

LA INDEBIDA CANCELACIÓN DE LA MEDIDA CAUTELAR POR DECLARARSE INFUNDADA LA DEMANDA EN PRIMERA INSTANCIA. ANÁLISIS DESDE LA JURISPRUDENCIA

Ángel Fredy Pineda Ríos*

Resumen:

Señala el autor que toda medida cautelar tiene como característica básica la de importar un prejuzamiento, ser provisoria, instrumental y variable, teniendo por finalidad asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva, conforme a los artículos 608 y 611 del Código Procesal Civil, sin embargo, el artículo 630 del Código Procesal Civil otorga la posibilidad de que una medida cautelar sea cancelada por el solo hecho de haber sido declarada infundada la demanda en primera instancia, no obstante haberse impugnado, es decir, pese a no haber concluido en forma definitiva el proceso y estar pendiente de resolución en la instancia revisora o de casación. Puede darse el caso que las sentencias emitidas en primera instancia sean revocadas por la instancia superior, lo cual supondría que habiéndosele dado la razón al demandante, este necesitará de la medida cautelar trabada oportunamente, pero en dicho supuesto esta última ya no se encontrará vigente por haber sido cancelada conforme al artículo 630 del citado Código Procesal, generándose perjuicio al referido demandante al dificultarse la ejecución de la sentencia definitiva.

Palabras clave: Medida cautelar; indebida cancelación de la medida cautelar; cancelación de la medida cautelar por demanda declarada infundada en primera instancia; jurisprudencia nacional sobre la cancelación de medidas cautelares.

Sumario:

I. Introducción. II. Aspectos doctrinarios de las medidas cautelares en relación al tema tratado. III. Marco constitucional de las medidas cautelares y su aplicación al tema materia de análisis. 1. Consideraciones preliminares. 2. Fundamentos constitucionales de la medida cautelar. 3. Utilidad y finalidad de las medidas cautelares y su problemática en relación el artículo 630 del Código Procesal Civil. 4. Características de las medidas cautelares y su problemática en relación al artículo 630 del CPC. 4.1. Instrumentalidad cualificada. 4.2. Provisoriedad. 4.2.1. Provisoriedad en relación a la cancelación ordenada por el artículo 630 del Código Procesal Civil. 4.2.2. Precisiones respecto a la provisoriedad en aplicación del artículo 630 del Código Procesal Civil. 4.3. Variabilidad. 4.4. Prejuzamiento. 5. Presupuestos de las medidas cautelares y su problemática en relación al artículo 630 del Código Procesal Civil. 5.1. Presupuestos de procedencia. 5.1.1. Verosimilitud del derecho. 5.1.2. Peligro en la demora. 5.2. Presupuestos de efectivización: La contracautela. 6. Modificatoria del artículo 630 del Código Procesal Civil (D. Leg. 1069). 6.1. En cuanto a posibilitar la cancelación de las medidas cautelares por haber sido declarada infundada y no desestimada la demanda. 6.2. En cuanto a la contracautela. 6.2.1. Argumentos a favor de la modificatoria. 6.2.2. Argumentos en contra de la modificatoria. 7. Nuevas propuestas de modificación o derogatoria del artículo 630 del Código Procesal civil. 7.1. Propuestas de Modificación. 7.2. Propuesta de derogatoria. IV. Conclusiones.

* Juez Titular del Sexto Juzgado Especializado en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque. Ha sido también Juez Superior Provisional en la misma Corte Superior. Es magister en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo (Chiclayo). Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

I. Introducción

El presente trabajo tiene por finalidad analizar si la cancelación de la medida cautelar al amparo del artículo 630 del Código Civil adjetivo contraviene la finalidad establecida por la norma general del artículo 608 del mismo texto legal en cuanto a que las medidas cautelares deben cumplir con su objetivo primordial de brindar tutela jurisdiccional efectiva a lo largo de todo el proceso, para finalmente asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva.

Se entiende que la decisión definitiva a la que alude el artículo 608 del Código Procesal Civil solo se da cuando una sentencia ha quedado consentida o ejecutoriada, por lo tanto, la medida cautelar debería ser cancelada solamente cuando exista decisión definitiva en el proceso, sin embargo, al permitirse la cancelación de la medida cautelar aludida daría la impresión que las medidas cautelares aseguran solamente la decisión que se tome en determinada instancia (en este caso, la primera) y no la decisión final que deba brindarse a la culminación del proceso; con lo cual se afectaría el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

El problema realmente surge cuando efectivamente se ha cancelado la medida cautelar en tales circunstancias y luego, en la siguiente instancia, se revoca la sentencia, amparando finalmente la demanda cuando ya no existe medida cautelar, no pudiendo ejecutarse lo decidido en la sentencia final porque ya no existe medida cautelar vigente sobre la cual pueda realizarse dicha ejecución, y en algunos casos ya no existiendo bien susceptible de embargo, porque simplemente el demandado ya dispuso del mismo.

Consecuentemente, el presente ensayo tiene por finalidad analizar si el artículo 630 del Código Procesal Civil colisiona con el artículo 608 y con las demás normas relativas a medidas cautelares que garantizan la ejecución de lo resuelto en la sentencia de última instancia y finalmente si es que con ello se atenta contra el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva.

Por otro lado, habiendo sido modificado el artículo 630 del Código Procesal Civil en el sentido que la medida cautelar puede ser mantenida si es que se otorga una contracautela de naturaleza real, es decir, convirtiéndola en una contracautela más gravosa, igualmente será materia de análisis si este condicionamiento tiene justificación alguna o si en todo caso con él se atenta contra los derechos del demandante y contra ciertos principios procesales, como el de socialización del proceso, recogido en el Artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Civil.

Para el desarrollo del trabajo propuesto se irán abordando cada uno de los tópicos relacionados con la concesión de las medidas cautelares, tanto desde una perspectiva doctrinaria como jurisprudencial, a efecto de analizar, acto seguido, la existencia o no del sustento para la cancelación de la medida cautelar por haber sido declarada infundada la demanda en primera instancia, pese a no haber concluido en forma definitiva el proceso.

II. Aspectos doctrinarios de las medidas cautelares en relación al tema tratado

Existe unánime consenso en cuanto a que la medida cautelar tiene por objetivo garantizar la eficacia final del proceso, en el entendido que el proceso es un todo unitario y que si bien puede ponerse fin a una instancia, mientras no se ponga fin al proceso este continúa aún en trámite, por tanto, la medida cautelar, en términos generales, debe seguir protegiendo el resultado definitivo que pueda brindar la Administración de justicia.

En ese sentido, en nuestro medio, Aníbal Quiroga León refiere que esta “heroica institución de excepción puede ser definida dentro de la esfera de la aludida norma procesal, como aquellas decisiones adoptadas preliminarmente por el juzgador, antes o dentro del proceso, a petición de parte o de oficio, con el objeto de garantizar que la sentencia que recaiga finalmente en dicho proceso sea eficaz”¹. En ese mismo orden de ideas, Giovanni Priori Posada nos dice que “la medida cautelar es un instituto jurídico por medio del cual se garantiza la efectividad de la sentencia a dictarse en un proceso frente a los riesgos derivados de las demora del mismo. Por ello el órgano jurisdiccional que conoce el proceso cuya decisión se quiere garantizar (proceso principal) luego de evaluar si se presentan los presupuestos exigidos por la ley, dicta una resolución, a pedido de parte, que dispone el otorgamiento de una medida adecuada para poder garantizar la eficacia de la sentencia”².

Como puede apreciarse, las diferentes definiciones apuntan a precisar que dichas medidas cautelares deben garantizar el resultado final del proceso y no solo de una instancia, lo cual ha sido igualmente recogido por la jurisprudencia peruana, pudiendo citarse a manera de ejemplo lo expuesto en el Expediente número 26578-98/Lima, que señala que “La medida cautelar es un instituto procesal a través del cual el órgano jurisdiccional, a petición de parte, adelanta ciertos efectos o todo *de un fallo definitivo* o el aseguramiento de una prueba, al admitir la existencia de una apariencia de derecho o el peligro que pueda significar la demora producida en la esfera del fallo definitivo o la actuación de la prueba”³.

En tales circunstancias, nos vamos preguntando a estas alturas cómo se compatibiliza la disposición contenida en el artículo 630 del Código Procesal Civil con lo prescrito en el artículo 608 del mismo código, ya que se permite cancelar una medida cautelar por el solo hecho de haber sido declarada infundada la demanda en primera instancia, no obstante que la finalidad de las medidas cautelares es asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva, lo que obviamente solo puede suceder cuando el proceso ha llegado a la máxima instancia al haberse expedido un fallo definitivo e incontrovertible, con carácter de cosa juzgada y apto para ser ejecutado.

Como se va perfilando en el presente estudio, se aprecia desde ya que el artículo 630 del Código Procesal Civil peruano no encaja en las definiciones que históricamente se han ido dando hasta la actualidad, ya que permite la cancelación de la medida cautelar por el simple hecho de haber sido declarada infundada la demanda en primera instancia, es decir, sin que se haya emitido el fallo definitivo.

III. Marco constitucional de las medidas cautelares y su aplicación al tema materia de análisis

1. Consideraciones preliminares

¹ PELÁEZ BARDALES, Mariano. *El proceso cautelar*, Grijley, Lima, 2007, p. 6.

² PRIORI POSADA, Giovanni. *La tutela cautelar. Su configuración como derecho fundamental*, ARA Editores, Lima, 2006, p. 36.

³ Publicado en Data 35,000 de la Jurisprudencia de Gaceta Jurídica.

Corresponde al Estado posibilitar el ejercicio de los derechos, ya sea directamente o a través de los diversos órganos jurisdiccionales; para ello, debe garantizar que se adopten medidas preventivas que hagan posible la ejecución de las decisiones finales que se expidan en los tribunales.

El tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente N° 0023-2005-PI7TC, de fecha veintisiete de octubre del año dos mil seis, ha señalado que “[l]a tutela cautelar no se encuentra contemplada expresamente en la Constitución. Sin embargo dada su trascendencia en el aseguramiento provisional de los efectos de la decisión jurisdiccional definitiva y en la neutralización de los perjuicios irreparables que se podrían ocasionar por la duración del proceso, se constituye en la manifestación implícita del derecho al debido proceso, consagrado en el artículo 139 inciso 3) de la Constitución. No existiría debido proceso ni Estado Constitucional de derecho, ni democracia, si una vez resuelto un caso por la autoridad judicial resulta de imposible cumplimiento la decisión adoptada por esta”.

