

# TEMAS DE DERECHO PROCESAL CIVIL

Por el Doctor Pedro Sagástegui Urteaga

## MEDIDAS CAUTELARES: ENFOQUE ACTUALIZADO AL 2009

- SUMARIO.-**
- 1.- Implementación en el Perú
  - 2.- El Código Procesal civil de 1993
  - 3.- Medidas cautelares y la contra cautela
  - 4.- Uso y abuso de las medidas cautelares
  - 5.- Reformas que propone Monroy Gálvez
  - 6.- Balance y Propuestas para una Reforma en esta materia en la actualidad
  - 7.- Referencias bibliográficas

### 1.- Implementación en el Perú

Las primeras medidas cautelares puestas de manifiesto, de manera científica en obras del Derecho sistematizado ocurrieron en la década de los 80, cuando se trataron de medidas cautelares suspensivas en tema de amparo que había regulado la Constitución de 1979.(1) pues antes de describió al embargo como la única medida típica en cautelar de modo exegético (2).

Las medidas cautelares suspensivas se habían regulado por ley en materia de procesos de amparo, que se desarrollaron a partir de 1983 (3) permitiéndose que los jueces civiles puedan dictar la suspensión de cualquier acto o resolución violatoria de garantías constitucionales previstas ya en la novísima Constitución d 1979 dando lugar a que cuando se pretendió nacionalizar o estatizar al sistema bancario y financiero del país en el primer gobierno del Presidente García Pérez, los jueces de Lima principalmente, prácticamente dicten medidas cautelares , impidieron la aplicación de tal voluntad política de entonces, dispuesta por legislación que nunca pudo concluirse.

### 2.- Las medidas cautelares en el Código Procesal Civil de 1993

Participamos en el debate y sistematización aunque no concluimos en la promulgación del nuevo Código Procesal Civil que empezó a regir a partir del 28-07-1993, en el cual ya aparecen

Las medidas cautelares sistematizadas y reguladas en 80 artículos, que desde luego constituyen el núcleo de la materia cautelar y que ha extendido su influencia a toda necesidad de su aplicación en materias no sólo civiles sino de otras materias (4)

Las medidas cautelares en este Código, presentan las siguientes características:

- a) Que son : Instrumentales, variables, accesorias y no pueden “per se” tener el valor de la cosa juzgada.
- b) No solo sirven al proceso ejecutivo o de ejecución, sino también se pueden utilizar en los procesos Civiles de conocimiento (abreviados y Sumarísimos)
- c) Que para dictarlas, el juez debe tener en cuenta que el pedido cautelar en el caso concreto signifique una tutela urgente, peligro en la demora , que la solicitud cautelar en tal caso demuestre que tiene una apariencia de Derecho y que el peticionario otorgue una contra cautela

Que no siendo un proceso distinto al ejecutivo o de conocimiento al que se adscribe, formalmente, sea un procedimiento aparte o se tramite en cuerda separada.

- d) Que su vigencia esté subordinada a lo que se resuelva en el proceso principal ; y
- e) Que los jueces que la otorguen respeten los requisitos del peligro en la demora, verosimilitud del derecho o apariencia del derecho en el caso concreto y que la contra cautela sea de eficacia en su caso.- De allí que como veremos enseguida se pueden presentar y ocurrir abusos que destacamos en tema de este trabajo por su pertinencia e importancia indudable para una Reforma necesaria en la actualidad sea normativa o jurisprudencial con base doctrinaria.

### **3.- Medidas Cautelares y la Contra cautela**

Las medidas cautelares no sólo las aplican los jueces y otras autoridades que por leyes tienen competencia para ello (5) La cautela como su nombre lo indica es atributo de todo sujeto cauteloso para llevar a cabo cualquier negocio, así como la contra cautela es propia de todo vendedor, prestamista o acreedor en general como lo destacó y anticipó el maestro Couture en los años anteriores a su fallecimiento (6)

El acreedor sensato cuando vende, arrienda, otorga un mutuo se cuida de pedir garantías contra cautelares que le aseguren el pago de sus acreencias, valiéndose de institutos jurídicos de larguísima data como la prenda, y la hipoteca tratándose de derechos reales o utilizando fianza o aval en obligaciones de tipo personal .

De allí que cautela y contra cautela se enlazan de modo esencial.

