

# LA IMPUGNACIÓN DE DECISIÓN CAUTELAR: A PROPÓSITO DE LA OPOSICIÓN

Erick Veramendi Flores<sup>1</sup>

## Sumario

1. Introducción
  - 1.1. Los medios impugnatorios
  - 1.2. Los medios impugnatorios en el Código Procesal Civil peruano
    - 1.2.1. La oposición
      - 1.2.1.1. La oposición en la medida cautelar: *¿se ejerce como contradicción, remedio o recurso?*
    - 1.2.2. Apelación
2. Impugnación en el trámite de la medida cautelar
  - 2.1. La regla general: el principio de contradicción
  - 2.2. La excepción: el diferimiento del principio de contradicción en el trámite de la medida cautelar - principio *in audita pars*
  - 2.3. Modelos sobre la impugnación de la decisión cautelar
  - 2.4. Actividad probatoria en el régimen de impugnación en el trámite de la medida cautelar
3. Impugnación de la medida cautelar según el Código Procesal Civil peruano: art. 637.º del Código Procesal Civil
  - 3.1. Antecedentes legislativos
  - 3.2. El pedido cautelar como contenido de la tutela jurisdiccional efectiva
  - 3.3. La solicitud cautelar
  - 3.4. La decisión cautelar
  - 3.5. Apelación del demandante ante la denegatoria
  - 3.6. Nueva solicitud cautelar
  - 3.7. La ejecución de la medida cautelar
  - 3.8. La contradicción del afectado
  - 3.9. La oposición del *afectado* en el trámite de la medida cautelar
  - 3.10. Causales de revisión mediante el la oposición
  - 3.11. Legitimidad: intervención de sujetos
  - 3.12. Efectos de la oposición
  - 3.13. Juez competente
  - 3.14. Apelación sobre lo resuelto en la oposición
  - 3.15. Improcedencia de la casación
  - 3.16. Proceso de amparo contra resolución emitida en medida cautelar
  - 3.17. Impugnación de tercero: desafectación
4. Otras formas de defensa
  - 4.1. Modificación o variación
  - 4.2. Levantamiento o alzamiento o cancelación
  - 4.3. sustitución
5. Conclusiones

## 1. INTRODUCCIÓN

La utilización de las medidas cautelares como mecanismos de coerción para obtener ventajas indebidas ha generado la preocupación del legislador en estructurar mecanismos idóneos para el ejercicio de la defensa del afectado, toda vez que al afectado se fijaba una contracautela que no respondía a la real naturaleza de la afectación; el afectado sólo tenía una posibilidad para contradecir la decisión cautelar a través de la apelación. Ahora, la contracautela debe garantizar de una forma más eficaz y proporcional a los eventuales daños y perjuicios que podría sufrir el afectado. Asimismo, el afectado tiene dos posibilidades para impugnar la decisión cautelar, a través de la oposición y el recurso de apelación. En tal sentido, la oposición es un mecanismo a través del cual el afectado ejercerá su defensa ante el mismo juez que emitió la decisión cautelar. No obstante la vigencia de esta institución, los operadores jurídicos no vienen

---

<sup>1</sup> Abogado. Estudios de Maestría en Derecho Civil y Comercial. Cursando estudios de Maestría en Derecho Procesal. Egresado del Profa - AMAG.

aplicando esta institución como una forma más eficiente –rápida– para la defensa del afectado con una medida cautelar. Por eso, en las siguientes líneas nos hemos propuestos desarrollar esta institución con la finalidad de informar su contenido y contribuir el desarrollo de esta institución.

En el desarrollo de este trabajo partiremos del sistema impugnatorio que regula nuestro ordenamiento procesal, buscando identificar la ubicación de la oposición: ¿recurso o remedio?, a partir del cual plantearemos cómo funciona la oposición en el proceso cautelar. Para ello, es importante tener en cuenta los distintos modelos de impugnación en el trámite de las medidas cautelares (contradicción previa, contradicción diferida, etc.). Finalmente, analizaremos la oposición dentro del trámite cautelar según el actual texto del art. 637.º del Código Procesal Civil.

## 2.5. LOS MEDIOS IMPUGNATORIOS

Los medios de impugnación<sup>2</sup> son instrumentos procesales ofrecidos a las partes para provocar aquel control sobre la decisión de juez, y este control es, en general, encomendado a un juez no solo diverso de aquél que ha emitido el pronunciamiento impugnado o gravado, sino también de grado superior, aun cuando no esté en relación jerárquica verdadera y propia con el primero. No se excluye, sin embargo, que en ciertos casos, en consideración al tipo de control invocado, este último sea ejercitado por el mismo juez que ha pronunciado la sentencia objeto de control<sup>3</sup>. La finalidad general de los medios impugnatorios es el control general de la regularidad de los actos procesales, la finalidad específica es el control de la actividad de los jueces, fundamentalmente de sus resoluciones. Esta tiene por finalidad restablecer los derechos violados, conculcados, que causan agravio a alguna de las partes o a terceros legitimados. Se conciben también como mecanismos de saneamiento procesal, pues tienen como misión evitar los errores y arbitrariedades del juzgador en la sustanciación del proceso, propiciando con ello decisiones legales y justas<sup>4</sup>. Contiene la posibilidad de denunciar la existencia de de las irregularidades y analizar los mecanismos que el orden jurídico establece con miras a superarla. Se trata de excluir del orden jurídico las ilegalidades. El derecho de impugnación es abstracto y corresponde a toda persona, se materializa en el correspondiente acto de impugnación<sup>5</sup>. La doctrina viene afirmando que el derecho a utilizar los recursos comprende el derecho a que el órgano jurisdiccional que revise el proceso se pronuncie tras oír a las partes contradictoriamente, sin que pueda justificarse una resolución judicial *inaudita parte* más que en los casos de incomparecencia por voluntad expresa o tácita o negligencia imputable a la parte<sup>6</sup>.

## 2.6. LOS MEDIOS IMPUGNATORIOS EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL PERUANO

El Código Procesal Civil peruano [en adelante CPC] regula los medios impugnatorios en el Título XII, art. 355.º y siguientes. Establece que los medios impugnatorios tienen por finalidad anular o revocar, total o parcialmente, un acto procesal presuntamente afectado con vicio o error. Los medios impugnatorios se dividen entre remedios y recursos<sup>7</sup>. Los **remedios** se formulan contra actos procesales no contenidos en resoluciones judiciales<sup>8</sup>; son remedios: la

---

<sup>2</sup> «[...] 3. Sobre el derecho a la pluralidad de instancia el Tribunal ha sostenido que éste tiene por objetivo garantizar que todo justiciable “tenga la oportunidad de que lo resuelto por un órgano jurisdiccional sea revisado por un órgano superior de la misma naturaleza, siempre que se haya hecho uso de los medios impugnatorios pertinentes, formulados dentro del plazo legal” [...]» (Expediente N.º 03261-2005-AA/TC).

<sup>3</sup> MICHELI citado por HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto en *Comentarios al Código Procesal Civil*, Tomo I, Editorial Gaceta Jurídica, Lima 2004, p. 647.

<sup>4</sup> CARRION LUGO, Jorge. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Volumen II, Editora Grijley, Lima 2007, pp. 343-350.

<sup>5</sup> QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio. *Teoría General del Proceso*. Editorial Themis, Bogotá 2000, p. 545 y 548.

<sup>6</sup> PICO IJUNOY, Joan. *Las Garantías Constitucionales del Proceso*. Editorial José María Bosch, Barcelona 1997, pág. 81.

<sup>7</sup> Dentro de la doctrina y legislación comparada existen diversas clasificaciones de los medios impugnatorios. El Código Procesal Civil también regula otros medios impugnatorios como la nulidad de cosa juzgada fraudulenta [impugnación en vía de acción], las excepciones procesales [impugnación en vía incidental].

<sup>8</sup> Los remedios no tienen efectos (RAMOS MENDES, Francisco. *Derecho Procesal Civil*. Tomo II, Editora José María Bosh, Barcelona 1997).

tacha, oposición, nulidad. Los *recursos* pueden formularse por quien se considere agraviado con una resolución judicial, pudiendo ser parte en el proceso o tercero legitimado, para que luego de un nuevo examen de la decisión se subsane el vicio o el error alegado o denunciado; son recursos: reposición, apelación, casación, queja. Estas pueden ser recursos ordinarios o extraordinarios.

Según nuestro Código Adjetivo la oposición constituye un remedio y la apelación un recurso. Dado que sobre la decisión y ejecución de la medida cautelar se regulan por estos medios impugnatorios, en las siguientes líneas nos referiremos a ellas.

### 2.6.1. LA OPOSICIÓN

Dentro de la doctrina no hemos encontrado una definición precisa de la oposición. No obstante ello, se hace una distinción entre oposición y oposición procesal.

Así, la *oposición* es definida como la manifestación de voluntad dirigida a impedir el cumplimiento de un acto jurídico, o a imponer ciertas condiciones a ese cumplimiento. Es todo acto cuyo objeto consiste en que no se lleve a efecto lo que otro propone, vaya esto en perjuicio de uno mismo o de alguien distinto<sup>9</sup>.

