnizatoria es un auto apelable con efecto suspensivo. Luego que el juez concede la apelación, corresponde al secretario del Juzgado enviar el expediente al superior dentro de cinco días de concedida la apelación o la adhesión, en su caso, bajo responsabilidad.

Dentro de los cinco días de recibido, el superior comunica a las partes que los autos están expeditos para ser resueltos y señala día y hora para la vista de la causa. No puede admitirse la alegación de hechos nuevos. La resolución definitiva se expide dentro de los cinco días siguientes a la vista de la causa.

No está demás recordar que contra lo resuelto en segunda instancia sólo son procedentes el pedido de aclaración o corrección y el recurso de casación, siempre que se cumpla los requisitos de forma y fondo para su admisión previstos en los artículos 387° y 388°, respectivamente, del Código Procesal Civil.

Sin embargo, contra la resolución de segunda instancia, respecto de la reparación indemnizatoria, ¿procede el recurso de casación? Consideremos que la respuesta es afirmativa y negativa. En el primer caso la respuesta es afirmativa cuando la decisión de segunda instancia corresponde a una Sala Civil puesto que "...procede el recurso de casación contra, 2. los autos expedidos por las Cortes Superiores que, en revisión, ponen fin al proceso " (art. 385° del CPC). En el segundo caso la respuesta es negativa cuando la decisión de segunda instancia corresponde a un Juzgado Civil, en esta eventualidad por razones funcionales y jerárquicas no es posible acceder al recurso de casación no obstante que en uno y otro caso la resolución de segunda instancia pone fin al proceso.

La resolución que fija la indemnización luego de quedar firme por haber sido consentida o ejecutoria adquiere la calidad de título de ejecución.

Capítulo 5°: Ejecución.

"Consentida la sentencia de segunda instancia que contiene un mandato y, devuelto el expediente al Juez de la demanda, la sentencia adquiere

la calidad de título de ejecución judicial, procediéndose conforme a lo regulado en el capítulo V, Título V de la sección Quinta de este código.” Tal es el tenor del artículo 379° del CPC.

En efecto, la resolución que fija la indemnización, luego de adquirir el atributo de la firmeza se convierte en título de ejecución, por consiguiente debe proceder a su ejecución para cuyo efecto, de acuerdo con la naturaleza de la contracautela ofrecida y admitida, tiene que pasarse a realizar actos satisfactivos de ejecución voluntaria o forzada.

Si la medida cautelar está garantizada con una fianza bancaria, no existe mayor problema puesto que aquella simplemente se ejecuta por el monto ordenado y de ese modo se satisface al ejecutante; lo propio sucede si la contracautela es una garantía real, obviamente con sus peculiares articulaciones que se manifiestan en la ejecución forzada.

El problema surge cuando la obligación indemnizatoria está garantizada con una caución juratoria, esto es con la simple declaración jurada del titular de la medida comprometiéndose a resarcir los eventuales daños y perjuicios que la ejecución de la medida ocasione. Esta forma de contracautela, tal como ya lo precisáramos, nada garantiza y por ello sólo puede ser admitida siempre que exista cuasi certeza sobre el derecho invocado en la demanda principal; de otro modo con esta forma contracautelar sólo se genera desprotección en perjuicio del afectado con la medida.

En efecto, si la obligación indemnizatoria se encuentra garantizada con una caución juratoria no queda más opción que solicitar la adopción de medidas cautelares para futura ejecución forzada para tomar en efectiva la obligación indemnizatoria. Podrá entonces solicitarse cauteladamente medidas de embargo o secuestro según la estrategia y posibilidades de cobranza o satisfacción.

Le ejecución de una obligación de dar suma de dinero por concepto indemnizatorio, nacida de una contracautela autoriza a solicitar medidas cautelares para futura ejecución forzada tales como el embargo y el secuestro, para cuyo efecto ya no es exigible el ofrecimiento de la contracautela ni la exposición de los fundamentos fácticos de la medida por existir decisión judicial favorable.

Este es el momento en el cual es sometida a crítica, contrastación y calificación la actuación del juez respecto de la previsibilidad y criterio jurídico adoptado al momento de fijar la contracautela; es decir, en este momento es cuando se revela la intuición, y la habilidad jurídica del juez para establecer las garantías resarcitorias vinculadas a la medida cautelar ordenada y ejecutada.

TITULO VIII:

LEGISLACIÓN COMPARADA

I) Código De Proceso Civil (Brasil)

El código de proceso Civil de Brasil promulgado el 11 de enero de 1973 desarrolla el instituto de proceso cautelar y las medidas cautelares de modo exclusivo, en el Libro Tercero, cuyo título único lleva la denominación "De las medidas cautelares" y el capítulo I norma todo lo relacionado con las disposiciones generales, en tanto, que en el capítulo II desarrolla el tema de las medidas cautelares específicas entre las que incluye el arresto, secuestro, caución, búsqueda y aprehensión, la exhibición la producción anticipada de prueba, además de incluir las medidas provisionales.

Merece especial mención el hecho de que este código regule el

embargo dentro del Libro III dedicado al Proceso de ejecución estableciendo sus correspondientes especies: embargo para ejecución fundada en sentencias, embargo para ejecución fundada en título extrajudicial, embargo para remate y adjudicación y embargo para ejecución por carta.

II) CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO (URUGUAY).

El código general del Proceso de la República Oriental del Uruguay regula el instituto de las medidas cautelares en el Título II, a través de siete artículos. Particular mención merece el artículo 311 en el cual se preceptúa el principio de universalidad de aplicación de las medidas cautelares cuya expresión práctica es la posibilidad de solicitar medidas cautelares para procesos contenciosos y no contenciosos.

Entre los requisitos para considerarse una medida cautelar se incluye la contracautela, además de la determinación precisa de la medida y su fundamentación táctica. Este código clasifica a las medidas cautelares en medidas específicas y medidas provisionales y anticipada. Entre las específicas se incluye la prohibición de innovar, anotación preventiva de la litis, embargos, secuestros entre otras.

Con relación a las medidas provisionales se señala que están destinadas a evitar que se cause un daño grave a la parte, o para asegurar provisionalmente la decisión sobre el fondo. En nuestra legislación estas medidas son conocidas como medidas temporales sobre el fondo, es evidente que la fuente normativa en este caso es el código bajo comentario.

III) CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL (COLOMBIA)

Encontramos que este código regula a las medidas cautelares en dos títulos correspondientes al Libro Cuarto, de la sección Quinta.

El título XXXIV trata exclusivamente de las cauciones, precisando sus clases, cuantía y oportunidad para constituir las, las facultades del juez para calificarla: acepten o rechacen.

Entre las formas de caución considera a la caución hipotecaria y caución prendaria, regula además los requisitos para su postulación. Se norma asimismo que “son apelables los autos que fijen la especie o cuantía de una caución y los que la acepten o rechacen”.

El Título XXXV norma todo lo concerniente al embargo y secuestro. Se regula las clases de embargo, su tramitación y otros temas conexos. Sobre el secuestro de bienes se introduce determinadas reglas de tramitación y se hace una enumeración de las distintas situaciones que se producen.

En este Título se establecen normas regulatorias de las funciones del secuestro y caución, se enumera catorce casos de inembargabilidad de bienes; sin duda alguna ha sido el artículo 684° de este código de procedimiento el que fue tomado como referencia de fuente de “inspiración” por los autores del código procesal civil peruano.

Entre las clases de medidas cautelares se menciona a las medidas cautelares en procesos ordinarios, medidas cautelares en procesos de nulidad y divorcio de matrimonio civil, de separación de bienes y de liquidación de sociedades conyugales.

Finalmente considera en su artículo una regulación pertinente y Especialísima sobre medidas cautelares relacionadas con pretensiones de naturaleza real. En efecto se establece el artículo 692° que “En el auto admisorio se ordenará de oficio la inscripción de la demanda en los procesos de pertenencia, deslinde y amojonamiento, servidumbres, expropiaciones y división de bienes comunes. Una vez inscrita, el oficio se remitirá por el

Registrador al Juez con un certificado sobre la situación jurídica del bien.”

En el código procesal civil peruano en lugar de esta regulación tenemos la anotación de demanda, o el embargo en forma de inscripción.

M) CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL (VENEZUELA)

Este código promulgado en 1986 dedica el Libro Tercero a la regulación “del procedimiento cautelar y de otras incidencias” a través de tres títulos.

Se establece que el tribunal en cualquier estado y grado de la causa puede decretar : el embargo de bienes; el secuestro de bienes determinados y la prohibición de enajenar y gravar bienes inmuebles (art. 588°) formas cautelares que en nuestra legislación pertenecen al grupo de mediadas para futura ejecución forzada. A parte de estas, medidas se señala que “El Tribunal podrá acordar las providencias cautelares que considere adecuadas, cuando hubiere fundado temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves de difícil reparación al derecho de la otra. En estos casos para evitar el daño el Tribunal podrá autorizar o prohibir la ejecución de determinados actos, y adoptar las providencias que tengan por objeto hacer cesar la continuidad de la lesión.”

Sobre el tema de la caución o garantías se dispone que sólo se Admitirán:

- 1) Finanza principal y solidaria de empresas de seguro, instituciones Bancarias o establecimientos mercantiles de reconocida solvencia.
- 2) Hipoteca de primer grado sobre bienes cuyo justiprecio conste en autos.
- 3) Prenda sobre bienes o valores.

4) La consignación de una suma de dinero hasta por la cantidad que señale el juez.

No se establece una clara diferenciación entre las clases de embargo pero indirectamente se alude al embargo en forma de depósito y en forma de retención. De otro lado, también se regulan determinados casos de inembargabilidad. Sobre el secuestro se considera siete situaciones claramente diferenciadas unas de otras.

Finalmente merece resaltar lo dispuesto sobre la tramitación autónoma de las medidas preventivas (medidas cautelares entre nosotros); sobre el particular se dispone que “Ni la articulación sobre estas medidas, ni la que origine la reclamación de terceros, suspenderán el curso de la demanda principal, a la cual se agregará el cuaderno separado de aquéllas, cuando se hayan terminado.” (art. 604).

TERCERA PARTE

RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN EMPÍRICA

TÉCNICA DE ACOPIO:

La recopilación de los datos, según opinión de los metodológicos consiste en la aprehensión de determinados objetos, hechos o fenómenos jurídicos, mediante al utilización de los mecanismos de la percepción o sensación, como son la observación estructurada, las entrevistas, los cuestionarios, los test mentales, el análisis de contenido de documentos, etc. La capacitación de datos, obviamente requiere la aplicación y manejo de métodos y técnicas de recopilación de datos adecuados a cada problema o tema.

Evidentemente que las técnicas para el acopio son elegidas en función del problema y de la muestra o población sujeta a estudio y medición. Por ello, y teniendo en consideración que el problema planteado en la presente tesis tiene que ver con la relación existente entre las medidas cautelares y la contracautela en los juzgados Civiles de la Corte Superior del cono norte, en el año 1998, este objetivo pudo lograrse sólo a partir de la revisión de expedientes judiciales concluidos, correspondientes al año en mención.

Por consiguiente, la técnica de acopio pertinente y utilizada por ello en la presente investigación fue "la técnica de recopilación documental" la misma que por la fuente informativa, en esta investigación tiene naturaleza estatal o pública, propiamente se trata de una recopilación documental jurisdiccional.

Se eligió y utilizó la recopilación documental como técnica de acopio de datos por al naturaleza de investigación pues se trata de un fenómeno socio-jurídico. La aplicación de esta técnica nos ha permitido encontrar determinadas explicaciones a la correlación cautela-contracautela, y elaborar determinadas

conclusiones luego de la respectiva contrastación con las hipótesis planteadas.

Ciertamente para el acopio y levantamiento de la información se ha utilizado además la técnica de la observación que es una técnica complementaria y consustancial a la recopilación documental.

Con el propósito de viabilizar el acopio de datos de los expedientes judiciales, correspondientes a procesos civiles con medida cautelar y contracautela se ha utilizado una hoja de trabajo, con los correspondientes datos vinculados a las variables o indicadores sujetos a medición. A continuación transcribimos la hoja de trabajo en referencia.

HOJA DE TRABAJO UTILIZADA PARA EL ACOPIO DE DATOS

I. INFORMACIÓN PRELIMINAR:

- 1) Juzgado.....
- 2) Expedientes.....
- 3) Fecha de inicio
- 4) Fecha de culminación
- 5) Solicitante:
P.Natural... P. Jurídica...
- 6) Proc. cautelado:
Proceso de conocimiento
- Proceso abreviado.....
- Proceso sumarísimo.....

II. DATOS JURISDICCIONALES

1. De la demanda cautelar

- a) Forma:
- Embargo.....
 - Depósito.....
 - Inscripción.....
 - Retención.....
 - Intervención.....
 - Recaudación.....
 - Información.....
 - Administración.....

 - Secuestro.....
 - Conservativo.....
 - Judicial.....
 - Med. Temp. sobre fondo
 - Med. Innovativa.....
 - Med, de no innovar
- b) Bienes sobre los que recae la medida :
- Muebles.....
 - Inmuebles.....
- c) Monto.....
- d) Organó de auxilio.....
- e) Contracautela:
- Clases:
- Caución juratoria.....
 - Fianza.....
 - Otras.....
- Monto.....
- Ejecución.....

2. De la decisión cautelar:

- Fecha de expedición.....
- Forma de admisión.....
- Conforme al petitorio.....
- Diferente al petitorio.....
- Sobre la medida.....
- Sobre el monto.....
- Sobre los bienes.....
- Sobre la contracautela.....
- sobre el órgano de auxilio.....

