

APUNTES SOBRE MEDIDAS CAUTELARES

Roxana Jiménez Vargas-Machuca¹

Contenido:

1. Función de la tutela cautelar.
2. Presupuestos para la concesión de la medida cautelar: verosimilitud del derecho y peligro en la demora.
3. Requisito para la concesión de la medida cautelar: la razonabilidad de la medida para garantizar la eficacia de la pretensión.
4. Afectación de bienes y derechos de terceros.
5. La contracautela o caución como requisito para la ejecución de la medida cautelar.
6. La fórmula de Posner.
7. Motivación de la resolución que ampara o rechaza la medida cautelar.
8. Supuesto especial de procedencia del pedido de medida cautelar.
9. Jurisdiccionalidad de la medida cautelar.
10. Prejuzgamiento en la tutela cautelar.
11. Características de la medida cautelar: provisionalidad, instrumentalidad y variabilidad.
12. Naturaleza de la caución: real o personal.
13. Caución sometida a plazo.
14. Indemnización al afectado por la medida cautelar.

1. Función de la tutela cautelar.

El proceso, según su función, puede ser de conocimiento (en el que se procura alcanzar una declaración de certeza respecto de una situación jurídica), de ejecución (que parte de un título de ejecución, que presupone certeza del derecho que se pretende ejecutar), y cautelar (busca asegurar tanto el resultado del proceso como su decurso ordenado y pacífico).

Como se sabe, el derecho a la tutela jurisdiccional **efectiva** constituye la base del proceso en general, y la razón de ser del proceso cautelar en particular. La tutela jurisdiccional efectiva sostiene todo el sistema de justicia y, por ende, a la sociedad en su conjunto, lo que comprende inclusive el sistema democrático.

Se encuentra plasmada en el artículo 139, inciso 3, de la Constitución Política peruana, así como en el tenor de los artículos I (“Toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a un debido proceso”) y III (“El Juez deberá atender a que la finalidad concreta del proceso es resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica, haciendo efectivos los derechos sustanciales, y que su finalidad abstracta es lograr la paz social en justicia”) del Título Preliminar del Código Procesal Civil.

¹ Juez Superior Titular de la Corte de Lima. Profesora de Derecho Civil y Procesal Civil.

Como señala Martel,

“El soporte de la tutela jurisdiccional está en el Derecho Natural, cuyas normas tienen validez moral y jurídica, al margen de su recepción en norma alguna. Por ello, y acorde con la dignidad humana, al ser la persona un fin en sí mismo, es titular de derechos que le son o innatos, anteriores al propio Estado y que por tanto son inalienables.”²

Debe recordarse siempre que el proceso no es un fin en sí mismo, sino un **instrumento** para que los derechos sustantivos tengan auténtica **vigencia social** y no sean meras declaraciones hermosas pero inútiles. En efecto, sin **efectividad** un sistema de garantías deviene en un lirismo, por cuanto se trata precisamente de la protección **concreta** de la situación subjetiva que la norma busca proteger.

Ahora bien, el proceso, como formato ordenado de debate, necesariamente ha de tener una duración, pues las garantías del debido proceso se despliegan a lo largo del mismo, en sucesivas etapas, en las que no pueden faltar plazos legales –y cuando los plazos se encuentran supeditados a la discrecionalidad del juez, éstos deben ser razonables-, ni la posibilidad de contradecir -que permite llevar la disputa en igualdad de condiciones para ambas partes-, como tampoco en ocasiones la participación de terceros, entre otros.

Así, la duración del proceso, el tiempo que ocupa el desarrollo del proceso, cumple un rol muy importante, pero juega también en contra de sus propios fines, por cuanto puede boicotear su aspiración central: la efectividad.

Como tan notablemente lo expresó Calamandrei, la necesidad de hacer las cosas pronto choca con la necesidad de hacerlas bien y, así, la duración indispensable para el cumplimiento del ordinario iter procesal acarrea el paradójico riesgo de convertir en ineficaz la providencia definitiva, como la medicina largamente elaborada para un enfermo ya muerto³.

Por ello, el instrumento que es el proceso, a su vez requiere de determinadas herramientas para alcanzar sus fines. Una de ellas, acaso la más eficiente, es la tutela cautelar, pues confiere al proceso un terreno firme para que avance con seguridad hacia su meta, que es la decisión final, sin el temor de que ésta, siendo correcta, no pueda concretizarse, con lo que los fines del proceso no se alcanzarían, la parte vencedora quedaría frustrada y el fantasma de la autotutela reaparecería, más vigoroso y amenazante que antes.

² MARTEL CHANG, Rolando Alfonso. Acerca de la necesidad de legislar sobre las medidas autosatisfactivas en el proceso civil. Tesis para optar el grado de Magíster en Derecho Civil y Comercial, Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima, 2002.

³ CALAMANDREI, Piero. Introducción al estudio sistemático de las medidas cautelares. Buenos Aires, El Foro, 1996, p. 43.

No puede ser más acertado el principio chiovendano relativo a que *la necesidad del proceso para obtener la razón no debe convertirse en un daño para el que tiene la razón*.

Ciertamente, si los procesos judiciales fueran inútiles, no habría confianza social en el servicio de justicia, deslegitimándose éste y surgiendo peligrosas e indeseadas formas de autotutela.

De ese modo, la jurisdicción cautelar es una modalidad de la actividad judicial que ha de encontrarse al alcance del justiciable cuando deban resguardarse bienes o situaciones extraprocesales con trascendencia jurídica, pues de lo contrario se frustraría la eficacia de la función dirimente. Dicho resguardo se logra por la existencia de un género cautelar dentro del que se insertan medidas específicas⁴. Por eso, con agudo acierto se ha dicho que la jurisdicción cautelar es el *instrumento del instrumento* (Calamandrei).

2. Presupuestos para la concesión de la medida cautelar: verosimilitud del derecho y peligro en la demora.

La solicitud de medida cautelar se atiende en un proceso autónomo, de modo reservado, sin contradictorio (el derecho de contradicción se reserva para luego de haberse ejecutado la medida) y en forma inmediata.

Por ello, resulta indispensable que el Juez verifique el cumplimiento de determinados presupuestos, además de los que son propios de todo proceso (competencia, interés para obrar, legitimidad para o obrar, voluntad de la ley, requisitos de la demanda) y, en caso se trate de un pedido de afectación de bienes de terceros, debe también constatar que éstos hayan sido citados con la demanda⁵.

Los presupuestos exigidos de modo básico para la concesión de las medidas cautelares en general son la verosimilitud del derecho o apariencia de buen derecho y el peligro en la demora. La razonabilidad de la medida para garantizar la eficacia de la pretensión es un requisito relacionado con la adecuación a fin, esto es, que la medida sea congruente y proporcional con el objeto de su aseguramiento. En cuanto a la contracautela (caución o garantía), ésta se requiere para la ejecución de la medida cautelar.

El solicitante debe persuadir al Juez que la medida cautelar que solicita se basa en la apariencia de buen derecho que invoca, que la demora en cautelar ese derecho acarrea un riesgo de alta probabilidad de sufrir un daño, y que la medida que pide es razonable para garantizar la eficacia de la pretensión (aunque este último requisito puede ser objeto de adecuación por parte del Juez).

⁴ RIVAS, Adolfo A. Teoría General de las Medidas Cautelares. Trujillo, 2000, Rodhas, p. 27.

⁵ Ver art. 623 Código Procesal Civil. En estos casos la medida cautelar debe ser dentro del proceso.

i. La verosimilitud del derecho invocado.

Si la medida cautelar se otorga para conjurar el peligro de perjuicio por la demora del proceso, no cabe que se analice la fundabilidad de la pretensión con el mismo rigor del proceso principal, por lo que en lugar de un juicio de certeza el Juez realizará un análisis de la probabilidad de que la pretensión sea amparada.

Al respecto, Calamandrei señala:

“Declarar la certeza de la existencia del derecho es función de la providencia principal; en sede cautelar basta que la existencia del derecho aparezca verosímil, o sea, para decirlo con mayor claridad, basta que, según un cálculo de probabilidades, se pueda prever que la providencia principal declarará el derecho en sentido favorable a aquél que solicita la medida cautelar.”⁶

Lo verosímil es considerado como lo que tiene forma exterior o apariencia de verdadero. En el caso del presupuesto de verosimilitud del derecho para la concesión de la medida cautelar, éste implica que la pretensión tenga un sustento jurídico que la haga discutible, pues lo que se requiere es un “humo” de la existencia del derecho en debate (o a debatir, tratándose de medida cautelar fuera del proceso), debiendo ser probable que se pueda demostrar mediante la comprobación de los hechos.