La *oposición procesal* es entendida como la acción y efecto de impugnar un acto o conjunto de actos; mediante recurso, incidente, querrela, demandando su invalidación (COUTURE). Puede tener por objeto la invalidez por nulidad (defecto del acto: *error in procedendo*) o la reforma por improcedencia jurídica (defecto de aplicación del derecho: *error in iudicando*). Puede ser, también, la simple oposición a las pretensiones de la contraparte. En este sentido se habla de oposición a la demanda, de oposición a la reconvenición, de oposición al recurso, de oposición a la ejecución, etc.<sup>10</sup> En esencia, es la declaración de voluntad del demandado pidiendo al tribunal la no actuación de la pretensión del actor. Si aquél se limita a negar los elementos de la pretensión estamos en la oposición denominada simplemente negación<sup>11</sup>. La *oposición procesal* se presenta en los *juicios contenciosos* como todo acto cuyo objeto consiste en que no se lleve a efecto lo que otro se propone, vaya esto en perjuicio de uno mismo o de alguien distinto: como la *oposición al matrimonio* cuando existe algún impedimento para la celebración o alguna causa que determina su nulidad; o cuando en juicio alguien alega un crédito preferente al del ejecutante; y, en general cuando no signifique allanamiento a lo pedido por otro. En tal aspecto, la contestación del demandado es la *oposición* a la demanda, como ejemplo tenemos: escrito de oposición del ejecutado, oposición en el concurso civil y en la quiebra, recurso de oposición de tercero)<sup>12</sup>. A decir, de MANUEL ORTELLS RAMOS no constituyen medios impugnatorios aquellos actos de parte destinados a *oponerse* o contradecir otros actos de parte, aunque la legislación las denomine impugnación con *impropiedad*, porque los actos de parte aún no han producido el efecto al que en definitiva tienden y que es la emisión de una resolución judicial con determinado contenido, contra la cual, en su caso, si que cabra dirigir impugnaciones<sup>13</sup>. Sin embargo, cierta doctrina reconoce como medio impugnatorio la denominada *oposición incidental*, consistente en la oposición a un acto determinado que origina un incidente, por ejemplo, la oposición a la entrega<sup>14</sup>. Dentro de la doctrina española se dice que los medios de impugnación consistentes en incidentes de oposición, serían el caso de oposición a la declaración de concurso o de quiebra, y de la oposición a las medidas cautelares decretadas sin previa audiencia del demandado. Con estos medios de impugnación se trata de compensar la falta de audiencia (o la audiencia insuficiente) de una de las partes, con carácter previo a la resolución que se impugna, pues el incidente de oposición permite una instrucción (alegaciones

<sup>9</sup> PAREDES INFANZON, Julio. *Diccionario de Derecho Procesal Civil peruano*. Editorial San Marcos, Lima 1999, p. 218.

<sup>10</sup> DE SANTO. *Diccionario de Derecho Procesal*. Editorial Universidad, Buenos Aires 1991, p. 252-253.

<sup>11</sup> REBO DURAN, Luis. *Diccionario de Derecho*. Editorial Bosch, Barcelona 1995, pp. 620-621.

<sup>12</sup> CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Tomo I, Editorial Heliasta, Buenos Aires 1989.

<sup>13</sup> ORTELLS RAMOS, Manuel. *Derecho Procesal Civil*. Editora Aranzadi, Navarra 2002, p. 513.

<sup>14</sup> QUINTERO, Beatriz y PRIERO, Eugenio. *Teoría General del Proceso*. Ob. cit., p. 551.

y pruebas) mas amplia que los medios de impugnación, y después de esta instrucción, incluso la posibilidad de una apelación<sup>15</sup>.

Dentro de nuestro ordenamiento procesal, la doctrina y la legislación comparada, la oposición se manifiesta de diversas formas (como sinónimo de contradicción, como acción, como recurso, como remedio, etc.), poniendo en duda la ubicación de la oposición como remedio dentro de nuestro CPC. Así, el art. 298.º del CPC regula la oposición del emplazado a la solicitud de actuación de prueba anticipada; el art. 343.º del CPC regula la oposición formulado por el demandado sobre la solicitud de desistimiento del proceso; el art. 528.º del CPC regula la oposición contra el monto o forma de cálculo de la actualización justipreciada de la propiedad expropiada, de la misma forma se formula antes de resolver la petición. También existen normas especiales que regulan la oposición, por ejemplo, la Ley N.º 28457, Ley que regula el Proceso de Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial, que regula la oposición del emplazado con la solicitud de declaración de paternidad. El art. 10.º del Código Civil regula la oposición a la disposición del cadáver; el art. 253.º del Código Sustantivo regula la oposición al matrimonio; el art. 875.º del mismo Código oposición del acreedor a la partición, etc. Por tanto, se desprende de las normas antes mencionadas que la oposición no solo funciona como remedio, sino la oposición como medio impugnatorio también se manifiesta como contradicción, recurso, acción. No obstante su variada manifestación, la oposición siempre presenta características que no varían, por ejemplo, que contradicen actos de parte.

**A nuestro entender la oposición procesal es un acto procesal de parte destinada a evitar que se realice la pretensión de la otra parte (contradecir), se formulan antes de resolverse la pretensión opuesta, por ende, no se formulan contra resoluciones y tienen efecto declarativo más no revocatorio. La oposición se ejerce como contradicción, remedio o recurso, sea como incidente o vía de acción.**

#### **2.6.1.1. LA OPOSICIÓN EN LA MEDIDA CAUTELAR: ¿SE EJERCE COMO CONTRADICCIÓN, REMEDIO O RECURSO?**

El segundo párrafo del art. 637.º del CPC establece que una vez dictada la medida cautelar, es decir, la solicitud cautelar formulada por el demandante ya ha sido resuelta favorablemente, la parte afectada puede formular oposición, ésta defensa no suspende la ejecución de la medida cautelar. De la norma en mención se desprende que la oposición se formula contra una decisión judicial contenida en una “resolución” que declara fundada la solicitud cautelar, este ejecutada o no la decisión cautelar.

Siendo así, nuestra primera crítica sería que la oposición de acuerdo a la definición propuesta no podría formularse contra una resolución, sino contra una pretensión de parte, por eso, nos preguntamos: *¿se trata realmente de una oposición?* Nosotros consideramos que no. Nuestra posición se justifica en que verificamos que la oposición se dirige contra una decisión jurisdiccional contenida en una resolución, cuyos efectos son ejecutivos. Si la decisión cautelar contenida en una resolución constituye un mandato, no entendemos cómo el afectado podría oponerse a esta decisión. Por eso, consideramos que técnicamente no debió instrumentalizarse la defensa del afectado por intermedio de la oposición, sino otro recurso específico que pueda atacar la resolución misma, por ejemplo, en la legislación argentina es el recurso de reposición que ataca la decisión cautelar (art. 198.º del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Claro que según nuestro régimen de impugnación la reposición no procedería por tratarse de un auto, sin embargo, ello se superaría regulando legalmente su admisibilidad. Nuestro cuestionamiento cobra fuerza si tenemos en cuenta que la oposición no tiene efectos revocatorios, pues conforme venimos sosteniendo la oposición como acto procesal de parte destinada a evitar que la pretensión de la otra parte se realice, se formula antes que el juez resuelva la petición formulada, pues tiene efectos declarativos. Decir que la oposición tiene

---

<sup>15</sup> ORTELLS RAMOS, Manuel. *Derecho Procesal Civil*. Ob. cit., p. 514.

efectos revocatorios es contrario a su propia naturaleza. Por ende, resulta más apropiado regular un recurso que tenga efectos revocatorios [reposición, reconsideración, etc.].

Examinado el texto del art. 637.º del CPC, nos hace presumir que el legislador ha incorporado la oposición, conforme se encuentra regulado en la legislación española. De allí que el profesor MANUEL ORTELLS RAMOS señale que la oposición no impugna las actuaciones ejecutivas de la medida concedida, sino la propia concesión de la tutela cautelar<sup>16</sup>. Parecería que la doctrina española equipara la *decisión cautelar* al *mandato ejecutivo* para establecer el régimen impugnatorio de oposición. Nosotros no compartimos esa opinión. El mandato ejecutivo se sustenta en un título ejecutivo que contiene una obligación cierta, expresa y exigible, donde el título ejecutivo no está en discusión; en tanto, en la decisión cautelar no existe título ejecutivo, sino la decisión cautelar se pronuncia sobre una cuestión controvertida que se encuentra en discusión en el proceso principal. En tal sentido, consideramos que la oposición funciona adecuadamente en un modelo de contradicción previa, es decir, una vez que se corre traslado al afectado con la solicitud cautelar, éste ejercerá contradicción por intermedio de la oposición. En un modelo de contradicción diferida, el afectado ejercerá su defensa contra la decisión cautelar contenida en resolución por intermedio de un recurso impugnatorio (reposición, reconsideración, etc.).

Sin embargo, el legislador nacional ha sancionado que la oposición funciona como recurso y se tramita en vía incidental, esa conclusión se deduce del hecho que la norma autoriza la oposición contra una decisión jurisdiccional contenida en resolución. No cabe duda que fuera de la crítica planteada, la regulación de la oposición resulta igual de eficiente para el ejercicio del derecho de defensa del afectado.

### 2.6.2. APELACIÓN

La apelación es un recurso. Por el recurso de apelación el órgano jerárquicamente superior revisa los errores *in iudicando*, sean de hecho como de derecho, también los errores *in procedendo* relacionados con la formalidad de la resolución impugnada con la finalidad de anularlos, revocarlos o confirmarlos. Nuestro ordenamiento exige para su admisibilidad y procedencia la fundamentación, indicación de los errores de hecho y derecho y de los agravios que le causa al impugnante (arts. 364.º y siguientes del CPC), estas reglas también serán aplicable a la apelación en el trámite de la medida cautelar.