3. De la ejecución:

- Fecha de ejecución.....
- Apelación.....
- Confirmación del auto cautelar.....
- Revocación del auto cautelar.....
- Variación.....
- Información complementaria.....

PROCESAMIENTO DE LA INFORMACIÓN.

En la parte de la investigación corresponde realizar la primera actividad tamizadora o selectiva de los datos recogidos, agrupándolos de acuerdo con las variables e indicadores sujetos a medición para luego ser analizados e interpretados y finalmente contrastados con la hipótesis formuladas.

Nuestro universo investigador está centralizado en los procesos cautelares y sus correspondientes medidas cautelares y contracautelares, a cargo de los juzgados civiles de la Corte Superior de Justicia del Cono Norte de Lima, en el año 1998 y únicamente respecto a aquellos procesos cautelares iniciados después del proceso cautelado, llamado también proceso principal.

I. DATOS GENERICOS:**CUADRO N° 1: Cantidad y valor porcentual de procesos cautelares en general.**

AÑO	TOTAL:	P. CAUTELARES	VALOR PORC.
1998:	5802	877	15%

Podemos observar y establecer que en el año 1998 de un total de 5802 procesos iniciados, 877 correspondieron a procesos cautelares, cantidad que equivale al 15% del total.

La variable tomada en cuenta para efectos de medición es “proceso cautelar” ver sus procesos cautelados (procesos principales según el CPC). La variable dependiente de ésta es la oportunidad en la que se inicia el proceso cautelar, variable que será mostrada en el cuadro siguiente:

CUADRO N°2: Cantidad y porcentaje de medidas cautelares según su oportunidad.

AÑO	MC/FP	MC/DP	OTROS	TOT.
1998	145(19.8%)	732(80.2%)	4925	5802

La variable tomada en cuenta es la oportunidad en la que se inicia el proceso cautelar. Sus indicadores son la anterioridad y la posterioridad: es decir antes (MC/FP) o después de iniciado el proceso cautelado (MC/DP).

Se desprende de este cuadro que las medidas cautelares dictadas antes del proceso principal (conocidas indebidamente como medidas cautelares fuera del proceso) representan el 19.8% del total de medidas cautelares. Las medidas cautelares dictadas luego de iniciado el proceso principal (también identificadas como medidas cautelares dentro del proceso) representan el 80.2% del total correspondientes al año judicial 1998.

Los cuadros que mostramos en esta primera parte nos permiten tener una idea aproximada sobre la carga procesal en los juzgados del Cono Norte y la incidencia de procesos cautelares conforme a las variables independientes tomadas en consideración, sólo como presentación de la información referente a la muestra sometida a examen y análisis.

II. POBLACIÓN Y MUESTRA:

UNIVERSO: 732.

Conforme al plan de tesis, la población o universo de esta investigación está referido a los procesos cautelares tramitados en los juzgados civiles de la Corte Superior del Cono Norte de Lima, en el año judicial 1998: el cuadro N° 1 muestra que fueron 877 los procesos cautelares tramitados en tal periodo.

De acuerdo con el cuadro N° 2 los procesos cautelares iniciados después del proceso principal o proceso cautelado y correspondientes al año 1998 con 732; de este total o universal nuestra muestra asciende a 90 expedientes (noventa procesos cautelares), cuyos datos recogidos serán examinados y analizados en la parte correspondiente.

Los datos recogidos y procesados de acuerdo con las variables e indicadores sometidos a medición nos permiten elaborar los cuadros y

diseños que presentamos a continuación para luego poder efectuar el análisis e interpretación de datos que contrastados con las hipótesis formuladas nos permitirán elaborar las conclusiones de ser el caso, recomendaciones pertinentes.

Se ha presentado los datos generales de los procesos tramitados en los Juzgados Civiles del Cono Norte con la finalidad de determinar la calidad de la muestra y su nivel de confiabilidad.

MUESTRA: 90

De total de procesos cautelares iniciados simultánea o sucesivamente al proceso cautelado o proceso principal hemos tomado como muestra 90 expedientes (procesos cautelados) por considerar que es un número que reviste confiabilidad y permite elaborar conclusiones válidas tal como lo demostramos en la parte correspondiente. Reiteramos que nuestro universo no incluya a los procesos cautelares iniciados antes de iniciarse el proceso principal

III. VARIABLES E INDICADORES:

A) VARIABLE INDEPENDIENTE N°1

“Postulación de la medida cautelar”

INDICADORES:

- 1) Clase de medida cautelar.
- 2) Proceso cautelado.
- 3) Pretensión cautelada.

Subindicadores del indicador 1:

- 1) Clases de embargo.
- 2) Clases de secuestro.

B) VARIABLE INDEPENDIENTE N°2

“Decisión cautelar”

INDICADORES:

- 1) Admisión o rechazo de la medida cautelar.
- 2) Medida cautelar y exoneración de contracautela.

C) VARIABLE INDEPENDIENTE N°3

“La contracautela”

INDICADORES:

- 1) Clase
- 2) Contracautela ofrecida y decisión judicial.

D) VARIABLE INDEPENDIENTE N°4

“Variación de la medida cautelar ejecutada”

INDICADOR

“Tipo de variación”

IV. TABULACION

A) VARIABLE INDEPENDIENTE N° 1

“Postulación de las medidas cautelares”

INDICADOR 1: “ Clase de medidas cautelares”

Cuadro N° 3

MEDIDA	CANTIDAD	PORCENTAJE
EMBARGO	50	55.5
SECUESTRO	38	42.2
ANOTACIÓN DE DEMANDA	2	2.3

Sub –indicador 1: “Clase de embargo”**Cuadro N° 3A**

CLASE	CANTIDAD	% PARCIAL	% TOTAL
EFInsc	30	60	33.3
EFD	14	28	15.5
EFInterR	4	8	4.4
EFR	2	4	2.3

Codificación:

Embargo en forma de...

Inscripción (EFInsc)

Depósito (EFD)

Intervención en recaudación (EFInterR)}

Retención (EFR)

Subindicador 2: “Clase de Secuestro”**Cuadro N° 3B**

CLASE	CANTIDAD	PORCENTAJE
CONSERVATIVO	38	42.2
JUDICIAL	0	0.0

INDICADOR 2: “Proceso Cautelado”**Cuadro N° 4**

PROCESO CAUTELADO	CANTIDAD	PORCENTAJE
PROCESOS DE EJECUCIÓN		
Proceso ejecutivo	84	93.3
Proc de ejecuc de Gar.	0	00.0
Proc de ejecuc de Res.	0	00.0
PROCESOS DE COGNICIÓN		
Proceso abreviado	4	4.4
Proceso de conocimiento	2	2.3
Proceso sumarísimo	0	0.0

INDICADOR 3: “Pretensión Cautelada”**Cuadro N° 5**

TIPO PRETENSIÓN	CANTIDAD	PORCENTAJE
Obligación de dar suma de dinero	83	92.2
Obligación de hacer	7	7.8
Obligación de no hacer	0	0.0
Otras pretensiones	0	0.0

B) VARIABLE INDEPENDIENTE N° 2**“La decisión cautelar”****INDICADOR 1: “Tipo de decisión cautelar”****Cuadro N° 6**

DECISIÓN CAUTELAR	CANTIDAD	PORCENTAJE
ADMITIDAS:		
CON MODIFICACION		
En el monto (-)	42	47
En los bienes	1	1
SIN MODIFICACIÓN	32	35
RECHAZADAS	15	17

INDICADOR 2: “Relación entre la medida cautelar y la contracautelar”**Cuadro N° 6**

DECISIÓN CAUTELAR	CANTIDAD	PORCENTAJE
CON CONTRACAUTELA	62	83
SIN CONTRACAUTELA		
Por sentencia favorable	11	14
Por ser institución Pública	2	3
Por auxilio judicial	0	0

C) VARIABLE DEPENDIENTE:**“ La Contracautela”****INDICADOR 1: “Clase de contracautela”****Cuadro N° 8**

CLASE	CANTIDAD	PORCENTAJE
PERSONAL		
Caución juratoria	61	98
Fianza	1	2
REAL		
Prenda	0	0
Hipoteca	0	0

INDICADOR 2: “La relación entre la contracautela ofrecida y la contracautela ordenada”**Cuadro N° 9**

CLASE	CANTIDAD	PORCENTAJE
SIN MODIFICACIÓN	26	42
CON MODIFICACION		
En el monto (-)	353	56.4
En el monto (+)	1	1.6
En los bienes	0	
En la medida	0	

D) VARIABLE INDEPENDIENTE N° 3:
“Variación de la medida cautelar ejecutada”

INDICADOR:

Tipo de variación

Cuadro N°10

TIPO DE VARIACIÓN	CANTIDAD	PORCENTAJE
CON VARIACIÓN	10	13
De secC a EFD	2	
De SecC a EFInsc	4	
De EFInterR a SecC	2	
De EFInsc a secC	2	
SIN VARIACION	65	87

Codificación:

Secuestro conservativo	=Secc
Embargo en forma de depósito	=EFD
Embargo en forma de Inscripción	=EFInsc
Embargo en forma de intervención	=EFInterR

ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE DATOS

Información Introductoria:

Si bien la población y muestra considerados en la presente investigación son los procesos cautelares correspondientes al año 1998 tramitados en los juzgados Civiles del Cono Norte, por razones de información preliminar y con la finalidad de determinar nuestro universo y muestra tuvimos que recabar información sobre la totalidad de procesos civiles tramitados en el mencionado año. Entre los procesos contenciosos y no contenciosos.

En la investigación no hemos considerado como variable sujeta a medición, la oportunidad de postulación de la medida cautelar, es decir, antes o después de iniciado el proceso principal; sin embargo en esta parte introductoria y preliminar presentamos la discriminación entre las medidas cautelares postuladas en uno y otro caso.

Luego de efectuar la precisión respectiva, estaremos en condiciones de determinar cual es nuestra población subexamen que no son otros que los procesos cautelares (y por ende las medidas cautelares) iniciados y obtenidos luego de iniciado el proceso cautelado.

El cuadro que a continuación presentamos nos permite observar todas las variables mencionadas de las cuales sólo interesa una para los fines de esta investigación.

CUADRO N° 1:

Cantidad y valor porcentual de procesos cautelares en general .

AÑO	TOTAL	P. CAUTELARES	VALOR PORC.
1998	5802	877	15

Podemos observar y establecer que en el año 1998 de un total de 5802 procesos iniciados, 877 correspondieron a procesos cautelares, cantidad que equivale al 15% del total

Las variables consideradas son únicamente otros procesos versus procesos cautelares. Los indicadores de esta última variable que se ha considerado son medidas cautelares dictadas fuera del proceso cautelado o principal y medidas dictadas luego de iniciado dicho proceso. Esta precisión será mostrada en el cuadro siguiente:

CUADRO N° 2:

CANTIDAD Y PORCENTAJE DE MEDIDAS CAUTELARES SEGÚN SU OPORTUNIDAD.

AÑO	MC/FP	MC/DP	OTROS	TOT
1998	145 (19.8%)	732(80.2%)	4925	5802

Se desprende de este cuadro que las medidas cautelares dictadas antes del proceso principal (conocidas indebidamente como medidas cautelares fuera del proceso) representan el 19.8% del total de medidas cautelares. Las medidas cautelares dictadas luego de iniciado el proceso principal (también identificadas como medidas cautelares dentro del proceso) representan el 80.2% del total correspondiente al año judicial 1998.

Los cuadros que mostramos en esta primera parte nos permite tener una idea aproximada sobre la carga procesal en los juzgados del Cono Norte y la incidencia de procesos cautelares conforme a las variables

independientes tomadas en consideración, sólo como presentación de la información referente a la muestra sometida a examen y análisis.

POBLACION Y MUESTRA:

UNIVERSO: 732

De acuerdo con el plan de tesis, nuestra población o universo está referido a los procesos cautelares iniciados en los juzgados de la Cortes Superiores del Cono Norte de Lima, en año judicial 1998, no obstante haber recogido información documental correspondiente tanto a los años 1998 y 1999 sólo nos limitamos al año 1998, por haber sido el universo propuesto en el plan.

Del total de procesos cautelares iniciados el año 1998, por razones de operatividad sólo hemos tomado en cuenta aquellos procesos cautelares iniciados luego del proceso principal o cautelado. Es decir, no consideramos a las medidas cautelares dictadas "Fuera del Proceso"

MUESTRA: 90

De acuerdo con el Cuadro N° 3 los procesos cautelares iniciados después del proceso principal o proceso cautelado y correspondientes al año 1998 son 732; de este total o universo nuestra muestra asciende a 90 expedientes (noventa procesos cautelares), cuyos datos recogidos serán examinados y analizados en la parte correspondiente.

Los datos recogidos y procesados de acuerdo con las variables e indicadores sometidos a medición nos permiten elaborar los cuadros y diseños que presentamos a continuación para luego poder efectuar el análisis e

interpretación de datos que contrastados con las hipótesis formuladas nos permitirán elaborar las conclusiones y recomendaciones pertinentes.

VARIABLES INDEPENDIENTES N° 1

“Postulación de medidas cautelares”

La variable independiente “postulación de medidas cautelares” es estudiada y medida a través de sus expresiones más connotativas que en este caso están constituidas por la clase de medidas cautelares que son solicitadas por los demandantes y por los procesos y pretensiones a los cuales pretende cautelar o garantizar.

La medición de esta variable independiente debe referirse a la naturaleza del proceso cautelado y a la pretensión que se pretende asegurar o garantizar. Ello obliga a efectuar también la medición de este aspecto importante de la variable sometida a examen.