La tutela jurisdiccional efectiva, en efecto, ha sido recogida en el inciso 3 del artículo 139 de nuestra Constitución Política, habiendo pronunciado el Tribunal Constitucional que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es el continente del debido proceso, así ha señalado en la Sentencia recaída en el Expediente 2802-2005-AA/TC que “[e]ste enunciado ha sido recogido por el artículo 4° del Código Procesal Constitucional, que define la tutela procesal efectiva como aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan sus derechos de libre acceso al órgano jurisdiccional, a probar, de defensa, al contradictorio y a la igualdad sustancial en el proceso; a no ser desviada de la jurisdicción predeterminada ni sometida a procedimientos distintos de los previstos por la ley; a la obtención de una resolución fundada en derecho, a acceder a los medios impugnatorios regulados, a la imposibilidad de revivir procesos fenecidos, a la actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales y a la observancia del principio de legalidad procesal penal. En consecuencia, el debido proceso forma parte de la concepción del derecho de toda persona a la tutela jurisdiccional efectiva, y se concreta en las denominadas garantías que, dentro de un iter procesal diseñado en la ley, están previstas en la Constitución”.

De lo hasta aquí expuesto vamos entendiendo que la tutela jurisdiccional es realmente efectiva cuando el proceso judicial logra sus fines, los cuales regularmente se expresan como el resultado obtenido luego de que este ha concluido, encontrándose dentro de la tutela jurisdiccional efectiva el derecho de solicitar y obtener el cumplimiento efectivo de la sentencia definitiva. Esto quiere decir que sin dicha facultad, la tan nombrada tutela jurisdiccional nunca podría llegar a ser verdaderamente efectiva. Para ello, la principal forma de lograr la efectividad de la sentencia de un proceso judicial es dictando una oportuna y precisa medida cautelar, manteniéndola efectivamente hasta que el proceso se encuentre en etapa de ejecución, donde se realizará la conversión de dicha medida cautelar a una de ejecución propiamente dicha.

A través del ejercicio de la función jurisdiccional, el Estado tutela el derecho de las personas al debido proceso. Si dicho fin se cumple, se configura una verdadera tutela jurisdiccional “efectiva”, es decir, la función jurisdiccional o de tutela mencionada busca solucionar conflictos aplicando el derecho que corresponda, pero, sobre todo, busca que lo decidido en forma definitiva en última instancia, se cumpla logrando así la plena obtención del derecho demandado.

2. Fundamentos constitucionales de la medida cautelar

La consagración constitucional de las medidas cautelares guarda estrecha relación con algunos valores constitucionales, entre los que se encuentran la dignidad humana, el Estado constitucional, el principio de igualdad y el respeto a la tutela jurisdiccional efectiva.

En efecto, cuando una medida cautelar es cancelada por el solo hecho de haber sido declarada infundada la demanda en primera instancia y no al final del proceso, es evidente que va a generar situaciones de injusticia pues pese a lograr en última instancia una sentencia fundada, finalmente, no podría contar ya a esa fecha con una adecuada y efectiva protección a su derecho, porque simple y llanamente el artículo 630 del Código Procesal Civil habría permitido que la medida cautelar, que se concedió en la primera instancia, sea inmediatamente cancelada, configurándose una verdadera humillación o ataque directo a la dignidad de la persona del demandante pese a que es el derecho fundamental más elevado protegido por el artículo 1° de la Constitución⁴. No debe olvidarse que para que el Estado constitucional mantenga vigencia es preciso garantizar que la actividad jurisdiccional tenga una eficacia real, para ello, las medidas cautelares deben jugar su verdadero papel de garantizar la eficacia del resultado definitivo en un proceso.

Por otro lado, no debe olvidarse que antes del proceso el demandante es quien ha sufrido una lesión a sus derechos y ha tenido que acudir a los órganos jurisdiccionales para tratar de equilibrar dicha situación, habiendo obtenido para ello una medida cautelar, que incluso al momento de sentenciarse se entiende que ya se habría desestimado una eventual oposición a la medida cautelar, con lo cual incluso se habría reafirmado la verosimilitud del derecho invocado. Por tanto, mientras dure el proceso en la instancia superior luego de cancelada la medida cautelar, se mantendría la desigualdad en contra del demandante, que el mismo habría tratado de equilibrar con dicha medida cautelar.

Con la cancelación de la medida cautelar conforme al artículo 630 del Código Procesal Civil, nuevamente, el demandante vuelve a tener un derecho lesionado e insatisfecho, debiendo continuar un tedioso proceso, en el que ahora deberá destinar muchos más recursos materiales e intelectuales para convencer a los miembros de la segunda instancia que de una vez por todas amparen su derecho expuesto desde la primera instancia, y cuando al fin lo logre *en sentencia definitiva* no tendrá ya medida cautelar alguna que ampare su derecho, ya que la medida cautelar con que contaba fue cancelada por el solo hecho de haber perdido en la instancia inicial, burlando así el aspecto más importante de la tutela jurisdiccional efectiva: el derecho a que la tutela jurisdiccional *efectiva* plasmada en la sentencia sea eficaz. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que: “La tutela [refiriéndose a la tutela jurisdiccional] sólo será realmente efectiva cuando se ejecute el mandato judicial. Dicha ejecución es, por tanto, parte vital y esencial del derecho consagrado en nuestro texto constitucional”⁵.

Coincidimos con lo señalado en dichas sentencias del Tribunal Constitucional, pues no obstante que nuestra Constitución Política de 1993 en el artículo 139 inciso 3° no haga expresa alusión a que la tutela jurisdiccional debe ser “efectiva”, sin embargo, debe entenderse que ello se encuentra implícito, conforme lo ha desarrollado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la STC del

⁴ A la letra, artículo 1 de la Constitución peruana de 1993: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.

⁵ STC Exp. 1546-2002-AA/TC.

Expediente N° 010-2002-AI/TC al señalar que “[a] diferencia de lo que sucede en otras constituciones la nueva no alude al derecho a la tutela jurisdiccional ‘efectiva’. Sin embargo, en modo alguno puede concebirse que nuestra Carta Fundamental tan sólo garantice un proceso ‘intrínsecamente correcto y leal, justo sobre el plano de las modalidades de su tránsito, sino también [...] capaz de consentir los resultados alcanzados, con rapidez y efectividad”. Por tanto reiteramos que, siendo el proceso el medio por el cual se debe proteger los derechos de los litigantes, pero que a su vez este proceso puede llegar a demorar mucho pudiendo llegar a perjudicar la situación jurídica que se intenta proteger, deberían implementarse instrumentos adecuados para evitar la lesión del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, como viene ocurriendo con el artículo 630 del Código Procesal Civil.

En ese orden de ideas, el Tribunal Constitucional señala en la STC del Expediente N° 0015-2001-AI que “si el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales garantiza que lo decidido en una sentencia o en una resolución judicial sea cumplido, es claro que quienes las dictan, o quienes resulten responsables de ejecutarlas, tienen la obligación de adoptar según las normas y procedimientos aplicables –y con independencia de que la resolución a ejecutar haya de ser cumplida por un ente público o no– las medidas necesarias y oportunas para su estricto cumplimiento”.

Sin embargo, pese a la obligación que emana de la sentencia del Tribunal antes indicada de implementar los medios adecuados para posibilitar la ejecución de la sentencia –entre los cuales, qué duda cabe que se encuentran las medidas cautelares–, tenemos que en el caso planteado dichas “normas y procedimientos” a que hace alusión la sentencia del tribunal antes referida, quedan truncas, puesto que se realiza la cancelación pese a no haber concluido el proceso por completo, creando un desamparo total en la fase final del proceso cuando después de un largo batallar, el demandante no encuentra respaldo alguno en base al cual pueda empezar la ejecución forzada, no pudiendo por tanto encontrar tutela jurisdiccional efectiva.

Al respecto resulta acertado lo señalado por Giovanni Priori, en cuanto a que “el fundamento constitucional de las medidas cautelares está precisamente en reconocer que, parte del contenido esencial del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva (entendido éste como derecho fundamental) es el derecho a la efectividad de las sentencias”⁶. Sin embargo, como hemos visto, en el caso de la cancelación de las medidas cautelares en primera instancia sin haber concluido el proceso y solo por haber sido declarada infundada la demanda en dicha instancia, el derecho a la efectividad de las sentencias se convierte en ilusorio, por tanto, suscribimos lo expresado por el citado autor en cuanto a que “por ello, un ordenamiento que consagre como uno de sus derechos y principios fundamentales a la tutela jurisdiccional efectiva debe permitir necesariamente un régimen de medidas cautelares adecuado”⁷; añadiendo dicho autor que “[e]n ese sentido se ha pronunciado la doctrina al señalar que: La tutela judicial no es tal sin medidas cautelares que aseguren el efectivo cumplimiento de la futura resolución definitiva que recaiga en el proceso”⁸.

⁶ PRIORI POSADA, Giovanni. Ob. cit., p. 130.

⁷ *Ibidem*, p. 131.

⁸ *Ibidem*.

De esta forma, se ha dicho que: “la potestad cautelar forma parte del derecho fundamental a la efectividad de una tutela judicial. El carácter constitucional de las medidas cautelares llega a tal punto que si por no adoptarse una medida cautelar, al llegar la sentencia la situación contraria a ordenamiento jurídico que se pretendía remediar en el proceso es irreversible, se habrá lesionado el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva”⁹.

Asimismo, resulta de suma importancia analizar el principio procesal y derecho a la *pluralidad de instancias*, que no es sino el derecho que tienen las partes del proceso a recurrir ante el órgano jurisdiccional de instancia superior con el objeto que revise una resolución judicial, conforme al artículo 139 inciso 6 de la Constitución Política del Perú. Por lo cual, concordando con el artículo 608 del Código Procesal Civil (que establece que la medida cautelar está destinada a asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva), se aprecia que implícitamente se está reconociendo que el proceso puede recorrer más de una instancia y que durante todo ese largo camino, hasta que se dicte la sentencia definitiva por la última instancia, la medida cautelar debe pervivir y finalmente encontrarse vigente cuando la demanda sea amparada a favor del demandante y se deba ejecutar, no obstante que en la instancia inferior la sentencia le haya sido desfavorable. Sin embargo, como ya lo hemos explicado precedentemente, el artículo 630 del Código adjetivo vulnera también el principio de pluralidad de instancias, ya que pese a tener el carácter provisorio y dependiente de la decisión final o definitiva que se emita en última instancia, permite que por el solo hecho de haber sido declarada infundada la demanda en primera instancia, se cancele la medida cautelar, sin dar la oportunidad a que la sentencia sea revisada en segunda instancia.

3. Utilidad y finalidad de las medidas cautelares y su problemática en relación el artículo 630 del Código Procesal Civil

Como señala Amílcar Mercader, citado por Mariano Peláez, la utilidad de una medida cautelar se define “más que en interés de los individuos, en el interés de la administración de justicia”¹⁰. Puede decirse que las medidas cautelares oportunamente dictadas aseguran el cumplimiento de la sentencia final emitida en un proceso, es decir, consentida o ejecutoriada, en cuyo hecho radica su utilidad. Es por ello que deben ser dictadas pensando en su propósito superior e ineludible, de proteger o salvaguardar el derecho materia de discusión, que ha sido planteado en la demanda. En esto radica la importancia de las medidas cautelares, más que en su definición, lo trascendente es encontrar la utilidad práctica de este instituto procesal, ya que ninguna institución del derecho se forja para satisfacer inquietudes meramente académicas, sino por el contrario para otorgar soluciones a los problemas de los litigantes y más específicamente al derecho que se demanda, posibilitando que durante el transcurso del proceso, se dicte una medida que asegure o garantice la ejecución de lo que se va a resolver en definitiva en el proceso.