Dentro del trámite de la medida cautelar, el art. 637.º del CPC autoriza el recurso de apelación a favor del *demandante* de la medida cautelar en caso su petición sea rechazada. Cabe precisar que este primer caso, entendemos que la apelación solo tendrá efectos confirmatorios o nulificantes, por las razones que las adelante explicaremos. Asimismo, esta norma autoriza formular recurso de apelación contra la resolución que resuelve la oposición, eventualmente, puede ser formulada por el *demandante o afectado*<sup>17</sup>, según a quien perjudique la decisión.

Planteado así nuestro tema, ahora ingresaremos con más intensidad al trámite de las medidas cautelares, haciendo énfasis sobre la oposición.

## 3. IMPUGNACIÓN EN EL TRAMITE DE LA MEDIDA CAUTELAR

<sup>16</sup> ORTELLS RAMOS, Manuel. *Las Medidas Cautelares*. Editorial La Ley, Madrid 2000, p. 358.

<sup>17</sup> Si bien es cierto, la norma no precisa si la apelación sobre la resolución que resuelve la oposición, es a favor del demandante o afectado, se entiende que puede ser solicitada por ambos, según le favorezca. Esa conclusión se desprende de una interpretación acorde a la Constitución, esto significa que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva debe hacer efectiva el derecho a la doble instancia del solicitante de la medida cautelar, prevista en el numeral 6) del art. 139.º de la Constitución. En tal sentido, el profesor LUIZ GUILHERME MARINONI señala: «[...] Su deber [del juez] es interpretar la regla procesal o suplir cualquier eventual omisión legislativa para dar la máxima efectividad a la *tutela jurisdiccional*, comprendiendo las necesidades del caso concreto y considerando los valores constitucionales que dan protección al demandado, como el derecho de defensa» [MARINONI, Luz Guilherme. *Derecho Fundamental a la Tutela Jurisdiccional Efectiva*. Palestra Editores, Lima 2007, p. 282].

Frente al derecho a la tutela judicial efectiva del demandante para solicitar medidas cautelares, nace el derecho de contradicción del afectado, como manifestación del principio de igualdad procesal. El derecho de contradicción del afectado es la facultad procesal que corresponde al demandado, a pedir que los órganos jurisdiccionales declaren cierta la existencia de un hecho jurídico que produce efectos jurídicos relevantes, frente a la acción ejercida por el actor<sup>18</sup>.

### 3.1. LA REGLA GENERAL: EL PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN

El **principio de contradicción** no es otra cosa que igualdad entre las partes, cada una de las partes debe poder hacer aquello que hace la otra para hacerse dar razón<sup>19</sup>. Todos los actos procesales deben realizarse con conocimiento de las partes, específicamente con información previa y oportuna de la parte contraria, por lo que está estrictamente ligada a la *notificación procesal*; la idea prevaleciente no es que se produzca en la práctica el contradictorio, sino que las partes tengan el derecho pleno e irrestricto de ejercerlo, en consecuencia, el principio de contradicción es *abstracto*; el derecho de contradicción se expresa también en la necesidad de que el demandado tenga el derecho de presentar alegatos y medios probatorios destinados a sustentar sus posiciones, una vez iniciado éste, su desarrollo y presencia en el proceso genera otro derecho mucho más extenso y complejo, nos referimos al derecho de defensa –ser emplazado, oído, poder probar, poder presentar recursos–<sup>20</sup>. Si no se observa el contradictorio el proceso será inválido. Al respecto, el profesor JUAN F. MONROY GÁLVEZ refiere que el derecho a la contradicción es de naturaleza constitucional, por eso señala: «[e]l derecho de contradicción suele expresarse a través de una de las especies del *derecho a un debido proceso legal*, específicamente el llamado *derecho de defensa*. [...] no es concebible que una ley lo desconozca, de ser así, a través del control difuso de la Constitución, el juez estaría plenamente facultado a inaplicarla»<sup>21</sup>. El derecho de contradicción se encuentra regulado en el art. 2, *in fine*, y 3 del CPC.

El principio de bilateralidad de la audiencia o del contradictorio, significa que el juez no podrá decidir una pretensión o reclamo del actor, si la persona en contra de quien ha sido propuesto no ha tenido la oportunidad de ser oída. Es el principio que se enuncia como el del *audiatur el altera pars*, o, nadie puede ser condenado sin habersele oído. La bilateralidad del proceso implica el tratamiento igualatorio de los litigantes, donde deben gozar de idénticas y recíprocas oportunidades de ataque y de defensa. Este derecho garantiza al justiciable la posibilidad de ejercer la defensa, no la realidad de la misma. De lo cual resulta que la contradicción es eventual. En algunas oportunidades se desplaza la oportunidad del contradictorio y que en otras, a pesar de que se brinda la oportunidad, la parte no la utiliza. Lo importante es la posibilidad de la contradicción, no el momento en que esa posibilidad se regimiente, ni tampoco se exige que efectivamente se contradiga. En el caso de las medidas cautelares se difiere la posibilidad de la controversia al momento inmediatamente posterior al perfeccionamiento de la medida cautelar<sup>22</sup>.

No obstante ello, no existe ningún derecho absoluto. Existen situaciones donde entran en conflicto dos derechos fundamentales, debiendo ceder uno frente al otro, per siempre optimizando ambos derechos. Es el caso del derecho a la tutela cautelar que hace ceder, per no lo elimina, al derecho de contradicción, conforme a continuación desarrollamos.

### 3.2. LA EXCEPCION: EL DIFERIMIENTO DEL PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN EN EL TRÁMITE DE LA MEDIDA CAUTELAR - PRINCIPIO *IN AUDITA PARS*

<sup>18</sup> ROCCO, Ugo. *Derecho Procesal Civil*. Serie de Clásicos del Derecho Procesal Civil. Volumen 1, Editorial Jurídica Universitaria, México 2002, p. 171.

<sup>19</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Derecho y Proceso*. Tomo I, Ediciones Jurídicas Europa- América. Buenos Aires 1971, p. 113.

<sup>20</sup> MONROY GALVEZ, Juan. *Teoría General del Proceso*. Numero 6, Editora Palestra. Lima 2007, pp. 177-179 y 524.

<sup>21</sup> *Ibidem*, pp. 519 y 525.

<sup>22</sup> QUINTERO, Beatriz y PRIERO, Eugenio. *Teoría General del Proceso*. Ob. cit., pp. 93-94.

Conforme venimos señalando, la medida cautelar es una manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva que asiste al demandante, justifica la *postergación* del derecho de contradicción del afectado. Se trata de una restricción legal por el cual el demandante solicita la medida cautelar sin necesidad de que el juez tenga en consideración los motivos que pueda alegar la contraparte para un pronunciamiento contrario al pedido cautelar. No se trata de un desconocimiento del principio de contradicción sino su reformulación, acondicionamiento de su función a las particularidades que encierra la fase cautelar en la búsqueda por asegurar la eficacia del proceso, disponiendo actos materiales que neutralicen la amenaza inminente de que se disminuya o afecte en su totalidad el derecho reclamado por el actor. Tal necesidad se concreta en una *postergación* de traslado del pedido cautelar hacia un momento de mayor pertinencia. En los casos donde se concede una medida cautelar *inaudita altera parte*, el procedimiento no concluye, es decir, se concede la medida cautelar por razones de urgencia, pero inmediatamente después se inicia la discusión sobre la validez de la medida concedida<sup>23</sup>.

El profesor JUAN JOSÉ MONROY PALACIOS refiere que el fundamento jurídico del principio *inaudita altera parte* es la *urgencia* en la protección de la relación material objeto del proceso y la *prevención* frente a los actos de mala fe<sup>24</sup>. MARTÍNEZ BOTOS, citando a NOVELLINO, afirma que con ello se evita que el afectado, ante el conocimiento previo de su traba, pueda burlarlas o eludirlas ocultando, haciendo desaparecer bienes del peticionante<sup>25</sup>. Frente al diferimiento del derecho de contradicción del afectado, se ha buscado preservar la igualdad de los litigantes al establecer una contracautela a favor del afectado, además de un régimen impugnatorio<sup>26</sup>.

De los planteamientos anteriores se desprende que en el procedimiento cautelar el derecho a la efectividad de la tutela cautelar del demandante debe primar sobre los derechos de defensa del afectado. También se desprende del modelo de contradicción diferida asumida por el art. 637.º del CPC, pues posterga de alguna manera el derecho de defensa del afectado hasta después de la decisión o ejecución cautelar. El problema está en identificar concretamente si debe diferirse el derecho de defensa del afectado en el trámite de la medida cautelar, y si se decide por su diferimiento, hasta qué momento debe ocurrir ello.