Pasemos a examinar, analizar e interpretar los resultados obtenidos:

INDICADORES:

A “Clase de medidas cautelares”

CUADRO N° 3

MEDIDA	CANTIDAD	PORCENTAJE
EMBARGO	50	55.5
SECUESTRO	38	42.2
ANOTACIÓN DE DEMANDA	2	2.3

Los resultados demuestran que las medidas cautelares solicitadas pertenecen a un mismo grupo de medidas cautelares: todas son medidas cautelares para futura ejecución forzada.

Destaca entre las tres el embargo con un 55.5% del total de la muestra seguida por el secuestro con considerable 42.2% y en último orden figura anotación de demanda con un mínimo porcentaje equivalente al 2.3% del total.

Se observa igualmente que entre el embargo y el secuestro, ambos representan el 97.7% del total de la muestra, resultados que permite sostener que las medidas cautelares postuladas por los demandantes son las más extremas en su género.

Como sabemos estas medidas cautelares se relacionan fundamentalmente con lo procesos de ejecución, y en particular con los procesos ejecutivo y proceso de ejecución de resoluciones judiciales.

Advertimos finalmente que el indicador tomado en cuenta es la clase de medida cautelar solicita, independiente de la resolución que sobre ellas hubiera recaído. La medición de este indicador no considera la decisión, ni la ejecución de la medida puesto que estos indicadores serán analizados en los cuadros siguientes.

A1) Clase de embargo solicitado.

CUADRO 3A

CLASE	CANTIDAD	PORC. PARC	PORC. TOTAL
EFInsc	30	60	33.3
EFD	14	28	15.5
EFInterR	4	8	4.4
EFR	2	4	2.3

Codificación:

Embargo en forma de...

Inscripción (EFInsc)

Depósito (EFD)

Intervención en recaudación (EFInterR)

Retención (EFR)

Este cuadro muestra que entre los embargos solicitados prevalece el embargo en forma de inscripción cuyo porcentaje entre los demás embargos equivale al 60% y representa el 33.3% del total muestral. Puede decirse, a partir de tal constatación que las medidas cautelares están dirigidas predominantemente contra bienes inscritos.

El embargo en forma de depósito ocupa el segundo lugar con un considerable 28% entre las demás formas de embargo que al mismo tiempo representa el 15.5% del total de medidas cautelares solicitadas.

El embargo en forma de intervención en recaudación está en un tercer lugar, muy alejado de las dos formas anteriores y en último lugar figura el embargo en forma de retención, con un 8% y 4% respectivamente entre las medidas de su género; entre ambos equivalen al 6.7% del total muestral; no habiéndose registrado ninguno en forma de administración, ni en forma de intervención en información.

Los datos sometidos a medición en este caso son indicadores menores o subindicadores del indicador central que en este caso es el tipo o clase de medida cautelares.

A2) CLASE DE SECUESTRO SOLICITADO**CUADRO 3B**

CLASE	CANTIDAD	PORCENTAJE
CONSERVATIVO	38	42.2
JUDICIAL	0	0

Conforme el marco teórico desarrollado y el propio tratamiento normativo, el secuestro puede ser judicial o conservativo. En el presente caso el 100% de secuestros, re representa el 42.2% del total muestral, tiene carácter conservativo: no se ha registrado un solo caso de secuestro judicial.

B. Proceso cautelado.**CUADRO 4°**

PROCESO CAUTELADO	CANTIDAD	PORCENTAJE
PROCESOS DE EJECUCIÓN		
Proceso ejecutivo.	84	93.3
Proc. de ejecución de Gar	0	00.0
Proc. de ejecuc. De Res.	0	00.0
PROCESOS DE COGNICION		
Proceso abreviado	4	4.4
Proceso de conocimiento	2	2.3
Proceso sumarísimo	0	0.0

El indicador considerado en este cuadro es el tipo de proceso cautelado vinculado al proceso cautelar. A su vez este indicador presenta subindicadores referidos propiamente a las especies procesales.

Según el principio de universalidad de aplicación, las medidas cautelares sirven por igual tanto a los procesos contenciosos como no contenciosos; a los procesos de cognición o a los de ejecución.

Además del tipo de proceso cautelado (llamado de modo indebido “proceso principal”) interesa saber el núcleo de la pretensión garantizada, todo lo cual ha sido debidamente previsto para el recojo de datos.

El cuadro nos permite afirmar que el 93.3% de medidas cautelares solicitadas han sido demandadas para garantizar pretensiones tramitadas a través de proceso ejecutivo. El 6.7% corresponde a procesos de cognición abreviada y extensa: en efecto el cuadro muestra que este porcentaje reducido corresponde a procesos abreviados 4.4% y proceso de conocimiento 2.2%.

C. Pretensión cautelada.

CUADRO 5.

TIPO PRETENSION	CANTIDAD	PORCENTAJE
Oblig. dar suma de dinero	83	92.2
Oblig. de hacer	7	7.8
Oblig. de no hacer	0	0.0
Otras pretensiones	0	0.0

La lectura de estos resultados nos permite sostener que las demandas cautelares tiene como propósito garantizar la ejecución de obligaciones de dar suma de dinero, puesto que el 92.2% del total muestral es un dato porcentual determinante. Muy distante del porcentaje correspondiente a las obligaciones de dar sumas de dinero tenemos a las obligaciones de hacer con un 7.8% de la muestra. No se ha registrado demandas cautelares para garantizar obligaciones de no hacer y otras pretensiones.

Por información doctrinaria y exegética sabemos que las obligaciones de dar sumas de dinero, son pretensiones cuya tramitación no es exclusiva de los procesos de ejecución, pueden también ser tramitadas mediante procesos de cognición.

Si comparamos los cuadros 5 y 6, observamos que los procesos ejecutivos y las obligaciones de dar sumas de dinero superan el 90% del total muestra.

Finalmente, en este cuadro sólo un 7.8% tiene como presión cautelada obligaciones de hacer; no registra pretensiones sobre obligaciones de no hacer.

VARIABLE INDEPENDIENTE N° 2

“La decisión cautelar”

Esta es una variable cuya independencia está determinada por la autonomía que la ley otorga el juez para admitir o rechazar la medida cautelar postulada. No obstante puede admitirse su interdependencia con la primera variable independiente puesto toda medida cautelar nace a instancia de parte.

INDICADOR:**6) Mutabilidad o inmutabilidad de la medida cautelar solicitada.****CUADRO N° 6**

DECISIÓN CAUTELAR	CANTIDAD	PORCENTAJE
ADMITIDAS:		
CON MODIFICACIÓN	43	48
En el monto (-)	42	47
En los bienes	1	1
SIN MODIFICACIÓN	32	35
RECHAZADAS:	15	17

Este cuadro presenta un porcentaje mayoritario de decisiones cautelares modificatorias de la medida cautelar postulada: el 48% del total muestral de este porcentaje, el 47% indica variación respecto del monto en sentido negativo, es decir, la decisión cautelar siempre es inferior al monto postulado. El 1% de la muestra indica variación respecto de los bienes.

Otro resultado importante es que las decisiones cautelares expedidas conforme a la demanda cautelar postulada representan el 35% de la muestra. Contrastando uno y otro resultado puede afirmarse que los jueces tienden a disponer medidas cautelares en montos interiores a los solicitados por el actor o titular de la medida.

No puede dejar de comentarse otro resultado significativo: el 16% de la muestra corresponde a demandas cautelares rechazadas por razones de inadmisibilidad no subsanadas o por improcedencia.

Del total de la muestra, el 83% de medidas cautelares han sido admitidas. Ahora interesa saber si todas están respaldadas por su correspondiente contracautela.

7) Medidas cautelares y contracautela

CUADRO 7

DECISIÓN CAUTELAR	CANTIDAD	PORCENTAJE
CON CONTRACAUTELA	62	83
SIN CONTRACAUTELA		
Por sentencia favorable	11	14
Por ser Institución Pública	2	3
Por auxilio judicial	0	0

Este cuadro reviste particular importancia por cuanto el indicador considerando es la exoneración que la ley procesal ha establecido para determinados casos, como cuando se solicita medida cautelar luego de obtenerse sentencia favorable en el proceso cautelado o principal, o cuando la demanda cautelar corresponde a una institución pública, o cuando la demandante goza de auxilio judicial

El 17% de la muestra corresponde a medidas cautelares concedidas con exoneración de contracautela, de cuyo porcentaje el 14% corresponde a exoneraciones por sentencia favorable y el 3% a exoneraciones por tratarse de instituciones públicas. Como puede verse el porcentaje de medidas cautelares exoneradas de contracautela es de un peso significativo: 17% de total. No se ha registrado un solo caso de exoneración por auxilio judicial.

Prevalece el número de medidas cautelares respaldadas por su correspondiente contracautela, el cuadro presenta un categórico: 83% del total. En los cuadros siguientes mostraremos y analizaremos la composición de las contracautela.

VARIABLE DEPENDIENTE

“La contracautela”

La contracautela en su condición de variable dependiente tiene como fuente o determinación causal a la medida cautelar solicitada, pero al mismo tiempo debe admitirse su dependencia respecto de la decisión cautelar. En suma, la contracautela interactúa con las dos variables independientes enunciados.

La contracautela para efectos de su medición empírica ha sido dividida a través de sus indicadores más connotativos que en este caso están constituidos por el tipo de contracautela, personal o real y éstas a su vez por sus subindicadores que tratándose de la contracautela personal son la caución juratoria y la fianza y la contracautela real, la prenda y la hipoteca. Además se ha considerado la decisión judicial respecto a la forma postulada y la forma ordenada jurisdiccionalmente.

INDICADORES

1) Clase de contracautela

CUADRO N° 8

CLASE	CANTIDAD	PORCENTAJE
PERSONAL		
Caución juratoria	61	98
Fianza	1	2
Real	0	0
Prenda	0	0

Los datos que este cuadro muestra nos permite elaborar importantes conclusiones preliminares tales como las siguientes:

1. El predominio absoluto de la contracautela de naturaleza personal que representan el 100% de la muestra
2. Dentro de las formas contracautelares de naturaleza personal destaca con un 98% del total muestral la caución juratoria; seguida por un insignificante 2% que corresponde a la fianza.
3. se desprende de la primera afirmación, como es evidente que los demandantes de medidas cautelares no ofrecen contracautela de naturaleza real: n se ha registrado un solo caso respecto de este tipo de contracautela

2) Relación entre contracautela ofrecida y contracautela ordenada judicialmente

CUADRO N° 9

DECISIÓN CAUTELA	CANTIDAD	PORCENTAJE
SIN MODIFICACIÓN	26	42
CON MODIFICACIÓN		
En el monto (-)	35	56.4
En el monto (+)	1	1.6
En los bienes	0	0
En la medida	0	0

En este cuadro la misma variable dependiente (contracautela) es medida a través de dos indicadores: tipo de contracautela ofrecida y tipo de contracautela ordenada judicialmente. Se trata de establecer la relación entre la contracautela que el demandante ofrece y la actitud de la jurisdicción frente a tal petición. Se examina en suma, la actividad jurisdiccional se mide en consecuencia si la decisión cautelar es coincidente con la propuesta

contracautelar o si por el contrario la conducta jurisdiccional tiene a efectuar modificaciones respecto de la contracautela y en qué aspectos.

A partir del cuadro que examinamos podemos formular las conclusiones preliminares siguientes:

- 1) La actitud de los jueces tiende a introducir modificaciones en la contracautela propuesta por el demandante. El 58% de las decisiones contracautelares son modificatorias de la contracautela propuesta por el acto.
- 2) Las modificaciones según los resultados obtenidos están referidos a los montos, sean reducido la cantidad ofrecida o incrementándola: el 56.4% corresponde a la reducción de la suma ofrecida y sólo el 1.6% corresponde a incrementos.

El indicador sobre modificación de la contracautela debe ser contrastado con los resultados mostrados en el Cuadro N° 6. en general la tendencia de los jueces es a reducir el monto de la medida cautelar solicitada y por consiguiente la contracautela admitida como es lógico debe reflejar tal disminución, tal como en efecto se constata en el Cuadro N° 9 que comentamos.

- 3) En el 42% del total de contracautelas ordenadas los jueces han conservado o mantenido la contracautela ofrecida por el actor. Es decir, la decisión contracautelar ha sido expedida sin modificación alguna.

VARIABLE INDEPENDIENTE N° 3

“Variación de la medida cautelar luego de su ejecución “

Esta variable es independiente: su acción es autónoma de las dos variables independientes antes examinadas (medida cautelar solicitada, decisión cautelar). Su dinámica no depende de las dos variables enunciadas puesto que son otras variables las que determinan su acción.

Sin embargo debemos advertir que es variable independiente con relación a las variables que venimos manejando en esta investigación, mas es dependiente respecto de otras variables como por ejemplo el cumplimiento parcial de la obligación garantizada, entre otras que cuya medición no corresponde a este trabajo investigador.

INDICADOR:

“Tipo de variación”

La variación de la medida cautelar luego de ejecutada puede deberse a varios factores, relacionados directamente con la dinámica misma de la ejecución, puesto que puede producirse la reacción positiva del afectado con la medida, y comienza a cumplir con su obligación antes de la ejecución forzada de los bienes afectados, en este caso la drasticidad de la medida es sustituida a pedido del afectado por una medida cautelar de menor rigor. Empero puede suceder lo contrario que habiéndose ejecutado un embargo en forma de inscripción o de depósito, el obligado ejecutado no reacciona positivamente, persistiendo en su conducta renuente y omisiva al cumplimiento del mandato ejecutivo o de ejecución en tal caso procede la variación de la medida sustituyéndola por una de mayor severidad y drasticidad.