Por otro lado, la finalidad de las medidas cautelares, debe recordarse con Mariano Peláez, es el aseguramiento anticipado de un bien, objeto de la pretensión, impidiendo que ella sea ilusoria e irrealizable. Su finalidad y objeto es igualmente evitar que se tornen ilusorios los derechos del accionante, ante la posibilidad cierta de que se dicte una sentencia de imposible ejecución, pues ante

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ MERCADER, Amílcar, citado por PELÁEZ BARDALES, Mariano. Ob. cit., p. 24.

un no aseguramiento preliminar y preventivo, el obligado, en tanto dure la secuela del proceso, puede poner perfectamente a buen recaudo su patrimonio¹¹. Di Iorio señala al respecto que las medidas cautelares “están destinadas, más que a hacer justicia, a dar tiempo a la justicia de cumplir a cabalidad su alta función, permitiendo asegurar el resultado práctico de la sentencia que debe recaer en un proceso determinado, para evitar que ésta no sea burlada haciéndola de imposible cumplimiento”¹².

Podemos decir finalmente sobre este punto, que la medida cautelar será realmente útil cuando se encuentre concluido en forma definitiva el proceso y dicha medida se encuentre vigente en ese momento para que pueda empezarse la fase de ejecución, teniendo como sustento precisamente a dicha medida cautelar. Ergo, no tendrá utilidad si a la fecha que se haya concluido en forma definitiva el proceso, la medida cautelar trabada ya no se encuentre vigente al haber sido cancelada solamente por haber sido declarada infundada la demanda en primera instancia; peor aún se perderá absolutamente la utilidad cuando se quiera nuevamente realizar la medida cautelar para fines de ejecución de la sentencia y se compruebe que los bienes sobre los que recayó la medida ya han salido de la esfera de propiedad del demandado, tornando así en ilusoria la ejecución de la sentencia. Al respecto cabe añadir que, si bien es cierto que siempre habrá la posibilidad de iniciar una acción revocatoria o pauliana, sin embargo, habrá el inconveniente que señala el artículo 195 inciso 1° del Código Civil que exige el conocimiento del perjuicio a los derechos del acreedor por parte del tercero adquirente.

Es interesante comprobar que la jurisprudencia peruana reconoce con claridad meridiana la finalidad de las medidas cautelares, indisolublemente ligadas al resultado final del proceso, como se desprende por ejemplo del Expediente número 1434-2005-14-Lima, que señala: “La finalidad del proceso cautelar es asegurar la eficacia jurídica de la sentencia o resolución definitiva que debe recaer en el proceso principal, el cual se encuentra –necesariamente– vinculado por un nexo de instrumentalidad [...]”¹³, repitiéndose algo similar en el Expediente número 37-7-97, que indica que “[l]as cautelares tienen por objeto garantizar el cumplimiento de la decisión a adoptarse en forma definitiva”¹⁴.

Por tanto, la finalidad propuesta de asegurar la decisión definitiva a dictarse en el proceso, solamente será posible siempre y cuando dicha medida cautelar efectivamente llegue a estar vigente a la finalización del proceso y no haya sido cancelada en primera instancia en caso de haber sido declarada infundada la demanda; pues de lo contrario, la finalidad establecida en el artículo 608 de la norma adjetiva se habrá visto mutilada por el simple hecho de haber sido declarada infundada la demanda en primera instancia, no obstante no haber concluido el proceso, como se ha venido señalando.

4. Características de las medidas cautelares y su problemática en relación al artículo 630 del CPC

¹¹ PELÁEZ BARDALES, Mariano. Ob. cit., p. 24.

¹² Di Iorio, citado por Ibídem.

¹³ Publicado en Data 35,000 de la Jurisprudencia de Gaceta Jurídica.

¹⁴ Ibídem.

El Código Procesal Civil peruano en su artículo 612 señala las características de las medidas cautelares y considera dentro de estas a la instrumentalidad, variabilidad, provisoriedad y prejuzgamiento, las cuales comentaremos a continuación en relación al tema materia de este trabajo.

4.1. Instrumentalidad cualificada

La instrumentalidad de las medidas cautelares fue identificada como una de las características de las medidas cautelares por Piero Calamandrei, quien ya en el año de 1936 señalaba: “[...] en mi concepto, es la nota verdaderamente típica de las providencias cautelares, las cuales nunca constituyen un fin por sí mismas, sino que están ineludiblemente preordenadas a la emanación de una ulterior providencia definitiva, el resultado práctico de la cual aseguran preventivamente”¹⁵.

En nuestro medio, cualquier tratadista peruano igualmente coincidirá en que esta característica es de capital importancia, ya que se encuentra al servicio del resultado final del proceso. Así podemos citar, a modo de ejemplo, lo señalado por Mariano Peláez Bardales, para quien “[l]a medida cautelar se instrumentaliza en función de la pretensión principal que se tendrá que discutir en el proceso. Solo si el fallo final que se dicta en dicho proceso declara que el accionante tiene realmente acreditado el derecho, la medida cautelar concedida tendrá carácter definitivo; en caso contrario ésta será cancelada y quedará sin efecto. Las medidas cautelares en tal sentido no poseen autonomía propia, son de carácter instrumental y existen para hacer efectivos los derechos sustanciales que finalmente se reconozcan en el proceso principal, mediante el fallo final [...]”¹⁶. En ese mismo orden de ideas, Adolfo Armando Rivas precisa que “las medidas cautelares, como toda forma procesal, son medios utilizados por la jurisdicción para el cumplimiento de sus fines. Sin embargo la característica de Instrumentalidad se computa considerando la relación existente entre aquellos y la solución a adoptarse con respecto al derecho material exigido en el fallo definitivo; de tal manera, sirven básicamente para asegurar la eficacia del fallo si éste fuese favorable a quien lo obtuvo”¹⁷.

Al respecto, la jurisprudencia peruana se ha pronunciado ampliamente poniendo de relieve la importancia capital de esta característica, como en la Casación número 2604-2005 Cajamarca, del veinticinco de octubre del año dos mil seis, que señala que “entre las características de las medidas cautelares se considera necesario destacar aquella de la instrumentalidad, que significa que éstas no constituyen un fin en sí mismas, sino que están subordinadas a la expedición de la resolución final, es decir operan como un instrumento para evitar el peligro que puede generar la demora en la expedición de la sentencia. La mencionada instrumentalidad de las medidas cautelares”.

Como puede apreciarse nuevamente, tanto el desarrollo doctrinario como el jurisprudencial siguen poniendo énfasis en que la medida cautelar es un instrumento destinado a proteger la decisión definitiva que deberá recaer en el proceso principal, reiterando que si se ampara el derecho del demandante, la medida cautelar trabada se convertirá en definitiva, lo cual supone que debe estar vigente y acompañar paralelamente a todo el trámite del proceso, hasta llegar al fallo definitivo, viabilizando la fase de ejecución de la sentencia final.

¹⁵ CALAMANDREI, Piero. *Introducción al Estudio sistemático de las providencias cautelares*, ARA Editores, Lima, 2005, p. 44.

¹⁶ PELÁEZ BARDALES, Mariano. *Medidas cautelares en el proceso civil*, Grijley, Lima, 2008, p. 18.

¹⁷ ARMANDO RIVAS, Adolfo. *Las medidas cautelares en el Derecho peruano*, Jurista Editores, Lima, 2005, pp. 47, 48.

Debe tenerse muy en cuenta el artículo 619 del Código Procesal Civil, con el cual entraría en contradicción el artículo 630 de dicha norma adjetiva que señala expresamente que “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 se iniciará afectando el bien sobre el que recae la medida cautelar a su propósito”, de lo que se desprende con claridad meridiana que por el carácter provisorio e instrumental de la medida cautelar, solo en el caso de que se emita sentencia firme o definitiva, la medida cautelar debe desaparecer.

Resulta acertado lo expresado por Marianella Ledesma Narváez, quien al comentar el artículo 619 del Código adjetivo señala que “si la sentencia no ampara la pretensión, la medida cautelar se levanta y es posible ingresar a discutir la ejecución de la contracautela (en el supuesto que se hubiere generado daño con la ejecución de la medida); en cambio, si la sentencia ampara la pretensión, también desaparece la medida cautelar, pero para transformarse en medida de ejecución para el inicio de la ejecución forzada; generando con ello la cancelación de la contracautela, tal como refiere el artículo 620 del CPC: resuelto el principal en definitiva y de modo favorable a quien obtuvo la medida cautelar, la contracautela ofrecida queda cancelada de pleno derecho”¹⁸.

Otra nota característica que se puede extraer es que la medida cautelar es un instrumento del proceso en su conjunto, es decir, concebido como un todo, y que de ninguna manera se le ha concebido históricamente en la doctrina ni en la jurisprudencia como un instrumento al servicio de una sola de las instancias en el proceso, menos aún de la primera instancia, desprotegiendo tácitamente al proceso en la segunda instancia, debiendo simplemente recordar al respecto que el propio artículo 608 del Código Procesal Civil literalmente dice que “todo juez puede, a pedido de parte, dictar medida cautelar antes de iniciado un proceso o dentro de éste, destinada a asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva”, no apreciándose que imponga el requisito adicional de que necesariamente la demanda deba ser amparada en primera instancia para que la medida cautelar pueda mantenerse hasta la decisión definitiva.

4.2. Provisoriedad

Calamandrei, buscando las diferencias existentes entre las providencias de cognición y de ejecución frente a las providencias cautelares, manifestaba que: “La opinión más extendida, [...], es la que ve un carácter constante o, en absoluto, un carácter distintivo de las providencias cautelares en su provisoriedad, o sea en la limitación de la duración de los efectos (declarativos o ejecutivos) propios de estas providencias. Las mismas difieren, según esta opinión, de todas las otras providencias jurisdiccionales no por la cualidad de sus efectos, sino por una cierta limitación en el tiempo de los efectos mismos; [...]”¹⁹.

Frente a lo que es simplemente temporal, o sea lo que no dura siempre, independientemente del hecho que ponga fin a su duración, el citado tratadista puntualizaba que: “[...] provisorio es, en cambio, lo que está destinado a durar hasta tanto que sobrevenga un evento sucesivo, en vista y en

¹⁸ LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Comentarios al Código Procesal civil*, Tomo III, Gaceta Jurídica, Lima, 2008, p. 76.