En ese sentido, Monroy Palacios ha indicado:

“El solicitante de la medida cautelar deberá demostrar al juez que la pretensión principal –que se intenta garantizar– tiene una **posibilidad razonable** de ser declarada fundada al pronunciarse la sentencia. Por tratarse de un mecanismo solicitado durante el transcurso del proceso resulta humanamente imposible que el juez pueda tener certeza de que la medida solicitada garantizará el futuro derecho a ser considerado por la sentencia. Adicionalmente, la propia estructura del pedido cautelar, al buscarse con urgencia un mecanismo que acabe con la situación de peligro, impide un análisis detallado de la fundabilidad de la pretensión llevada al proceso. Tengamos en cuenta que, precisamente, por aquella situación de urgencia, el actor tan sólo se limita a presentar una información sumaria respecto de las posibilidades de su posición frente al proceso”⁷.

Por ende, la configuración de la verosimilitud o apariencia de buen derecho no requiere la prueba plena y terminante del derecho, sino la posibilidad razonable de que ese derecho exista (en una cognición sumaria y breve) y que, por tanto, la demanda sobre el fondo del litigio prospere, pues la certeza -o la falta de ella- se irá obteniendo en el decurso del proceso, plasmándose en la sentencia. Empero, tampoco debe creerse que la sola alegación del solicitante de la

⁶ CALAMANDREI, Piero. Introducción al estudio sistemático de las medidas cautelares. Buenos Aires, El Foro, 1996, p. 77.

⁷ MONROY PALACIOS, Juan José. Bases para la formación de una Teoría Cautelar. Lima: Editorial Comunidad. Febrero 2002, p. 170

medida cautelar es suficiente para configurar este presupuesto, por cuanto, como se ha indicado, el juicio de probabilidad que se realiza debe encontrar que la pretensión puede ser estimada, por lo que existirá una sumaria actividad probatoria.

Como señala Priori, la verosimilitud “no es un juicio emitido al azar ni sobre la base de intuiciones del Juzgador, sino que es un juicio que, sin llegar a basarse en la certeza, es pasible de ser corroborado con los medios de prueba que se haya ofrecido en el pedido cautelar.”⁸

En suma, corresponde al solicitante demostrar, con su alegación y los medios probatorios que para tal fin adjunta al pedido cautelar, que la pretensión principal que pretende garantizar con la medida que pide tiene posibilidades razonables de ser declarada fundada al pronunciarse la sentencia. En otras palabras, debe persuadir al Juez que el cálculo de probabilidades que le ha planteado es tan consistente que la balanza se presenta, de momento, a su favor.

Ahora bien, existen supuestos en que la obligación del solicitante de acreditar la apariencia de buen derecho que invoca se aligera, como cuando el demandado es declarado rebelde en el proceso, o cuando se está en un proceso en el que la parte demandada tiene la carga de probar (por ejemplo, si la pretensión se sustenta en el alegado incumplimiento del deudor) y aún no se ha llegado en el proceso a la etapa de contestación de la demanda, o se trata de una medida cautelar fuera de proceso. En estos casos, como se ha señalado, la obligación del solicitante de demostrar la verosimilitud del derecho se alivia, pero en modo alguno se le releva de ella.

ii. Peligro en la demora.

El presupuesto de peligro en la demora se encuentra vinculado a la posibilidad razonable de que lo solicitado en la pretensión sufra un perjuicio, irreparable o no, en el transcurso del proceso, es decir, que exista el peligro objetivo de ocurrencia de un evento –que puede ser natural o voluntario- que haga imposible o limite la realización de los intereses cuya satisfacción se ha solicitado vía pretensión.

En otras palabras, cuando la efectividad de la futura sentencia (que importa la efectividad de los derechos sustanciales, lo que constituye el fin mayor del proceso) se encuentre en riesgo, es decir, cuando se pueda vislumbrar la posibilidad de que se tramite el proceso sin alcanzar el resultado que motivó su postulación, se configura el peligro en la demora.

El peligro es, en buena cuenta, que todo el esfuerzo desplegado en los actos pre procesales y procesales devenga en inútil, dejando sin tutela jurisdiccional **efectiva** al demandante.

⁸ PRIORI POSADA, Giovanni F. La Tutela Cautelar. Su configuración como derecho fundamental. Lima, ARA Editores, 2006, p. 74.

Al respecto, Barona⁹ señala que la necesidad de tutela cautelar se presenta cuando hay un riesgo que amenaza la efectividad del proceso y de la sentencia, que puede traducirse en:

(a) la insolvencia del demandado como supuesto que afecta la efectividad de la sentencia en sentido genérico;

(b) la desaparición de un bien cuando éste se debe entregar, lo que afecta la sentencia en un supuesto de ejecución específica,

(c) amenaza de la efectividad de la ejecución por no haber adoptado las medidas cautelares correspondientes, y

(d) el riesgo de que pierdan utilidad práctica los efectos no ejecutivos de la sentencia -sentencias declarativas o constitutivas- como en el caso de declaración de derecho de propiedad de un bien y el demandado lo enajenó durante el proceso.

Monroy Palacios incide en que este presupuesto se fundamenta en el riesgo de que el proceso se torne ineficaz impidiendo que el demandante obtenga la tutela efectiva que pretende:

“El *periculum in mora* está referido a la amenaza de que el proceso se torne ineficaz durante el tiempo transcurrido desde el inicio de la relación procesal hasta el pronunciamiento de la Sentencia definitiva. Su existencia no está sustentada necesariamente en la posibilidad de que actos maliciosos del demandado impidan el cumplimiento de lo pretendido por el demandante sino también en que el solo transcurso del tiempo constituye de por sí una amenaza que merece una tutela excepcional. No se trata de proteger al afectado del daño genérico que implica un conflicto de intereses, pues éste es tutelado, precisamente, por un proceso judicial. El *periculum in mora* está destinado, específicamente, a proteger que lo pedido al momento de demandar (petitorio) sea pasible de obtener una tutela efectiva en caso de que la sentencia declare fundada la demanda”¹⁰

Así pues, este requisito es lo que en realidad sustenta la finalidad y función de la medida cautelar, lo que justifica que, sin contar con certeza del derecho invocado, se proceda a modificar la esfera jurídica de la contraparte.

Por eso aquí el órgano jurisdiccional debe considerar que, de no actuar ya, existen probabilidades de que nunca más pueda hacerlo con eficacia. Esto implica que el peligro debe tener la característica de inminente, pues se está ante un pedido de tutela de urgencia, por lo que el solicitante debe demostrar su necesidad impostergable de tutela, lo que configura su interés para obrar.

⁹ BARONA VILAR, Silvia. Las Medidas Cautelares. Citada por: HURTADO REYES, Martín. Tutela Jurisdiccional Diferenciada. Lima, Palestra Editores, 2006, pp. 252 y 253.

¹⁰ MONROY PALACIOS, Juan José. Bases para la Formación de una Teoría Cautelar. Op. Cit., p.176.

3. Requisito para la concesión de la medida cautelar: la razonabilidad de la medida para garantizar la eficacia de la pretensión.

Debe existir una correlación entre la situación jurídica que se pretende garantizar y la medida cautelar que se pide para garantizarla.

En efecto, es menester que la medida sea coherente, congruente y proporcional con lo que se desea asegurar, lo que exige que el Juez realice un ejercicio de ponderación de la medida cautelar solicitada frente al objeto de su aseguramiento (la pretensión principal), lo que configura el requisito de razonabilidad de la medida, el cual importa que con ella se pueda asegurar de mejor manera la pretensión principal del proceso¹¹.

De igual modo, como la medida cautelar va a alterar la relación material, al momento de concederla el Juez debe regirse por el principio de mínima injerencia para no afectar más de lo estrictamente necesario los intereses del afectado con la medida, tanto en el tipo de medida como en el *quantum* de la misma (de ser el caso).

Por ello, debe resaltarse la importancia de este requisito (razón por la que fue incorporado en la última modificación legislativa el año 2009), pues incide en la prevención de medidas cautelares ilícitas, por cuanto su inobservancia “distorsiona la finalidad de las medidas, convirtiéndolas, en muchas ocasiones, en mecanismos de presión psicológica o medios para obtener una tutela satisfactiva.”¹²

Finalmente, no considero que la razonabilidad sea un **presupuesto** de concesión de la medida cautelar, dado que el Juez tiene la facultad de adecuar la medida cautelar empleando estos criterios -considerando la naturaleza de la pretensión principal y a fin de lograr la eficacia de la decisión definitiva evitando perjuicios innecesarios-, por lo que más propiamente constituye un **requisito** (condición necesaria) para **definir** su concesión.