CUADRO N° 10

TIPO DE VARIACION	CANTIDAD	PORCENTAJE
CON VARIACIÓN	10	13
De SecC a EFD	2	
De SecC a EFInsc	4	
De EFInterR a SecC	2	
De EFInsc a SecC	2	
SIN VARIACIÓN	65	87

Codificación:

Secuestro conservativo	= SecC
Embargo en forma de depósito	= EFD
Embargo en forma de inscripción	= EFInsc
Embargo en forma de intervención	= EFInterR

Este cuadro permite elaborar la siguiente lectura y conclusiones preliminares:

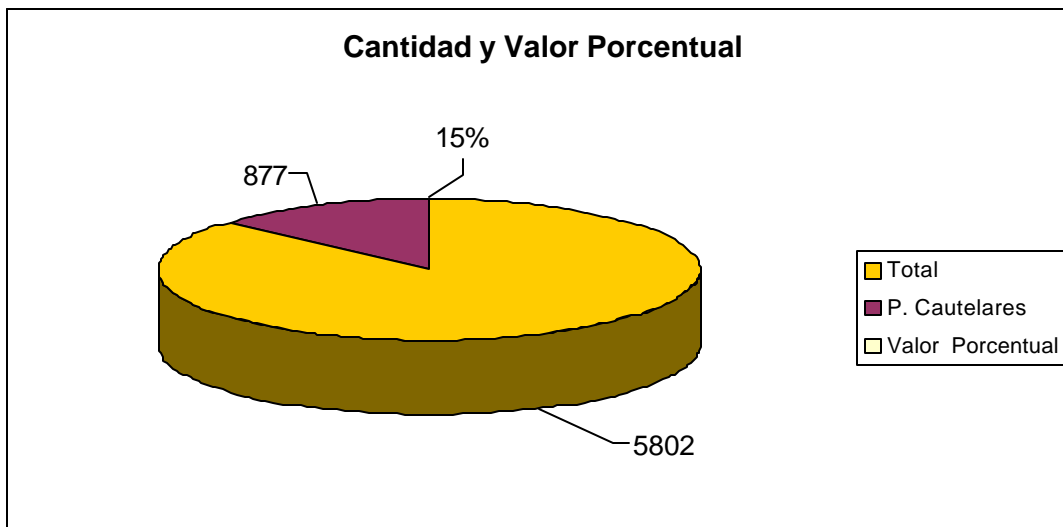
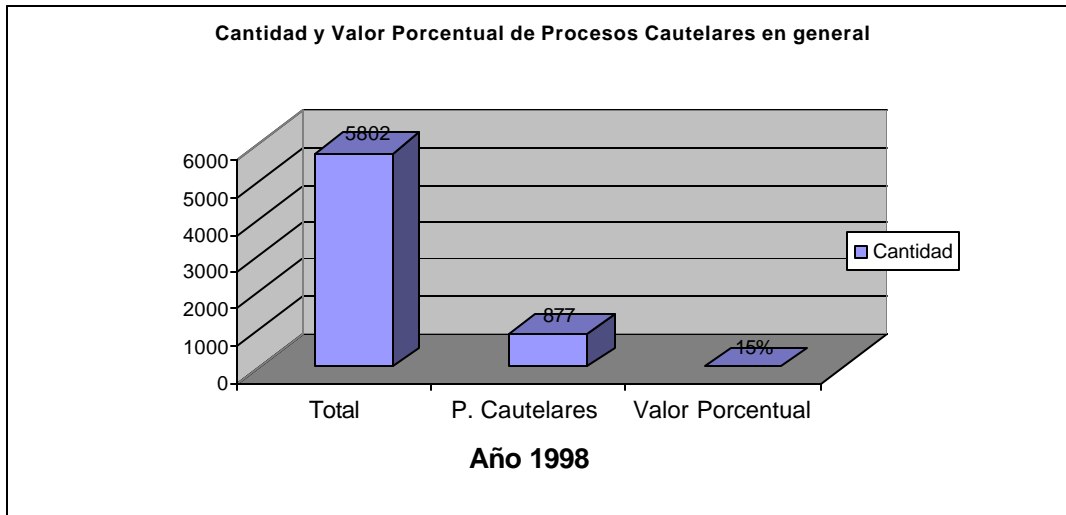
- 1) Del total de medidas cautelares ejecutadas (75) tal como se desprende del cuadro N° 7, sólo diez han experimentado variación luego de haber sido ejecutada, lo cual representa el 13% del total.
- 2) Prevalecen las variaciones de medidas cautelares severas a otras menos drásticas, tal es el caso del secuestro a embargo en forma de inscripción y depósito. Son menores las variaciones experimentadas en sentido contrario.
- 3) Sin embargo, del total de medidas cautelares ejecutadas, el porcentaje mayoritario (87%) no ha experimentado modificación alguna,

es decir han permanecido inmutables. Hecho que no puede pasar inadvertido al momento de elaborar las conclusiones.

DISEÑOS GRAFICO

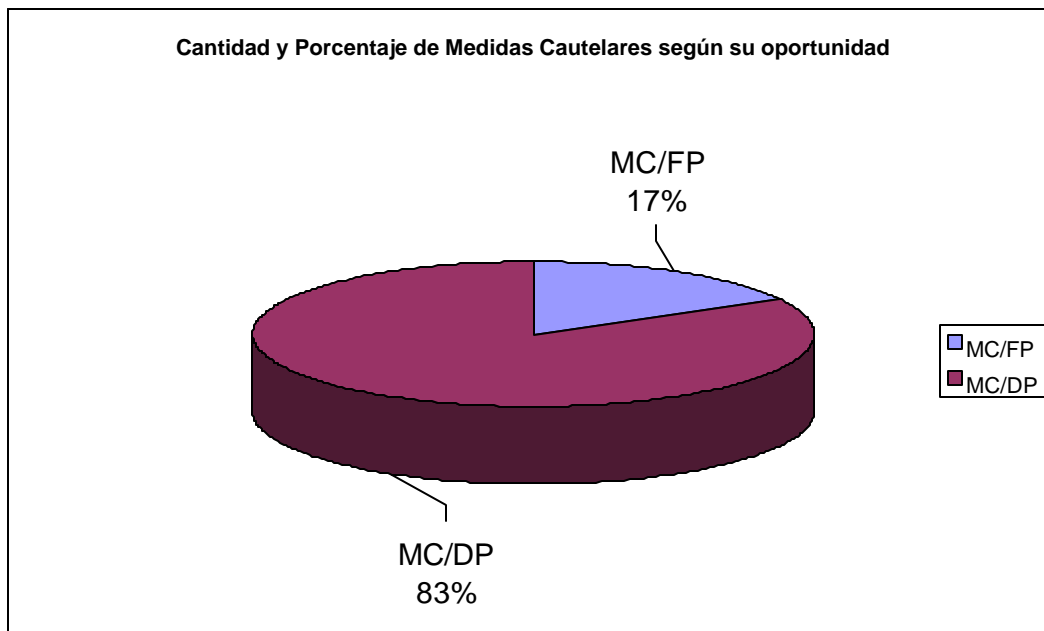
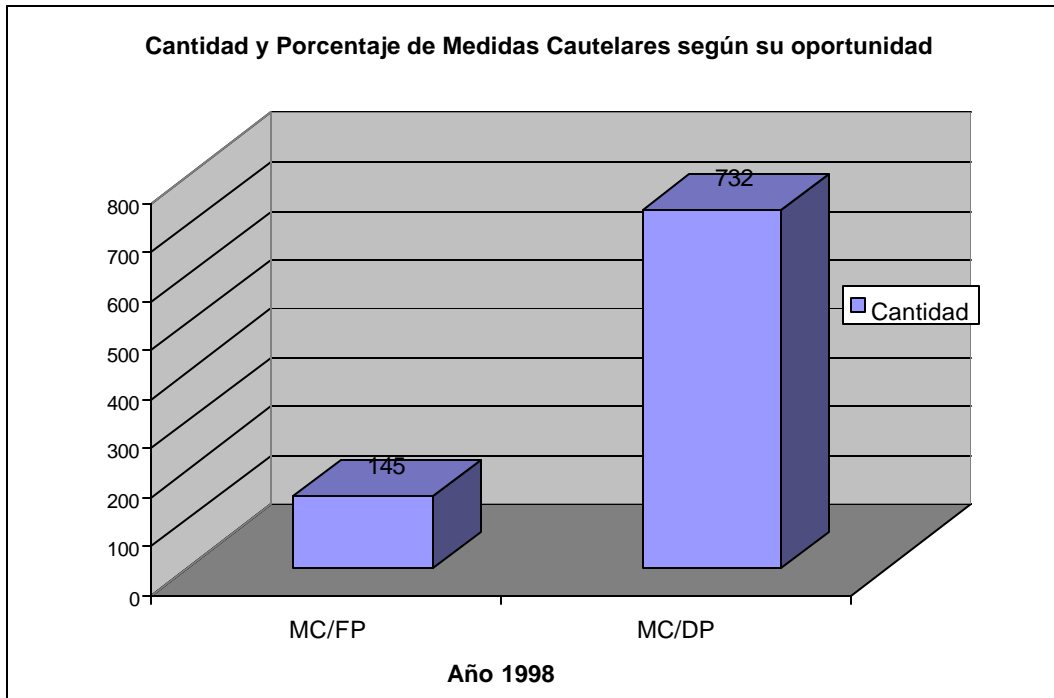
Cuadro N° 1

Total	P. Cautelares	Valor Porcentual
5802	877	15%



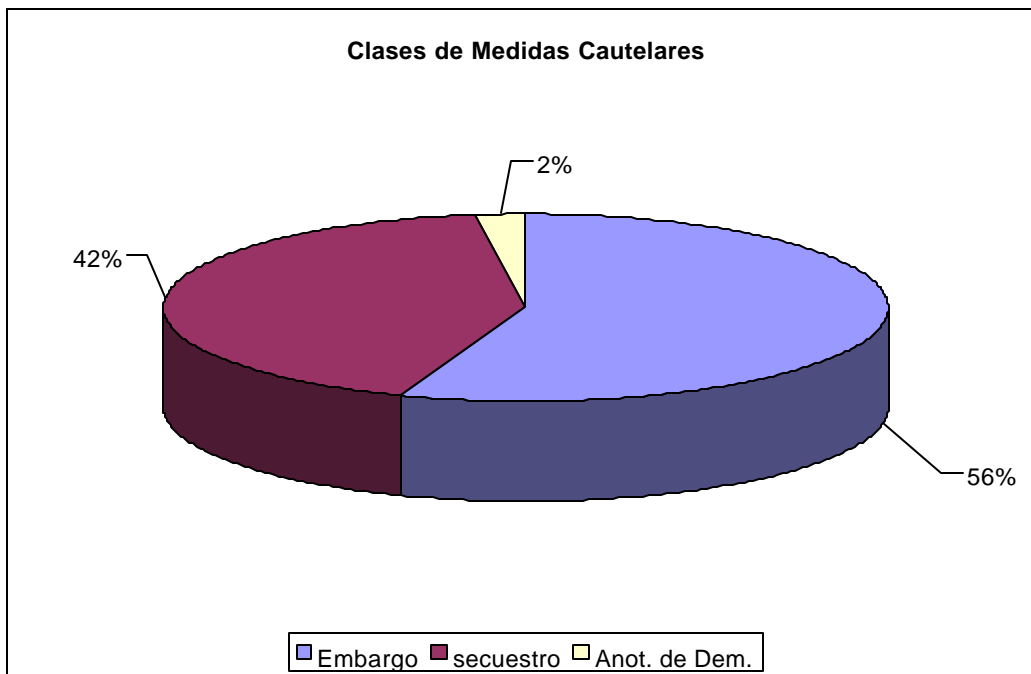
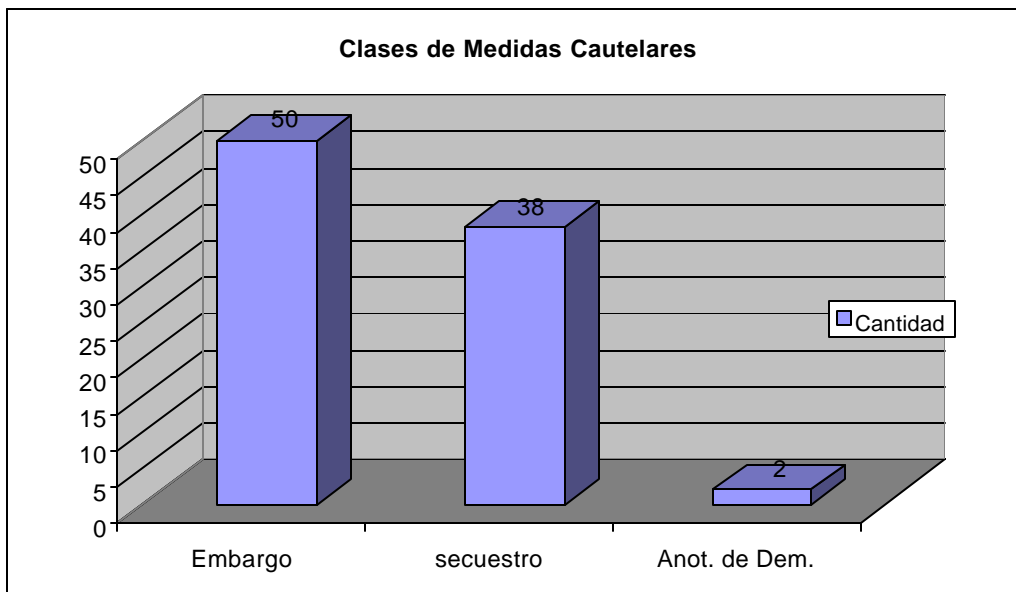
CUADRO N° 2