El diferimiento del derecho de contradicción del afectado, a favor del demandante, en su anterior texto ha sido cuestionado ante el TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, en este caso se ha cuestionado la concesión de una medida cautelar sin la notificación del ejecutado, señalando el máximo Tribunal: «[...] es claro que no se ha actuado de manera arbitraria al no notificársele al ahora amparista. De igual forma, tampoco se puede establecer que se le habría vulnerado su derecho de pluralidad de instancias, ya que tal como se aprecia en la citada disposición, una vez ejecutada la medida cautelar y notificada ésta, el sujeto afectado podrá apersonarse al proceso y apelar tal medida. Por consiguiente el legislador ordinario ha reservado la apelación de la medida cautelar fuera del proceso una vez que ésta haya sido ejecutada, con lo que se estaría garantizando el derecho a la doble instancia. Este Tribunal Constitucional entiende que solo si es que a apelación del ahora demandante contra la ejecución de la medida cautelar hubiera sido rechazada arbitrariamente alegando la imposibilidad de cuestionar tal medida, se habría configurado una vulneración al derecho fundamental a la pluralidad de instancias»<sup>27</sup>. No obstante ello, consideramos que el Supremo Tribunal ha perdido la oportunidad para pronunciarse sobre la constitucionalidad del trámite de la medida cautelar, fijando los límites de la aplicación de este principio –*in audita altera pars*– expresión de la tutela jurisdiccional efectiva, teniendo en cuenta que ésta sigue postergando –suspendiendo– en alguna manera el principio de impugnación y defensa del ejecutado, para lo cual pudo aplicar el tan conocido principio de ponderación<sup>28</sup>, de esta forma podría haber establecido cuándo es el momento

<sup>23</sup> MONROY GALVEZ, Juan. *Teoría General del Proceso*. Ob. cit., pp. 133-134.

<sup>24</sup> *Ibidem*, pp. 135.

<sup>25</sup> MARTÍNEZ BOTOS, Raúl. *Medidas Cautelares*. Editorial universidad, Buenos Aires 1994, pp. 107-108.

<sup>26</sup> ARAZI, Roland. *Medidas Cautelares*. Editorial Astrea, Buenos Aires 2007, p. 59.

<sup>27</sup> Exp. N.º 05415-2008-PA/TC Lima. Mariano Ausberto Nacimiento Quispe. *El Peruano* 07.10.2010, pp. 32314-32316.

<sup>28</sup> Ver exp. 045-2004—PI/TC.

idóneo para notificar al afectado con la decisión cautelar. A nivel derecho comparado, el español MANUEL ORTELLS RAMOS refiriéndose al cuestionamiento de la postergación de la oposición en el trámite cautelar regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil española, afirma que el Tribunal Constitucional español ha señalado que no es lesivo de los derechos fundamentales porque se pondera la necesidad de la tutela de la parte demandante, con la compatibilización de la tutela de la parte demandada, estableciendo un razonable equilibrio entre ellas, el equilibrio se presenta en la posibilidad de oposición *a posteriori*<sup>29</sup>. En ese mismo sentido, el profesor FRANCISCO RAMOS ROMEU ha precisado las razones por el cual este Tribunal ha establecido la preeminencia de la efectividad en la medida cautelar, indica: (i) las medidas cautelares requieren una respuesta rápida; (ii) las medidas cautelares contienen decisiones provisionales, modificables, revisables, que no producen cosa juzgada; (iii) en las medidas cautelares el juez asume el deber de controlar de oficio la concurrencia de varios presupuestos, requisitos, exigencias tanto materiales como procesales, que determinan que pueda adoptarse una medida cautelar; (iv) el demandante de la tutela cautelar está sometido a un régimen de incentivos específico que trata de paliar los problemas de información del juez, es decir, asume la responsabilidad por los daños mediante la caución<sup>30</sup>. Agrega el citado autor que en el trámite de la medida cautelar no existe indefensión material al momento de adoptar una medida, el sujeto pasivo podrá oponerse, apelarla, o plantear su modificación, y en muchas ocasiones, cuando formule su oposición, su apelación o su solicitud de modificación, y cuando el juez conozca sobre las mismas estará ya dándose virtualidad a los derechos de defensa, existiendo siempre esa posibilidad de reconsiderar la decisión, por cauces que garantizan suficientemente los derechos de defensa, la indefensión no llegará nunca a revestir un carácter material. Refiriéndose al test de indefensión<sup>31</sup> sobre el derecho a ser oído refiere: si el no oír a la parte antes de resolver sobre la medida no produce indefensión, siempre que se la pueda oír después, el no citarla antes de adoptarla, o el citarla mal, no produce indefensión, siempre que se la cite bien y se la oiga después<sup>32</sup>.

### 3.3. MODELOS SOBRE LA IMPUGNACIÓN DE LA DECISIÓN CAUTELAR

Consideramos importante referirnos a los modelos de impugnación de las decisiones cautelares porque ella determinara los medios impugnatorios a utilizar sea: reposición, oposición, apelación, etc. En tal sentido, la doctrina viene afirmando que el factor *sorpres*a va ha contribuir a garantizar la función de las medidas cautelares, impidiéndose con ello que el sujeto pasivo de la medida cautelar pueda actuar de tal manera que haga ineficaces la misma. Frente a ello se han desarrollado diversos modelos sobre el momento del ejercicio del derecho de contradicción en el trámite de la medida cautelar. Ya el profesor RAMIRO PODETTI<sup>33</sup> afirmaba que existen diversos modelos para la sustanciación de las medidas cautelares, algunos toman *sin sustanciación* de ninguna naturaleza, de oficio o por petición de interesado; otras requieren *sustanciación unilateral*, es decir, con intervención sólo de quien las solicita y otras que admiten o exigen una *sustanciación bilateral*. Pueden tener o no autonomía procesal, pueden sustanciarse por la vía incidental o en trámite independiente, sumario o sumarísimo. A saber<sup>34</sup>:

- I. **Decisión sobre la medida cautelar con contradicción previa (bilateralidad plena).** En este modelo el juez debe correr traslado obligatoriamente de la solicitud cautelar al afectado, a efectos de que ejerza su derecho de contradicción (**oposición**) previa a la

<sup>29</sup> ORTELLS RAMOS, Manuel. *Las medidas cautelares*. Ob. cit., pp.283-284.

<sup>30</sup> RAMOS ROMEU, Francisco. *Las Medidas Cautelares Civiles: análisis jurídico - económico*. Editorial Atelier, Barcelona 2006, p. 633-635.

<sup>31</sup> Según la jurisprudencia española el *test de indefensión* en materia de actos de comunicación requiere que se examinen 3 extremos: primero, si ha habido la infracción de una norma procesal; segundo, si hay un perjuicio real y efectivo en las posibilidades de defensa del demandado; tercero, si hay una falta de diligencia de la parte que alega indefensión.

<sup>32</sup> RAMOS ROMEU, Francisco. *Las Medidas Cautelares Civiles: análisis jurídico - económico*. Ob. cit., p. 636-637 y 658.

<sup>33</sup> PODETTI, J. Ramiro. *Tratado de las Medidas Cautelares*. Tomo IV, Editorial Ediar, Buenos Aires 1956, p. 67.

<sup>34</sup> BARONA VILAR, Silvia. *Las Medidas Cautelares: introducción*. En *Cuadernos de Derecho Judicial: Las Medidas Cautelares*. Editorial Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1993, pp. 40-43. En ese mismo sentido, RAMOS, Manuel. *La Tutela Judicial Cautelar en el Derecho Español*. Editorial Comares, Granada 1996, pp. 28-29.

decisión cautelar. El ejecutado tendrá la posibilidad previa a la decisión cautelar de desarrollar sus alegatos y ofrecer pruebas en audiencia.

Este modelo es asumido por el tercer párrafo del art. 15.º del Código Procesal Constitucional<sup>35</sup>, sólo en caso de medidas cautelares solicitadas contra actos administrativos del ámbito municipal y regional, a la letra dice: «[...] Cuando la solicitud de medida cautelar tenga por objeto dejar sin efecto actos administrativos dictados en el ámbito de aplicación de la legislación municipal o regional, se correrá traslado por el término de tres días, acompañando copia certificada de la demanda y sus recaudos, así como la resolución que la da por admitida, tramitando el incidente por cuerda separada, con intervención del Ministerio Público. Con la contestación expresa o ficta, el Juez resolverá dentro del plazo de tres días, bajo responsabilidad [...]». Cabe precisar que la primera parte de esta norma admite la concesión de medida cautelar con contradicción diferida.

## II. Decisión y ejecución de la medida cautelar con contradicción diferida (bilateralidad diferida). Se permite, respetando el principio de contradicción, diversas soluciones:

- i. Contradicción diferida, una vez se ha acordado la medida cautelar (habiéndose acordado y ejecutado la misma sin contradicción previa), sin necesidad de que sea el demandado que sufre la misma el que lo solicite, sino de oficio por el propio que acordó la medida.
- ii. Contradicción diferida y a instancia del sujeto pasivo. Esta fue acordada y ejecutada sin oírle previamente, pero después se le permite formular una **oposición** que posibilidad que el órgano jurisdiccional que resolvió reconsidere, atendiendo también a las alegaciones y prueba o acreditamiento del demandado, si la medida es fundada. Este modelo parece haber sido adoptado por el art. 637.º del CPC.
- iii. Contradicción diferida a iniciativa del demandado pero instrumentada a través de los **recursos** admisibles contra la resolución (generalmente **reposición y apelación**). Este modelo restringe sin razón las posibilidades de alegación y prueba<sup>36</sup>. Consideramos que este es el modelo asumido por la legislación argentina, cuyo art. 198 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación señala:

***Artículo 198: CUMPLIMIENTO Y RECURSOS.-** Las medidas precautorias se decretarán y cumplirán sin audiencia de la otra parte. Ningún incidente planteado por el destinatario de la medida podrá detener su cumplimiento. Si el afectado no hubiese tomado conocimiento de las medidas con motivo de su ejecución, se le notificarán personalmente o por cédula dentro de los TRES (3) días. Quien hubiese obtenido la medida será responsable de los perjuicios que irrogare la demora. La providencia que admitiere o denegare una medida cautelar será recurrible por vía de reposición; también será admisible la apelación, subsidiaria o directa. El recurso de apelación, en caso de admitirse la medida, se concederá en efecto devolutivo.*

---

<sup>35</sup> Artículo 15.- Medidas Cautelares

Se pueden conceder medidas cautelares y de suspensión del acto violatorio en los procesos de amparo, hábeas data y de cumplimiento, sin transgredir lo establecido en el primer párrafo del artículo 3 de este Código. Para su expedición se exigirá apariencia del derecho, peligro en la demora y que el pedido cautelar sea adecuado o razonable para garantizar la eficacia de la pretensión. Se dictan sin conocimiento de la contraparte y la apelación sólo es concedida sin efecto suspensivo; salvo que se trate de resoluciones de medidas cautelares que declaren la inaplicación de normas legales autoaplicativas, en cuyo caso la apelación es con efecto suspensivo.