4. La medida cautelar no debe afectar bienes y derechos de terceros.

En cuanto al espectro de afectación de la medida, la norma establece (en realidad, reitera la regla que rige en todo el sistema) que la medida cautelar solo puede afectar bienes y derechos de las partes vinculadas por la relación material o de sus sucesores, en su caso, proscribiendo invadir la esfera jurídica de terceros ajenos al conflicto (*res inter alios acta*), siendo aplicables los

¹¹ La exposición de motivos de la norma señala que la exigencia de la razonabilidad de la medida determinará que sea necesaria la adecuación real entre el pedido cautelar y la pretensión procesal garantizada con dicho pedido, teniendo como sustento la instrumentalidad (la medida debe tener un fin determinado y ser adecuada para el logro del mismo) y el principio de proporcionalidad (la medida que se adopte debe afectar en menor medida la esfera jurídica ajena).

¹² MONROY PALACIOS, Juan José. Bases para la Formación de una Teoría Cautelar. Op. Cit., p. 364.

mismos principios de congruencia subjetiva que rigen a la sentencia y, en general, a las decisiones judiciales.

Esta norma debe ser concordada con la regulada en el artículo 623 del mismo cuerpo normativo, que establece la posibilidad de que la medida cautelar recaiga sobre los bienes de un tercero, siempre que se haya acreditado la relación o interés de éste con la pretensión principal, y además que hubiese sido previamente citado con la demanda.

En los demás casos la afectación de bienes y derechos de terceros es una irregularidad que debe corregir el Juez, ya sea de oficio, a pedido de una de las partes del proceso o por intervención del tercero en el proceso (principal o cautelar) a fin de que se reconozca su derecho de propiedad y logre la desafectación de sus bienes, o mediante la instauración de un proceso de tercería.

5. La contracautela o caución como requisito para la ejecución de la medida cautelar.

La contracautela o caución es la garantía que debe otorgar el solicitante de la medida cautelar, para asegurar al afectado el resarcimiento de los daños y perjuicios que pudiera producirle la ejecución indebida de la medida cautelar. Por ello, el ofrecimiento de caución no es un requisito para la procedibilidad de la medida (como lo son la verosimilitud del derecho, el peligro en la demora y la razonabilidad de la medida), sino para la ejecución de la misma.

La caución responde al principio de igualdad, contrarrestando la falta de contradicción al momento de concederse y ejecutarse la medida cautelar. Por ello, la resolución cautelar debe contener medidas precautorias para ambas partes, para asegurar objetos diversos, por lo que se trata de **cautelos mutuos**, dada la incertidumbre de la solución a la controversia suscitada en la relación jurídica en debate. Por ello, el riesgo que entraña la falta de certeza debe ser asumido por quien se beneficia con la medida, y no ser trasladado a la parte demandada.

Es preciso tener en cuenta que a efecto de la responsabilidad del solicitante de la medida, para la que se exige la caución, la medida debe haber sido ejecutada (no solo pedido y obtenida), así como que tal ejecución ha de haber sido indebida¹³, ya sea por haber sido obtenidas y ejecutadas sin derecho (formal o sustancial) o logradas mediante un ejercicio antifuncional de la pretensión (abuso o exceso, que causa un daño innecesario al demandado).

¹³ Por cuanto toda o casi toda medida cautelar, en sí misma, es susceptible de producir daño a la contraparte. Por ejemplo, un embargo en forma de inscripción puede desincentivar a terceros a arrendar el inmueble, o hacerlos aceptar pagar un monto por concepto de renta inferior al de mercado, y si el proceso dura varios años hasta que la sentencia definitiva declare fundada la demanda, el demandado que perdió –y por ende la sentencia fue justa y la medida cautelar cumplió su finalidad- habrá sufrido daños, mas no serán resarcibles.

En este punto es preciso señalar lo siguiente: existe una discusión acerca de la relación entre la caución y la verosimilitud del derecho. Para algunos, a mayor verosimilitud menor caución y viceversa. Para otros, esta relación es errónea (Priori Posada) y hasta absurda (Monroy Palacios).

La base de la crítica radica, ente otros aspectos, en que no pueden mezclarse presupuestos de concesión (procedibilidad) con presupuestos para ejecución (caución), por encontrarse en momentos de análisis totalmente diferentes.

En mi opinión, el que para determinar si se concede o no la medida cautelar solo se requiera haber aprobado el análisis de la apariencia de buen derecho, el peligro en la demora y la razonabilidad de la medida, sin tomar en cuenta la caución, y después de ello, se exija la caución en la forma y monto que el Juez estime conveniente, no significa que en este último momento se deje de considerar las razones que se tuvo para haber otorgado la medida (presupuestos para su concesión).

En otras palabras, establecida la existencia de la apariencia de buen derecho invocada y reunidos los presupuestos y el requisito para la concesión de la medida cautelar, al ingresar a evaluar lo relativo a la caución se puede y debe tomar en cuenta la verosimilitud dentro de las variables para su determinación.

El riesgo siempre es un factor a considerar, más aun cuando se analizan, precisamente, probabilidades (probabilidad de ganar el juicio en caso de la medida cautelar y que se genere un daño ante la demora, probabilidad de que se pierda el juicio y que la cautelar indebidamente ejecutada cause un daño a la contraparte).

El riesgo siempre tiene un costo; la aversión al riesgo hace que los bienes incrementen o disminuyan su valor en función directa del mayor o menor riesgo; así, por ejemplo, el crédito requerirá menos garantías si el riesgo es menor y viceversa. En lo relativo a la caución, creo que no debe descartarse incluir en el análisis tal factor, si bien ciertamente también sería un error reducir simplistamente la operación a dos únicas variables.

En un interesante trabajo¹⁴ en el que el profesor Monroy Palacios refuta la incidencia de la verosimilitud del derecho en el establecimiento de la caución, señala:

“Por último, lamentablemente resulta forzoso hacer alusión a uno de los más fantasiosos recursos interpretativos de los que se ha valido la doctrina y la jurisprudencia en sede cautelar y que, precisamente, subyace a la pretendida correlación que venimos criticando. Se trata de aquel intento por conectar los grados de intensidad de la verosimilitud, con consecuencias objetivamente predeterminadas. En virtud de ello, se suele razonar en el siguiente sentido:

¹⁴ MONROY PALACIOS, Juan José. Apuntes críticos sobre los presupuestos para el otorgamiento y para la ejecución de la medida cautelar.

En: http://www.estudiomonroy.com/articulos/der_proc_apuntes_crit.htm

dado que la verosimilitud tiene distintos niveles de *intensidad* en función de cada caso concreto, es claro que mientras que aquélla sea mayor, serán menores las posibilidades de que la medida cautelar devenga innecesaria, es decir, disminuye el *riesgo* de que del demandado nazca el derecho al resarcimiento por los daños producidos por una medida que no debió ser concedida. De estas dos premisas, cuya validez no podría negarse, se colige que la caución a establecerse deberá ser menor. Con lo que, cuando la cadena de premisas se invierte, el resultado del silogismo deberá ser el opuesto: a menor intensidad de verosimilitud, mayor riesgo, por tanto, mayor caución.

Sin embargo, la coherencia de este razonamiento es tan engañosa como el canto de sirenas. Si así no fuera, pocos abogados y jueces lo habrían aceptado y este artículo no hubiera sido escrito. Ciertamente, el silogismo es perfecto, lo que fracasa es la forma cómo se conecta el contenido de sus premisas. Después de todo, la lógica formal sólo nos sirve para desarrollar criterios de validez, no de verdad.

Pero, ¿dónde radica el error? Una vez descubierto, es fácil entenderlo. Cuando se dice “menor riesgo, menor caución” o “a mayor riesgo, mayor caución” no se repara en que la caución no tiene por finalidad “garantizar el riesgo”(?), sino los perjuicios provocados en el momento en que ese riesgo se transforma en daño, es decir, cuando la medida cautelar deviene innecesaria. Pongamos como ejemplo dos procesos, con distintos objetos y partes, donde se solicitan sendas medidas cautelares cuya magnitud de afectación patrimonial es la misma: 90. La diferencia radica en que mientras en el proceso A la verosimilitud con que se otorga la cautela es intensa, en el B es simplemente la razonable. Entonces, siguiendo la interpretación criticada, cabría suponer que mientras la caución en este último proceso deberá ser de 90, en el primero, como producto de la mayor la intensidad de la verosimilitud, deberá ser menor, 50, por colocar una cifra. Inclusive, reconocemos que los grados de riesgo son diferentes, pues precisamente la intensidad de la verosimilitud da lugar a que existan mayores probabilidades que en el proceso A resulte el vencedor el demandante. Sin embargo, no es menos cierto que, más o menos verosimilitud, no existe certeza, por lo que sigue siendo una posibilidad concreta que en A y B los demandados obtengan una sentencia favorable y que, por tanto, la medida cautelar devenga innecesaria. Así, en virtud de lo dicho, ¿cabe señalar que en el proceso A el derecho al resarcimiento surgido de la medida cautelar innecesaria será menor respecto del proceso B? No. El monto será el mismo: 90, más los intereses que se devenguen. Y es que, repetimos, la caución en ningún caso se determina en función del riesgo, sino en función del daño que la medida cautelar pueda producir ante la verificación de su carácter innecesario.”

