

Reflexiones sobre la caducidad de las medidas cautelares

Enrique A. Palacios Pareja *

Abogado. Profesor Asociado de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú

1. Los fines del proceso y el paso del tiempo: entre la celeridad y la seguridad jurídica

Como enseña Couture el proceso por el proceso no existe; la idea del proceso es necesariamente teológica¹, es decir, se explica por su finalidad. Atendiendo a ello, el análisis de cualquier instituto procesal -que en el caso específico de este artículo será la tutela cautelar- debe ser debidamente enfocado hacia la consecución de dichas finalidades.

En la actualidad la doctrina reconoce mayoritariamente que el proceso está abocado fundamentalmente a dos fines, uno mediato (también llamado abstracto) que es obtener la paz social y otro inmediato (también llamado concreto) que es la solución de conflictos de intereses. Como resulta evidente, existe una estrecha relación entre uno y otro. En efecto, en la medida que el órgano judicial, imparcial e independiente, solucione de manera adecuada los conflictos privados, la sociedad en su conjunto confiará más en dicho órgano. Esto, a su vez, conlleva a que los ciudadanos renuncien de manera definitiva a la acción directa para tutelar sus derechos, lo que deriva finalmente en un mayor grado de armonía social².

En nuestra legislación ambos fines están consagrados en el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil que establece que: "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

* El autor agradece al señor Fernando Del Mastro, alumno de la Facultad de Derecho de la PUCP, por su colaboración para la preparación de este artículo.

¹ COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal*. Tercera edición. Buenos Aires: Depalma, 1972. p. 145.

² Lamentablemente, en la actualidad el sistema de justicia no está satisfaciendo las necesidades de la población. Por ejemplo, el barómetro realizado por la Universidad de Lima los días 13 y 14 de setiembre de 2004, publicado en *El Comercio* el 24 de setiembre, determinó que solo un 10.5 por ciento confía en el Poder Judicial. De igual modo, la encuesta efectuada por Apoyo Opinión y Mercado los días 19 y 20 del mismo mes publicada en *El Comercio* el 22 de setiembre, indica que solo un 15 por ciento confía en este poder del Estado. Claro está que esta desconfianza deriva en sucesos como los ocurridos en Ilave donde la población ejecutó a golpes a su Alcalde acusándolo de irregularidades en la gestión edil; y más reciente en Azángaro, donde la comunidad "ajustició" a un presunto ladrón quemándolo vivo. Este artículo busca aportar algo hacia el camino a la mejora de esta situación.

justicia (...)".

Ahora bien, solucionar un conflicto de intereses, haciendo efectivos los derechos sustanciales, no significa tan solo emitir una sentencia definitiva que declare el derecho reclamado, sino que implica la satisfacción efectiva de aquello que se reclama. Así, el propietario quiere que se le devuelva el bien que le pertenece y no tan solo que el juez le diga que tiene derecho a ello. Por tanto, conviene reflexionar en qué supuestos un fallo definitivo no compone de modo debido una controversia, para sobre la base de ello poder plantear soluciones. Veamos.

En primer lugar, podría ocurrir que la decisión sea injusta, vale decir, no acorde a Derecho, situación en la que evidentemente no estaríamos frente a una debida composición del conflicto. El modo de reducir este riesgo pasa por dar al juzgador el tiempo suficiente para que pueda conocer y evaluar la controversia debidamente, atendiendo a los puntos controvertidos, a las pruebas ofrecidas y actuadas y, en general, a los argumentos de las partes.

Bien ha señalado Calamandrei que "(...) a fin de que la providencia definitiva nazca con las mayores garantías de justicia, debe estar precedida del regular y meditado desarrollo de toda una serie de actividades, para el cumplimiento de las cuales es necesario un período, frecuentemente no breve, de espera (...)"³.

Para obtener una solución justa se requiere, entonces y necesariamente, tiempo⁴.

Sin embargo, no podemos dar al juzgador todo el tiempo del mundo. El paso del tiempo, si bien nos brinda mayor seguridad jurídica, también nos "(...) ofrece el riesgo de convertir en prácticamente ineficaz la providencia definitiva, que parece destinada por deseo de perfección, a llegar demasiado tarde, como la medicina largamente elaborada para un enfermo ya muerto"⁵.

Nos encontramos, entonces, ante un conflicto entre la necesidad de celeridad en el camino hacia la solución definitiva y la seguridad jurídica que otorga un tiempo prudencial para que la misma sea acorde a derecho. "El factor tiempo, pues, se constituye en una nota de dramática importancia e insoslayable

³ CALAMANDREI, Piero. *Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cal/telares*. Traducido por: Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1945. p. 43.

⁴ Se ha afirmado que "El juicio instantáneo, en un solo acto, solo Dios puede llevarlo a cabo (...)" FENECH, Miguel citado por ARIANO DEHO, Eugenia. *Problemas del Proceso Civil*. Lima: Jurista Editores. 2003, p. 591.

⁵ CALAMANDREI, Piero. Op. cit.; p. 43.

consideración en y para el proceso judicial"⁶ que nos obliga a plantear soluciones. Dentro de este contexto, es que se justifica la redacción del presente artículo.