¹⁹ CALAMANDREI, Piero. *Ob. cit.*, p. 36.

espera del cual el estado de provisoriedad subsiste durante el tiempo intermedio. En este sentido, provisorio equivale a interino; [...]”²⁰.

Al mencionarse el “evento sucesivo” se está haciendo referencia a la resolución final del proceso principal, es decir, a la sentencia consentida o ejecutoriada. Esta característica es la más definitiva y propia de las medidas cautelares, y que la entendemos mejor si distinguimos los conceptos de temporalidad y provisoriedad. El primero es aquello que no dura siempre, vale decir, tiene una duración limitada; en cambio, lo provisorio es aquello que está destinado a durar en tanto no ocurra un hecho sucesivo y esperado, lo cual aplicado para el caso materia de análisis, significa que las medidas cautelares dependen definitivamente de la decisión definitiva a emitirse en el proceso principal.

En este sentido, el vocablo provisorio incluye lo temporal, y precisamente la medida cautelar es temporal en cuanto asume las características de una cláusula *rebus sic stantibus*, dado que en cualquier momento pueden presentarse (probarse) hechos que persuadan al Juez de la sustitución o desaparición de la medida cautelar. Pero no solo es temporal, sino que además, la medida cautelar se encuentra permanentemente a la espera que cualquier decisión futura varíe su estado. Es entendible que las medidas cautelares no apuntan a convertirse en definitivas, por lo que deben cancelarse cuando en el proceso principal se haya llegado a una situación que haga inútil el aseguramiento, bien por el cumplimiento de la sentencia definitiva, bien por actuaciones en el proceso de ejecución que dejan sin sustento alguno la mantención de las medidas.

Queda perfectamente claro que la provisoriedad de la medida cautelar depende de la suerte del proceso principal, por lo cual resulta cuestionable que se pretenda considerar que la medida cautelar tenga también la característica de ser autónoma, por el solo hecho de tramitarse en un cuaderno aparte, cuando lo cierto es que al depender del proceso principal, no puede hablarse en puridad que exista tal característica de autonomía. Así, si el proceso principal en última instancia se obtiene sentencia favorable con calidad de Cosa Juzgada, la medida cautelar se consolida y se refunde en la sentencia misma para poder servir al cumplimiento del fallo en fase de ejecución; en cambio, si el resultado es negativo por decisión judicial firme sobre el fondo o aun cuando no lo sea sobre él, no cabe duda que desaparecerá y con justa razón tendrá que ser levantada dicha medida cautelar.

Al respecto se encuentran jurisprudencias que resaltan la referida provisoriedad, conforme se advierte de la Resolución de fecha treinta y uno de julio de mil novecientos noventa y siete del Expediente 311-97, que aparece en Data 35,000 Jurisprudencias de Gaceta Jurídica, que señala que: *“Toda medida cautelar es provisorio, esto es, que tiene determinada duración en el tiempo. Es instrumental y variable porque se puede modificar la forma de la medida”*.

4.2.1. Provisoriedad en relación a la cancelación ordenada por el artículo 630 del Código Procesal Civil

Pese a la firmeza de los argumentos antes expuestos en cuanto a que la provisoriedad está ligada al cumplimiento de la decisión definitiva que recaiga en un proceso, sin embargo, consideramos que respetables doctrinarios, así como la jurisprudencia nacional, aceptan muy fácilmente y sin

²⁰ *Ibidem*.

cuestionamiento alguno el argumento de considerar –en base precisamente a esta característica de la provisoriedad– que las medidas cautelares deben ser levantadas al perderse un proceso solamente en la primera instancia, conforme al artículo 630 del Código Procesal Civil, sin esperar que exista sentencia definitiva.

Así, el autor nacional Adolfo Armando Rivas señala que, “como caso especial de cambio de circunstancias, encontramos el dictado de sentencia que desestima la demanda [...]. La solución normativa parte del supuesto de la cautelar obtenida por el actor; frente al fallo adverso, la verosimilitud del derecho se desvanece con lo que se justifica la caída de la cautelar”²¹. Igualmente encontramos que Marianella Ledesma Narváez, en su obra titulada “Comentarios al Código Procesal Civil”, señala: “La eficacia de la medida cautelar va a estar condicionada a la existencia de una sentencia firme; pero, en el supuesto que hubiere sentencia en primera instancia que desestima la demanda, la misma que es materia de apelación, la medida cautelar queda cancelada de pleno derecho; por ejemplo, si Juan logra ejecutar un embargo en forma de retención sobre una suma de dinero en una cuenta bancaria del obligado para garantizar el cobro de una deuda con la sentencia adversa al beneficiado con la medida, tendrá que liberarse la retención dineraria, a pesar de estar pendiente las resultas de la impugnación. Apréciase que el referente para levantar una medida es que ‘se desestime la demanda’ más no, cuando se declara “improcedente” esta. En este último caso, si ella es materia de impugnación no justifica se levante la medida en atención al artículo 630 del CPC”²².

Asimismo, Hinostroza Minguez señala que “la desestimación de la demanda por la sentencia de primera instancia trae como consecuencia la cancelación de pleno derecho (automática) de la medida cautelar, aun si el fallo hubiere sido objeto de impugnación”²³; añadiendo posteriormente que “no solo la sentencia que rechaza la pretensión del peticionante amerita la cancelación de la medida cautelar, también esta es susceptible de producirse si se extingue el proceso por las siguientes formas especiales de conclusión del mismo: conciliación, transacción judicial, desistimiento del proceso o de la pretensión y abandono (siendo el CPC expreso en cuanto al último, pues dispone en su artículo 347 que consentida o ejecutoriada la resolución que declara el abandono del proceso, quedan sin efecto las medidas cautelares y se archiva el expediente)”²⁴.

Con el mismo criterio la jurisprudencia nacional se ha pronunciado uniformemente en el sentido de aplicar el artículo 630 del Código Procesal Civil en sus propios términos, es decir, avalando la cancelación de las medidas cautelares por la desestimación de las demandas en primera instancia (jurisprudencias anteriores a la modificación introducida por el Decreto Legislativo 1069, del veintiocho de junio del año dos mil ocho) sin esperar que quede concluido el proceso en forma definitiva. Así tenemos los siguientes ejemplos:

- En el Expediente número 99-25488-686-Lima, que señala: “El artículo 630 del CPC preceptúa que si la sentencia en primera instancia desestima la demanda, la medida cautelar queda cancelada de pleno derecho, aun en el caso que la misma fuera impugnada. Dicho dispositivo no

²¹ ARMANDO RIVAS, Adolfo. Ob. cit., p. 49.

²² LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. Ob. cit., p. 128.

²³ HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. *Comentarios al Código Procesal civil*, Gaceta Jurídica, Lima, 2004, pp. 1229, 1230.

²⁴ *Ibidem*.

hace ninguna distinción respecto a que si la decisión final debe ser emitida respecto al fondo o forma de la pretensión demandada”²⁵.

- En el Expediente 1081-2000 de la Sala de Procesos Abreviados y Conocimiento, que señala: “Si la sentencia de primera instancia desestima la demanda, la medida cautelar queda cancelada de pleno derecho, aunque aquella hubiese sido impugnada, señala el artículo 630 del Código Procesal Civil. Es nula la medida cancelada si la sentencia impugnada se declara nula (voto singular)”²⁶.
- En el expediente número 712-2002, Tercera Sala Civil de Lima, que señala que “Si bien el demandado acogiéndose a los alcances del artículo 615 del Código Procesal Civil solicita se deje sin efecto el embargo en forma de inscripción, empero con la facultad del *iura novit curia*, debe entenderse que la misma se encuentra circunscrita a la cancelación de pleno derecho como señala el artículo 630 del Código procesal Civil. Si se desestima la pretensión incoada, es menester que la medida cautelar quede cancelada de pleno derecho, incluso cuando hubiere sido impugnada”²⁷.
- En el Expediente número 865-96, Primera Sala Civil, refiere que “debe desestimarse el argumento de que la medida cautelar debe subsistir mientras no se resuelva el recurso de casación, puesto que toda medida cautelar es provisoria porque pueda desaparecer sin que se haya expedido un fallo definitivo. El Proceso cautelar no puede ser independiente del proceso definitivo, pues existe una situación de subordinación por la cual este (proceso definitivo) no supone la existencia del cautelar, pero este (cautelar) no puede aparecer sin aquel, o por lo menos, sin la supuesta existencia o realización de aquel”²⁸.

4.2.2. Precisiones respecto a la provisoriedad en aplicación del artículo 630 del Código Procesal Civil

- En primer lugar, debemos reafirmar que la provisoriedad no debe ser entendida en función a lo que se decida en una determinada instancia que conoce el proceso, menos en relación a la primera instancia, como si en ella fuera a terminar el proceso, cuando todos sabemos de sobra que eso puede no ser así, y peor aún cuando la sentencia que declara infundada la demanda ha sido expresamente apelada, siendo obvio y evidente que el proceso para nada ha concluido. Es más, resulta absurdo que habiéndose concedido la apelación de la sentencia de primera instancia y que por ende sus efectos queden suspendidos, sin embargo, siendo la medida cautelar dependiente de lo que se resuelva en forma definitiva en el proceso principal por el carácter provisorio de las medidas cautelares, tenga que cancelarse de inmediato, pese a que la sentencia sí va a ser materia de revisión en segunda instancia; cuando lo lógico debería ser que igualmente la medida cautelar quede en suspenso a las resultados de lo que se decida en la apelación.
- La provisoriedad, conforme se ha establecido en las consideraciones generales sobre esta característica de la medida cautelar, se refiere a que depende del cumplimiento o no de la sentencia definitiva, es decir, consentida o ejecutoriada o mejor dicho con calidad de cosa juzgada. En ese orden de ideas, si es que la sentencia final viene siendo cumplida o ya ha sido

²⁵ Publicado en Data 35,000 de la Jurisprudencia de Gaceta Jurídica.

²⁶ LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. Ob. cit., p. 131.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ *Ibidem*.

cumplida, el sustento para mantener la medida cautelar desaparece y por tanto debe ser levantada de inmediato.