Su procedencia, trámite y ejecución dependerán del contenido de la pretensión constitucional intentada y del adecuado aseguramiento de la decisión final, a cuyos extremos deberá limitarse. Por ello mismo, el Juez al conceder en todo o en parte la medida solicitada deberá atender a la irreversibilidad de la misma y al perjuicio que por la misma se pueda ocasionar en armonía con el orden público, la finalidad de los procesos constitucionales y los postulados constitucionales.

[...].

<sup>36</sup> ORTELLS RAMOS, Manuel. *La Tutela Judicial Cautelar en el Derecho Español*. Editorial Comares, Granada 1996, p. 29.

Como se observa la legislación argentina regula el recurso de reposición y la apelación subsidiaria o directa. Al respecto, RONALD ARAZI<sup>37</sup>, afirma: «[...] el recurso de revocación [reposición] en materia cautelar –además de posibilitar que el juez de primera instancia modifique la decisión sin necesidad de aguardar la intervención de Cámara– constituye el modo útil para asegurar al cautelado el proceso justo constitucional. Como dice MORELLO, “en la moderna estructuración del debido proceso adjetivo, puede alterarse el orden usualmente lógico de sus fases, si por necesidades de eficacia y efectividad de los resultados útiles para la justicia a alcanzar en las sentencias se entrecruzan o altera el *iter* de sus desarrollos (...) Por ende en la acumulación final de los desarrollos la secuencia del expediente debe asegurar en concreto, los principios de contradicción e igualdad”». Continúa señalando el autor que los ordenamientos que no prevén el recurso de reposición contra las medidas cautelares, presentan un severo déficit contra ellas. Los principios de bilateralidad e igualdad en tales ordenamientos sufren severa mengua cuando tal recurso, o posibilidad similar, no se encuentra legislado ni es incorporado por decisiones jurisprudenciales. El recurso de reposición contra las decisiones cautelares permite articulaciones, derechos y producción de pruebas, iguala en gran medida a las partes en cuanto a su posibilidad procesal, complementando debidamente los recaudos del proceso justo constitucional en la materia cautelar, posibilitando el debido equilibrio interno en la materia<sup>38</sup>. MARTÍNEZ refiere que la resolución que resuelve la solicitud cautelar *inaudita pars*, es decir, sin previa sustanciación constituyen providencias simples, por tanto, son recurribles por vía de reposición<sup>39</sup>.

Afirma NOVELLINO que el recurso que recaiga ante el recurso de reposición hará ejecutoria, a menos que dicho recurso hubiera sido acompañado del de apelación subsidiaria. Esta advertencia legal hace que prácticamente todos los recurrentes deduzcan la revocatoria acompañando con el recurso subsidiario de apelación ya que, de este modo, dejan abierta otra posibilidad máxima teniendo en cuenta que muy difícilmente el mismo juez modifique un criterio ya expuesto. El indicado autor refiere que no obstante las medidas cautelares en la legislación argentina se tramitan sin audiencia previa de la parte afectada, algunos tratadistas y fallos recientes han establecido con relación a la medida cautelar de guarda no es necesaria que se tome sin oír a la parte contraria y, antes bien, parece mas conveniente que oír a ambas partes, dada la naturaleza de la medida y al interés que en ella predomina que es extrapatrimonial<sup>40</sup>.

Discrepando con las ideas antes mencionadas, PODETTI, se refiere en sentido negativo sobre la procedencia de la reposición contra el auto que resuelve la medida cautelar, considera que esta decisión tiene el carácter de definitivo, decide un artículo o una instancia previa, y otorgar en su contra este recurso, no sirve más que para complicar y dilatar un procedimiento que debe ser simple y expeditivo<sup>41</sup>.

III. **Poder discrecional del órgano jurisdiccional.** Este modelo plantea que la decisión cautelar es decidida previa contradicción (**oposición**) del afectado como *regla general*. Y, la contradicción diferida y a instancia del sujeto pasivo de la medida cautelar (**oposición y/o medios de impugnación**), como *excepción*, en este caso, habrá que verificar el peligro grave e inminente. Será pues el órgano jurisdiccional quien elija, a solicitud del demandante, entre ellos en atención a la concreta conveniencia de una actuación por sorpresa. Este es el modelo adoptado por la Ley de Enjuiciamiento Civil española, art. 733º, cuyo texto es:

---

<sup>37</sup> ARAZI, Roland. *Medidas Cautelares*. Ob. cit., p. 62.

<sup>38</sup> *Ibidem*, pp. 63-64.

<sup>39</sup> MARTINEZ BOTOS, Raúl. *Medidas Cautelares*. Ob. cit., p. 109.

<sup>40</sup> NOVELLINO, Nolberto J. *Embargo y Desembargo y demás Medidas Cautelares*. La Ley, Argentina 2005, p. 71 y 73.

<sup>41</sup> PALACIO, Lino Enrique. *Derecho Procesal Civil*. Tomo VIII, Editora Abelardo Perrot, Buenos Aires 1992, p.73.

*«Artículo 733. Audiencia al demandado. Excepciones.*

*1. Como regla general, el tribunal proveerá a la petición de medidas cautelares previa audiencia del demandado.*

*2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, cuando el solicitante así lo pida y acredite que concurren razones de urgencia o que la audiencia previa puede comprometer el buen fin de la medida cautelar, el tribunal podrá acordarla sin más trámites mediante auto, en el plazo de cinco días, en el que razonará por separado sobre la concurrencia de los requisitos de la medida cautelar y las razones que han aconsejado acordarla sin oír al demandado.*

*Contra el auto que acuerde medidas cautelares sin previa audiencia del demandado no cabrá recurso alguno y se estará a lo dispuesto en el capítulo III de este título<sup>42</sup>. El auto será notificado a las partes sin dilación y, de no ser posible antes, inmediatamente después de la ejecución de las medidas».*

A decir del profesor VICENTE GIMENO SENDRA, este modelo es completo porque es compatible con la variedad de medidas cautelares y con la perentoriedad que exige su adopción para el cumplimiento de sus fines. No obstante ello, precisa que por el principio dispositivo el procedimiento a seguir será una decisión del demandante, quien tiene la libertad de escoger la vía más pertinente para la tutela de sus derechos e intereses<sup>43</sup>. La profesora EUGENIA ARIANO DEHO refiere que este modelo se aplican en ordenamiento normales, donde la no audición de la contraparte a los efectos de conceder tutela cautelar o se justifica por la extremo urgencia de cautelar una determinada situación jurídica o en el que el conocimiento de la otra parte puede poner en riesgo la efectividad misma de la medida<sup>44</sup>.

Dentro de nuestro ordenamiento, este modelo ha sido recepcionado en el proceso arbitral. Así, el art. 47.º de la Ley de Arbitraje, señala:

*«[...] 3. El tribunal arbitral, antes de resolver, pondrá en conocimiento la solicitud a la otra parte. Sin embargo, podrá dictar una medida cautelar sin necesidad de poner en conocimiento a la otra parte, cuando la parte solicitante justifique la necesidad de no hacerlo para garantizar que la eficacia de la medida no se frustre. Ejecutada la medida podrá formularse reconsideración contra la decisión. [...]».*

---

<sup>42</sup> Artículo 739. Oposición a la medida cautelar.

En los casos en que la medida cautelar se hubiera adoptado sin previa audiencia del demandado, podrá éste formular oposición en el plazo de veinte días, contados desde la notificación del auto que acuerda las medidas cautelares.

Artículo 740. Causas de oposición. Ofrecimiento de caución sustitutoria.

El que formule oposición a la medida cautelar podrá esgrimir como causas de aquella cuantos hechos y razones se opongan a la procedencia, requisitos, alcance, tipo y demás circunstancias de la medida o medidas efectivamente acordadas, sin limitación alguna.

También podrá ofrecer caución sustitutoria, con arreglo a lo dispuesto en el capítulo y de este título.

Artículo 741. Traslado de la oposición al solicitante, comparecencia en vista y decisión.

1. Del escrito de oposición se dará traslado por el Secretario judicial al solicitante, procediéndose seguidamente conforme a lo previsto en el artículo 734.

2. Celebrada la vista, el tribunal, en el plazo de cinco días, decidirá en forma de auto sobre la oposición.

Si mantuviere las medidas cautelares acordadas condenará al opositor a las costas de la oposición.