	MC/FP	MC/DP
Cantidad	145	732



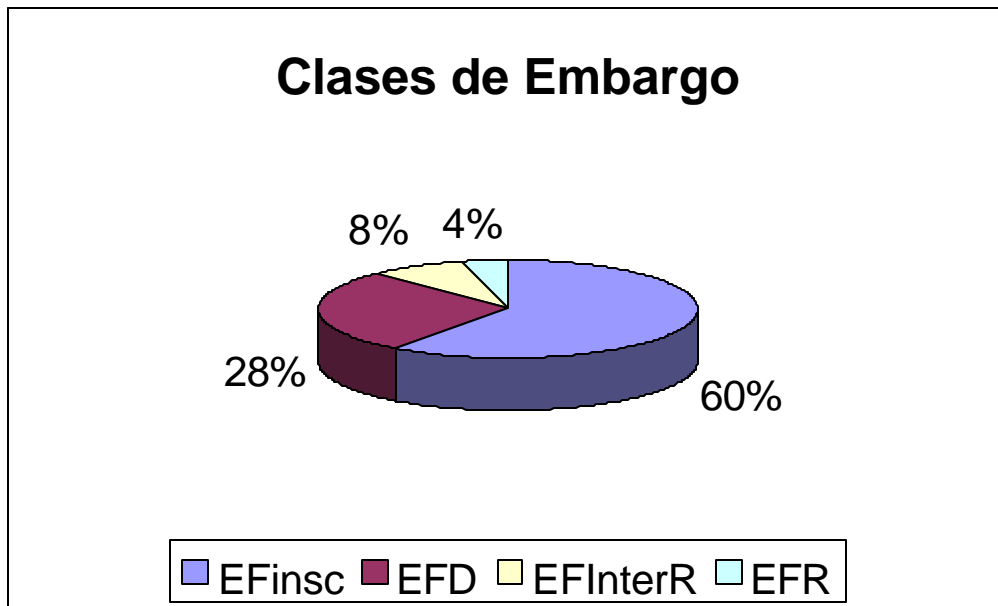
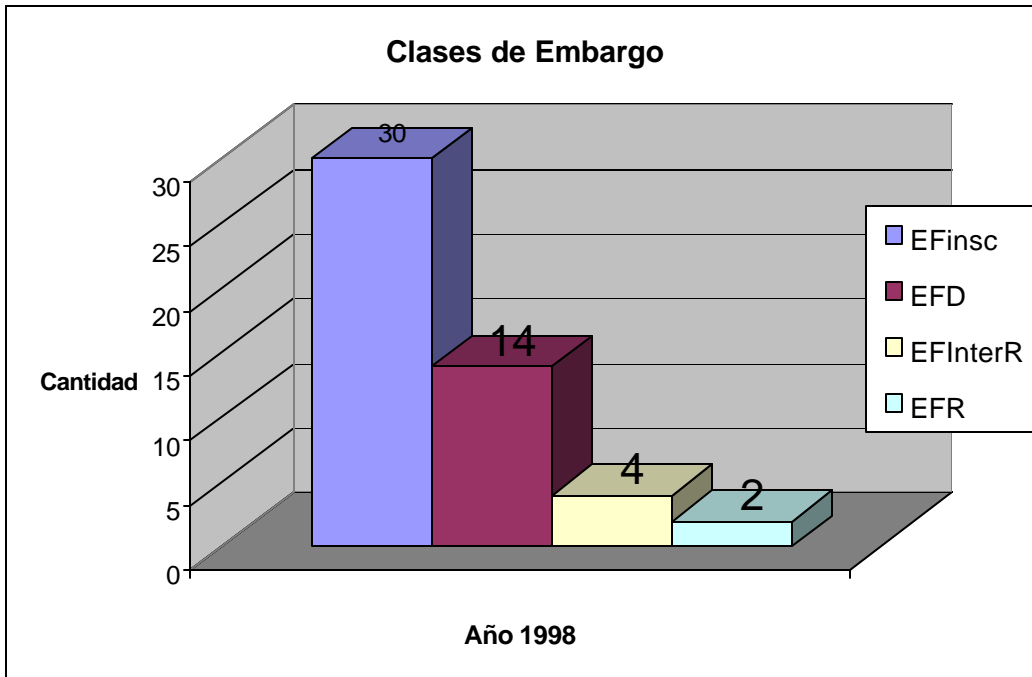
CUADRO N° 3

	Embargo	secuestro	Anot. de Dem.
Cantidad	50	38	2



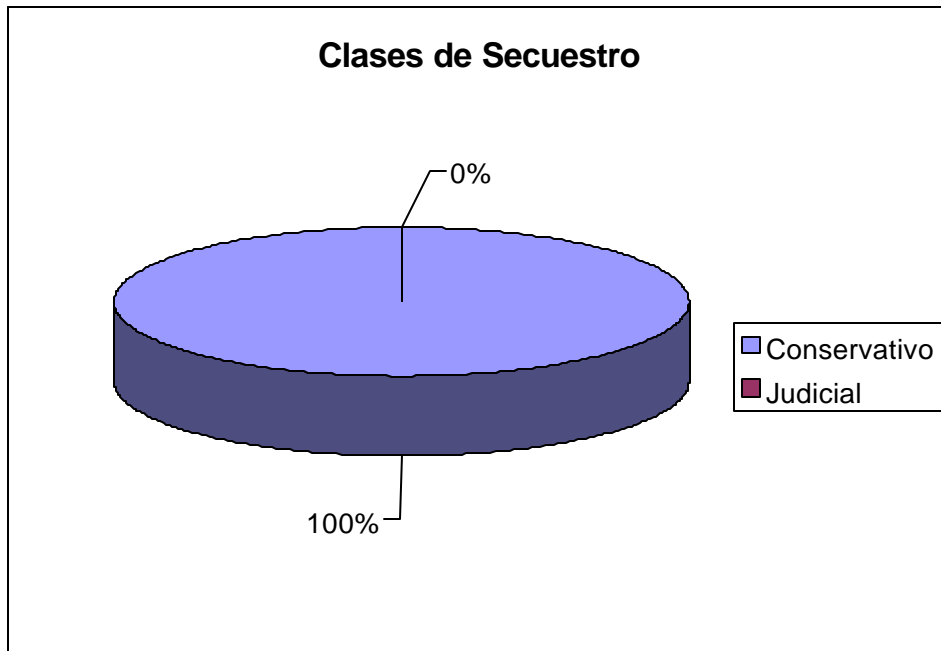
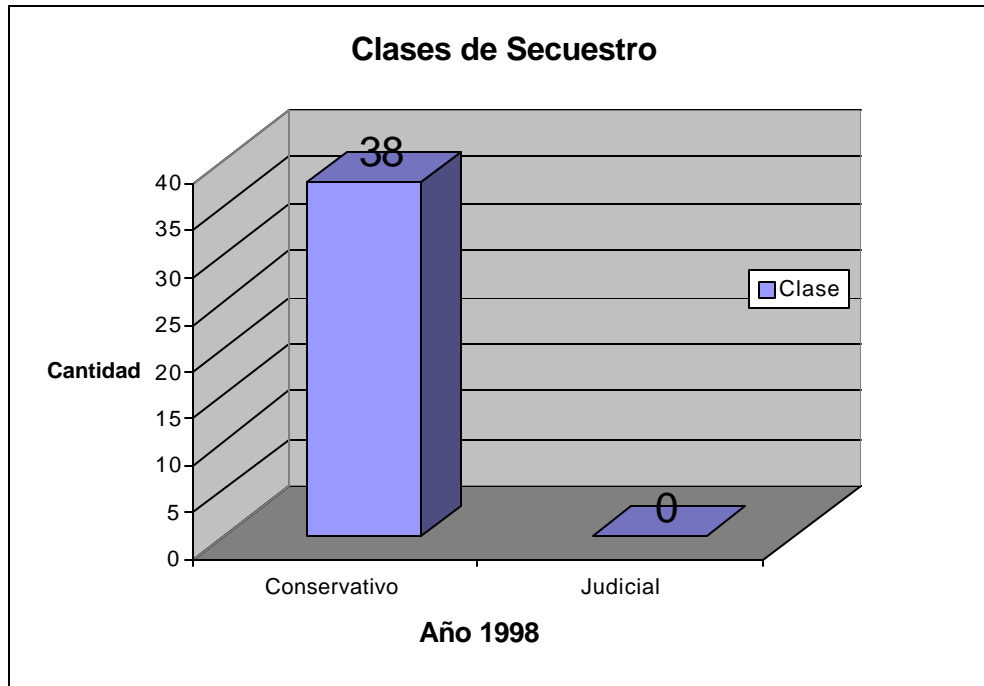
CUADRO N° 3-A

EFInsc	EFD	EFInterR	EFR
30	14	4	2



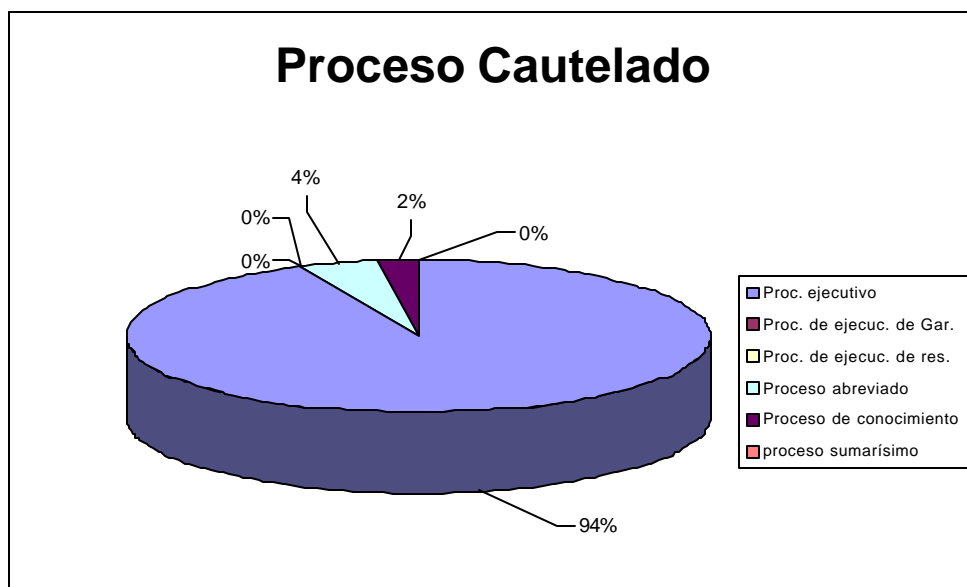
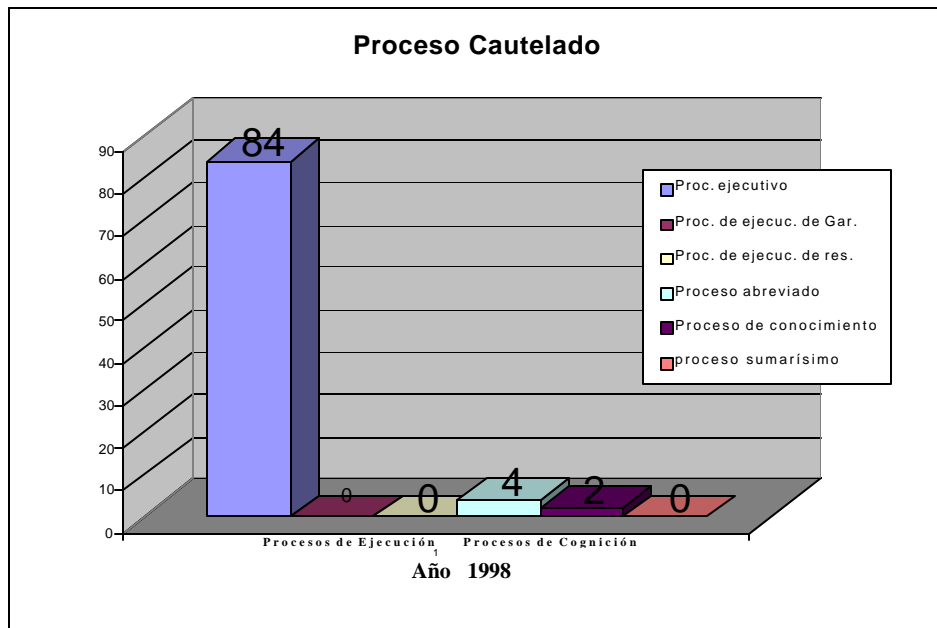
CUADRO N° 3-B