En mi opinión, al considerar el factor riesgo en la fórmula para determinar la caución, no se pretende *garantizar el riesgo*, sino el daño, en caso éste se verifique, lo que no es lo mismo. Ahora bien, el daño se calcula/cuantifica de modo objetivo (ahí no entran a tallar consideraciones sobre la verosimilitud), pero al fijar el tipo de caución creo que sí puede pensarse en el riesgo.

De ese modo, comparto el ejemplo del autor citado en cuanto a la valorización: si el daño se estima en 90, siempre se tendrá que fijar una caución de 90, al margen del grado de verosimilitud del derecho que haya acreditado el solicitante de la medida cautelar. El derecho al resarcimiento surgido de la medida cautelar innecesaria es el mismo en todos los casos: todo aquel que se

vea afectado con la medida cautelar indebida deberá ser reparado, lo que por lo demás es regla general de responsabilidad civil.

Si, contra el pronóstico del Juez que concedió la medida cautelar, el proceso culmina con sentencia final que desestima la pretensión –pues el superior jerárquico tiene un criterio jurídico distinto, valora los medios probatorios en sentido diferente, etc.-, los daños que sufra el demandado a quien se afectó con la medida cautelar deberán ser resarcidos en su dimensión real, por lo que el monto de la caución, que es estimatorio, solo es referencial, pues al final en todos los casos en que se verifique que la medida fue innecesaria, se deberá proceder a la liquidación de los daños.

Pero –y aquí mi respetuosa discrepancia- si la verosimilitud del derecho es muy elevada (en algunos casos ésta linda con la certeza), el riesgo de dañar al demandado/afectado con la medida cautelar es proporcionalmente reducido, por lo que podría no ser necesario fijar un **tipo** de caución que resulte muy gravoso o difícil/costoso de obtener para el demandante, como por ejemplo una caución de naturaleza real; al revés, si la intensidad de la verosimilitud es mínima entonces el riesgo de causar un perjuicio al afectado con la medida cautelar es elevado, por lo que se requerirá asegurarlo de la forma más sólida posible, con una garantía de naturaleza real o fianza solidaria, o la que el Juez considere adecuada. Y dependiendo de las circunstancias, el Juez podrá establecer una caución combinada.

Visto en forma sistemática, el Código Procesal Civil contiene una serie de normas en el acápite de medidas cautelares que llevan a considerar que este razonamiento es consistente:

“Artículo 615.- Caso especial de procedencia.-

Es procedente el pedido de medida cautelar de quien ha obtenido sentencia favorable, aunque fuera impugnada. El pedido cautelar se solicita y ejecuta en cuerda separada ante el Juez de la demanda, con copia certificada de los actuados pertinentes, sin que sea preciso cumplir los requisitos exigidos en los incisos 1. y 4. del Artículo 610.”

Esta medida cautelar especial se encuentra a medio camino entre la tutela cautelar propiamente dicha y la ejecución cierta de la sentencia, cuya ejecución se encuentra suspendida por la garantía de la impugnación.

Se exige al solicitante de fundamentar la apariencia del derecho y el peligro en la demora, así como de ofrecer caución, precisamente por encontrarse el proceso en un momento y estado particular, que extrae a la petición cautelar de la incertidumbre para la que fue concebida -y por la cual debe sustentarse la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora-, para ubicarla en una situación en que el juez ya analizó el tema de fondo, ya evaluó los medios probatorios y ya se pronunció, emitiendo un juicio de certeza, pero que todavía no es firme.

Sin embargo, recuérdese que, no siendo firme, existen posibilidades de que el órgano revisor revoque la decisión, desestimando la pretensión; empero, lo idóneo es que el derecho sea predecible, que los criterios se encuentren unificados, y que por ende las sentencias se confirmen, por lo que el legislador ha optado por considerar que la fuerza de la verosimilitud, ya convertida en certeza para el Juez, es suficiente para asegurar la eficacia de esta sentencia sin necesidad de gravámenes para el demandante.

Otro artículo del Código Procesal Civil que lleva esa lógica, es el que exige mejor caución en caso se reduzca o desaparezca la verosimilitud:

"Artículo 630.- Cancelación de la medida

Si la sentencia en 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."

Aquí el propio código procesal civil establece otro supuesto de medida cautelar cuando precisamente no se cuenta con sentencia favorable (cuando se obtuvo medida cautelar y luego la sentencia desestima la demanda), estableciendo en tales casos el requisito de ofrecimiento de caución de naturaleza real o fianza solidaria, por cuanto existe un juicio de certeza vigente que ha eliminado la apariencia de derecho, por lo que el riesgo de afectar a la parte demandada con la medida cautelar resulta mayor, debiéndose por tanto elevar su protección o, al menos, garantizarla de modo proporcional.

En los demás casos –cuando no exista juicio de certeza, ni favorable ni desfavorable al demandante-, el solicitante deberá cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 610, y la admisión de la caución ofrecida quedará a la decisión del juez, quien deberá evaluarla, pudiendo aceptarla, graduarla, modificarla, e inclusive cambiarla por la que considere necesaria y suficiente para proteger a la parte demandada de los posibles daños que le pudiera ocasionar la ejecución de la medida cautelar.

Es así que puede considerarse que existe una relación de inversa proporcionalidad entre la verosimilitud del derecho y la caución. En efecto, a mayor verosimilitud/apariencia del derecho, esto es, cuanto más cerca se esté de la certeza del derecho alegado, existen evidentemente mayores probabilidades de obtener un fallo favorable, por lo que la medida cautelar que se hubiese obtenido eventualmente se convertirá en una de ejecución.

En cambio, cuanto menor sea la verosimilitud del derecho, existe mayor incertidumbre respecto del sentido de la decisión definitiva a recaer en el proceso principal, por lo que las probabilidades de que se pueda causar un daño a la parte demandada por la concesión de la medida cautelar se incrementan.

En consecuencia, la normatividad ha debido ponderar la necesidad de mantener la tutela de la parte demandante para que su derecho no se convierta en ilusorio, derecho que no se puede esfumar en tanto el proceso se mantenga pendiente y, al mismo tiempo, proveer a la parte demandada, en tales casos, de una garantía para cubrirla del riesgo de ser afectada por una medida cautelar, riesgo que se aprecia de modo más claro cuando la apariencia del derecho alegado por la parte demandante se difumina.

Debe aclararse que lo señalado es uno de los aspectos a considerar para evaluar los posibles daños a la parte demandada, debiéndose tomar en cuenta también otros, como por ejemplo el tipo de medida cautelar que se solicita (no es igual una anotación de demanda respecto de bienes de una empresa inmobiliaria que de una personal natural que no se dedica al comercio de los mismos, como tampoco es igual una anotación de demanda que un secuestro, que un embargo en forma de administración, etc.).

En suma, atendiendo a estas nociones, el Juez evaluará los daños posibles al afectado con la medida cautelar para establecer un *quantum* aproximado, y estudiará las probabilidades de ocurrencia del perjuicio para decidir la forma, naturaleza y alcances de la caución, entre otros aspectos.

Todo ello debe estar precisado con toda claridad en la resolución, a efecto de poder ejecutarse.

Es importante recordar que la caución no constituye un tope indemnizatorio. En efecto, hay quienes parecen equipararla a una cláusula penal. Nada más erróneo que ello; la caución es una garantía para cubrir los daños que pudieran infringirse al afectado con una medida cautelar innecesaria o indebida, es decir, para facilitar la reparación de los daños, y en modo alguno es sinónimo de limitación de éstos.

Por ello, la determinación excesiva o diminuta de caución, o su ausencia (supuesto, por ejemplo, del art. 615), no obsta para liquidar los daños causados si se verifica que la medida cautelar fue indebida –como por ejemplo si el proceso culmina con sentencia final desestimatoria–.

6. La fórmula de Posner.

En toda evaluación cautelar debería estimarse el efecto que la verosimilitud tiene en los intereses económicos de las partes, es decir, en el balance de daños (de ambas partes)¹⁵, debiendo analizarse estos factores integrados y en relación de uno con el otro.