2. Medidas cautelares: requisitos y características

La tutela cautelar es uno de los mecanismos que ha sido propuesto como respuesta al conflicto entre celeridad y seguridad jurídica presentado en el acápite anterior⁷. La facultad otorgada al juez de brindar tutela cautelar, vale decir, de dictar una medida cautelar, supone que este pueda, atendiendo a determinados requisitos que serán analizados luego, asegurar que la sentencia definitiva pueda ser ejecutada eficazmente.

En ese mismo sentido, se ha afirmado que la medida cautelar es "(...) un instrumento creado para asegurar el derecho sustancial ínterin se debate su procedencia"⁸. Es decir, mientras nos encontramos en un estado de incertidumbre respecto del derecho debatido, la existencia y eficacia del mismo se encuentra, por decirlo de alguna manera, resguardada por la medida cautelar.

Entonces, al asegurar rápidamente la efectiva ejecución de la sentencia, "Las providencias cautelares representan conciliación entre las dos exigencias, frecuentemente opuestas, de la justicia: la de la celeridad y la de la ponderación; entre hacer las cosas pronto pero mal, y hacerlas bien pero tarde, las providencias cautelares tienden, ante todo, a hacerlas pronto, dejando que el problema del bien y el mal (...) se resuelva más tarde"⁹.

Es válido, por lo expuesto, concluir que las medidas cautelares responden a los fines del proceso mismo. Así, en sede nacional se propone que estos fines se dividan en dos: en primer lugar, desde un punto de vista concreto, la medida cautelar pretende asegurar el cumplimiento de la decisión judicial. En segundo lugar, al conseguir que el fallo llegue cuando el derecho está a salvo, la medida cautelar convierte en socialmente eficaz la función jurisdiccional, asegurando el

⁶ KIELMANOVICH, Jorge, *Medidas Cautelares*, Buenos Aires: Rubinzal- Culzoni, 2000, p. 14, Más adelante el autor señala: "El reconocimiento judicial de derechos y su eventual ejecución ulterior exigen, por lo general, un tiempo más o menos prolongado, según la mayor o menor complejidad de las cuestiones que pudiesen encontrarse involucradas en la litis, máxime cuando se repara en que para ello se busca alcanzar, además, un delicado equilibrio entre la celeridad en la composición judicial de los conflictos, que implica normalmente una mayor superficialidad (...) en la sustentación y conocimiento de las causa y restricciones en la proposición de defensas, pruebas, recursos, y la seguridad jurídica que impone, entre otras cosas, un debate exhaustivo de la relación jurídica controvertida (...)".

⁷ Para tener una visión general de los distintos mecanismos, véase: PEYRANO, Jorge, *Sentencia Anticipada (despachos interinos de fondo)*. En: *Los Nuevos Ejes de la Reforma Procesal Civil*, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni editores. pp. 15-24.

⁸ DE LAZZARI, Eduardo, *Medidas Cautelares*, Segunda edición. La Plata: Librería Editora Platense, 1997. p. 8.

⁹ CALAMANDREI, Piero. Op. cit.; p. 43

logro de su real objetivo: la paz social en justicia¹⁰.

Ahora, para dictar una medida cautelar se requiere la concurrencia de ciertos requisitos o presupuestos que la doctrina se ha encargado de establecer. Por tanto, es conveniente repasarlos brevemente.

2.1. Requisitos o presupuestos para el otorgamiento de una medida cautelar

Son tres los requisitos que deben concurrir para que proceda una solicitud cautelar: (i) verosimilitud del derecho, (ii) peligro en la demora; y, (iii) adecuación. Por otro lado, como veremos con el acápite 2.1.4., para la ejecución de la medida concedida el solicitante debe cumplir con otorgar contracautela.

Los requisitos o presupuestos mencionados son exigidos, en nuestra legislación, por el artículo 611 del Código Procesal Civil que en su primer párrafo establece "El juez, siempre que de lo expuesto y prueba anexa considere verosímil el derecho invocado y necesaria la decisión preventiva por constituir peligro en la demora del proceso, o por cualquier otra razón justificable, dictará medida cautelar en la forma solicitada o en la que considere adecuada atendiendo a la naturaleza de la pretensión principal"¹¹.

2.1.1. Verosimilitud del derecho

Si el otorgamiento de una medida cautelar exigiera un pronunciamiento de certeza nada la distinguiría de la sentencia. Así, el tiempo que se exigiría para su dictado sería el mismo que el requerido para sentenciar, ya que, al ser una declaración de certeza, se tendrían que actuar todas las pruebas y escuchar todos los argumentos, lo que como parece evidente, le quitaría toda finalidad práctica.