- No existe provisoriedad por instancias, pues se llega al absurdo de considerar el levantamiento de la medida cautelar, cuando aún no ha concluido el proceso en forma definitiva ya que el pronunciamiento emitido por el Juez de primera instancia no es el definitivo y por el contrario va a ser materia de revisión por el magistrado de la instancia superior.
- No debe perderse de vista la norma general del artículo 608 del Código Procesal Civil, que señala expresamente que la medida cautelar garantiza la ejecución de lo que se va a resolver en forma definitiva en el proceso, por lo cual la provisoriedad solo puede estar orientada a mantenerse en tanto y en cuanto aún no se llegue a ejecutar en forma definitiva la sentencia, ya que si se viene ejecutando en forma normal o ya se ha concluido con la fase de ejecución, ya nada justifica la permanencia de esta medida y, por tanto, la provisoriedad se manifestará en el levantamiento de dicha medida cautelar.
- Por otro lado, el haber precisado la norma modificatoria del Decreto Legislativo 1069 que solo se debe cancelar la medida cautelar cuando se declare infundada la demanda, no utilizando más el término de “desestimación” de la demanda, siendo un término tan evidente y directo, ya no deja margen ni posibilidad para que se puedan comprender otras formas de conclusión del proceso, como podría ser el declarar improcedente la demanda. Lo cierto es que nada justificaría en la lógica del artículo 630 vigente, que no se cancelen las medidas cautelares también en estos casos, ya que ya no existiría proceso principal cuya decisión definitiva tuvieran que asegurar o garantizar.
- Igualmente en lo que se refiere a medidas cautelares fuera de proceso, el razonamiento según el artículo 630 del Código Procesal Civil debería ser el mismo, procediéndose a la cancelación de la medida cautelar, no justificándose que para este caso sí tenga que esperarse la decisión definitiva que deba expedir el superior, cuando la demanda ni siquiera merece ser admitida a trámite (por resultar improcedente o por existir una causal de excepción perentoria).
- Sin embargo, lo más lógico es que en ningún caso en que se emita un pronunciamiento en primera instancia, tanto declarando infundada una demanda, improcedente u otro motivo, se debería permitir el levantamiento de la medida cautelar, cuando aún cabe la posibilidad de que dicha resolución sea revocada por el superior en grado.
- En cuanto a la justificación de que la cancelación de la medida cautelar dispuesta por el artículo 630 del Código Procesal Civil obedece a que el Juez de primera instancia ya asumió certeza respecto a los hechos materia de controversia en el proceso principal, a diferencia de la simple verosimilitud con la que dictó la medida cautelar, debe recordarse que tanto la finalidad de la medida cautelar como el carácter instrumental y provisorio hasta ahora desarrollados, nos han situado en la verdadera dimensión de las medidas cautelares, que sirven para asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva a dictarse en el proceso, siendo obvio que el proceso no se agota en una sola instancia, por lo cual no puede hablarse válidamente de la existencia de “certezas” asumidas por instancias, la misma que solamente puede existir con calidad de cosa juzgada cuando la sentencia quede debidamente consentida o ejecutoriada.
- A modo de ilustración de la confusión que crea el artículo 630 del Código Procesal Civil, respecto a la supuesta “certeza por instancias”, cabe señalar que puede darse el caso que cuando se ampare o declare fundada la sentencia en primera instancia y se revoque en Sala Superior, interponiéndose ante ello recurso de casación en que se solicite al Juez de Primera instancia cancelar una medida cautelar, el cual podría argüir su improcedencia por no estar previsto expresamente el artículo 630 del Código adjetivo, alegando además que al no pertenecer a “su certeza” (ya que él habría declarado infundada la demanda), la decisión tomada por el superior no le vincula. Como puede verse, siendo una razón similar a la que plantea el artículo 630 del

Código Procesal Civil, en la que ya se emitió pronunciamiento en segunda instancia, existe una mal entendida certeza por instancias, cuando lo único que puede existir conforme a las definiciones ya alcanzadas es la única certeza a la que se debe arribar solamente al final del proceso.

Finalmente, resulta pertinente volver a citar a Marianella Ledesma Narváez, quien no obstante lo expuesto líneas arriba en cuanto a la justificación de cancelar las medidas cautelares por haber sido declarada infundada la demanda en primera instancia, reflexiona sobre algo muy cierto y delicado, es decir, en cuanto a la repercusión que ello podría causar exponiendo lo siguiente: “Consideramos que dicha cancelación puede resultar perjudicial para la parte beneficiada, desde el inicio con la medida, porque se estaría condicionando el éxito de ella, a las resultados de la instancia y no de la sentencia misma. Puede darse el caso que la sentencia que desestima la demanda sea revocada, sin embargo, la medida ya fue cancelada de pleno derecho”²⁹.

En efecto, muy bien lo reconoce la jurista antes nombrada respecto a que en realidad la medida cautelar en nuestra legislación finalmente resulta estando condicionada a que se logre una sentencia favorable en primera instancia, o porque no decirlo, también de que se logre éxito en la segunda instancia, pues en caso contrario, la medida cautelar existente corre el riesgo de ser cancelada sin que haya sentencia definitiva en el proceso; ante lo cual finalmente estaríamos modificando implícitamente el artículo 608 del Código Procesal Civil en cuanto a que la medida cautelar no asegura la decisión definitiva que se vaya a dictar en última instancia, sino solamente garantiza la instancia en que se encuentre el proceso, lo cual resulta totalmente alejado de los fines de la medida cautelar y de su carácter instrumental y provisorio, conforme hemos expuesto reiteradamente.

Por otro lado, la autora antes citada deja entrever el gran peligro que se genera al ser cancelada la medida cautelar conforme al artículo 630 del Código Procesal Civil, y es que existe la probabilidad latente de que la sentencia de primera instancia sea revocada, así como también puede decirse que la sentencia de segunda instancia sea casada en la Corte Suprema, y que al regresar al juzgado de origen, se advierta, lo que es más que seguro que suceda, que ya ha sido cancelada la medida cautelar, a lo que podríamos añadir que probablemente en ejecución de sentencia ya no logre trabarse medida cautelar alguna porque el demandado, por ejemplo, ya dispuso del bien embargado, con lo cual finalmente el demandante tendría un triunfo pírrico pues no podría llegar a ejecutar la sentencia definitiva y, en consecuencia, no se lograría la tan ansiada tutela jurisdiccional efectiva, que hemos expuesto al inicio.

4.3. Variabilidad

Como consecuencia del carácter instrumental de las medidas cautelares en relación al proceso principal donde se discuten derechos sustanciales y, en especial, a la sentencia final que resolverá dicho conflicto, las medidas cautelares pueden ser variadas en su tenor por el órgano jurisdiccional, a fin de que ellas sirvan de la manera más óptima posible a los fines de tutela que la inspiran. Sobre el particular, Monroy Gálvez sostiene que “esta característica es la mas definitiva y propia de las medidas cautelares, y que la entendemos mejor si distinguimos los conceptos de temporalidad y provisoriedad. El primero es aquello que no dura siempre, que tiene una duración limitada; en

²⁹ *Ibidem*, p. 129.

cambio lo provisorio es aquello que está destinado a durar hasta tanto no ocurra un hecho sucesivo y esperado. En este sentido, el vocablo provisorio incluye lo temporal, precisamente la medida cautelar es temporal en cuanto asume las características de una cláusula *rebus sic stantibus*, dado que en cualquier momento pueden presentarse (probarse) hechos que persuadan al Juez de la sustitución o desaparición de la medida cautelar. Pero no solo es temporal, sino que además la medida cautelar se encuentra permanentemente a la espera que cualquier decisión futura varíe su estado³⁰.

A propósito de lo mencionado respecto del tema de la cosa juzgada, que resulta polémico en materia cautelar, podemos decir que la tutela cautelar, a diferencia de la tutela cognoscitiva generadora de la cosa juzgada, marca un estado transitorio o provisional, que culminará con la sentencia final, pero que es susceptible de ser modificado o alterado si los presupuestos con los que la medida cautelar fue concedida hubieran variado o desaparecido.

Cabe citar sobre el tema de la variabilidad, la jurisprudencia emitida en el Expediente número 282-96, de la segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que en la resolución de fecha diez de abril de 1996, señala que “Las resoluciones recaídas en procesos cautelares son susceptibles de variación, en atención a las circunstancias particulares de cada caso, razón por la que no corresponde atribuir inmutabilidad a las decisiones preventivas³¹”.

Finalmente, debe quedar claro para el tema que es materia de análisis en este trabajo que, la variabilidad de las medidas cautelares que puedan darse en el transcurso del proceso o una vez concluido y estando en marcha la fase de ejecución, no deben perjudicar el aseguramiento del cumplimiento de la decisión definitiva que se dicte en el proceso principal, no pudiendo tampoco permitirse que –so pretexto de la variabilidad de una medida cautelar– se pretenda efectuar la cancelación de la misma, si es que aún no se ha concluido el proceso en forma definitiva, como lo tiene establecido el artículo 630 del Código Procesal Civil.

4.4. Prejuzgamiento

Para conceder una medida cautelar, el juez no requiere ni necesita prejujar sobre el fondo de lo que es materia del petitorio de la pretensión objeto del proceso principal siendo solamente necesario que se llegue a persuadir que el derecho (pretensión principal) respecto del cual se pide cautela sea *verosímil*; esto equivale a decir que el juzgador, a través de una cognición sumaria y de un cálculo de probabilidades, debe valorar convenientemente en sede de verosimilitud, la existencia del derecho invocado y persuadido de ello conceder la cautela solicitada.

Al respecto resulta pertinente citar la jurisprudencia ya expuesta anteriormente emanada del Expediente 377-97 del primero de agosto de 1997, que señala que en efecto “Las medidas cautelares tienen por objeto garantizar el cumplimiento de la decisión a adoptarse en forma definitiva y se caracterizan por importar *un prejuzgamiento*, ser provisorias, instrumentales y variables”.

³⁰ MONROY GÁLVEZ, Juan. *Temas de Proceso Civil*, Librería Studium, Lima, 1987, p. 36.

³¹ PELÁEZ BARDALES, Mariano. *El proceso cautelar*, cit., pp. 674, 675.

Sin embargo, la existencia del artículo 630 del Código Procesal Civil en nuestro ordenamiento jurídico procesal, que permite cancelar la medida cautelar solamente por haber sido declarada infundada la demanda en primera instancia, de alguna manera pone en cierto compromiso al magistrado para mantener su posición al emitir la sentencia en la instancia en la que está actuando, es decir para tratar de reforzar la verosimilitud hasta llegar a la llamada certeza, para eliminar el riesgo de ser incongruente o que se le acuse de haber concedido una medida cautelar cuando no debía haberlo otorgado, no siendo infrecuentes las quejas ante los órganos de control, en caso de divergencia de criterios expresados en la concesión de la medida y la decisión adoptada en la sentencia.

Debe recordarse que el prejuzgamiento inicial, no puede obligar al Juez a decir lo mismo en la sentencia que corresponda a su instancia, en la cual puede efectivamente llegar a convencerse de que la demanda debe desestimarse. En tales circunstancias, debe apreciarse que, si bien en el artículo 608 del Código Procesal Civil se establece expresamente que las medidas cautelares están destinadas a asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva a recaer en el proceso (conforme lo reconoce la doctrina uniforme al respecto) y si es que para dictar dicha medida simplemente se requiere de una verosimilitud o apariencia del derecho, y no habiendo establecido este artículo que además de dicha verosimilitud se tenga necesariamente que obtener la llamada “certeza” en la primera instancia, por tanto no resulta justificado que se permita cancelar la medida cautelar por el solo hecho de haber sido desestimada la demanda en primera instancia, cuando el proceso aún no ha concluido y eventualmente el fallo de primera instancia puede ser revocado o anulado.