¹⁵ Peligro para la parte demandante de sufrir daños por la no concesión de medida cautelar (peligro en la demora), y peligro para la parte demandada de ser afectada por la ejecución de la medida cautelar.

Este principio fue enunciado por el Juez Richard Posner¹⁶, en el que propuso la siguiente fórmula para evaluar la procedencia de una medida cautelar:

$$P \times D_s > (1-P) \times D_d$$

- P es la posibilidad de que la pretensión pueda ser declarada fundada (la verosimilitud o apariencia de buen derecho).
- D_s es el daño estimado que sufriría el solicitante de la medida cautelar si no se concediera la medida.
- D_d es el daño estimado que sufriría el demandado de dictarse la medida.

La fórmula de Posner puede entenderse de esta manera: si la probabilidad de que la pretensión sea declarada fundada multiplicada por el daño que sufriría el solicitante si no se concede la medida **es mayor** que la probabilidad de que la demanda sea declarada infundada¹⁷ multiplicada por el daño que sufriría el afectado por la medida cautelar, entonces corresponde dictar la cautelar.

Se aprecia que esta fórmula relaciona los factores relevantes (apariencia de buen derecho o verosimilitud, peligro en la demora, peligro en el dictado de la cautelar), lo que resulta una inteligente integración de los conceptos que se han venido definiendo.

Ahora bien, la aproximación a las instituciones a través del análisis económico de derecho (AED) es eso: una aproximación, una metodología que aplica, a problemas de carácter jurídico, principios y conceptos de orden económico. Su objetivo es la utilización de categorías, métodos y técnicas de la economía en la tarea de explicar e interpretar el Derecho (Atienza).

Así, proporciona un enfoque que permite apreciar ciertas aristas del problema que, de otra forma, podrían no vislumbrarse, lo que de por sí ya es bastante importante y vale la pena ensayar.

Por ello, no comparto la posición de quienes, buscando alguna falencia, aunque sea mínima, descartan el AED de plano, satanizándolo, sin comprender que esta metodología puede emplearse en adición a otras, a efecto de efectuar un análisis integral del problema bajo estudio.

Un problema tan complejo como la concesión de cautelas mutuas sin certeza de derechos, sin la garantía del contradictorio (*inaudita pars*) y con la posibilidad de generar daños a alguna de las partes (e inclusive a ambas, si la cautelar es inadecuada y la caución excesiva), requiere ser estudiado desde diversos ángulos, y la fórmula descrita aporta una perspectiva que ciertamente complementa la aproximación tradicional.

¹⁶ Caso Hospital Supply Co, 780 F. 2d, p. 598.

¹⁷ Que es la inversa de la probabilidad de que sea fundada: (1-P).

7. Motivación de la resolución que ampara o rechaza la medida cautelar.

El artículo 611 CPC dispone que la decisión que ampara o rechaza la medida cautelar es debidamente motivada, bajo sanción de nulidad.

En realidad, este numeral no hace más que reiterar la obligación constitucional y legal de motivar las resoluciones judiciales. La decisión que ampara o deniega un pedido de medida cautelar es una resolución de gran trascendencia, pues contiene la concesión o rechazo de la tutela de urgencia que el solicitante ha pedido, por lo que la falta de motivación de la misma conlleva el ejercicio arbitrario del poder. El que el artículo señale que la resolución debe estar motivada, bajo sanción de nulidad, es solo marcar el énfasis de la importancia de la tutela cautelar, lo que no debe dejar de tenerse presente.

El artículo 139 de la Constitución Política del Estado establece que son principios y derechos de la función jurisdiccional:

“5. La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan”.

El Tribunal Constitucional ha señalado de modo reiterado que el derecho a la motivación de resoluciones judiciales es un componente esencial del derecho al debido proceso, precisando que:

“es el derecho de obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en cualquier clase de procesos. La exigencia de que las decisiones judiciales sean motivadas en proporción a los términos del inciso 5) del artículo 139° de la Norma Fundamental, garantiza que los jueces, cualquiera que sea la instancia a la que pertenezcan, justifiquen sus decisiones, asegurando que la potestad de administrar justicia se ejerza con sujeción a la Constitución y a la ley; pero también, con la finalidad de facilitar un adecuado ejercicio del derecho de defensa de los justiciables. La Constitución no garantiza una determinada extensión de la motivación, por lo que su contenido esencial se respeta siempre que exista fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto y, por sí misma, exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si ésta es breve o concisa, o se presenta el supuesto de motivación por remisión”. (STC. 1313-2005-HC/TC. FF.JJ. 10,11).

Existen numerosas formas de vulnerar este derecho (o incumplir con la obligación de motivar), siendo las más comunes la no motivación (inexistencia de motivación) y la llamada motivación aparente (que puede considerarse una forma de no motivación, puesto que se la cubre bajo un manto de palabras y frases inconducentes).

Así, se viola el derecho a una decisión debidamente motivada cuando la motivación es inexistente o cuando hay solo una apariencia de motivación, en el sentido que no da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión,

o que no responde a las alegaciones de las partes del proceso, y/o porque –y ésta es la forma más generalizada de aparentar motivación- solo intenta dar un cumplimiento formal al mandato, amparándose en frases sin sustento fáctico o jurídico, es decir, hay motivación pero no sirve, pues se ha basado en hechos inexistentes y/o pruebas no actuadas o únicamente se relatan los hechos o se describe el proceso (p.e. cuando el Juez describe los hechos alegados sin analizarlos y los da por ciertos).

En suma, motivar equivale a justificar razonablemente. La motivación otorga legitimidad a la decisión de los jueces; reviste la mayor importancia porque evita el ejercicio arbitrario de un poder. Y si esta obligación no se cumple, la resolución debe ser declarada nula.

8. Supuesto especial de procedencia del pedido cautelar.

Como se ha mencionado anteriormente, el artículo 615 del Código Procesal Civil prevé un supuesto especial de procedencia del pedido de medida cautelar, que se configura cuando el solicitante cuenta con sentencia favorable que aún no está firme (pues si lo estuviese ya no se requeriría de medida cautelar alguna, dado que se estaría en etapa de ejecución), la misma que puede haber sido impugnada y por tanto el efecto de la sentencia se encuentra suspendido hasta que se resuelva en definitiva el conflicto.

Dicho de otro modo, para la obtención de medida cautelar bajo los parámetros del artículo 615, se requiere contar con sentencia favorable no consentida pero vigente.

En el supuesto especial del artículo 615 se exime al solicitante de los requisitos 1 y 4 del artículo 610¹⁸, que son la exposición de los fundamentos de la pretensión cautelar (que son la apariencia de buen derecho y peligro en la demora, pues la razonabilidad de la medida para garantizar la eficacia de la pretensión no debe dejar de sustentarse), así como el ofrecimiento de caución, precisamente por encontrarse el proceso en un momento y estado particular, que extrae a la petición cautelar de la incertidumbre para la que fue concebida - y por la cual debe sustentarse la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora-, para ubicarla en una situación en que el juez ya analizó el tema de

¹⁸ El artículo 610 del Código Procesal Civil establece como requisitos de la solicitud cautelar, lo siguiente:

“610.- Requisitos de la solicitud.- El que pide la medida debe:

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

fondo, ya evaluó los medios probatorios y ya se pronunció, emitiendo un juicio de certeza, pero que todavía no es firme.

Para la aplicación del artículo 615 es menester lo siguiente:

- i. Debe el solicitante contar con sentencia fundada o, al menos, fundada en parte.
- ii. El proceso debe encontrarse en trámite aún, es decir, no estar consentida la sentencia (pues de ser así no cabe tutela cautelar sino medida de ejecución de la sentencia firme).
- iii. La sentencia que favorece al solicitante/demandante puede haber sido impugnada. Ello no modifica la situación de tener sentencia favorable, pues ésta se encuentra vigente pero suspendida en sus efectos.
- iv. El solicitante, al contar con juicio de certeza, ya no requiere sustentar la verosimilitud ni apariencia de su derecho, y se le exonera de sustentar el peligro en la demora.
- v. El solicitante debe señalar la forma de la medida cautelar (medida para futura ejecución forzada, anotación de la demanda, medida innovativa, de no innovar, etc.) y describirla de acuerdo al caso concreto.
- vi. El solicitante debe indicar, de ser el caso, los bienes sobre los que debe recaer la medida y el monto de su afectación.
- vii. El solicitante debe designar el órgano de auxilio judicial correspondiente (que pueden ser instituciones y funcionarios administrativos –Banco de la Nación, Registrador Público, entre otros-, los litigantes –en caso se designe como depositario a alguno de ellos-, o terceros –custodio o interventor-), si fuera el caso. Cuando el órgano de auxilio judicial sea una persona natural, se acreditará su identificación anexando copia legalizada de su documento de identidad personal.