Por ello, basta que el derecho aparezca como verosímil y no como cierto. Es decir, el juez debe tan solo presumir que la demanda tendrá éxito como consecuencia de la apariencia del derecho invocado. Por lo tanto, esta presunción no es arbitraria, sino que por el contrario, se sustenta en una ponderación judicial que se basa en la apariencia que inicialmente muestran los argumentos y las pruebas ofrecidas, no en la certeza o convicción. No se trata que el juez anticipé la futura estimación de la pretensión, sino que considere que esta tiene respaldo jurídico que la hace sustentable al momento del pedido cautelar, o por lo menos discutible. Lo dicho, como bien advierte Couture, no supone juzgar ni prejuzgar sobre el derecho sino tan solo, sobre la base de probabilidades, tomar una

¹⁰ MONROY GALVEZ, Juan, *El Juez nacional y la medida cautelar*. En: *La formación del proceso civil peruano*. Lima: Comunidad, 2003. p. 72.

¹¹ Pareciera, según la redacción del artículo, que el juez tiene la posibilidad de dictar la medida cautelar en la forma solicitada o sino (disyunción) en la que considere adecuada. Esto no es así ya que el juez siempre tendrá el deber de dictar la medida que considere adecuada, ya sea que esta haya sido la propuesta por el solicitante o no.

decisión a fin de prevenir un daño irreparable¹². Por ello, no podemos pensar que el otorgamiento de una medida cautelar condiciona la decisión final del juez. En definitiva, es perfectamente posible que, luego de escuchados más argumentos y luego de actuadas y valoradas las pruebas, el juez decida declarar infundada la demanda.

2.1.2. Peligro en la demora

Como vimos, las medidas cautelares buscan que sea posible mantener el derecho debatido intacto hasta el momento en que la situación de incertidumbre cesa, es decir, hasta que se tiene una sentencia firme. Si el derecho está a salvo nada justifica que se trabe una medida cautelar. Por ese motivo se requiere la existencia de una situación de peligro o urgencia, que constituye el presupuesto más importante de la medida cautelar.

Ahora bien, el derecho no solo tiene que encontrarse en una situación de riesgo, es imprescindible que dicho riesgo radique en la demora que el proceso supone, ya que de otra forma la medida cautelar no será el medio idóneo para reducir dicho riesgo. Por ejemplo, el embargo para evitar que durante el transcurso del proceso el deudor demandado disponga de su patrimonio haciendo ilusorio el derecho de crédito del acreedor demandante; o la suspensión de los efectos de una resolución administrativa impugnada judicialmente, que dispuso la clausura de un negocio, evitando así que mientras dure el proceso judicial se mantenga cerrado el negocio, con los graves perjuicios que ello ocasiona.

De esta forma el requisito del peligro en la demora asegura que la medida cautelar sea correctamente utilizada, es decir, que el juez, en efecto haga uso de ella solo en los casos en que sirve como mecanismo para que la sentencia pueda ejecutarse debida y oportunamente.

2.1.3. Adecuación

Una vez que se cumple con los dos requisitos brevemente explicados en los puntos anteriores, el solicitante tiene el derecho a que se conceda una medida cautelar a fin de asegurar la eficacia de la sentencia. No obstante, el juez no puede otorgar cualquier medida cautelar. En definitiva, el juez tiene el deber de determinar cuál de ellas es la idónea. Es decir, "(...) la medida adoptada debe ser la más adecuada o apta para alcanzar el objetivo pretendido"¹³.

La adecuación supone efectuar un análisis de proporcionalidad entre la medida que se traba y el fin que se persigue. Este análisis tiene dos etapas. En

¹² COUTURE, Eduardo. *Op. cit.*; p. 326.

¹³ ARANGUENA FANEGO, Coral. *Teoría General de las Medidas Cautelares reales en el proceso penal español*. Barcelona: Bosch, 1991. p. 125

primer lugar, la medida debe guardar una debida relación de causalidad entre la medida cautelar que se usa como medio, y el fin que es asegurar la eficacia de la futura sentencia. Así, la anotación de la demanda en la partida registral del inmueble no será la medida adecuada para garantizar la eficacia del derecho a la posesión del demandante en un interdicto de recobrar.

En segundo lugar, se debe elegir el medio menos gravoso para alcanzar el fin, es decir, si tengo que optar entre dos tipos de medidas cautelares, igualmente aptas para asegurar el derecho debatido, debo tomar aquella que suponga un menor daño para el demandado. Por ejemplo, no será adecuado el secuestro de bienes en un negocio en marcha, cuando es posible afectar este negocio con un embargo en forma de intervención en recaudación sobre los ingresos que genera. De este modo, se garantiza el derecho de crédito del demandante sin paralizar la marcha del negocio.

Esta exigencia es de gran importancia en tanto dota de mayor coherencia a la tutela cautelar, al brindarle la utilidad estrictamente necesaria a las medidas cautelares, no siendo ni insuficientes ni excesivas. Por ello, debe ser tenida en cuenta por los jueces al momento de evaluar su procedencia¹⁴.

2.1.4. Contracautela

La contracautela es la garantía que debe dar el solicitante de la medida cautelar a fin de asegurar al demandado frente a los eventuales daños irrogados como consecuencia de la medida indebidamente ejecutada.

Se trata de una garantía suficiente -fijada a criterio del juez- a fin de asegurar la reparación de los perjuicios que pudiera ocasionar la ejecución de la medida, en la hipótesis que al final del proceso el solicitante de la medida no obtenga una sentencia estimatoria de sus pretensiones, en cuyo caso la ejecución de la medida cautelar resultó una actividad inútil.