	Conservativo	Judicial
Clase	38	0



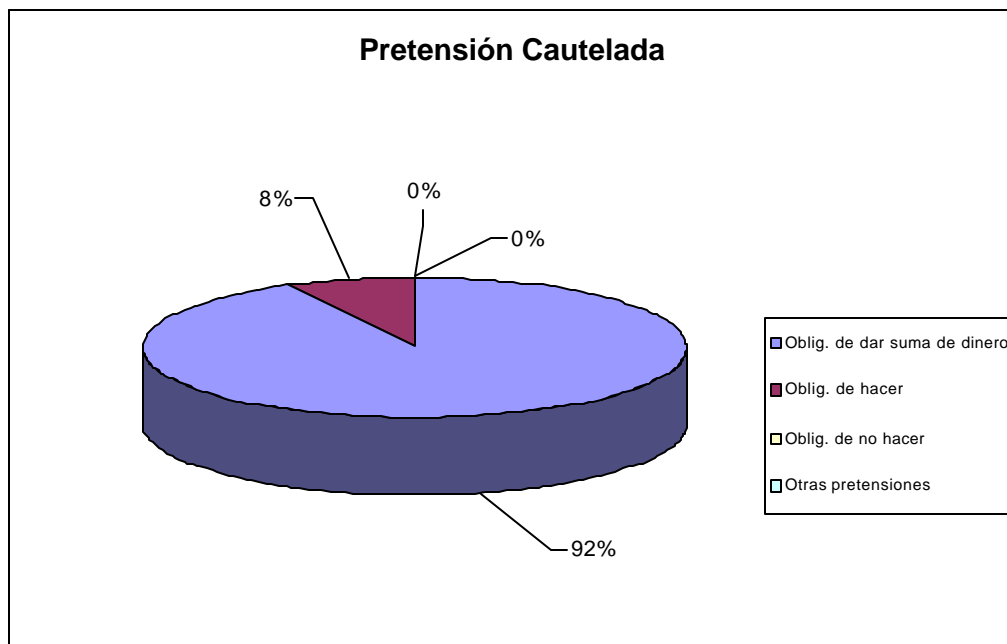
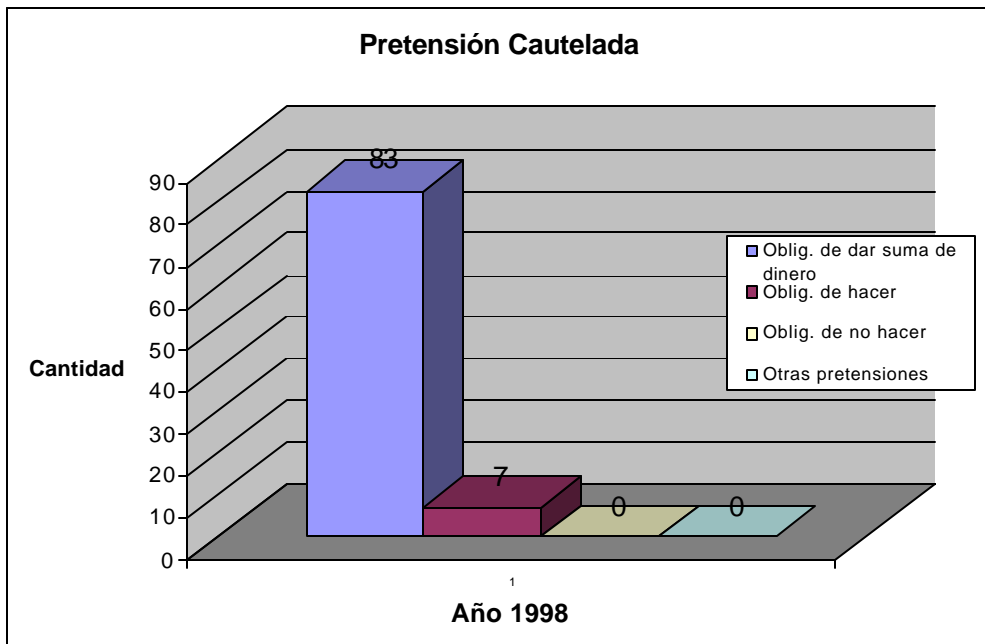
CUADRO N° 4

Proc. ejecutivo	84
Proc. de ejecuc. de Gar.	0
Proc. de ejecuc. de res.	0
Proceso abreviado	4
Proceso de conocimiento	2
proceso sumarísimo	0



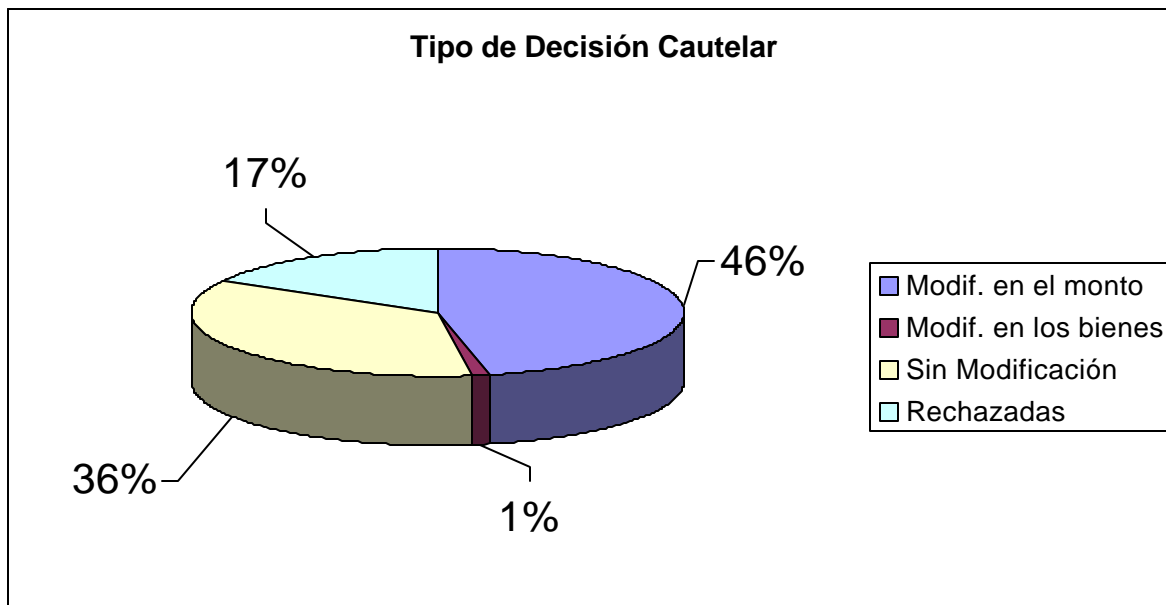
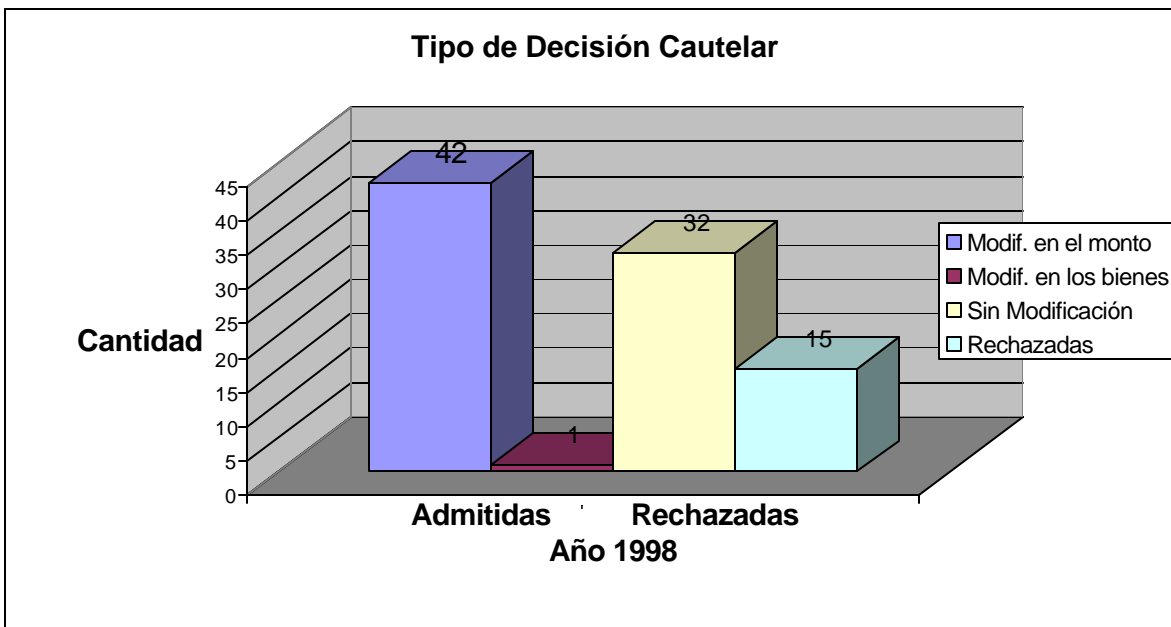
CUADRO N° 5

Oblig. de dar suma de dinero	83
Oblig. de hacer	7
Oblig. de no hacer	0
Otras pretensiones	0



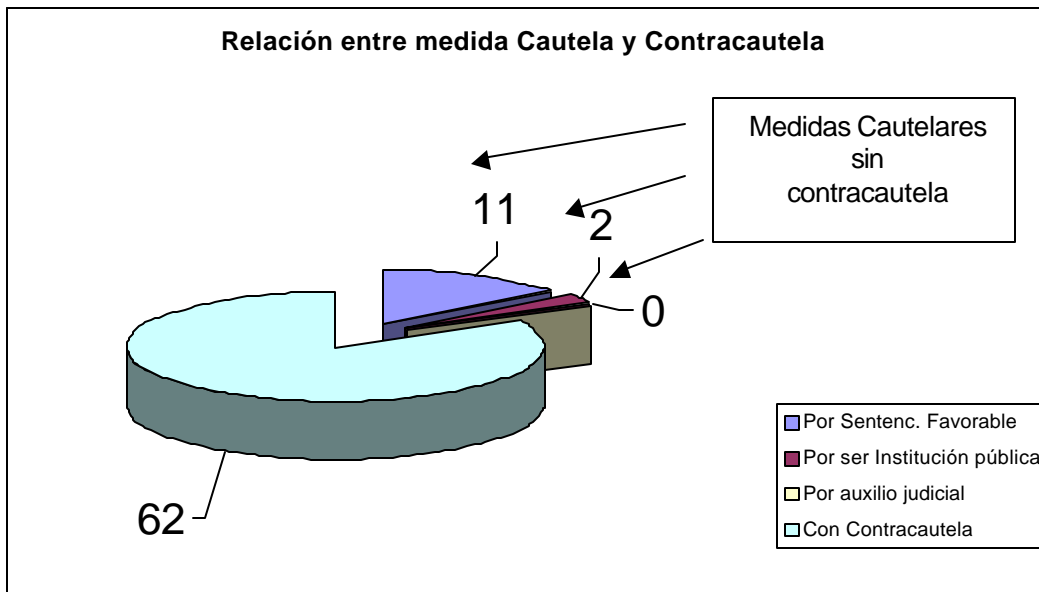
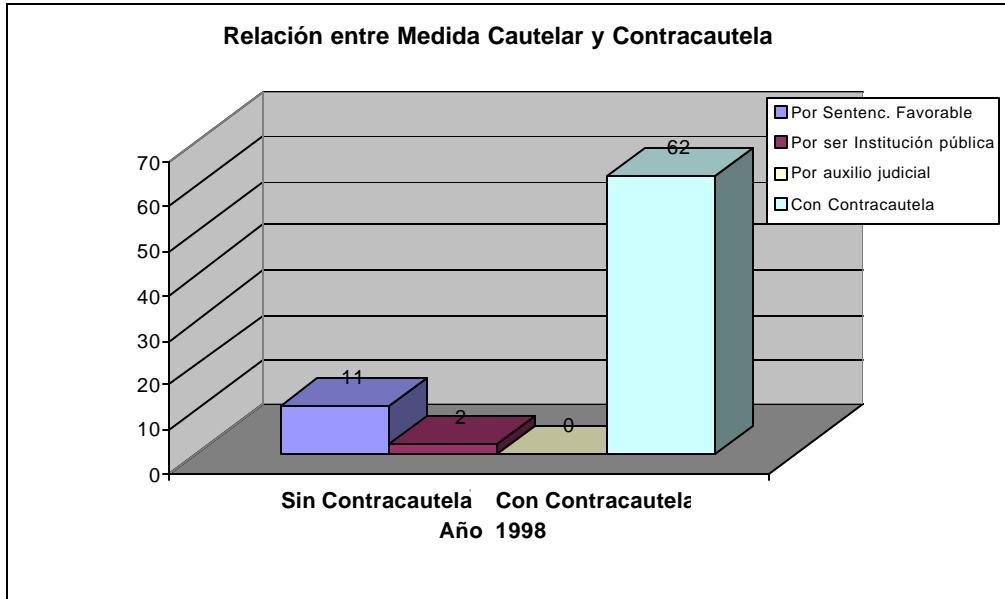
CUADRO N° 6

Con Modificación	
Modif. en el monto	42
Modif. en los bienes	1
Sin Modificación	32
Rechazadas	15