El juez solo debe verificar la concurrencia de lo anterior, además de constatar que la medida cautelar solicitada sea adecuada para lograr la eficacia de la decisión que se ha emitido -y que aún no se encuentra firme- y, de esa manera, no devenga en ilusorio el derecho subjetivo que se pretende hacer efectivo a través del proceso.

9. Jurisdiccionalidad de la medida cautelar.

El dictado y ejecución de medidas cautelares es jurisdiccional porque es consustancial al ejercicio de la potestad jurisdiccional –es una prolongación del poder-deber del Estado de impartir justicia-, el cual depende de la Constitución y no de la ley.

10. Prejuzgamiento en la tutela cautelar.

Toda medida cautelar importa, según el artículo 612 del CPC, un prejuzgamiento¹⁹.

Con *prejuzgamiento* el Código se refiere en realidad a un **juicio hipotético**, producto de una evaluación o cognición sumaria, que ciertamente no obliga al Juez a resolver en la decisión final en el mismo sentido que en aquél.

11. Características de las medidas cautelares: provisionalidad, instrumentalidad y variabilidad.

Las medidas cautelares tienen tres características principales, que se encuentran estrechamente vinculadas entre sí: provisionalidad, instrumentalidad y variabilidad.

i. Provisionalidad.

Siendo la medida cautelar un instrumento del instrumento (proceso), sus efectos se prolongarán, en el mejor de los casos, hasta la decisión final de éste, o hasta el dictado de la resolución que disponga su levantamiento (de la medida cautelar) o cuando se produzca una circunstancia que la deje sin efecto.

En efecto, las medidas cautelares tienen una vida limitada en el tiempo, que culminará cuando sobrevenga un evento jurisdiccional sucesivo, que consiste en la tutela definitiva, por lo que puede concluirse que la provisionalidad de las medidas cautelares es una consecuencia del carácter instrumental de las mismas.

ii. Instrumentalidad.

Así como el proceso es un instrumento para hacer **efectivos** los derechos sustanciales, la tutela cautelar es un instrumento para garantizar la **eficacia** del proceso, por lo que las medidas cautelares son un *instrumento del instrumento* (Calamandrei) o, visto de otro ángulo, son una *garantía de la garantía* (garantizan la eficacia del proceso que a su vez garantiza la efectividad de los derechos sustanciales).

Sobre el carácter instrumental de las medidas cautelares, Calamandrei ha explicado de forma muy clara que:

“Hay, pues, en las providencias cautelares, más que la finalidad de actuar del derecho, la finalidad inmediata de asegurar la eficacia práctica de la providencia definitiva que servirá a su vez para actuar el derecho. La tutela

¹⁹ Artículo 612.- Características de la medida cautelar.-

Toda medida cautelar importa un prejuzgamiento y es provisoria, instrumental y variable.

cautelar es en relación al derecho sustancial, una tutela mediata: más que hacer justicia contribuye a garantizar el eficaz funcionamiento de la justicia. Si todas las providencias jurisdiccionales son un instrumento del derecho sustancial que se actúa a través de ellas, en las providencias cautelares se encuentra una instrumentalidad cualificada, o sea elevada, por así decirlo, al cuadrado; son en efecto de una manera inevitable, un medio predispuesto para el mejor éxito de la providencia definitiva, que a su vez es un medio para la actuación del derecho; esto es, son, en relación a la finalidad última de la función jurisdiccional, instrumento del instrumento.²⁰

Así pues, la instrumentalidad de la medida cautelar se sostiene en que nace al servicio del proceso principal, subordinada siempre a los resultados de éste. Si se declara fundada la pretensión (en fallo definitivo), la medida cautelar deja de serlo y se convierte en medida para la ejecución; si el proceso termina con sentencia desestimatoria, se cancela de inmediato la medida cautelar.

Lo propio ocurre con las otras formas de conclusión del proceso (transacción, conciliación, desistimiento, abandono), o cuando se le da por concluido en mérito a un auto final que ha amparado alguna excepción perentoria, o cuando el Juez en el saneamiento ha declarado improcedente la demanda por considerar que existe un vicio estructural en la relación procesal.

Por ello, debe necesariamente existir pendency simultánea o posterior (en caso de las medidas cautelares fuera de proceso) de un proceso principal. Entonces la instrumentalidad es el límite temporal de toda medida cautelar. Asimismo, debe recordarse que, al nacer la medida cautelar para asegurar la efectividad práctica de la decisión final (definitiva), siempre debe existir una relación estrecha entre la medida y el posible contenido del fallo.

Por lo expuesto, es válido concluir que la instrumentalidad de la medida cautelar determina que la tutela cautelar garantice la eficacia de la tutela jurisdiccional que se está solicitando para la situación sustancial en el proceso.²¹

iii. Variabilidad.

Al conceder o denegar una medida cautelar el Juez evaluó determinadas circunstancias que en aquel momento constituían, a su juicio, la apariencia de fundabilidad de la pretensión, el peligro de la demora y la razonabilidad de la medida para garantizar la eficacia de la pretensión.

Pero es posible que durante el proceso, estas circunstancias varíen, lo cual se encuentra previsto por el ordenamiento jurídico al proveer a la tutela cautelar

²⁰ CALAMANDREI, Piero. Introducción al estudio sistemático de las medidas cautelares. Buenos Aires, El Foro, 1996, p. 45.

²¹ ARIANO DEHO, Eugenia. La instrumentalidad de la tutela cautelar. En: Problemas del proceso civil. Lima, Jurista Editores, 2003, pp. 614 y ss.

de la característica de variabilidad, por lo que se dice que es de implícita aplicación la cláusula *rebus sic stantibus*.²²

Estando referida al contenido de la medida cautelar y a su relación con el objeto del proceso principal, la variabilidad de la medida cautelar consiste en que ésta puede ser modificada durante el decurso del proceso, a pedido de parte (a través de un pedido de revocación de la medida cautelar, o la reposición de ella, o un pedido de modificación) en atención a la alteración de las circunstancias.

Los motivos que den cabida a la variación de la medida cautelar pueden ser diversos: porque a lo largo del proceso (en mérito, por ejemplo, a hechos nuevos o circunstancias antes desconocidas) ha disminuido la posibilidad de que la pretensión se declare fundada (y el afectado con la medida quiere una medida menos gravosa), porque ha incrementado esta posibilidad (y ahora requiere el solicitante una medida más gravosa), porque se ha alterado la relación material respecto al momento en que se otorgó la medida cautelar, porque ha desaparecido el peligro en la demora o porque la actual medida se considere inadecuada.

12. Naturaleza de la caución: real o personal.

Según su naturaleza, la caución puede ser real o personal.

La caución real puede expresarse en bienes o derechos -considerándose el dinero un tipo de bien (fungible por excelencia)- de titularidad del solicitante o de terceros (quienes deben prestar su conformidad, como es obvio).

La norma establece que la caución de naturaleza real se constituye a partir del mandato judicial que la admite, por lo que el registro cumple función de publicidad frente a terceros. Esta precisión implica que, considerándose constituida la caución de naturaleza real con la resolución que la admite, se puede proceder a ejecutar la medida cautelar, mientras también se inscribe la caución.

La caución personal, por su parte, consiste en la fianza, pero se permite la "fianza" del propio solicitante de la medida cautelar, denominada "caución juratoria", que consiste en el juramento de éste de responder por el perjuicio que pudiera causar la ejecución de la medida cautelar.

En realidad, si el deber y el derecho al resarcimiento en caso de causar daño se encuentran sobreentendidos, el propósito de la caución juratoria no resulta

²² "Estando así las cosas", expresión latina que hace referencia a un principio de Derecho por el que las estipulaciones establecidas en el contrato son válidas y vinculan a las partes, en tanto se mantengan las circunstancias iniciales en que se sustentó dicho contrato, por lo que cualquier alteración sustancial de las mismas puede dar lugar a la modificación de tales estipulaciones (*contractus qui habent tractum succesivum vel dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelligitur*).

convinciente, equiparándose al crédito quirografario (que es el crédito sin garantía específica).

Una solución al problema de la falta de garantía específica para el demandado (caución) podría ser el seguro de caución judicial, por el que el responsable directo del daño y la compañía aseguradora respondan de modo solidario frente al afectado/perjudicado con la medida cautelar innecesaria.²³

Es pertinente señalar que no siempre el beneficiario de la caución es el demandado, por cuanto podría darse que se afecte por error el bien de un tercero; de ahí que la norma indique que la contracautela tiene por objeto asegurar al afectado con una medida cautelar el resarcimiento de los daños y perjuicios que pudiese causarle su ejecución.