No resulta lógico pues que no habiendo logrado la certeza absoluta y definitiva del proceso (lo cual solamente puede lograrse en la última y definitiva instancia), la verosimilitud con la que se otorga la medida cautelar, tenga que ceder ante una “certeza” de instancia, que no es la definitiva y que eventualmente puede variar en la siguiente instancia. Sobre el particular, resulta acertado citar la jurisprudencia contenida en el Expediente 3820-97, de la Tercera Sala civil, que refiere: “La verosimilitud y el peligro en la demora son presupuestos de la medida cautelar contenidos en el artículo 611 del CPC. La verosimilitud o apariencia del derecho invocado, significa que el Juez debe realizar una *estimación o cálculo de probabilidad* que le permita persuadirse que el derecho cuya cautela se pide, existe en principio. El peligro en la demora es la constatación por parte del Juez, que si no se concede de inmediato la medida cautelar a través de la cual garantice *el cumplimiento del fallo definitivo* es factible que este jamás se ejecute con eficacia”³².

Como puede apreciarse, de las jurisprudencias antes citadas, en el Prejuzgamiento, el Juez solamente requiere que exista una apariencia del interés sustancial o de una estimación o cálculo de probabilidad, para dictar la medida cautelar con miras a garantizar el cumplimiento del fallo definitivo, mas de ninguna manera se le puede exigir una certeza; no pudiendo apreciarse en el artículo 608 del Código Procesal civil, que se le haya impuesto al Juez hacer una estimación o cálculo de probabilidades proyectándose a declarar necesariamente fundada la demanda.

En consecuencia, aunado a la finalidad de la medida cautelar y los caracteres de provisoriedad e instrumentalidad, ya explicados precedentemente, entendidos en su real dimensión –es decir para asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva– consideramos que mientras siga en trámite el

³² LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. Ob. cit., pp. 39, 40.

proceso principal, debería dejarse vigente la medida cautelar, no obstante haberse declarado infundada la demanda en la primera instancia, ya que la medida cautelar, no ha sido concedida solamente para garantizar la primera instancia, sino todo lo contrario, para garantizar el cumplimiento de la decisión definitiva, con lo cual sí realmente se estaría haciendo efectiva la tutela, es decir, que realmente el Estado estaría brindando la tan ansiada tutela jurisdiccional efectiva.

5. Presupuestos de las medidas cautelares y su problemática en relación al artículo 630 del Código Procesal Civil

Pueden dividirse en:

- Presupuestos de procedencia: Los cuales no pueden ser confundidos con los requisitos –como considera cierta doctrina– sino situaciones básicas cuya existencia es imprescindible para que las solicitudes cautelares sean concedidas.
- Presupuestos de Efectivización: Una vez dispuesta por decisión judicial aparece la necesidad de que se produzca o se concrete un nuevo presupuesto pero esta vez para la Efectivización o traba material de la medida, se trata de la contracautela.

5.1. Presupuestos de procedencia

Para que pueda decretarse una medida cautelar, de acuerdo con lo que prevé la ley, deben concurrir y/o conjugarse hasta tres requisitos o presupuestos. Estos son: 1) La apariencia de fundabilidad de la pretensión o verosimilitud del derecho (*fumus bonis iuris*), 2) El peligro en la demora (*periculum in mora*), y 3) Adecuación de la medida cautelar otorgada tales requisitos son los pilares sobre los que se sostiene la medida cautelar

5.1.1. Verosimilitud del derecho

En primer lugar, para efecto de desarrollar lo que es materia de este artículo, nos interesa tratar el presupuesto conocido como *fumus boni iuris*, que en palabras de Mariano Peláez Bardales, “[d]el propio pedido o solicitud cautelar debe desprenderse anteladamente la verosimilitud del derecho que se invoca y que se solicita proteger, de manera que se asegure el eventual resultado de la demanda formulada o por formular. Una vez que se demuestre el interés legítimo del peticionante, la concesión de la medida cautelar adquiere ya una función de medio de la sentencia definitiva, asegurando la eficacia de esta e impidiendo «que se tornen ilusorios los derechos y pretensiones de la parte reclamante»³³.

A diferencia de la cognición judicial en el proceso principal, en el cual ella apunta al logro de la certeza sobre la existencia del derecho discutido, en sede cautelar es suficiente que dicha existencia aparezca como verosímil. El resultado de la cognición cautelar basada en probabilidades no tiene el valor de declaración de certeza, sino simplemente de hipótesis, pudiéndose ver si ella corresponde a la realidad sólo cuando se resuelva el proceso en forma definitiva y con calidad de cosa juzgada. Dicho carácter hipotético está íntimamente identificado con la naturaleza de la providencia cautelar, siendo un aspecto necesario de su instrumentalidad.

³³ PELÁEZ BARDALES, Mariano. *Medidas Cautelares en el proceso civil*, cit., p. 12.

En similares términos se viene pronunciando la jurisprudencia nacional, como es de verse del Expediente número 1582-2006 de la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que en su Resolución del doce de junio del dos mil seis, señala que “respecto a la verosimilitud del derecho, conocido como la apariencia del derecho *fumus bonus iuris*, (...) significa que para el otorgamiento de una medida cautelar se necesita un humo de derecho, es decir, probabilidad para alcanzar un cierto nivel y convicción que no requiere certeza solo un mero cálculo de probabilidades sobre la verosimilitud del derecho invocado, en otras palabras, la verosimilitud no sugiere que el juez evalúe a futuro la fundabilidad de la pretensión, sino que considere, por lo menos, que la pretensión tiene un sustento jurídico que lo hace discutible”³⁴.

Por otro lado, en cuanto a la extensión temporal de dicha verosimilitud, es decir hasta cuando válidamente se puede mantener la medida concedida en base a la simple apariencia del derecho, la Jurisprudencia recaída en el Expediente número 4199-99 expedida por la Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, igualmente tomada en cuenta por Marianella Ledesma, es clara al manifestar que “la verosimilitud del derecho, como uno de los supuestos para la medida cautelar, se entiende como la posibilidad de que exista y no como una incontrastable realidad, que solo se logrará establecerse al concluir el proceso respectivo”³⁵.

En ese orden de ideas, relacionando el presupuesto del *fumus boni iuris* con el tema materia de desarrollo, tenemos que decir –como ya lo hemos sostenido en el desarrollo de la finalidad y características de las medidas cautelares– que al Juez solo le compete hacer una apreciación sumaria de los hechos expuestos a fin de formarse un juicio de valor en cuanto a la apariencia del derecho o verosimilitud del mismo, pero que de ninguna manera puede considerarse que la decisión de conceder la medida cautelar solo protege la primera instancia, cuando el artículo 608 del Código Procesal Civil puntualiza que es hasta que se dicte la decisión definitiva en el proceso.

Consecuentemente, así se concluya algo diferente en la sentencia de primera instancia no coincidiendo ni avalando la medida cautelar dictada, dicha “certeza” asumida solo en esta instancia, no puede perjudicar a la medida cautelar concedida, ya que esta última ha sido concedida bajo presupuestos diferentes, *es decir, en el plano de la simple presunción o apariencia del derecho o verosimilitud*, pero a la cual la propia ley le ha dotado de carácter más permanente y duradero, es decir, en base al carácter provisorio (hasta que se dicte la sentencia definitiva), ya que se encuentra al cuidado o resguardo del cumplimiento de la decisión definitiva que se tome en el proceso, la cual si en puridad puede ser considerada con grado de certeza, porque se refiere a la certeza asumida en el proceso en su conjunto y no solamente a la “certeza” parcial que se pueda tener en la primera instancia, reiterando que es inconcebible que se quiera hablar de certezas pertenecientes a cada una de las instancias, cuando la única certeza posible es la que en forma definitiva se logre dictar al final del proceso.

5.1.2. Peligro en la demora

Al respecto, Calamandrei, cuya opinión sirve de base a la mayoría de los estudiosos peruanos sobre la materia de las medidas cautelares, señala que “el *periculum in mora* que constituye la base de las medidas cautelares no es, pues, el peligro genérico de daño jurídico, al cual se puede en ciertos

³⁴ Publicada en Jus Jurisprudencia, Lima, 2007, pp. 121-124.

³⁵ LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. Ob. cit., p. 39.

casos obviar con la tutela ordinaria; sino que es, específicamente, el peligro del ulterior daño marginal que podría derivar del retardo de la providencia definitiva, inevitable a causa de la lentitud del procedimiento ordinario. Es la imposibilidad práctica de acelerar la emanación de la providencia definitiva, considerada en sí misma como posible causa de ulterior daño, la que se trata de hacer preventivamente inocua con una medida cautelar, que anticipe provisoriamente los efectos de la providencia definitiva”³⁶.

Como puede verse, para la concesión de la medida cautelar se debe tener en cuenta si existe peligro o riesgo de que con la duración del proceso la sentencia resulte ineficaz. Pero una vez concedida, al suceder el evento de la cancelación por haber sido declarada infundada la demanda en primera instancia, no se ha tenido en cuenta que la duración del proceso en la siguiente instancia, va a generar un peligro adicional ya que al no existir más la medida cautelar, es mucho más probable que efectivamente la sentencia final que se consiga en última y definitiva instancia, resulte ineficaz y no pueda ya ejecutarse.

5.2. Presupuestos de efectivización: La contracautela

Conviene tocar este tema, para efectos de desarrollo del presente Ensayo porque el veintiocho de junio del año dos mil ocho fue expedido el Decreto Legislativo 1069 modificando el artículo 630 del Código Procesal Civil, posibilitando la cancelación de las medidas cautelares por haber sido declarada infundada la demanda en primera instancia, añadiendo un segundo párrafo que señala que “*sin embargo, a pedido del solicitante el juez podrá mantener la vigencia de la medida hasta su revisión por la instancia superior, siempre que se ofrezca contracautela de naturaleza real o fianza solidaria*”.

En ese sentido, abordando la naturaleza jurídica de la contracautela podemos decir que es una figura procesal especialísima porque está destinada a garantizar el resarcimiento de los posibles 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 Chioenda señala que “aquella 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”³⁷. Para Juan Monroy Galvez, “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

³⁶ CALAMANDREI, Piero. Ob. cit., p. 42.

³⁷ CHIOENDA, Giuseppe, citado por YAYA ZUMAETA, Ulises. *La caución (contracautela): ¿Requisito de concesión o de ejecución de las medidas cautelares?* en Derecho Procesal, Libro de ponencias del III Congreso Internacional de Derecho Procesal, Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima, Lima, 2005, pp. 379-387.

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”³⁸.