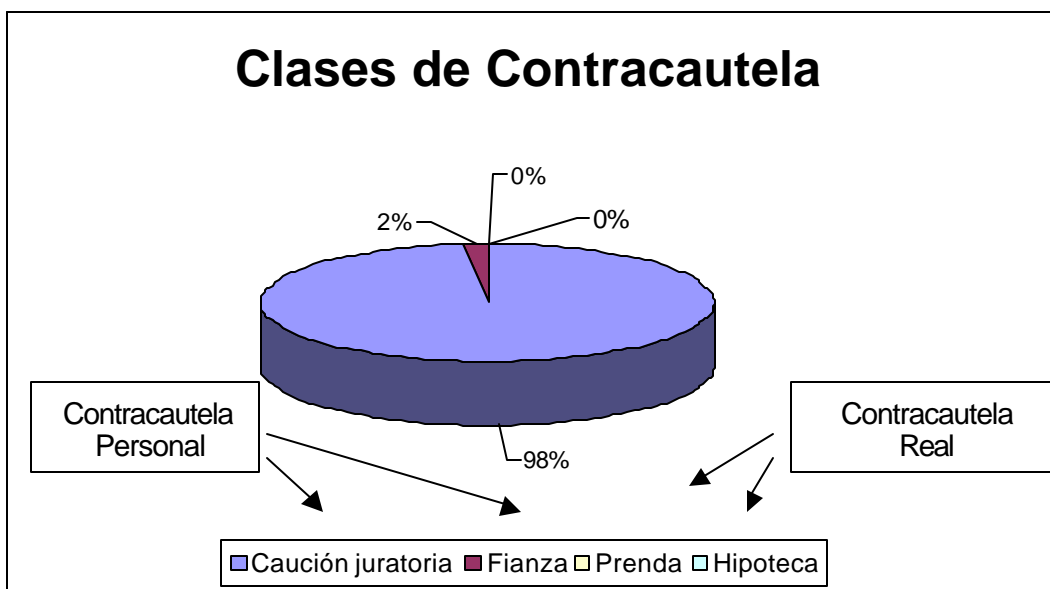
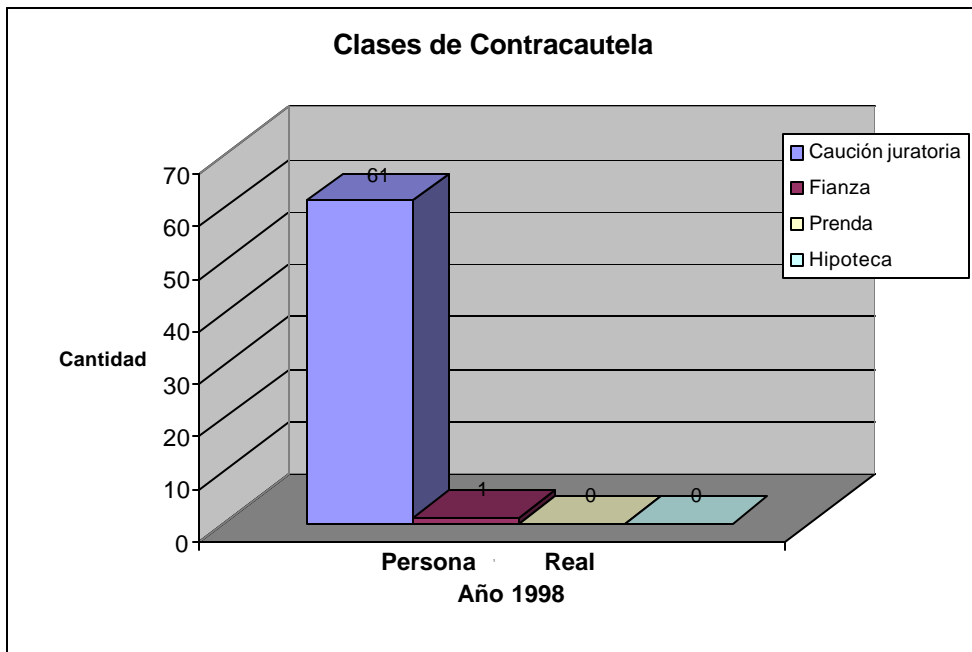
CUADRO N° 7

Por Sentenc. Favorable	11
Por ser Institución pública	2
Por auxilio judicial	0
Con Contracautela	62



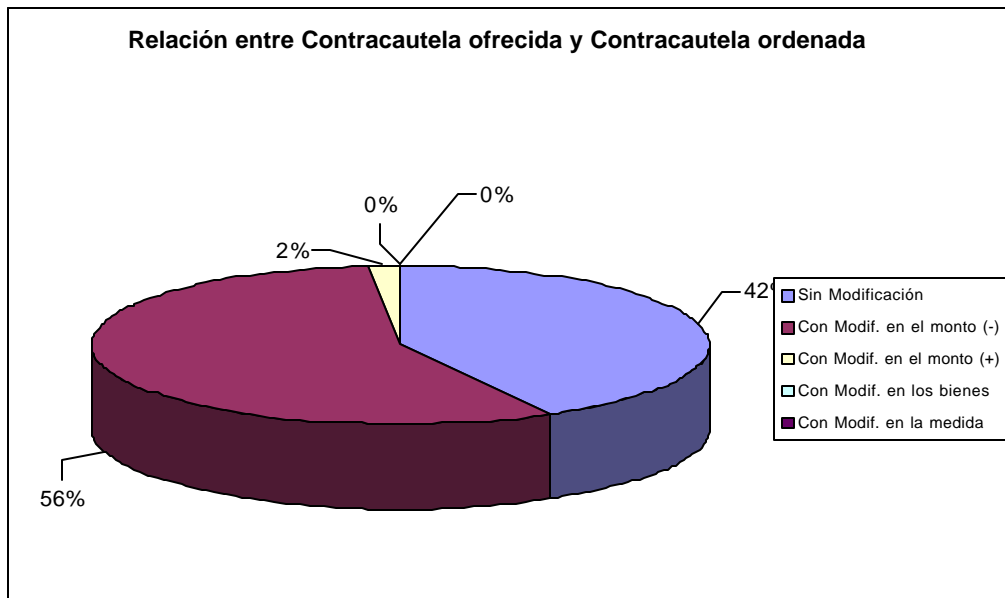
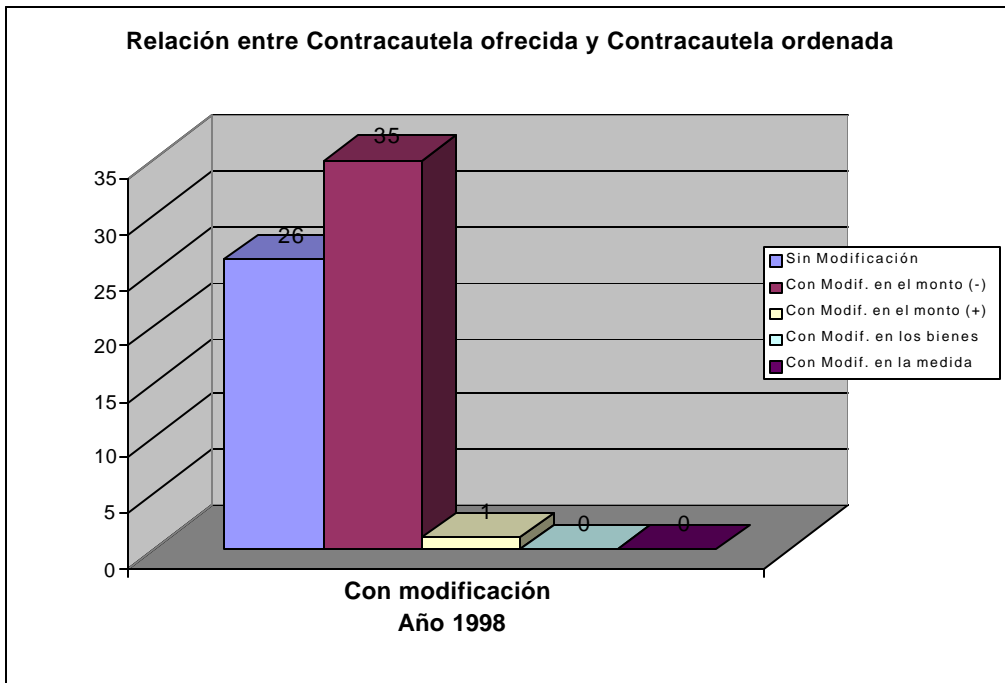
CUADRO N° 8

Caución juratoria	61
Fianza	1
Prenda	0
Hipoteca	0



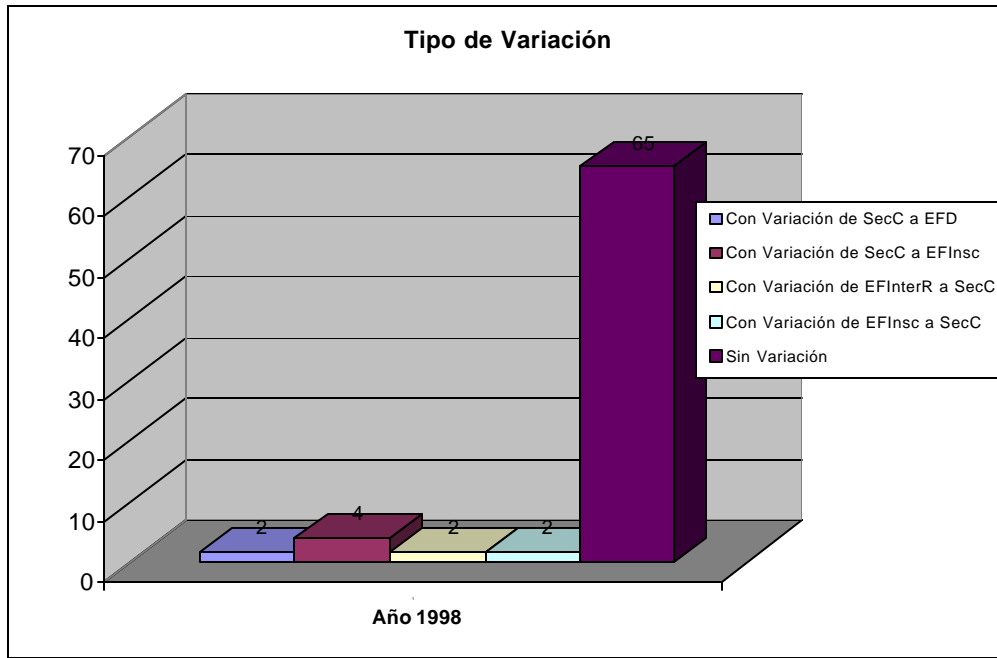
CUADRO N° 9

Sin Modificación	26
Con Modif. en el monto (-)	35
Con Modif. en el monto (+)	1
Con Modif. en los bienes	0
Con Modif. en la medida	0

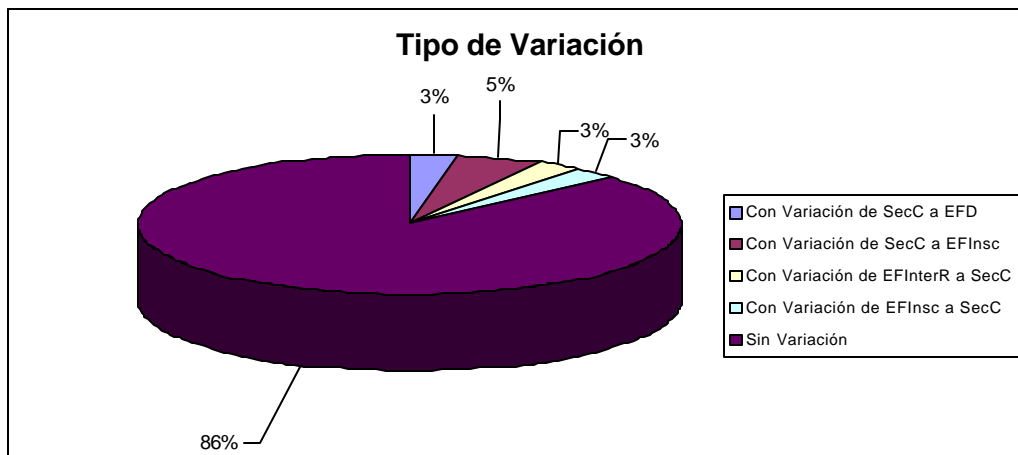


CUADRO N° 10

Con Variación de SecC a EFD	2
Con Variación de Sec	4
Con Variación de EFInterR a SecC	2
Con Variación de EFInsc a Sec	2
Sin Variación	65



Secuestro Conservativo	= SecC
Embargo en forma de depósito	= EFD
Embargo en forma de inscripción	= EFInsc
Embargo en forma de intervención en recaudación	= EFInter R



CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS CON LOS RESULTADOS OBTENIDOS

1ª HIPÓTESIS:

Las medidas cautelares a las que los demandantes acuden con mayor frecuencia son las que pertenecen al grupo de medidas cautelares para futura ejecución forzada.

Comprobación:

Esta hipótesis ha sido confirmada por los resultados obtenidos, tal como se desprende del cuadro 3, en el que las medidas cautelares solicitadas son precisamente el embargo, el secuestro y la anotación de demanda, todas pertenecientes al género de medidas cautelares para futura ejecución forzada.

La investigación realizada no registra ninguna medida de otro género, que como sabemos son las medidas temporales sobre el fondo, medidas innovativas y medidas de no innovar

2ª HIPÓTESIS:

Los procesos respecto de los cuales se solicita medidas cautelares es el proceso ejecutivo cuya pretensión es obligación de dar suma de dinero.

Comprobación:

Los resultados obtenidos y expresados en el Cuadro N° 4, cuyo indicador sometido a medición fue precisamente el tipo de proceso cautelado, permiten sostener que esta hipótesis también ha sido

confirmada. En efecto, el 93% de procesos respecto de los cuales se ha solicitado medida cautelar corresponde al proceso ejecutivo.

Del mismo modo, la segunda parte la hipótesis, respecto del tipo de pretensión también ha sido confirmada por los resultados de la investigación. El Cuadro N° 5 demuestra que el 92.2% del total de pretensiones están constituidas por obligaciones de dar suma de dinero.

3ª HIPOTESIS

Existe una marcada tendencia de los jueces a no admitir las medidas cautelares por lo general son rechazadas.