Si alzare las medidas cautelares, condenará al actor a las costas y al pago de los daños y perjuicios que éstas hayan producido.

3. El auto en que se decida sobre la oposición será apelable sin efecto suspensivo.

Artículo 742. Exacción de daños y perjuicios.

Una vez firme el auto que estime la oposición, se procederá, a petición del demandado y por los trámites previstos en los artículos 712 y siguientes, a la determinación de los daños y perjuicios que, en su caso, hubiera producido la medida cautelar revocada; y, una vez determinados, se requerirá de pago al solicitante de la medida, procediéndose de inmediato, si no los pagare, a su exacción forzosa.

<sup>43</sup> GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho Procesal Civil*. Tomo II, Editorial Colex, Madrid 2007, p. 59-60.

<sup>44</sup> ARIANO DEHO, Eugenia. *Manual de Actualización Civil y Procesal Civil*. Gaceta Jurídica, Lima 2010, p. 28.

Sin embargo, el art. 49.º de la ley de Arbitraje establece el recurso de reconsideración para contradecir la decisión cautelar, sea a iniciativa de parte o del propio tribunal arbitral.

### 3.4. ACTIVIDAD PROBATORIA EN EL RÉGIMEN DE IMPUGNACIÓN EN EL TRAMITE DE LA MEDIDA CAUTELAR

En realidad no puede hablarse efectivamente de procedimiento probatorio, por cuanto dada la tramitación preferente para adoptar las medidas cautelares, y la rapidez de los mismos, no estamos ante una fase probatoria en su sentido estricto. Se trata de una posibilidad de aportar documentos que acrediten la justificación de la medida, o la no justificación en los supuestos en que exista contradicción previa obligatoria<sup>45</sup>.

El modelo que se adopte sobre el régimen de impugnación en el trámite de la medida cautelar influenciará en la actividad probatoria. Al respecto se presentan dos posibilidades:

- i. Las alegaciones defensivas son limitadas, se limitan a las pruebas documentales capaces de fundar un juicio de probabilidad. Es posible en el modelo de contradicción diferida. No obstante, la legislación argentina admite la actuación de pruebas previo a la decisión y ejecución cautelar, por ejemplo, las declaraciones.
- ii. Las alegaciones defensivas son más amplias, se pueden admitir pruebas de actuación como las declaraciones testimoniales. Este supuesto se presente en el modelo de contradicción previa. Este modelo se presenta en la legislación española.

Dentro del trámite de las medidas cautelares regulado por nuestro Código Procesal Civil, el derecho a la prueba se limita a su ofrecimiento y valoración. Por la sumariedad del procedimiento se obvia la admisión y actuación.

## 5. IMPUGNACIÓN DE LA MEDIDA CAUTELAR SEGÚN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL PERUANO: ART. 637.º DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

La legislación nacional también entiende que la urgencia del procedimiento hace que esta se formule con la sola solicitud del demandante, *suspendiéndose* el derecho de contradicción de la parte afectada, al devenir un peligro para la utilidad de la providencia. En un primer momento la comunicación es entre el solicitante de la medida cautelar y el juez, pues la idea es que la providencia debe llegar de improviso –criterio de la sorpresa– para evitar que la otra parte opere a fin de convertir inútil la medida<sup>46</sup>. De modo que podemos afirmar que nuestro Código asumió el modelo de contradicción diferida y a instancia del afectado, sacrificando en alguna manera el derecho de defensa del demandado [art. 637.º del CPC<sup>47</sup>]. De un lado, al demandante le asiste el derecho de apelación, en caso no le convenga la decisión cautelar, y de otro lado, al afectado tiene derecho a *oponerse* contra la decisión cautelar y apelar si lo resuelto en ella, le sea perjudicial.

### 3.1. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

Ya el art. 237.º del Código de Procedimientos Civiles, señalaba: «*Siempre que el juez estime procedente la solicitud de embargo preventivo, lo decretará en el día, expresando la suma por*

<sup>45</sup> BARONA VILAR, Silvia. *Las Medidas Cautelares: introducción*. En *Cuadernos de Derecho Judicial: Las Medidas Cautelare*. Editorial Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1993, pp. 43-44.

<sup>46</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Derecho Procesal Civil y Penal: Derecho y proceso*. Ob. cit., p. 426-427.

<sup>47</sup> Artículo 637.- Trámite de la medida

La solicitud cautelar es concedida o rechazada sin conocimiento de la parte afectada en atención a los fundamentos y prueba de la solicitud. Procede apelación contra el auto que deniega la medida cautelar. En este caso, el demandado no es notificado y el superior absuelve el grado sin admitirle intervención alguna. En caso de medidas cautelares fuera de proceso, el juez debe apreciar de oficio su incompetencia territorial.

Una vez dictada la medida cautelar, la parte afectada puede formular oposición dentro de un plazo de cinco (5) días, contado desde que toma conocimiento de la resolución cautelar, a fin de que pueda formular la defensa pertinente. La formulación de la oposición no suspende la ejecución de la medida.

De ampararse la oposición, el juez deja sin efecto la medida cautelar. La resolución que resuelve la oposición es apelable sin efecto suspensivo

la que se dicta y los bienes en los que ha de recaer; y se llevará a efecto sin previa citación, ni audiencia del deudor, y sin admitirle en el acto oposición alguna». Como se observa el anterior código establecía un régimen de diferimiento de la contradicción, asimismo, regulaba la oposición posterior.

Desde la vigencia del Código Adjetivo de 1993, el artículo 637.º del CPC vigente ha sido materia de diversas modificaciones desde su texto original<sup>48</sup>, siendo modificado en dos oportunidades a través del Decreto Legislativo N.º 1069<sup>49</sup> y Ley N.º 29384<sup>50</sup>. El trámite de la medida cautelar en su texto original fue materia de diversas interpretaciones por parte del órgano jurisdiccional y que ocasionaban perjuicio al afectado. Los jueces interpretaban en el sentido de que éste sólo podía impugnar la decisión cautelar cuando la providencia cautelar concedida *había sido ejecutada en su integridad*, lo que era peor, aún así el afectado haya tomado conocimiento del trámite cautelar no podía formular su defensa a través de los medios impugnatorios que el ordenamiento jurídico preveía [apelación]. En otros términos, la posibilidad de impugnar del afectado se veía limitada por el órgano jurisdiccional, estando supeditada a la ejecución total de la providencia cautelar. No cabe duda de que se trataba de una interpretación errónea<sup>51</sup>. Al respecto, el profesor ANIBAL QUIROGA LEÓN afirmaba que la interpretación correcta era en el sentido de que la interposición del recurso de apelación por parte del afectado no estaba supeditada a su ejecución sino a la notificación del afectado, este razonamiento se desprende de la interpretación sistemática del art. 376.º y 377.º del CPC; el indicado autor señalaba que un razonamiento contrario era atentatorio al principio de pluralidad de instancias previsto en el inciso 6) del art. 139.º de la Constitución Política del Estado y el derecho a la tutela judicial efectiva [denegación del recurso legalmente establecido]<sup>52</sup>. El profesor GIOVANNI F. PRIORI POSADA también ha formulado duras críticas al texto original del artículo en comentario, ha manifestado que en el texto anterior el afectado con la medida cautelar sólo podía formular apelación después de ejecutada la medida cautelar y sería el juez de primera instancia quien revise el cumplimiento de los requisitos de admisibilidad y procedibilidad para posteriormente elevar al superior, este procedimiento trasgredía el derecho a la doble instancia prevista en el inciso 6) del art. 139.º de la Constitución, toda vez que el ejecutado solo tenía acceso a una instancia para ejercer su defensa, es decir, la apelación servía de medio de introducción al proceso de sus argumentos de defensa; continúa señalando, ese procedimiento lesionaba el principio constitucional de igualdad, toda vez que por el procedimiento *inaudita pars* al ejecutante de la medida cautelar tiene acceso a dos instancias, en tanto, que el ejecutado solo tenía acceso a una instancia<sup>53</sup>.

Frente a los problemas propuestos, el profesor GIOVANNI F. PRIORI POSADA consideraba que no era necesario la postergación del derecho de defensa del ejecutado a un momento posterior de la ejecución de la medida cautelar, proponía que una medida proporcional para postergar el ejercicio de derecho de defensa del ejecutado sería: (i) sólo en casos en que nos encontramos en una situación de urgencia tal, que haga imposible esperar el tiempo necesario para que la contraparte ejerza su derecho de defensa o, en todo caso, (ii) en aquellos supuestos en los que, de ejercerlos, se generaría una situación de irreparabilidad en el derecho material del demandante que generaría una afectación a su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Esta

---

<sup>48</sup> Texto original: «La petición cautelar será concedida o rechazada sin conocimiento de la parte afectada, en atención a la prueba anexada al pedido. Sin embargo, puede excepcionalmente conceder un plazo no mayor de cinco días, para que el peticionante logre acreditar la verosimilitud del derecho que sustenta su pretensión principal. Al término de la ejecución o en acto inmediatamente posterior, se notifica al afectado, quien recién podrá apersonarse al proceso e interponer apelación, que será concedida sin efecto suspensivo.

Procede apelación contra el auto que deniega la medida cautelar. En este caso, el demandado no será notificado y el superior absolverá el grado sin admitirle intervención alguna».