13. Caución sometida a plazo.

El artículo 613 CPC establece que cuando se admite la contracautela sometida a plazo, ésta queda sin efecto, al igual que la medida cautelar, si el peticionante no la prorroga u ofrece otra de la misma naturaleza o eficacia, sin necesidad de requerimiento y dentro del tercer día de vencido el plazo.

El fundamento de esta norma es el principio de igualdad. Si la garantía para el demandado es la caución, si ésta decae, la medida cautelar también.

Por ello, si se ofrece, por ejemplo, una caución consistente en fianza, si ésta tiene un plazo específico, el beneficiario de la medida cautelar debe tener presente que no puede dejar desprotegida a la contraparte, por lo que se le concede un término de 3 días luego de vencido el plazo señalado para que la prorrogue u ofrezca otra que a criterio del Juez resulte tan eficaz como aquella, esto es, que asegure el resarcimiento del afectado con la medida cautelar al menos de la misma manera que antes.

14. Indemnización al afectado por la medida cautelar.

Hay ciertos casos en que el debate jurídico es altamente controvertido; más aun, en determinadas circunstancias el Juez no puede imponer la condena de costos y costas totalmente en cabeza del perdedor (por cuanto la respuesta judicial pudo haber sido inclinada en su favor casi en igual proporción de probabilidades), por lo que decide que ambas partes asuman las propias.

En tales casos, cuando el derecho en disputa ha sido objeto de largo y profundo debate, si ha habido una medida cautelar, ¿en cabeza de quién debe quedar el daño producido por ésta? ¿debería repartirse entre ambas partes, de modo similar a esos supuestos de costas y costos? ¿la solicitud y obtención de una medida cautelar no es el ejercicio regular de un derecho (aquí no puede hablarse del ejercicio abusivo de un derecho)?.

²³ Cfr. LEDESMA NARVAEZ, Marianella. La póliza judicial en el proceso cautelar. Pontificia Universidad Católica del Perú. Departamento de Derecho. Cuaderno de Trabajo N° 7, 2008.

Los instrumentos procesales que concede el ordenamiento jurídico están previstos para conseguir determinados fines. Por ello,

“en los términos de una relación de instrumentalidad remedio-fin, el abuso puede ser definido como el empleo de un remedio procesal para conseguir un fin que no es propio de aquel remedio, puesto que no entra en el ámbito de los objetivos para los que el remedio ha sido previsto. Hay abuso, en otros términos, cuando se verifica una distorsión en el empleo de un instrumento procesal, que viene destinado a conseguir objetivos diversos de aquellos que le son propios.”²⁴

Es así que, si a través de una medida cautelar se persigue lograr efectos perjudiciales para la contraparte o un tercero no admitidos por el ordenamiento, se ingresa al ámbito del abuso del derecho a la tutela cautelar. No sancionar al litigante que abusa de su derecho a la tutela preventiva, es alentar la malicia procesal.

Así, sobre el abuso del derecho a la tutela cautelar se ha señalado:

“Un campo fértil para las conductas abusivas es el de las medidas cautelares. Y ello es así atento a que resulta muy delgada la línea que separa su uso por cuestiones estrictamente relacionadas con el “peligro en la demora” y aquel que persigue fines extorsivos.

Es plenamente aplicable en este supuesto la totalidad de los conceptos vertidos en relación a los magistrados en cuanto a su compromiso con el proceso; también es cierto que, pese a su diligencia en tratar de delimitar los abusos, muchas veces son imposibles de evitar, siendo sus consecuencias muy disvaliosas y hasta irreversibles.

El artículo 208 del Código Procesal de Buenos Aires se enrola en el criterio subjetivo en orden a juzgar la responsabilidad del peticionante de la medida, de modo que para que nazca la obligación de reparar debe probarse que el solicitante actuó con culpa o dolo, que ponga de manifiesto la utilización de la medida con propósitos extorsivos o para obtener beneficios indebidos y ocasionar molestias inútiles a la otra partes (...) La jurisprudencia ha hecho referencia al ejercicio abusivo de las prerrogativas a obtener medidas cautelares, pero surgiendo la existencia de dolo o culpa del agente (...) y también se exigió la demostración de los perjuicios irrogados (...).”²⁵

Asimismo, sobre las diversas modalidades de abuso de medidas cautelares:

“¿Qué pasa cuando no solo se traba sin derecho, sino que se abusa de las medidas cautelares? El sentido común refiere que esa conducta debe ser sancionada. La pregunta que sigue es: ¿por qué vía vamos a juzgar entonces la responsabilidad de quien así actúa? (...) ¿Cuáles pueden ser los

²⁴ Traducción libre de TARUFFO, Michele (“Elementi per una definizione di ‘abuso del processo’”), por PRIORI POSADA, Giovanni F. La Tutela Cautelar. Su configuración como derecho fundamental. Op. Cit., p. 177.

²⁵ BILESIO, Juliana y GASPARINO, Marisa G. Reflexiones sobre el abuso en materia procesal. En: Abuso Procesal. Directores: Jorge W. Peyrano y Juan Alberto Rambaldo. Buenos aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2001, p. 25.

supuestos?: abusos cuantitativos del embargo (art. 281 CPC), o cualitativos (bienes inembargables, art. 469 CPC), embargos preventivos de cuentas corrientes bancarias, de fondos diarios de las recaudaciones de caja sin acreditar que no se conocen otros bienes “sólidos” para embargar, o la irrazonabilidad temporal del mantenimiento de cualquier medida cautelar sobre bienes registrables sin que se entere de hecho el propietario; si se peticionó una medida cautelar previa a la demanda y aquella caducó, para algunos tal extremo revela por sí mismo que la medida fue pedida abusivamente, como también si una entidad bancaria trabó un embargo incorrecto por promover en forma errónea un juicio ejecutivo, entre otros muchos supuestos.”²⁶

Este autor propone que para configurar el abuso procesal en materia de ejecución de medidas cautelares, “basta probar que las mismas se trabaron con sentido ajeno a su funcionalidad, que es asegurar el resultado práctico de la sentencia.”²⁷

Si bien el propio Poder Judicial es el que ha otorgado la medida (previo análisis y evaluación de los posibles daños a ambas partes –al solicitante por la no concesión de la medida y a la parte demandada por la ejecución de la misma- a efecto de conceder la que sea razonable y fijar la caución), y el pedirla es un derecho legítimo, se ha dicho que lo que se sanciona es la distorsión de su finalidad (o su anormalidad):

“El otorgamiento de medidas cautelares es facultad judicial reunidos que fueren los requisitos exigidos por la ley procesal. Bien o mal trabadas tienen una característica muy especial: en su traba interviene el Estado, a través del Poder Judicial, y es el mismo Código de Procedimientos quien regula el modo para lograr la medida, cumpliendo ciertos requisitos. No se configura un hecho ilícito al solicitar la medida, como ocurre en un accidente de tránsito, donde el hecho ilícito se genera al momento del choque o de la lesión a la víctima. El hecho ilícito recién aparecerá cuando se demuestre que la medida se ha pedido sin razón o sin derecho. Mientras tanto, el demandado presuntamente perjudicado deberá esperar pacientemente que se dilucide la cuestión para demostrar los daños y perjuicios irrogados por la medida. (...) Las normas de nuestro proceso han sido creadas para su uso normal, y ocurre que –en el caso que nos ocupan las medidas cautelares se traban “usando normalmente” esas mismas normas del proceso. Sin embargo su fin es “anormal”. O por lo menos excesivo. Y ese uso anormal o excesivo es el que puede generar daños y perjuicios que deberán ser indemnizados.”²⁸

El artículo 621 (incluyendo la sumilla)²⁹ del CPC establece que el Juez fija la reparación indemnizatoria si la medida cautelar deviene en innecesaria o

²⁶ CARBONE, Carlos A. Abuso del proceso en las medidas cautelares y en los procesos diferenciados: sentencia anticipada y autosatisfactiva. En: Abuso Procesal. Directores: Jorge W. Peyrano y Juan Alberto Rambaldo. Buenos aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2001, pp. 353 y 354.

²⁷ Ibid., p. 368.

²⁸ FLUCK, Anna Inés. La medida cautelar trabada abusivamente y los daños y perjuicios. ¿Preclusión o prescripción?. En: Abuso Procesal. Directores: Jorge W. Peyrano y Juan Alberto Rambaldo. Buenos aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2001, p. 385.

²⁹ Artículo 621.- Sanciones por medida cautelar innecesaria o maliciosa.-

maliciosa por haberse declarado **infundada** la demanda y dispone la condena de costas y costos del proceso cautelar y el pago de una multa, constituyendo una norma explícita sobre el ejercicio abusivo del derecho a la tutela cautelar.