Comprobación:

Los resultados obtenidos no confirman la hipótesis formulada, sólo un porcentaje relativamente pequeño corresponde a de demandas cautelares rechazadas (17%). El porcentaje mayoritario (83%) está constituido por demandas admitidas con determinadas modificaciones o tal como fue postulada por el actor. Los datos contenidos en el Cuadro N° 6 dan cuenta de esta afirmación

4ª HIPOTESIS

La contracautela en su modalidad personal y en particular como caución juratoria es la que tiene mayor recurrencia tanto en su proporción como en su admisión por el proponente y por el juez respectivamente, sin discriminar la naturaleza del proceso civil cautelado.

Comprobación:

El cuadro N° 8 confirma la hipótesis formulada al elaborar el plan de investigación. El 100% de contracautelas ofrecidas y ordenadas son de naturaleza personal.

Es precisamente la contracautela en su modalidad de caución juratoria la que representa el 98% del total, sólo un 2% corresponde a la contracautela personal en su modalidad de fianza bancaria.

5ª HIPÓTESIS:

La decisión jurisdiccional al fijar contracautela por lo general es modificatoria de la forma postulada por el actor. Por lo general tiende a establecer como contracautela un monto superior al ofrecido por el demandante.

Comprobación:

Esta hipótesis es su primera parte se encuentra confirmada por los resultados obtenidos tal como puede apreciarse en el Cuadro N° 9. en efecto, el 57% de decisiones jurisdiccionales contracautelares corresponde a decisiones modificatorias.

La segunda parte de la hipótesis sobre la tendencia de la variación no ha sido confirmada. El 56.4% de las decisiones jurisdiccionales modificatorias de la contracautela ofrecida por el actor corresponden a modificaciones en el monto, pero con fijación de una contracautela inferior a la ofrecida y no superior.

6ª HIPÓTESIS

Las medidas cautelares luego de ejecutadas no sufren variaciones, salvo se trate de ingresar a la fase de ejecución forzada en el proceso cautelado.

Comprobación:

El Cuadro N° 10 confirma parcialmente nuestra hipótesis, puesto que el 87% de medidas cautelares ejecutadas no ha sufrido modificación; en tanto que el 13% restando ha sufrido modificaciones cambiando de una especie severa a una menos drásticas o viceversa .

Precisamos que la ejecución a la que aludimos no es a la ejecución forzada puesta que aquella pertenece a los procesos de ejecución; nos referimos únicamente a la ejecución de la medida cautelar y su mutabilidad o variabilidad, mientras se desarrolla el proceso cautelado.

CUARTA PARTE

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

CONCLUSIONES:

PRIMERA.- El embargo, el Secuestro y la notación de demanda son las medidas cautelares postuladas por los demandante tal como lo demuestra el cuadro N° 3. Todas estas medidas cautelares corresponden al grupo de medidas cautelares para futura ejecución forzada.

SEGUNDA.- Entre las medidas cautelares para futura ejecución forzada, es el embargo el que representa el porcentaje mayoritario (55.5% del total de medidas cautelares postuladas). El segundo lugar corresponde el secuestro bajo la modalidad de secuestro conservativo (42.2%). (Cuadro N° 3) con un porcentaje irrelevante figura la anotación de demanda que representa únicamente el 2.3% del total de medidas cautelares tramitadas en los Juzgados Civiles del Cono Norte.

TERCERA.- A su vez del total de embargo trabado el 33.3% corresponde al embargo en forma de inscripción. En segundo lugar es ocupado por el embargo en forma de depósito con el 15.5% seguido del embargo en forma de intervención en recaudación con el 4.4% y en ultimo lugar figura el embargo en forma de retención con el 2.3% (Cuadro N° 3-A).

CUARTA.- El secuestro como medida cautelar para futura ejecución forzada ocupa el segundo lugar después del embargo con el 42.2% del total muestral, tal como puede observarse en el cuadro N° 3-B. Es importante destacar el hecho de que el secuestro judicial carece de representación en la investigación realizada: no se ha registrado un solo secuestro judicial en la nueva muestra.

QUINTA. - Los procesos cautelados conocidos comúnmente como procesos principales, en la investigación realizada corresponden fundamentalmente a los procesos de ejecución y en particular al proceso ejecutivo con un 93.3% del total muestrario. Los procesos de cognición sólo representan el 6.7% (Cuadro N° 4)

Como es lógico las pretensiones cautelares son predominante obligaciones ejecutivas y en particular obligaciones de dar suma de dinero con un 92.2% del total muestral, el segundo lugar corresponde a las obligaciones de hacer con un 7.8% (Cuadro N° 5)

SEXTA. - Las medidas cautelares postuladas por los demandantes por lo general son modificadas por el Órgano Jurisdiccional, específicamente en el extremo referido al monto de la medida cautelar; el porcentaje de demandas cautelares modificadas equivalen al 48% del total muestral, en tanto que el 35% corresponde a las medidas cautelares admitidas sin modificación alguna y el 17% representa a las medidas cautelares rechazadas. (Cuadro N° 6).

SEPTIMA. - Otra importante conclusión es aquella que nos permite afirmar que el 83% de medidas cautelares fueron postuladas con su correspondiente contracautela. El 17% representa a las medidas cautelares postuladas y admitidas sin contracautela, la mayoría de éstas por poseer sentencia favorable (14%) y el porcentaje minoritario por tratarse de una institución pública (3%) (Cuadro N° 7).

OCTAVA. - Con relación a la contracautela la investigación realizada nos permite sostener categóricamente que la forma postulada y admitida corresponden a la contracautela de naturaleza personal (100%) El 98% bajo la modalidad de caución juratoria y el 2% fianza. Es importante destacar como es obvio el hecho de que la contracautela de naturaleza real carece de trascendencia fáctica. (Cuadro N° 8).

Debemos señalar que en la investigación realizada, la fianza bancaria presenta dos casos, dato que es importante destacar, uno de los cuales corresponde a Nestle del Perú S.A. cuya fianza bancaria (carta fianza) tiene como fiador al Banco Continental. La capacidad del demandante y de su fiador es indiscutible; por lo que puede afirmarse como conclusión adicional que la fianza bancaria sólo puede ser utilizada en el proceso cautelar por demandantes de probada solvencia económica. Luego, nos es una contracautela para demandantes pobres.

NOVENA.- LA decisión jurisdiccional al fijar contracautela por lo general es modificatoria de la forma postulada por el actor, en el extremo referido al monto, señalándose frecuentemente montos menores al ofrecido, conclusión que se desprende del Cuadro N° 9; más ello obedece al hecho que también a que las medidas cautelares (patrimoniales) ordenadas judicialmente tienden a disminuir el monto postulado.

DECIMA. - Las medidas cautelares luego de ejecutadas no sufren variaciones (ver cuadro N° 10), más ello no es uniforme puesto que en un reducido número de casos (13% de la muestra) ha sufrido modificaciones cambiando de una especie cautelar severa a una menos drástica o viceversa.

DECIMA PRIMERA.- Se ha podido advertir un insuficiente conocimiento de esta institución procesal (cautela y contracautela) de parte de los jueces y los propios abogados y partes. Se ha podido notar que confunden con frecuencia embargo con secuestro; a tal extremo que en no pocos casos se han presentado solicitudes de “embargo en forma de secuestro” siendo que uno y otro son independientes. En algunos casos se ordenó medida de embargo “en forma de inmueble de inscrito” siendo que debió ordenarse “embargo en forma de depósito sobre inmueble no inscrito.

DECIMA SEGUNDA.- No se ha registrado ningún caso solicitando el pago de indemnización por medida cautelar cancelada por haberse desamparado la demanda mediante resolución firme. Esta constatación empírica nos ha

permitido medir y conocer cual es el desenvolvimiento de los actos procesales indemnizatorias amparados por una contracautela.

DECIMA TERCERA. - Finalmente tal como se indicó en la parte correspondiente a contrastación de las hipótesis, se han visto confirmadas las hipótesis primera, segunda, cuarta, quinta (1ra. Parte) y Sexta (parcialmente), la única hipótesis que no se ha visto confirmada por la investigación empírica es la hipótesis N° 3.

RECOMENDACIONES:

ANTECEDENTES:

En el procesamiento de los datos recogidos y el correspondiente análisis e interpretación de los mismos se ha observado que los jueces en considerable número de casos han rechazado medidas cautelares plurales, en aplicación restrictiva y cerrada del precepto contenido en el artículo 611 del CPC. Es decir, que no es posible conceder más de una medida cautelar simultáneamente.

Así por ejemplo, han sido rechazadas medidas cautelares de secuestro conservativo de vehículo y embargo en forma de inscripción solicitados simultáneamente. En otros casos por táctica de defensa y para evitar el rechazo de la medida (o porque en opinión del abogado no existe prohibición expresa para poder solicitar y obtener dos o más medidas cautelares simultáneamente) la medida cautelar ha sido solicitada como “secuestro conservativo de vehículo, e inscripción de la medida”. En el primer caso en efecto la medida cautelar ha sido rechazada, por no ser posible la acumulación de medidas cautelares por que el artículo 611º del cpc no lo permite. En el segundo caso, la medida cautelar ha sido admitida y se ordenó en efecto la inscripción de la medida; sin embargo, al pretender inscribirla

fue observada por el Registro aduciéndose ausencia de amparo legal o por colisionar con normas registrales.

RECOMENDACIÓN UNICA:

Que en consideración a los hechos expuestos en los antecedentes, el tenor del artículo 611º del Código Procesal Civil sea modificado a efectos de evitar errores o interpretaciones forzadas tanto por las partes como por los jueces, y problemas de naturaleza registral; en consecuencia el texto sustitutorio que proponemos es el siguiente:

TEXTO SUSTITUTORIO:

“El juez siempre que de lo expuesto y prueba anexa considere verosímil el derecho invocado y necesaria la decisión preventiva por constituir peligro la demora del proceso, o por cualquier otra razón justificable, dictará medida cautelar en la forma solicitada o la que considere adecuada atendiendo a la naturaleza de la pretensión principal.

El juez podrá excepcionalmente disponer simultáneamente o sucesivamente dos o más medidas cautelares, siempre que sean complementarias y compatibles entre sí.

La medida sólo afecta bienes y derechos de las partes vinculadas por la relación material o de sus sucesores, en su caso. La resolución precisará la forma, naturaleza y alcances de la contracautela.

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

Texto actual:

“El juez siempre que de lo expuesto y prueba anexa considere verosímil el derecho invocado y necesaria la decisión preventiva por constituir peligro la demora

del proceso, o por cualquier otra razón justificable, dictará medida cautelar en la forma solicitada o la que considere adecuada atendiendo a la naturaleza de la pretensión principal.

La medida sólo afecta bienes y derechos de las partes vinculadas por la relación material o de sus sucesores, en su caso. La resolución precisará la forma, naturaleza y alcances de la contracautela.

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

RECOMENDACIÓN COMPLEMENTARIA

Que el texto del inciso 3º del artículo 610º del cpc, cuya redacción actual dice “Señalar la forma de ésta”, sea sustituido por el siguiente: “Señalar la forma o formas de ésta”.

BIBLIOGRAFÍA:

1. Alayza y Paz Soldán, Toribio: "El procedimiento civil en el Perú" tipografía Offset SENATOR, Lima, Perú, 1982.
2. Calamdrej, Piero: "Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares" Argentina 1945
3. Colimbo: "Código" Edit. 1969, Vol.1.
4. Couso Juan Carlos: "Intervención y administración judicial de sociedades." Edit. Plus Ultra, Buenos Aires, Argentina, 1983.
5. Couture, Eduardo: "Introducción al Estudio del Proceso Civil" Ediciones Arayu, Bs.As. 1958
6. Chiovenda G. "Instituciones de Derecho Procesal Civil" Vo. I y II, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1940.
7. De Lazzari Eduardo Néstor: "Medidas Cautelares", Librería Editora Platense S.R.L. La Plata 1988.
8. Kisch, W. "Elementos de Derecho Procesal Civil" Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid 1940.
9. Linares, Juan Francisco: "La prohibición de innovar (Bases para su sistemática, en Rev. del Colegio de Abogados, Bs. As. nov. dic. 1942.
10. Martínez Botos, Raúl: "Medidas Cautelares" Editorial Universidad Bs.As. 1994
11. Monroy Gálvez, Juan: "Temas de Derecho Procesal Civil" Ediciones librería Studium, LimaPerú 1987
12. Montero Aroca, Juan: "Introducción al Derecho Procesal"
13. Ottolenghi, Mauricio A. "Estudios De Derecho Procesal en Honor de Hugo Alsina" Ediar S.A. Editores, Bs.As. 1946
14. Pérez Ríos, Carlos Antonio: Tesis: "El remate y la adjudicación como acto de expropiación jurisdiccional.
15. Peyrano, Jorge W: "Derecho Procesal Civil" Ediciones Jurídicas, Lima Perú, 1995

16. Peyrano, Jorge: "Procedimiento civil y comercial" Edit. Juris.
17. Podetti, Ramiro: " Derecho procesal civil, comercial y laboral", "Tratado de las medidas cautelares" T. IV, Ediar S.A. a Editores, Bs. As. 1956.
18. Rendeti, enrico: "Derecho Procesal Civil" T.I. EJEA Buenos Aires, 1957.
19. Rocco, Ugo: " Tratado de Derecho Procesal Civil " T.IV y V. DEPALMA Bs. As. 1977.
20. Véscovi Enrique: "Teoría General del Proceso " Edit. Temis. Bogotá, 1984

CODIGOS:

1. CODIGO DE PROCESSO CIVIL (BRASIL)
2. CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL (COLOMBIA)
3. CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL (VENEZUELA)
4. CODIGO PROCESAL CIVIL (PERU)