Cabe aclarar que la contracautela no es un requisito o presupuesto para la procedencia de la medida cautelar, para la cual el juez debe evaluar tan solo verosimilitud en el derecho, peligro en la demora y adecuación. La contra cautela es un requisito para la ejecución o traba de la medida, con lo cual la medida concedida en base a los tres primeros presupuestos, solo podrá ser ejecutada si se garantizan los eventuales perjuicios que dicha ejecución pueda causar en caso de ser desestimada la pretensión garantizada.

¹⁴ Recordemos el reciente caso de Lan Perú en el que el Juez del Cuarto Juzgado Civil de Arequipa. Dr. Eloy Zamalloa Campero, ordenó, mediante una medida cautelar, la suspensión del permiso de vuelo de toda la flota de dicha empresa, que representa el 50 por ciento de los aviones comerciales que tenía en circulación el país en esos momentos. Esta medida fue criticada justamente por inadecuada, pues afectando severamente a Lan Perú y a los usuarios, no garantizaba el derecho invocado por la demandante.

2.2. Características de las Medidas Cautelares

Como hemos venido sosteniendo, el fin de la medida cautelar es asegurar que la sentencia definitiva sea dictada cuando aún es posible su ejecución efectiva. De esta constatación es posible advertir lo siguiente: una medida cautelar nace con el fin de asegurar una sentencia y, por ende, se extingue cuando tal sentencia es dictada.

De lo dicho se derivan dos de las características centrales de toda medida cautelar: su instrumentalidad y su provisionalidad. Veamos brevemente cada una¹⁵.

2.2.1. Instrumentalidad

Piero Calamandrei explica el carácter instrumental de las medidas cautelares de la siguiente manera: "Si todas las resoluciones son un instrumento del derecho sustancial que se actúa a través de ellas, en las resoluciones cautelares, se encuentra una instrumentalidad cualificada, o sea elevada, por así decirlo, al cuadrado; son en efecto, de una manera inevitable, un medio predisuelto para el mejor éxito de la resolución 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"¹⁶.

De ese modo, una medida cautelar implica, siempre que sus presupuestos no dejen de existir, necesariamente la existencia de dos resoluciones, una instrumental Y la otra final¹⁷. De no arribar a la segunda nada justifica la extinción de la primera.

¹⁵ Otras dos importantes características son:

a) Jurisdiccionalidad: Solo existen cuando el Juez la dicta; y,
b) Variabilidad: Al no ser una providencia definitiva puede ser variada en la medida que varíen las circunstancias que justificaron su nacimiento.

¹⁶ CALAMANDREI, Piero. *Op. cil.*; p. 45. En ese sentido, pero refiriéndose al proceso cautelar, CARNELUTTI afirma que "La función del proceso cautelar no puede ser independiente del proceso definitivo, ya que existe una situación de subordinación por la cual este no supone la existencia del cautelar, pero este no puede aparecer sin aquél, o, por lo menos, sin la supuesta existencia o realización de aquél". CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del nuevo proceso civil italiano*. Traducido por Jaime Guasp. Barcelona: Bosch, 1942. p. 62. Por su parte, Mauricio Ottolenghi, citado por Juan Monroy Gálvez, señala que "Con el instituto cautelar se atiende más que a la finalidad de actuar el derecho, a conseguir el efecto inmediato de asegurar la eficacia práctica de las providencias definitivas; de tal manera que la tutela cautelar es con relación al derecho sustancial una tutela inmediata, puesto que más que hacer justicia, contribuye a garantizar el eficaz funcionamiento de esta". (OTTOLENGHI, Mauricio citado por MONROY GALVEZ, Juan. *Introducción al estudio de la medida cautelar*. En: *Temas de proceso civil*. Lima: Studium, 1987. p. 37).

¹⁷ ORTELLS RAMOS, Manuel citado por ARANGUENA FANEGO, Coral. *Op. cit.*; p. 73.

2.2.2. Provisionalidad

La provisionalidad se deriva en gran parte del carácter instrumental de la medida cautelar. En efecto, el hecho de que la medida cautelar nazca para asegurar la eficacia de otra providencia hace que la aparición de esta última acarree su extinción. Así, "al depender del fallo definitivo, la medida cautelar deja de ser un acto temporal y se convierte en un acto provisorio. Es decir, no tiene una determinada duración sino que depende de la realización de un hecho"¹⁸.

La medida cautelar tiene, entonces, una duración limitada al período de tiempo que transcurre entre su otorgamiento y la emisión de la sentencia definitiva¹⁹. Por ello, la providencia definitiva trae como consecuencia la cesación de los efectos de la medida cautelar. Recordemos que la medida cautelar se dicta, y su existencia se justifica, en tanto el proceso está pendiente, en tanto existe un estado de incertidumbre acerca del derecho que se discute, con la finalidad de garantizar la eficacia de la futura declaración de certeza.