Marianella Ledesma, al respecto señala que “la contracautela responde al principio de igualdad, ya que viene a contrarrestar la ausencia de la contradicción inicial que caracteriza al proceso cautelar. La determinación del tipo y del monto de la contracautela se halla librada al criterio judicial. Como señala el artículo ‘la admisión de la contracautela, en cuanto a su naturaleza y monto, será decidida por el Juez quien podrá aceptar la ofrecida por el solicitante, graduarla, modificarla o, incluso cambiarla por la que considere pertinente. La contracautela se justifica en atención a que la medida cautelar nace para una función asegurativa, la misma que puede cumplir satisfactoriamente con su objetivo o puede ser inútil y provocar perjuicio; de ahí que una de las características de la medida cautelar es la contingencia, porque está ligada al riesgo. Si no se ampara la demanda, hay la obligación de indemnizar al perjudicado con la ejecución cautelar”³⁹.

Sobre el tema, cabe citar uniforme jurisprudencia como la recaída en el Expediente número 50391-99 de la Sala de Procesos Ejecutivos y Cautelares con fecha 31 de enero del año dos mil, la cual señala que “respecto a la contracautela, conforme a lo previsto en el artículo 613 del CPC es la garantía que deben aportar aquellos que solicitan una medida cautelar, para asegurar la reparación de los eventuales daños y perjuicios que se pudieran generar por la traba de ellas en el supuesto de haber sido decretada indebidamente o haberla pedido sin derecho”⁴⁰.

6. Modificatoria del artículo 630 del Código Procesal Civil (D. Leg. 1069)

6.1. En cuanto a posibilitar la cancelación de las medidas cautelares por haber sido declarada infundada y no desestimada la demanda

El término empleado por la anterior norma era mucho más amplio ya que se refería a la cancelación de la medida cautelar por desestimación de la demanda en primera instancia, dentro de cuyo término podían haberse dado varias posibilidades, como que se declare infundada la demanda, se declare improcedente o que se ampare una excepción perentoria; sin embargo, la modificatoria introducida por el artículo 630 del Código Procesal Civil resulta mucho más limitativa al referirse solo al caso en que se declare infundada la demanda, lo cual en buena cuenta significa que si se declara improcedente una demanda o se ampara una excepción perentoria, debe necesariamente esperarse que se declare consentida o ejecutoriada la respectiva resolución, no debiéndose proceder a cancelar la medida cautelar que se hubiera trabado.

Por lo menos con la modificatoria se han salvado estas otras formas de conclusión del proceso y ya no se requiere hacer disquisiciones en cuanto a la amplitud del término de “desestimación de la demanda” y si comprendían o no a la improcedencia u otra forma de conclusión del proceso.

Sin embargo, lo más saludable sería que no se cancelara en ningún caso las medidas cautelares, incluso aún en el caso de que sea declarada infundada la demanda en primera instancia, por cuanto

³⁸ MONROY GÁLVEZ, Juan. *Introducción al proceso civil*, Temis, Estudio De Belaunde & Monroy, Bogotá, 1996, p. 34.

³⁹ LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. Ob. cit., p. 49.

⁴⁰ Expediente número 50391-99 de la Sala de Procesos Ejecutivos y Cautelares, citado por PELÁEZ BARDALES, Mariano. *Medidas Cautelares en el Proceso Civil*, cit., p. 26.

cabe la posibilidad de que sea revocada la sentencia y finalmente amparada la demanda o en muchos casos incluso puede llegar solamente a anularse la sentencia en segunda instancia y ya la medida cautelar habría desaparecido, desamparando o desprotegiendo el derecho del demandante, quien a todo el largo proceso recorrido hasta la segunda instancia, debe nuevamente volver a la instancia inicial, sin contar esta vez ni siquiera ya con la medida cautelar, que tanto trabajo le costó conseguir.

6.2. En cuanto a la contracautela

6.2.1. Argumentos a favor de la modificatoria

Sobre el particular, Marianella Ledesma se muestra a favor de la modificatoria del artículo bajo análisis, señalando que: “La permanencia de la medida cautelar para que pudiera prosperar, a pesar de existir una sentencia infundada y apelada, se podrá orientar a que se mejore la contracautela, pues con ello estaríamos asegurando futuros daños y perjuicios que pudieran generar la permanencia de la medida. Felizmente, la modificatoria de este artículo, realizada por el D. Leg. N° 1069, asume dicha posición, de mantener la cautela a favor del demandante, a pesar de haber obtenido una sentencia infundada, pero sujeta a dos condiciones: que dicho fallo se impugne para la revisión y se otorgue una contracautela real o fianza solidaria”⁴¹.

Añade la citada autora que, “esta ampliación en la vigencia de la medida cautelar pervivirá hasta la revisión de la sentencia por la instancia superior. El contexto en que opera este artículo es bajo la preexistencia de una contracautela por juramento, a la que hay que convertirla en una contracautela real, ante la sentencia infundada. Concorre una variación en el modo de la contracautela, de personal (juramento) a la real. La norma no acoge de manera expresa el supuesto que la cautela hubiere ya estado asegurada con una contracautela real y que se hubiese obtenido una sentencia adversa, la misma que es impugnada”⁴².

Del mismo modo, según Ledesma Narváez, “a pesar de que la redacción del artículo no lo precise, la parte demandante podría asumir la mejora o la ampliación de la contracautela real ya otorgada, a fin de evitar levantar la medida cautelar ante el fallo adverso. Apréciase que la mejora de la medida se orienta hacia los bienes entregados en contracautela y la ampliación al monto de la contracautela entregada. Esta mejora a la contracautela real se justifica en atención a que han variado las condiciones que motivaron dictar la resolución cautelar y por tanto *el riesgo que asume el beneficiado con ella se incrementa notoriamente*, ante una sentencia adversa precisamente a este, cuyos efectos se encuentran suspendidos por la impugnación. No asume la misma categoría de probabilidades referirnos a la verosimilitud del derecho que se tuvo en cuenta al momento de dictar la medida cautelar, con la certeza del derecho que acoge la sentencia infundada, adversa al beneficiado con la medida cautelar. El nivel de probabilidad del daño afectado con la medida se incrementa, por tanto, debe ser más fuerte el nivel de aseguramiento que se tenga que brindar a este demandado”⁴³.

⁴¹ LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. Ob. cit., p 129.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ *Ibidem*.

6.2.2. Argumentos en contra de la modificatoria

El Abogado Javier Díaz Esponda, en un interesante artículo periodístico, señala al respecto: “Se exige al titular de la medida cautelar (cuyo fallo es adverso) que para mantenerla vigente, en tanto el superior resuelva, debe ofrecer otra contracautela (fuera de la que ya ofreció al solicitar la medida cautelar y fue acogida judicialmente), pero, esta vez, tendrá que ser de naturaleza real o fianza solidaria. Doble contracautela para mantener vigente una medida cautelar contra una sentencia preliminar que no tiene la última palabra. La impugnación del fallo debería ser suficiente para mantener en suspenso también la medida cautelar sin necesidad de más exigencias”⁴⁴.

Señala, así mismo, Díaz Esponda: “Como todos sabemos, los procesos judiciales no concluyen en primera instancia. Las decisiones finales no la tiene los jueces de primera instancia, entonces ¿Por qué le ponemos fin a una medida cautelar con un fallo preliminar en un proceso que aún no ha terminado?; ¿acaso resulta equilibrado y razonable arrebatarle la expectativa de satisfacción de un derecho a una persona con la sola decisión de primera instancia, o mejor dicho, con la primera decisión que se toma en el caso? Si la sentencia de segunda instancia revoca el fallo apelado y el demandado ya dispuso del bien, ¿Quién asume la responsabilidad por la norma en comentario? ¿Será el Juez a quien le revocaron su fallo? ¿A dónde acudirá ahora el demandante a reclamar? ¿Qué solución le damos?”⁴⁵.

El citado abogado cuestiona el tema precisando que, “si el debate judicial no concluye con el fallo de primera instancia, todo lo acaecido en el proceso no puede decaer hasta que no quede esclarecida (en definitiva) la controversia con la decisión de última instancia. Si la última sentencia que agota el proceso en definitiva confirma la invalidez del derecho reclamado, el demandante deberá resarcir los daños y perjuicios ocasionados al demandado a través de la contracautela (por haber impuesto una carga al bien que no tiene sustento) y que en todos los casos de afectación de bienes registrados debería ser de naturaleza real y realización inmediata por un monto no inferior al 30% del monto de la afectación. Por ello, conforme lo expresamos anteriormente, creemos en soluciones intermedias, más razonables y equitativas, por lo que proponemos que la redacción de la norma del artículo 630 del CPC debería ser: ‘Si la sentencia de primera instancia declara infundada la demanda, la medida cautelar continuará vigente, siempre que se conceda apelación contra ésta, hasta su revisión la que de confirmar la sentencia apelada originará la cancelación automática de la medida cautelar’⁴⁶.

Evidentemente todo lo afirmado por el colega antes citado no deja de tener razón, ya que con la modificatoria de la norma se está imponiendo una nueva contracautela de naturaleza real o fianza solidaria al demandante por el simple hecho de haber perdido en primera instancia al haber sido declarada infundada su demanda y pese a haber sido apelada la sentencia cuyos efectos quedan suspendidos por la apelación con efecto suspensivo, cuando lo coherente debería ser que igualmente quede en suspenso la medida cautelar, por el carácter provisorio que ya hemos expuesto en la parte pertinente, es decir porque la medida cautelar depende innegablemente de lo que se dicte en la sentencia definitiva.

⁴⁴ DÍAZ ESPONDA, Javier. *Cancelación de la medida cautelar: ¿Subsiste aún el problema?*, en *Jurídica*, Suplemento de análisis Legal del Diario El Peruano del 23 de Septiembre de 2008, pp. 4, 5.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ *Ibidem*.

Sin embargo, no compartimos la solución que propone en cuanto a que en todos los casos de afectación de bienes registrados la contracautela debería ser de naturaleza real y de realización inmediata por un monto no inferior al 30% del monto de la afectación, ya que no todos los litigantes demandantes están en posibilidades de ofrecer una contracautela de naturaleza real, no obstante que si requieren embargar bienes registrados de la parte demandada; por ejemplo en el caso de un demandante de escasos recursos económicos que fue atropellado por el vehículo de una empresa, que a duras penas logra pagar la tasa por inscripción de la medida cautelar sobre el citado vehículo, en este caso cuando el juez de primera instancia declare infundada su demanda, en caso que quisiera apelar la sentencia y mantener la medida cautelar, qué fianza solidaria o contracautela de naturaleza real se le podría exigir si no tiene bien alguno.