Las coordinaciones que el mundo moderno ha traído, permiten sofisticaciones y que precisamente la tecnología actual está a nuestro alcance

Sin embargo, cuando ya no es el propio acreedor el que las aplica frente a su deudor, sino es un “tercero” un Juez quien debe conferir las, se produce todo un mundo complicado que ni las normas, ni muchos los jueces tienen comportamiento inadecuados en múltiples casos, a tal punto que, el actual “Presidente de la Corte Suprema de nuestro país, hace un llamado a los jueces en el caso de Panamericana Televisión en la Capital de la República y otros similares

### **4.- Uso y abuso de las Medidas Cautelares**

En nuestro país se elaboran ponencias de modo serio sobre este epígrafe, como o el que sirve de base a este trabajo presentado por Nelson Ramírez Jiménez (8) que destacó la frecuencia de malicia y temeridad en cuanto medidas cautelares se refiere, pues siendo noble la Institución deviene en innoble su uso señalando como posibles causas:

1. La actitud omisiva de la Corte Suprema
2. Participación pasiva de la OCMA
3. Papel nulo de los Colegios de abogados
4. Ser un problema del propio proceso que radica en:
  - a) Normatividad insuficiente (Arts 611, 612, 613, 621, 630, 637 y 639 del CPC vigente.

Respecto al art. 611 y 613 , critica a la contra cautela “Juratoria” que en la realidad del país resulta totalmente ineficaz.

Asimismo la falta de fundamentación respecto al otorgamiento o denegación de la medida cautelar, con violación de la exigencia constitucional de motivar debidamente la Resolución del Juez concediendo o no la medida cautelar si se tiene en cuenta que es “inaudita pars” en este ámbito de las medidas cautelares.

En relación al Art. 612, la no aplicabilidad en nuestro país de uno de los caracteres de toda medida cautelar: “Su variabilidad” pues una vez otorgada resulta casi intangible. La revisión no es lo común, pues la ley debe imponer al juez la obligación de proceder a la revisión, cuando las circunstancias hubiesen variado, presumiendo su mala fe si se niega a hacerlo.

En el Art. 613, porque es un tercero “el Juez” quien debe graduar y otorgar o no la solicitud cautelar

En el Art. 621, la indemnización deviene en innecesaria o maliciosa, por haberse declarado infundada la demanda, no sancionándose al litigante que abusa de su derecho a la Tutela preventiva, alentando en la práctica la malicia procesal y no dejando tal dispositivo establecida la naturaleza de la responsabilidad (objetiva, subjetiva o mixta) y su tramitación (dentro del mismo cuaderno cautelar.

Con relación al Art. 630, relacionado con la vigencia de la medida en caso se declare infundada la demanda en la sentencia de Primera instancia, la medida cautelar queda cancelada de pleno derecho, aunque haya apelación; acotando que:

1.- el mismo criterio debiera aplicarse cuando es el órgano revisor quien declara infundada la demanda.

2.- Que para cuando la sentencia declara improcedente la demanda; y

3.- Impugnación de la resolución que ordena la cancelación procedencia y sus efectos.

Respecto al Art. 637 que establece que al término de la ejecución, se notifica al afectado, sólo a partir de ese momento puede apelar, acotando:

1. Si la apelación se concede sin efecto suspensivo ¿Porque no admitir la apelación de manera inmediata?.
2. Nulidad de la medida cautelar como remedio. La tramitación depende la discrecionalidad del Juez.
3. La revisión debe tener preferencia procesal pues se ha dictado “inaudita par”.-
4. Propone crear una Sala superior ,con competencia para las medidas cautelares o de tutela urgente.

Finalmente en relación al Art. 639, declara que cuando dos o más medidas afectan un mismo bien, , se atenderá la prelación surgida de la fecha de su ejecución; sino se pudiese precisar la fecha se atenderá la naturaleza de los derechos que sustentan la pretensión, acotando:

1. Revisar el parámetro de la fecha de ejecución
2. La norma atiende a la problemática de las medidas que no se excluyen entre sí, se pregunta como se soluciona el caso de medidas de diferente naturaleza que afectan un bien?.
3. Se podrá aplicar el parámetro del Art. 2022 del Código Civil.?
4. Con esta misma remisión, salió al frente y discrepando Eugenia Ariano Deho (9) quien considera que es la carencia del “contradictorio” el origen de las fallas en las medidas cautelares, no previstas en el vigente CPC sobre este Tema; a los que se agrega la falta de precisión en el CPC vigente sobre la “competencia” .