3. La extinción de las medidas cautelares en el Código Procesal Civil

De acuerdo a lo expuesto, una medida cautelar se podrá extinguir entonces, en los siguientes supuestos: a) que deje de concurrir uno de los requisitos que justificó su concesión. Esto ocurrirá, por ejemplo, cuando se dicta una sentencia desestimatoria, ya que, aun cuando la misma sea apelada es evidente que la verosimilitud del derecho ha dejado de existir²⁰; y, b) que se dicte una sentencia estimatoria, donde podemos distinguir dos escenarios: (i) que la sentencia sea declarativa en cuyo caso el demandante ve satisfecho su derecho con el solo dictado de la misma y, (ii) que la sentencia sea de condena y por lo tanto requiera ejecución, caso en el que la medida cautelar se trasformará en una medida ejecutiva.

Veamos cuál es el tratamiento que da a este tema nuestro Código Procesal Civil.

¹⁸ MONROY GALVEZ, Juan. *Op. cit.*; p. 77. CALAMANDREI distingue también entre lo temporal y lo provisorio y dice "Temporal es, simplemente, lo que no dura siempre; lo que independientemente de que sobrevenga otro evento, tiene por si mismo duración limitada provisoria es, en cambio, lo que está destinado a durar hasta tanto que sobrevenga un evento sucesivo, en vista y en espera del cual el estado de provisoriaidad subsiste durante tiempo intermedio". CALAMANDREI, Piero *Op.cit.*: p. 36.

¹⁹ CALAMANDREI, Piero *Op. cit.*; p. 91.

²⁰ En este punto la jurisprudencia argentina ha establecido que "Las medidas preventivas son para garantizar las resultas del juicio, no de la instancia, por cuyo motivo procede mantener las medidas cautelares solicitadas por el actor, aun cuando la sentencia de primera instancia le haya resultado adversa, si ella ha sido apelada". Cam. 2^a, Civil y Comercial, Santiago de Estero, 1-6, Jurisprudencia Argentina 1953, volumen 1, p. 337. En: DE LAZZARI, Eduardo. *Medidas Cautelares Op. cil.*; p. 146.

Hacer caducar las medidas cautelares a los cinco años desde su ejecución cuando no exista sentencia firme, es decir, aun cuando el derecho se encuentra en un estado de incertidumbre, es preocupante

3.1. En caso de sentencia desestimatoria

El artículo 630 del Código Procesal Civil establece que "Si la sentencia en primera instancia desestima la demanda, la medida cautelar queda cancelada de pleno derecho, aunque hubiera sido impugnada".

Este artículo regula adecuadamente la extinción de la medida cautelar en caso de que exista una sentencia desestimatoria. No obstante "debemos estimar que idéntico efecto debe producir la sentencia que (...) se pronuncia sobre la invalidez de la relación procesal. Si la no admisión de la demanda, determina la caducidad de la tutela cautelar concedida *ante causam* (artículo 636 segundo párrafo), por idéntica razón la declaración, ya en la sentencia, de la inadmisibilidad de la demanda o su improcedencia, debe producir el efecto de la pérdida de eficacia de la tutela cautelar"²¹.

El fundamento de la extinción de pleno derecho de la medida es, como ya se sugirió, el siguiente: una vez "(...) acreditada la inexistencia de cualquiera de los presupuestos que condicionan la medida cautelar, esta tiene que ser dejada sin efecto"²². En este caso ya no se cumpliría con el requisito de verosimilitud.

3.2. En caso de una sentencia estimatoria.

Frente a la sentencia firme que contiene una declaración de certeza del derecho, la medida cautelar se extingue pues carece de objeto, dado que concluyó en el proceso el momento para el aseguramiento de la sentencia, y se ingresó a la oportunidad para su satisfacción. Luego de la sentencia firme ya nada queda por asegurar, lo que se busca es la satisfacción procesal haciendo que se cumplan los extremos contenidos en la sentencia.

De esta manera la medida cautelar ejecutada antes de obtenida la sentencia firme, luego de producida esta última, se trasforma en medida ejecutiva o medida de ejecución. Así, como en el Derecho Civil, por la novación se extinguieren las

²¹ ARIANO DEHO, Eugenia. *Apuntes sobre la duración temporal de la tutela cautelar* En: *Themis. Revista de Derecho*. Número 43. 2001. pp. 85 y 86.

²² PODETTI, Ramiro. *Derecho Procesal Civil*. Volumen 4. Buenos Aires: Ediar Editores, 1956. p. 88.

obligaciones por transformarse, ya sea cambiando la obligación, cambiando al acreedor o por reemplazo del deudor, en este caso la medida cautelar se extingue y convierte de pleno derecho- en una medida de ejecución.

Creemos que el símil con la novación, que tomamos prestada del Derecho Civil, explica bien lo que sucede en el caso de que la sentencia declare fundada la pretensión que se encontraba garantizada por la medida cautelar. En efecto "(...) si la sentencia acoge las pretensiones del actor y la medida cautelar tenía por objeto asegurar la ejecución, no caduca, sino que se transforma, generalmente en una medida más energética"²³. Esta transformación supone la extinción de la medida cautelar y el nacimiento de una nueva. Esta es, justamente, la medida ejecutiva.