Con la lógica implantada por la modificatoria del artículo 630 del Código Procesal Civil⁴⁷, solo las personas solventes, que tengan dinero, bienes muebles o inmuebles, o que tengan la posibilidad de convencer a un familiar o allegado para que quieran constituir una Fianza solidaria o pongan en garantía real su propiedad, serían los únicos que podrían proseguir en su intento de seguir aguardando la tutela jurisdiccional efectiva, que ya les habría sido esquiva en primera instancia; con lo cual finalmente se crearía una flagrante discriminación que atenta contra el derecho fundamental a la igualdad en el acceso a la justicia, consagrado en el artículo 2 de la Constitución Política del Perú, además de contravenir el Principio de Socialización del proceso contemplado en el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Civil.

7. Nuevas propuestas de modificación o derogatoria del artículo 630 del Código Procesal civil

7.1. Propuestas de Modificación

Algunos estudiosos del Derecho Procesal llegaron a percatarse de que en el artículo 630 del Código Procesal Civil, antes de la modificatoria, existía un problema por resolver. Tal es el caso del Profesor de la Academia de la Magistratura Héctor Lama More, quien señalaba que: “Sin embargo a la fecha nada se ha dicho aun –en materia legislativa- respecto de la cancelación de las medidas cautelares por haberse desestimado la demanda por el Juez de primera instancia; la norma procesal establece que en tal caso la medida cautelar queda cancelada de pleno derecho, aun cuando la sentencia hubiere sido apelada. Sobre este tema, es preciso distinguir, pues la mencionada norma procesal –Art. 630 del C.P.C.– alude a un pronunciamiento de mérito por el juez de la causa, es decir un pronunciamiento sobre el fondo del asunto controvertido, pues no otra cosa implica el término “desestimar la demanda”; ello nos lleva a afirmar que en los supuestos de pronunciamientos por el juez de la causa sobre terminación del proceso sin declaración del derecho de las partes –pronunciamiento inhibitorio– es decir con pronunciamiento sobre materia de naturaleza procesal, como por ejemplo el abandono del proceso, el amparo de una excepción procesal, conclusión del proceso por no concurrir a la audiencia de pruebas, improcedencia de la demanda por invalidez de la relación jurídica procesal, etc., no resultaría aplicable la citada norma procesal”⁴⁸.

⁴⁷ Si la sentencia de primera instancia declara infundada la demanda, la medida cautelar queda cancelada, aunque aquella hubiere sido impugnada. Sin embargo, a pedido del solicitante, el Juez podrá mantener la vigencia de la medida hasta su revisión por la instancia superior, siempre que se ofrezca contracautela de naturaleza real o fianza solidaria.

⁴⁸ LAMA MORE, Héctor. *Material de estudio del Curso de Ascenso de Derecho Procesal Civil*, 2008, pp. 291, 292.

Para el profesor Lama More, “sin duda la citada norma procesal debe ser precisada a efecto de impedir la real afectación del derecho a la tutela judicial efectiva que le asiste a toda persona. Por otro lado, la experiencia nos indica que en la mayoría de los casos en que el demandante obtiene medida cautelar en primera instancia, resulta ser vencedor en el proceso principal obteniendo – finalmente- sentencia definitiva favorable; por lo que ante la eventual revocación de una sentencia que desestima la demanda, el demandante podría verse en la eventualidad de encontrarse ante un daño irreparable haciendo ilusorio su derecho; por ello creo que la norma procesal debe ser flexibilizada”⁴⁹.

Finalmente, el citado procesalista, proponía la siguiente modificación legislativa sobre caducidad de medidas cautelares: “Si la sentencia en segunda instancia declara infundada la demanda la medida cautelar queda cancelada de pleno derecho aunque aquella hubiere sido impugnada”⁵⁰. Para ello, el referido estudioso señalaba que esta propuesta se sustenta en el hecho de que debe proporcionarse una mayor cobertura al titular de la medida cautelar, ante la eventualidad de que la sentencia del A quo pueda ser revocada.

Igualmente, Díaz Esponda, en el artículo periodístico antes citado, incluso en fecha posterior a la modificatoria de la norma en análisis propone que la redacción del artículo 630 del Código Procesal Civil debería ser: «Si la sentencia de primera instancia declara infundada la demanda, la medida cautelar continuará vigente, siempre que se conceda apelación contra ésta, hasta su revisión por la instancia superior, la que de confirmar la sentencia apelada originará la cancelación automática de la medida cautelar»⁵¹.

Particularmente consideramos que ninguna de las soluciones propuestas tendientes a mantener la cancelación de la medida cautelar en primera instancia, resultan ser correctas, ya que en el primer caso sugerido por el Profesor Lama More, lo único que hace es pasar o diferir el problema a la segunda instancia, la que tampoco necesariamente constituye el último pronunciamiento (no en todos los casos), pues de todas formas puede darse el caso que igualmente la Sentencia de Vista sea casada y que la Corte Suprema ampare finalmente la demanda, lo cual no puede decirse que es un caso infrecuente.

En el segundo caso, tendríamos que decir: qué caso tiene mantener un artículo que diga que debe mantenerse la medida cautelar hasta la revisión de la sentencia por la instancia superior y que al confirmar la sentencia recién originará la cancelación automática, dejando nuevamente en la duda la posibilidad de que en esta segunda instancia tampoco termine el proceso sino que se pueda recurrir a la Corte Suprema. Por otro lado, si el proceso solo termina en la segunda instancia, por el simple carácter provisorio e instrumental de las medidas cautelares, es obvio que deben tener vida solamente hasta que se resuelva en definitiva la sentencia y ser canceladas si la demanda se declara infundada.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ DÍAZ ESPONDA, Javier. Ob. cit., pp. 4, 5.

7.2. Propuesta de derogatoria

Por todo lo expuesto, considero que estando ante una norma que se encuentra en abierta contraposición con la naturaleza y finalidad de las medidas cautelares, que deben garantizar la decisión definitiva que se adopte en el proceso, conforme bien lo plasma el artículo 608 del Código Procesal Civil, el artículo 630 del Código Procesal Civil simplemente debe ser eliminado del ordenamiento jurídico relativo a las medidas cautelares, debiendo puntualizarse lo siguiente:

- Que para la concesión de una medida cautelar, lo único que se requiere es tener verosimilitud o apariencia del derecho.
- Por el contrario, para el pronunciamiento final en el proceso, se requiere necesariamente certeza en el proceso (es decir, en última instancia).
- La sentencia de primera instancia, que se encuentra en un punto intermedio entre ambas, al no ser una sentencia final, aún no tiene la certeza del proceso en forma definitiva, por lo cual sigue vigente la verosimilitud asumida para la medida cautelar y, por ende, para que se mantenga pese a no haber sido amparada la demanda en primera instancia.
- Debe precisarse que, la certeza en el proceso se da efectivamente al final de todo el proceso, no pudiendo hablarse de certezas por instancias.

Por otro lado, debe acotarse que la solución adoptada con el Decreto Legislativo 1069, de requerir como contracautela fianza solidaria o garantía real, atenta flagrantemente contra los litigantes de bajos recursos económicos, generando una desigualdad evidente, como ya hemos denunciado precedentemente.

IV. Conclusiones

Luego de analizar el tema propuesto, se arriba a las siguientes conclusiones:

1. El proceso judicial es una herramienta para proteger los derechos de los ciudadanos, porque el ordenamiento jurídico prohíbe tomar justicia por propia mano.
2. La medida cautelar, a su vez, es una herramienta del proceso judicial en su conjunto, y es provisoria o dependiente respecto de la decisión definitiva que ha de tomarse al final del proceso, garantizando la plena eficacia de la ejecución de la sentencia definitiva, conforme al artículo 608 del Código Civil.
3. La concesión de la medida cautelar tiene un sustento diferente a la sentencia definitiva, ya que se basa en la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora, mientras que la sentencia definitiva se basa en la decisión final adoptada luego de actuar todas las pruebas y agotar todas las instancias. Por tanto, la verosimilitud solo puede ceder ante la certeza que se asuma en la decisión final que se tome en el proceso.
4. La certeza asumida en primera instancia, al no ser definitiva, no puede aún superponerse a la medida cautelar para la cual solo los presupuestos de verosimilitud y peligro en la demora le son suficientes para su concesión y para que se mantenga (por el carácter provisoria) hasta el final del proceso con el objeto de garantizar la ejecución y efectividad de lo que se decida en al final del proceso.

5. El artículo 630 del Código Procesal Civil incurre en el error de considerar que se ha perdido la verosimilitud con la que se dictó la Medida Cautelar al haberse declarado el derecho en la sentencia de primera instancia, es decir, por haberse asumido la supuesta certeza en dicha instancia para declarar infundada la demanda, lo cual es incorrecto, ya que no existe certeza por instancias, sino una sola certeza al final del proceso.
6. El artículo 630 del citado Código Procesal colisiona frontalmente con el artículo 608 del mismo cuerpo normativo ya que permite cancelar una medida cautelar por el simple hecho de haber sido declarada infundada una demanda en primera instancia, sin tener en cuenta que el proceso en su conjunto aún no ha concluido.
7. La cancelación de las medidas cautelares por perder la demanda en primera instancia, al no ser una sentencia definitiva, origina posteriores problemas cuando la demanda en segunda o última instancia es revocada, no pudiendo luego ejecutarse lo resuelto en definitiva a favor del demandante, por la cancelación apresurada que se hizo conforme al artículo 630 del Código Procesal Civil.
8. La cancelación de la medida cautelar por declararse infundada la demanda en primera instancia atenta contra los fundamentos constitucionales de las medidas cautelares, como son la tutela jurisdiccional efectiva, la dignidad del demandante, el derecho de igualdad, la pluralidad de instancias y contra el orden establecido por el Estado constitucional.
9. La solución ofrecida por la modificatoria realizada por el Decreto Legislativo 1069, en cuanto a que ya no debe entenderse que se cancela la demanda por haber sido desestimada la demanda sino por haber sido declarada infundada en primera instancia, solo elimina el problema respecto a las demandas que se declaren improcedentes o en los que se haya amparado una excepción perentoria o caso análogo, persistiendo el problema respecto a las demandas que se declaren infundadas.
10. La modificatoria realizada por el Decreto Legislativo 1069 en cuanto a que se permite mantener la medida cautelar si es que se ofrece fianza solidaria o una contracautela de naturaleza real, atenta contra el derecho constitucional a la igualdad, ya que permite que sólo quienes tengan solvencia económica, dinero o bienes que puedan ofrecer como contracautela, se beneficien en mantener la medida cautelar, desprotegiendo de esa manera a los litigantes (demandantes) de bajo recursos económicos que no puedan acceder a dicho beneficio.
11. La solución no está en permitir que se cancele la medida cautelar recién luego de que la segunda instancia emita pronunciamiento definitivo, ya que ello resulta redundante, sino simple y llanamente en derogar el artículo 630 del Código Procesal Civil, por cuanto no compatibiliza con la finalidad de las medidas cautelares señalada por el artículo 608 del Código Procesal Civil, es decir de asegurar el cumplimiento de lo que se decida en la sentencia definitiva.