<sup>49</sup> Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 28.06.2008. Cuyo texto es: «La petición cautelar será concedida o rechazada sin conocimiento de la parte afectada, en atención a la prueba anexada al pedido. Sin embargo, puede excepcionalmente conceder un plazo no mayor de cinco días, para que el peticionante logre acreditar la verosimilitud del derecho que sustenta su pretensión principal.

Al término de la ejecución o en acto inmediatamente posterior, se notifica al afectado, quien recién podrá apersonarse al proceso e interponer apelación, que será concedida sin efecto suspensivo.

Cuando la decisión cautelar comprenda varias medidas, la ejecución de alguna o algunas de ellas, que razonablemente asegure el cumplimiento de la sentencia, faculta al afectado a interponer la apelación, siguiendo el procedimiento indicado en el párrafo anterior.

Procede apelación contra el auto que deniega la medida cautelar. En este caso el demandado no será notificado y el superior absolverá el grado sin admitirle intervención alguna».

<sup>50</sup> Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 28.06.2009. Su texto es el que se encuentra vigente.

<sup>51</sup> QUIROGA LEÓN, Anibal. *Estudios de Derecho Procesal*. Editorial Ideosa, Lima 2008, pp. 148-149.

<sup>52</sup> *Ibidem*, p. 149.

<sup>53</sup> PRIORI POSADA, Giovanni F. *La Tutela Cautelar: su configuración como derecho fundamental*. Ara Editores, Lima 2006, pp. 188-189.

formula estaría mejor regulada con una norma similar al que prevé la Ley de Enjuiciamiento Civil Española en su artículo 733<sup>54</sup>. De otro lado, afirma que en aquellos casos en que el ordenamiento considere que sea necesario el dictado de una medida cautelar sin conocimiento de la parte afectada, éste pueda, después del dictado de la providencia jurisdiccional, esgrimir argumentos de defensa ante el propio juez que dictó la medida cautelar a fin de que sea él mismo el que, con base a los nuevos argumentos no tenidos en cuenta anteriormente, resuelva si mantiene o no la medida, lo que es posible debido al carácter de variabilidad que tienen las medidas cautelares<sup>55</sup>. En ese mismo sentido, la profesora EUGENIA ARIANO DEHO formula serias críticas al actual trámite de las medidas cautelares donde rige el principio *inaudita altera pars*, pues considera injustificable que no se respete el contradictorio<sup>56</sup>, conforme se hace a nivel derecho comparado<sup>57</sup>. No cabe duda que algunas de estas ideas han sido tomadas en el texto actual. El Dictamen sobre el proyecto de Ley N.º 3079/2008-CR, sobre el que se funda la modificación de la norma en comentario ha señalado que se busca que el trámite de la medida cautelar se convierta realmente en un recurso capaz de corregir los errores de juicio de la actividad cometidos por el juez, ya que con la regulación anterior, el recurso de apelación contra la resolución que admite la medida cautelar no cumplía en la mayoría de los casos una función revisora; por eso, el nuevo procedimiento cautelar disminuye las limitaciones existentes a ciertas garantías procesales básicas como el contradictorio y el derecho a impugnar que existen en la actual regulación, sin que ello determine que la medida cautelar deje de cumplir su finalidad de medida eficaz<sup>58</sup>. La pregunta que aún queda pendiente de resolver es: *¿la oposición previa o la oposición diferida resulta idónea para la cautela del derecho de defensa del afectado?* La respuesta está en verificar cuál de ellas funciona mejor en la práctica. A continuación desarrollaremos algunos temas importantes sobre el cual se desarrolla la oposición.

### 3.2. EL PEDIDO CAUTELAR COMO CONTENIDO DE LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA

No podríamos referirnos a la oposición sin antes referirnos a la solicitud cautelar. El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva autoriza al demandante solicitar una medida cautelar para garantizar la ejecutabilidad de la decisión final a recaer en el proceso principal [art. 608.º del CPC]. Por eso, el legislador no puede eliminar de manera absoluta la posibilidad de adoptar medidas cautelares dirigidas a asegurar la efectividad de la medida cautelar, de ser así se violentaría el principio de la tutela jurisdiccional efectiva<sup>59</sup>. Desde el punto de vista Constitucional es reconocido que el derecho a la medida cautelar es una manifestación del derecho a la tutela judicial a través de la efectividad constitucionalmente exigible a ésta, porque el *ha de poder asegurar* el cumplimiento futuro de la sentencia a dictar y si es incapaz de ello, no se trata de una verdadera tutela. La tutela judicial efectiva implica una previa tutela cautelar<sup>60</sup>. Por eso la solicitud cautelar es una petición de tutela judicial<sup>61</sup>. Conforme a las ideas antes desarrolladas, la contradicción diferida que desarrolla el art. 637.º del CPC, muestra que el legislador privilegia el derecho a la tutelar cautelar sobre el derecho de defensa del afectado.

### 3.3. LA SOLICITUD CAUTELAR

El proceso cautelar se inicia a pedido de parte, principio dispositivo [art. 608 del CPC]. La solicitud cautelar deberá [art. 610.º del CPC]: (1) exponer los fundamentos de su pretensión cautelar; (2) señalar la forma de ésta; (4) indicar, si fuera el caso, los bienes sobre los que debe

<sup>54</sup> Ley de Enjuiciamiento Civil Española en su artículo 733 (Audiencia al demandado. Excepciones), señala:

1. Como regla general el tribunal proveerá la petición de medidas cautelares previa audiencia del demandado.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, cuando el solicitante así lo pida y acredite que concurren razones de urgencia o que la audiencia previa puede comprometer el buen fin de la medida cautelar, el tribunal podrá acordarla sin más trámites mediante auto, en el plazo de cinco días, razonando por separado sobre la concurrencia de los requisitos de la medida cautelar y las razones que han aconsejado acordarla sin oír al demandado.

Contra el auto que acuerde medidas cautelares sin previa audiencia del demandado no cabrá recurso alguno y se estará a lo dispuesto en el capítulo III de este título».

<sup>55</sup> PRIORI POSADA, Giovanni F. *La Tutela Cautelar: su configuración como derecho fundamental*. Ob. cit., pp. 185-189.

<sup>56</sup> La indicada autora cita el art. 47.3 de la Ley de Arbitraje, D. Leg. N.º 1071, señala: «[...] 3. El tribunal arbitral, antes de resolver, pondrá en conocimiento la solicitud a la otra parte. Sin embargo, podrá dictar una medida cautelar sin necesidad de poner en conocimiento a la otra parte, cuando la parte solicitante justifique la necesidad de no hacerlo para garantizar que la eficacia de la medida no se frustre. Ejecutada la medida podrá formularse reconsideración contra la decisión».

<sup>57</sup> ARIANO DEHO, Eugenia. *El nuevo procedimiento cautelar*. En Actualidad Jurídica N.º 188, Lima Julio 2008. Gaceta Jurídica, p. 16.

<sup>58</sup> <http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/CLProLey2006.nsf>, 30/11/2010.

<sup>59</sup> PICO I JUNOY, Joan. *Las Garantías Constitucionales del Proceso*. Ob. cit., pág. 73.

<sup>60</sup> CHAMORRO BERNAL, Francisco. *La tutela judicial efectiva*. Editorial Bosch, Barcelona 1994, p. 286.

<sup>61</sup> ORTELLS RAMOS, Manuel. *Las Medidas Cautelares*. Ob. cit., p. 271.

recaer la medida y el monto de su afectación; (5) ofrecer contracautela, precisando forma y cuantía; y, (6) designar el órgano de auxilio judicial correspondiente, si fuera el caso. El demandante también deberá verificar las reglas de competencia de conformidad al art. 608.º del CPC, también la legitimidad del afectado, etc.

Además, deberá acreditar los presupuestos de la medida cautelar [art. 611.º del CPC]: verosimilitud en el derecho, peligro en la demora y razonabilidad (adecuación). El acreditamiento de la verosimilitud del derecho importara la fundamentación de los hechos y del derecho. El peligro en la demora importa un juicio de necesidad para acreditar *concretamente* la expectativa de un daño inmediato o de difícil reparación, o la existencia de un riesgo de que la ejecución se vea comprometida<sup>62</sup>, aunque para algunos autores no es necesario acreditarla<sup>63</sup>, no compartimos esa posición; la fundamentación de la razonabilidad importa justificar que la medida cautelar solicitada resulta adecuada para asegurar la eficacia de lo que se resolverá en el proceso principal, por ejemplo, ante una pretensión de obligación de dar suma de dinero, la medida cautelar idónea sería una medida cautelar de embargo en forma de inscripción y no una medida cautelar de anotación de demanda como se suele confundir en la práctica. La exigencia de los requisitos y presupuestos de las medidas cautelares son de mayor rigor cuando se formulan medidas cautelares anticipadas o fuera del proceso<sup>64</sup>. En el caso de medidas cautelares específicas y concreta, habrá que justificar sus presupuestos específicos, por ejemplo, en el caso de las medidas cautelares de innovar habrá que justificar el perjuicio irreparable y la excepcionalidad.

El demandante debe acompañar a la solicitud cautelar, *las pruebas* que acreditan su pretensión cautelar, se entiende, deben ser de actuación inmediata (documentales), es decir, que no requieran actuación posterior. Nuestra legislación no admite el ofrecimiento de pruebas de actuación posterior como lo hace la legislación argentina y española. Ello es lógico debido a lo sumario del procedimiento y la no admisión de contradicción previa. Debido a que sólo el solicitante presenta prueba, la exigencia de la prueba es atenuada.