El cambio es tanto estructural como funcional. En cuanto a la estructura podemos decir que su eficacia ya no se sustenta en el peligro en la demora y en la verosimilitud del derecho, sino en la certeza del derecho declarado. Por otro lado, el cambio funcional opera en tanto ya no se asegura la sentencia sino que se convierte en el primer acto destinado a la satisfacción del derecho declarado.

Así, por ejemplo, si en el transcurso del proceso se hubiere trulado embargo sobre bienes a fin de garantizar el pago de la obligación demandada, luego de dictarse sentencia firme que ordene el pago, el demandante mantendrá el embargo pero no como una medida cautelar sino como una medida destinada a satisfacer el derecho judicialmente reconocido de ese demandante, hasta que se rematen los bienes en caso de que no se cumpla con el pago. Se aprecia con claridad que la medida está entonces dirigida a la ejecución de un derecho cierto y no a garantizar un derecho simplemente apparente o verosímil²⁴.

Es por ello que se explica el segundo párrafo del artículo 619 del Código Procesal Civil, según el cual "La ejecución judicial se iniciará afectando el bien sobre el que recae la medida cautelar de su propósito". Así por ejemplo, existiendo un embargo en forma de retención trulado de conformidad con el artículo 657 del Código Procesal Civil, la ejecución se hará sobre el dinero retenido y depositado en el Banco de La Nación; o si existe un embargo en forma de inscripción sobre un inmueble, la ejecución se realizará sobre dicho bien, tasándolo, convocando a remate, etcétera. Se aprecia cómo entonces luego de la sentencia firme, la medida cautelar deja de serio y se transforma en el primer acto destinado a la satisfacción del derecho, sobre el cual se desarrollará la ejecución forzada.

No confundamos entonces las etapas y los estados del proceso. Mientras se debate la certeza del derecho, es decir, cuando estamos en una etapa de incertidumbre, la medida cautelar es la destinada a asegurar que la sentencia sea

²³ PODETTI, Ramiro. *Derecho Procesal Civil*. Op. cit.; p. 90.

²⁴ Véase: MONROY PALACIOS, Juan. *Conversión de la medida cautelar en la etapa de ejecución de la sentencia*. Publicada en <http://www.hechosdelajusticia.org> Primer número, 2003.

eficaz protegiendo a las personas o a los bienes relacionados con el derecho discutido; y, cuando estamos en una etapa de certeza, son las medidas ejecutivas las destinadas a satisfacer el derecho reconocido en la sentencia firme.

3.3. La caducidad de las medidas cautelares en el Código Procesal Civil: desincentivando la tutela cautelar

El artículo 625 del Código Procesal Civil señala que: "Toda medida cautelar caduca a los dos años de consentida o ejecutoriada la decisión que amparó la pretensión garantizada con esta. La caducidad opera de pleno derecho, siendo inimpugnable los actos procesales destinados a hacerla efectiva.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, toda medida cautelar caduca a los cinco años contados desde la fecha de ejecución. Si el proceso principal no hubiera concluido, puede el Juez, a pedido de parte, disponer la reactualización de la medida. Esta decisión requiere de nueva ejecución cuando implica inscripción registra)".

Veamos primero el plazo de cinco años, que se computa desde la fecha de la ejecución o traba de la medida cautelar y que implicará la caducidad de la medida, según la norma, cuando transcurrido el plazo en el proceso no se haya obtenido sentencia firme; o dictada esta no se haya concluido con la ejecución de la misma.

Sabemos que mientras el proceso apunta a la composición definitiva de la litis, la medida cautelar apunta a la tutela de las personas o bienes involucrados directa o indirectamente en el proceso, antes de que la *juris* se componga. Así, el carácter instrumental inherente a toda medida cautelar hace que esta deba seguir vigente hasta que obtenga sentencia definitiva, ya que solo en ese momento habrá cumplido su cometido.

Calamandrei ha dicho de modo sumamente gráfico que las medidas cautelares son "(...) las fuerzas de protección destinadas a mantener las posiciones hasta el momento de la llegada del grueso del ejército, a fin de evitar a este las pérdidas mayores que le costaría la reconquista de las posiciones perdidas"²⁵. El plazo de cinco años previsto en la norma que comentamos, en el supuesto de que no exista aún sentencia firme, ocasiona que las fuerzas de protección a que se refiere Calamandrei abandonen sin causa alguna al grueso del ejército, incumpliendo su función y poniendo en riesgo la batalla.