Debe advertirse que en la sumilla del artículo citado se menciona el carácter **malicioso** de la medida cautelar, mas al interior del mismo no se encuentra referencia alguna a factores subjetivos de atribución de responsabilidad, lo que ha traído no pocas elucubraciones, posiciones y debate.

El mismo artículo indica que la sanción es por medida maliciosa o innecesaria, lo que lleva a considerar que incluye tanto los supuestos subjetivos como objetivos (es decir, en todos los casos en que se declare infundada la demanda se procederá a multar al demandante, a condenarlo al pago de costas y costos y se podrá fijar –a pedido de parte- una indemnización para el demandado).

La ley o la jurisprudencia vinculante debería dejar claramente establecida la naturaleza de la responsabilidad (objetiva, subjetiva o mixta), o acaso, como sugiere Ramírez Jiménez, optar por un método propio. En efecto, como se verá, a pesar de que todo indicaría que se apunta a que se trata de responsabilidad objetiva, quedan algunos “cabos sueltos” que llevan a confusión.

Monroy Palacios considera que, en principio, se trata de responsabilidad **objetiva**, similar a la condena de costas y costos (menciona el principio de sucumbencia, empleado en el sistema brasileño, por el que se atribuye a la parte vencida en un proceso judicial el pago de los gastos provenientes de la actividad procesal), pero agrega que ello es **sin perjuicio** de que en caso se estuviese ante un supuesto de medida cautelar ilícita -en la que se haya superado el ámbito de la simple aseguración- el afectado puede optar por plantear una demanda (iniciando así un proceso judicial) de indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad subjetiva:

“Al igual de lo que sucede modernamente con la responsabilidad en sede civil, el concepto de culpa ha sido relegado a un segundo plano en múltiples situaciones jurídicas procesales. En el ámbito estrictamente cautelar la opción ha sido similar, es decir, ha operado un privilegio por la responsabilidad objetiva según la cual, el deber de resarcimiento nace del “principio de sucumbencia”. En otras palabras, en todos los supuestos en los cuales el proceso termine sin una sentencia que ampare el derecho pretendido por el demandante, nace la obligación procesal de que éste restituya los derechos afectados al sujeto que soportó la medida.

Si se declara infundada una demanda cuya pretensión estuvo asegurada con medida cautelar, el titular de ésta pagará las costas y costos del proceso cautelar, una multa no mayor de diez Unidades de Referencia Procesal y, a pedido de parte, podrá ser condenado también a indemnizar los daños y perjuicios ocasionados.

La indemnización será fijada por el Juez de la demanda dentro del mismo proceso, previo traslado por tres días.

La resolución que decida la fijación de costas, costos y multa es apelable sin efecto suspensivo; la que establece la reparación indemnizatoria lo es con efecto suspensivo.

(...)

Lo cierto es que la verificación de esta responsabilidad objetiva por medida cautelar innecesaria, no excluye la posibilidad de iniciar un proceso judicial donde se demande la indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad subjetiva. Es decir, cuando el demandado –en el proceso primigenio- advierta que el sujeto favorecido con aquella ha actuado de mala fe, con participación o no del juzgador. Un caso típico de esta situación se encuentra en el otorgamiento de lo que hemos convenido en denominar **medida cautelar ilícita**. Es decir, aquellas medidas que superan el ámbito de la simple aseguración y que constituyen en realidad auténticas resoluciones judiciales con carácter satisfactivo. A través del estudio casuístico de aquellas resoluciones podemos apreciar que, en la gran mayoría de supuestos, lejos de solicitarse como remedios destinados a neutralizar la eficacia del proceso, vienen a constituir medidas de presión psicológica y material o mecanismos para la obtención de una tutela procesal satisfactiva, a costa del derecho de defensa del demandado.”³⁰

Puede concluirse que la obligación de indemnizar surge por el **riesgo** en su expedición, el cual fue asumido por el solicitante cuando pidió la medida cautelar, y no por la mala fe de aquél o por la injusticia de la medida; es por ello que se dice que la medida cautelar “es un instrumento peligroso para el contrario y para quien lo usa. Es como un arma rápida y celosa que debe ser manejada con suma prudencia. Por eso se otorga por cuenta y riesgo de quien la pide.”³¹

El citado artículo 621 CPC contiene tres imposiciones para el demandante:

- El pago de una sanción en apariencia objetiva, que es la multa establecida, con un tope de 10 Unidades de Referencia Procesal; empero, al no fijar la norma el monto de la multa hace que el Juez la fije, ¿en atención a qué? ¿al valor de la pretensión, de la cautelar, de la caución? ¿a las posibilidades económicas del sancionado? ¿al grado de culpa o al dolo del demandante? (es decir, si la medida solo fue innecesaria, o si además fue maliciosa).

Ciertamente no parece justo ni sensato que si el solicitante de la medida cautelar no actuó de mala fe, y la decisión final del proceso fue objeto de sentencias contradictorias (por ser el derecho discutido altamente controvertido), sea sancionado por haber pretendido asegurar la eficacia de su pretensión. Si, en cambio, actuó con dolo, a sabiendas de que su pretensión no tenía futuro, no puede dejar de imponérsele una multa por la mala fe procesal, pero para ello existen las reglas generales del Código Procesal Civil. Todo indicaría que el legislador busca con esta norma desincentivar a los demandantes de pedir medidas cautelares

³⁰ MONROY PALACIOS, Juan José. Bases para la Formación de una Teoría Cautelar. Op. Cit., pp. 330 y 331.

³¹ CONDORELLI, José Luis. Del abuso y la mala fe dentro del proceso. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1985, p. 145. Cita de LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. Comentarios al Código Procesal Civil. T. III. Lima, Gaceta Jurídica, 2008, p. 84.

maliciosas e innecesarias, lo cual es correcto. Es así que la regla contenida en este extremo resulta conveniente.

Para algunos el tope no es saludable, pues debería el Juez tener libertad para fijar multas mayores en caso el dolo o la mala fe sean manifiestos, pues en ciertos casos 10 URP de multa, en contraste con el beneficio obtenido con la medida cautelar maliciosa, no sirven en absoluto para alcanzar los incentivos que se aspiran.

- La condena de costos y costas del proceso. Cabe preguntarse si esta sanción puede contener (como en la multa) la posibilidad de graduación por el Juez en atención a las circunstancias (lo que llevaría a considerar la diferencia entre medida solo innecesaria y medida maliciosa), o inclusive la posibilidad de exoneración, con lo cual se asimilaría a las reglas de los artículos 412 y siguientes del CPC.

Por la redacción del art. 621, no se confiere la posibilidad de exoneración ni siquiera parcial de costas y costos, como tampoco de dejar de asumir una multa, al demandante. No parece, pues, que el demandado/afectado con la medida cautelar asuma, en ningún caso, sus costas y costos del proceso cautelar, y la regla del art. 621, al ser especial, prima sobre la general. Es así que podría darse que en el proceso principal (y demás incidentes) el Juez exonere a la parte vencida (demandante) del pago de costas y costos del proceso, pero no así en el cautelar.

- La indemnización de daños y perjuicios al afectado con la medida cautelar. A diferencia de los anteriores, aquí solo opera a pedido de parte, dado que ésta tendrá la carga probatoria respecto de los daños sufridos.

El procedimiento es bastante expeditivo, pues luego de recibir el pedido por parte del afectado con la medida, el Juez correrá traslado al demandante por 3 días, al cabo de los cuales resolverá lo que corresponda. Ello se realizará en el proceso principal, en el cual nada impide que de ser el caso se convoque a audiencia de pruebas.

Finalmente, para muchos (me incluyo) esta norma debió contemplar de modo expreso todos los supuestos de medidas cautelares maliciosas o innecesarias, y no solo los casos en que el proceso termina con sentencia desestimatoria, sobre todo lo relativo a la indemnización.

Por ejemplo, cuando el proceso culmina con sentencia que declara improcedente la demanda, cuando al declararse fundada una excepción se ponga fin al proceso, en el acto de saneamiento, o inclusive al calificar la demanda (si hay medida cautelar fuera de proceso) y se declara improcedente, o se ha declarado inadmisibile y no subsana, acarreando el rechazo; o cuando

se concede medida cautelar fuera de proceso y no se presenta la demanda, propiciando la caducidad de la medida.

El legislador ha debido incluir todos estos supuestos –a pesar de que su no inclusión no importa imposibilidad de obtener resarcimiento por daños y perjuicios- en la regla contenida en este artículo, o brindar una norma abierta para que puedan encajar.