Nosotros agregamos que como lo hemos acotado en libros comentarios del CPC vigente, que es la falta de exposición de motivos del vigente CPC que agudiza sus críticas en la teoría y en

#### **5. Reformas que propone al respecto Juan Monroy Gálvez**

El Profesor Juan Monroy Gálvez principal autor y revisor del Código Procesal Civil propone “Reformar la materia cautelar (11) los hace este año, esto es, a casi 16 años de la vigencia del Código Procesal Civil y después que el Poder Ejecutivo haya dictado las Reformas del 2008 (12) con vigencia

inmediata en algunos de los dispositivos y a partir del 29 de diciembre del año pasado en tres de los artículos.

Como esta acostumbrado en sus valiosos comentarios al diagramar el “panorama” .

Monroy señala que las reformas del Gobierno actual no se debe al “Progreso” y avance de la ciencia procesal, pues el paradigma científico del progreso lineal de las ideas es una flecha que se quebró en el aire hace mucho, de tal suerte que o elegimos otro paradigma científico o seguiremos condenados a repetir nuestros errores, claro en el caso nuestro será después que los hayan cometido otros (13).

Precisa que no ha habido ninguna Reforma científica, señalando que sino se promulgaba esta “Reforma de junio del 2008, no pasaba nada (14). De los diez artículos que han sido modificados, ninguno de ellos ha descalabrado la estructura cautelar, aunque es posible que alguno de ellos haya mejorado algún tema específico.

Dispositivo por dispositivo modificado, según Monroy Gálvez comparado con los del CPC de 1993 no tiene mayor trascendencia (15)

Considerando en el Art. 687 comentado que la modificación es de lo más absurda, pues la anterior tenía como objetivo permitir al demandante solicitar una declaración de “Statu quo como al momento de la presentación de una demanda y no antes.

6.- **Balance para una Reforma en esta materia en la actualidad.**

Si nos atenemos a la alarma que se da en los medios de comunicación de nuestro país en febrero 2009, de vacaciones del Poder Judicial (16) estamos en el Perú ante un panorama d suma preocupación, ya que no bastan ni las normas, ni la jurisprudencia, ni la confianza en los jueces peruanos de hoy.

Convocamos por ello a los docentes y alumnos de nuestra Facultad de Derecho, a debatir el tema a fin de llegar a propuestas y conclusiones en base a tener esta Agenda=

- I. Medidas precautorias y auto satisfactorias
- II. Embargo
- III. Bienes embargables e inembargables , según la legislación del país
- IV. Procedimiento cautelar
- V. La contra cautela
- VI. Anotaciones registrales
- VII. El tiempo en relación a las medidas cautelares
- VIII. Los Congresos de Derecho Procesal que han analizado a las medidas cautelares (nacionales y extranjeros)
- IX. El dictado de medidas cautelares inaudita pars y audita pars
- X. Derecho sustantivo y Derecho Procesal (instrumental en relación a las medidas cautelares-

Tenemos fe en que habrá respuesta a esta convocatoria del Instituto de Investigaciones jurídicas, poniendo nuestra Dirección todo su apoyo para que se lleven a cabo las propuestas a esta decena de temas sobre medidas cautelares en nuestro país

## **REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS**

- 1) Sagástaegui Urteaga Pedro.- Tomo VI de su Colección de derecho Procesal Penal Peruano- Editorial San Marcos, Lima 1988.- Derecho Procesal Constitucional del Trabajo.-
- 2) Pino Carpio Remigio Comentarios al código de Procedimientos civiles de 1912.- tomo II.- Lima 1964-Enrique Guzmán Ferrer Idem.- Cultural Cuzco –Lima 1980.
- 3) Ley 23506-Art. 31
- 4) Art. 608 al Art.688 del C.PC: vigente con las modificaciones que se han implementado hemos completado una Exégesis y sistemática de dicho Código al 2004, en dos tomos –Edit. Grigley de Lima Perú
- 5) Nuestro trabajo.-medidas cautelares también por el Indecopi.- opinión-Derecho.- El Peruano 1995
- 6) Eduardo J Couture.- Fundamentos de Derecho Procesal Civil en cita que