El problema es realmente serio. Recordemos que las medidas cautelares sirven nada más y nada menos que para aliviar el conflicto entre celeridad y seguridad jurídica. Por lo tanto, hacer caducar las medidas cautelares a los cinco años desde su ejecución cuando no exista sentencia firme, es decir, aun cuando el

²⁵ CALAMANDREI, Piero. *Op. cit.*; p. 61.

derecho se encuentra en un estado de incertidumbre, es preocupante; máxime cuando los procesos en el Perú pueden durar perfectamente más de cinco años, obviamente por causas no imputables al demandante. Entonces, ¿por qué sancionar al demandante con la pérdida de la tutela cautelar, aun cuando la verosimilitud en el derecho, el peligro en la demora y la adecuación se mantienen perfectamente vigentes? Lamentablemente no existe respuesta satisfactoria alguna. Recordemos una vez más que la providencia cautelar nace al servicio de una providencia definitiva, por lo que no hay razón para eliminada cuando esta aún no llega. La disposición que comentamos atenta contra la naturaleza de la tutela cautelar, pues se la quita a quien precisamente está afectado por la demora, a quien a pesar de haber transcurrido cinco años aún no obtiene una declaración de certeza. ¿Cuál es el razonamiento?



Sobre la justificación de la caducidad de las medidas cautelares, resulta ilustrativa la jurisprudencia argentina, según la cual "El fundamento de la caducidad de las medidas cautelares reside en la necesidad de evitar que una de las partes pueda presionar a la otra utilizando el poder jurisdiccional, en violación al principio de igualdad y sin darle la oportunidad de entrar en la controversia e impugnarlas, más allá de que el transcurso del tiempo pueda tomarse, además, como un valioso indicador de la falta de interés o derecho de su solicitante: sobre tales bases, todo lo cual lleva a evitar que, en tal contexto, se mantenga indefinidamente una medida que en sí misma se aprecia como carente de finalidad y causa ataduras y perjuicios"²⁶.

En consecuencia, apreciamos que para poder sancionar con caducidad a una medida cautelar sin que se haya obtenido sentencia firme, debe tomarse en consideración no solo el simple transcurso del tiempo sin que el proceso concluya, sino que exista una falta de interés en el demandante, o un ejercicio abusivo de su derecho al mantener indefinidamente afectado al demandado con una medida cautelar. Sobre todo en una realidad judicial como la nuestra, donde los procesos son lentos y prolongados debido a las condiciones del Poder Judicial que no puede cumplir con los plazos que le impone la ley por sobrecarga procesal,

²⁶ Cámara Nacional Contencioso Administrativo Federal. Sala IV 24.8.94. *Hisisa Arg. cl BCRA*. Citado por KIELMANOVICH, Jorge. *Op. cit.*; p. 69.

huelgas y falta de recursos, y en muchos casos por la conducta dilatoria y obstrucciónista de los demandados.

Veamos ahora el segundo supuesto, en el que la medida cautelar, según establece la norma, caduca a los dos años de consentida o ejecutoriada la decisión que amparó la pretensión garantizada con esta.

En este caso tampoco se justifica la caducidad de la medida cautelar, ya que, como se ha precisado en el acápite 3.2., el efecto de la sentencia estimatoria es la transformación -de pleno derecho- de la medida cautelar (destinada a asegurar la eficacia de la sentencia cuando existe incertidumbre respecto de la certeza del derecho debatido) en una medida ejecutiva o de ejecución (primer acto destinado a la satisfacción del derecho declarado).

Y ello, como hemos señalado responde a una de las características esenciales de toda medida cautelar, que es la provisionalidad, según la cual las medidas cautelares "(...) culminarán en el supuesto más prolongado, cuando se expida la sentencia o acto que ponga fin a la relación procesal"²⁷. Por ello, una vez que se dicta la sentencia definitiva la medida cautelar no puede continuar vigente.

En consecuencia, mal se puede aplicar el plazo de caducidad de las medidas cautelares a aquellas medidas que dejaron de serio, que han pasado a ser medidas de ejecución. Ello explica el único extremo razonable del artículo 625 del Código Procesal Civil, según el cual es prohibida la reactualización de las medidas cuando el proceso ha concluido. Lógico, no se puede reactualizar una medida cautelar que ya no existe.

Se ha producido en sede nacional una decisión jurisdiccional alentadora sobre el asunto que nos ocupa. Se trata de la Resolución de la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Lima, dictada en el expediente No. 1775-2003, según la cual "En lo que respecta a la caducidad de la medida cautelar invocada cabe señalar que el levantamiento del embargo dispuesto de oficio por el Registro de la Propiedad Inmueble de Lima devendría en insostenible puesto desde que se dio inicio a la ejecución forzada de la referida medida cautelar esta se había convertido, en efecto, en una medida ejecutiva, por lo que no era de aplicación el plazo de caducidad previsto en el artículo 625 del Código Procesal Civil". Esta decisión responde pues a la teoría cautelar y a la naturaleza de la medida cautelar frente a la medida de ejecución.

²⁷ MONROY PALACIOS, Juan José. *Bases para la formación de una teoría cautelar*. Lima: Comunidad, 2002. p, 153. En ese mismo sentido, Calamandrei dice que "La providencia cautelar tiene por efecto la cesación de los efectos de la providencia cautelar", CALAMANDREI, riera. Op. cit.; p, 37.

3.4. Ley 26639, agravando el problema

El artículo I de la Ley 26639, publicada en el Diario Oficial *El Peruano* el 25 de junio de 1996, señala que: "El plazo de caducidad previsto en el artículo 625 del Código Procesal Civil se aplica a todos los embargos y medidas cautelares dispuestas judicial o administrativamente, incluso con anterioridad a la vigencia de dicho Código y ya sea que se trate de procesos concluidos o en trámite.

Tratándose de medidas inscritas, los asientos registrales serán cancelados a instancia del interesado, con la presentación de una declaración jurada con firma legalizada por Fedatario o Notario Público, en la que se indique la fecha del asiento de presentación que originó la anotación de la medida cautelar y el tiempo transcurrido. El Registrador cancelará el respectivo asiento con la sola verificación del tiempo transcurrido (...)".

Esta norma no hace sino confirmar el atentado contra la teoría cautelar. Insiste en pretender regular las medidas cautelares en procesos en trámite o concluidos, cuando sabemos que en este segundo caso la medida dejó de ser cautelar para convertirse en ejecutiva. Además agrava el problema en lo que se refiere a las medidas inscritas, pues para la cancelación de la medida por caducidad exige tan solo la declaración jurada de la parte interesada. Es decir, que el escenario es el siguiente: el demandado beneficiado con la lentitud del sistema o con su propia conducta dilatoria y obstrucciónista acude al registrador, para que con su sola declaración y verificando tan solo el transcurso del tiempo proceda a levantar la "medida cautelar", sin conocimiento del juez ni, por supuesto, del demandante.

Dentro de un proceso el juez conoce la conducta de las partes y las situaciones, muchas veces ajenas al demandante, que han sido causa de las demora, ya sea en dictar la sentencia o en ejecutada. Al registrador, no obstante desconocer la realidad del proceso, es a quien se le otorga la facultad de disponer el levantamiento de la medida basado solo en el transcurso del tiempo²⁸.

Es imprescindible que la decisión de cancelar una medida cautelar dictada en un proceso judicial, aun por caducidad, sea adoptada única y exclusivamente por el juez que conoce del proceso. De esta manera, a pesar del texto del malhadado artículo 625 del Código Procesal Civil, el juez podría ampararse en el segundo párrafo del artículo 317 del mismo Código para declarar la interrupción del plazo de caducidad, en tanto por un hecho previsible pero inevitable, como es la lentitud de los procesos por los defectos del sistema o por la conducta obstrucciónista de

²⁸ El problema está en que, a pesar de que la judicatura declare que no procede la caducidad dispuesta por el registrador, la decisión, de este se: ejecuta de inmediato mediante el levantamiento registral de la medida, con lo cual también inmediatamente puede ingresarse otro título transfiriéndose registralmente a favor de un tercero el bien liberado del embargo "caduco", tercero que podrá alegar buena fe registral y a quien por lo tanto le será inoponible la decisión judicial posterior que pretenda dejar sin efecto el levantamiento.

la parte contraria, no se ha podido realizar el acto procesal (ejecución forzada) para el cual se concedió el plazo.

En el mismo sentido, si efectuamos una interpretación sistemática del inciso 8 del artículo 1994 del Código Civil y el artículo 2005 del mismo cuerpo de leyes, concluiremos que el plazo para la caducidad de un derecho se interrumpe cuando no es posible ejercer dicho derecho.

Sin embargo, la solución definitiva creemos que debe pasar por un cambio normativo que implique la modificación del artículo 625 del Código Procesal Civil. Cambio que, como veremos a continuación, ya ha empezado a llevarse a cabo en materia de procesos constitucionales.

4. Código Procesal Constitucional: hacia un cambio

El artículo 16 del nuevo Código Procesal Constitucional señala lo siguiente: "La medida cautelar se extingue de pleno derecho cuando la resolución que concluye el proceso ha adquirido la autoridad de cosa juzgada.

Si la resolución final constituye una sentencia estimatoria, se conservan los efectos de la medida cautelar, produciéndose una conversión de pleno derecho de la misma en medida ejecutiva. Los efectos de esta medida permanecen hasta el momento de la satisfacción del derecho reconocido al demandante, o hasta que el juez expida una resolución modificatoria o extintiva durante la fase de ejecución (...)" .

Este artículo, según se expresa en su exposición de motivos, intenta cubrir "vacíos dejados por la normativa que le debería servir de cobertura -nos referimos al Código Procesal Civil"²⁹. Es evidente que constituye un gran avance en materia cautelar. En efecto, la distinción efectuada entre medida cautelar y medida ejecutiva, así como la prolongación de los efectos de esta última hasta que se satisfaga el derecho reconocido, dan cuenta no solo de que se han respetado las características y presupuestos de las medidas cautelares sino también de que ha habido un debido enfoque en el que se han tenido en cuenta los fines del proceso. Desafortunadamente, esta norma solo es aplicable a los procesos constitucionales, tal como lo establece el artículo 1 del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. Se hace impostergable una norma similar en el Código Procesal Civil.

Esperamos, entonces, que este sea el inicio de un cambio hacia un sistema de tutela cautelar más coherente, que tanta falta nos hace.

²⁹ ABAD YUPANQUI, Samuel y otros. *Código Procesal Constitucional. Comentarios. Exposición de Motivos (...)*. Lima: Palestra, 2004. p. 47.