De acuerdo a la estructura de las medidas cautelares dentro de nuestro ordenamiento procesal, existen dos *momentos* diferenciados para solicitar una medida cautelar: (i) medida cautelar fuera del proceso, si la solicitud cautelar se presenta antes de la interposición de la demanda se deberá formular en un escrito independiente [art. 608.º, 618.º y 636.º del CPC]; (ii) medida cautelar dentro del proceso: se puede solicitar medida cautelar junto con la demanda o con posterioridad a ella, en estos casos, también se deberá solicitar la medida cautelar en incidente correspondiente.

### 3.4. LA DECISIÓN CAUTELAR

Para FRANCISCO CHAMORRO BERNAL la decisión de adoptar o no una medida cautelar no es un acto procesal sino un típico *acto jurisdiccional*<sup>65</sup>, precisamente por el difícil equilibrio que debe encontrar entre los derechos de quien la solicita y los que también tiene derecho el demandado, equilibrio que es típico, característico y exclusivo de la actividad jurisdiccional<sup>66</sup>. El indicado autor resalta que la necesidad de acudir al proceso para obtener la razón no debe perjudicar a quien tiene la razón.

El poder de decisión del órgano jurisdiccional sobre la solicitud cautelar debe encontrarse debidamente motivada y debe contener un mandato de obligatorio cumplimiento. Al ser un mandato, el afectado no podría *oponerse* a esta decisión, por eso, venimos sosteniendo que la

<sup>62</sup> MORA ALARCON, José Antonio. *Proceso Civil*. Editora Tirant Lo Blanch, Valencia 2008, p. 68.

<sup>63</sup> MARTINEZ BOTOS, Raúl. *Medidas Cautelares*. Editorial Universidad. Buenos Aires 1994, p. 105.

<sup>64</sup> PALACIO, Lino Enrique. *Derecho Procesal Civil*. Ob. cit., p. 66.

<sup>65</sup> Los actos jurídicos procesales del tribunal son aquellos emanados de agentes de la función jurisdiccional, concepto que no sólo se agota en los jueces, sino en todos los funcionarios del Órgano Jurisdiccional, constituyen una expresión de la función pública jurisdiccional, sujetos a los principios que regulan la emisión de actos jurídicos de Derecho Público. Los *actos de decisión* o las resoluciones judiciales que determinan el proceso, sea en su tramitación, fondo, incidente o asegurando el decurso procesal. Anibal Quiroga León, *Estudios de Derecho Procesal*, Editorial Idemsa, Lima 2008, p. 90.

<sup>66</sup> CHAMORRO BERNAL, Francisco. *La tutela judicial efectiva*. Ob. cit., p. 290 y 293.

vía idónea para la contradicción del afectado es un recurso que tiene efectos revocatorios, por eso, una adecuada técnica legislativa debe regular un recurso (reposición, súplica, reconsideración).

Con la incorporación del nuevo presupuesto cautelar de razonabilidad (adecuación), se incorpora amplios poderes de adecuación de la medida cautelar, por ende, el juez de oficio –a la sola petición cautelar– puede adecuar la medida cautelar a los fines del proceso principal [art. 611.º del CPC], aún disponiendo una medida cautelar distinta a la solicitada por la parte, siempre que no sea mas gravosa para el afectado (congruencia), además de ampliar o reducir el monto de la contracautela, entre otros. RAÚL MARTÍNEZ BOTOS refiere que la jurisprudencia argentina se ha pronunciado en el sentido de que la decisión cautelar no debe ser restringido sino amplio a fin de evitar la posible frustración de los derechos de las partes y el pronunciamiento de la sentencia que en definitiva resulten inoficiosas o de imposible cumplimiento; tanto más que frente a la hipótesis de que el peticionario de la medida se haya excedido en el ejercicio del derecho de solicitarla, la parte afectada cuenta con la posibilidad de resarcirse con la contracautela ofrecida por aquél. Una situación particular es la regulación de la presunción de legitimidad de que gozan los actos de la Administración Pública corresponde juzgar con criterio restrictivo, las medidas cautelares requeridas contra ellos<sup>67</sup>. Cabe precisar que la decisión que ampara o rechaza la medida cautelar debe estar debidamente motivada, bajo sanción de nulidad, de conformidad a la última parte del art. 611 del Código Adjetivo. Asimismo, de verificarse errores subsanables, acorde al principio de tutela jurisdiccional efectiva que profesa la subsanabilidad de los defectos procesales, el juez antes de rechazar una solicitud cautelar por defectos subsanables deberá procurar la subsanación o reparación del defecto.

Resulta trascendente precisar que el actual texto del art. 637 del CPC, exige al juez que verifique de oficio su incompetencia territorial en caso de medidas cautelares fuera del proceso. De conformidad al art. 451.6 del CPC, consideramos que en caso de la incompetencia relativa el juez podría remitir los actuados al juez competente, acorde con el principio de tutela jurisdiccional efectiva.

Debemos precisar que si bien es cierto por regla general el juez no tiene iniciativa probatoria en el trámite de una medida cautelar, existen casos especiales que si es procedente la actuación de pruebas de oficio, tal y como se desprende del art. 87.º del Código de los Niños y Adolescentes, según el cual para resolver una solicitud de tenencia provisional el juez resolverá teniendo en cuenta el informe del Equipo Multidisciplinario, previo dictamen fiscal, salvo que el menor tenga menos de tres años.

### 3.5. APELACIÓN DEL DEMANDANTE ANTE LA DENEGATORIA

Ante la denegatoria de la solicitud cautelar, el demandante tiene expedito su derecho para apelar esta decisión [art. 637.º del CPC]. La apelación será con efecto suspensivo. El incidente de apelación también se tramita *inaudita altera pars*, es decir, el afectado no será notificado. Si en segunda instancia se confirma rechazando la medida cautelar, está habrá precluido, por ende no existirá posibilidad de modificar esta decisión. En todo caso el demandante solo podrá solicitar una nueva medida cautelar por hechos nuevos.

La profesora EUGENIA ARIANO DEHO afirma que esto ha dado muchos dolores de cabeza a los jueces de apelación que no saben si en caso que consideren que se dan los presupuestos de la cautela deben conceder o más bien anular disponiendo que el *a quo* “conceda”<sup>68</sup>. Nosotros proponemos que en este supuesto el juez superior sólo puede confirmar o declarar la nulidad de la resolución denegatoria de la medida cautelar, en aplicación sistemática de la última parte del

<sup>67</sup> MARTINEZ BOTOS, Raúl. *Medidas Cautelares*. Ob. cit., pp. 108-109. En ese mismo sentido, se ha pronunciado Lino Enrique Palacio. *Derecho Procesal Civil*. Ob. cit., pp. 70-71.

<sup>68</sup> ARIANO DEHO, Eugenia. *El nuevo procedimiento cautelar*. Ob. cit., p. 18.

art. 611.º del CPC<sup>69</sup>, según el cual la resolución que ampara o rechaza la medida cautelar debe estar debidamente motivada, bajo sanción de nulidad; solo de esta forma se garantiza el derecho de doble instancia y defensa del afectado<sup>70</sup>. En ese mismo sentido se ha pronunciado el profesor argentino ALDO BACRE «[...] el conocimiento de la alzada se encuentra limitado por la demanda impugnativa o expresión de agravios; por lo tanto, ésta carece de potestad para resolver sobre la medida cautelar que no ha sido decidido en 1ª Instancia [...] este criterio cede en tanto exista una situación excepcionalísima [...] no debe considerarse firme la sentencia de Cámara que otorga una medida precautoria revocando la resolución del juez que la negaba y sin que hubiere intervenido el afectado por la misma. Consecuentemente, se ha entendido que solo debe considerarse firme aquella sentencia que haya consentido el afectado, o que haya sido dictada luego de oír a éste. Ello porque deben primar las normas constitucionales sobre el debido proceso y defensa en juicio»<sup>71</sup>. En ese mismo sentido se ha pronunciado el profesor JUAN JOSÉ MONROY<sup>72</sup>. En la práctica, se ha podido observar dos consecuencias negativas cuando luego de revocarse la resolución que deniega la medida cautelar, el superior concede una medida cautelar ordenando al juez de primera instancia ejecute la medida cautelar. En la primera situación, luego de ejecutarse la medida, el afectado formulaba apelación y el juez de primera instancia declaraba improcedente la apelación, señalando que al ser una resolución del superior, la apelación se debía formular ante esa instancia. En el segundo supuesto, al formularse apelación ante el órgano de segunda instancia, éste declaraba improcedente porque al ser pronunciamiento de segunda instancia resulta inapelable porque supuestamente adquirió firmeza. Consideramos que estas situaciones son irregulares porque el tribunal en alzada se ha pronunciado sobre la base de alegaciones exclusivamente aportadas por la parte actora, la solución contraria importaría quebrantar el derecho de defensa de la parte afectada por la medida y desconocer la facultad recursiva que le concede el ordenamiento procesal<sup>73</sup>. Por ello, no obstante que a la fecha el ejecutado tiene la potestad de formular oposición a la medida cautelar, no sería novedad que un juez descuidado declare improcedente la oposición ante una medida cautelar otorgada en segunda instancia. Por ello, consideramos una propuesta saludable que en estos casos, el superior solo confirme o declare nula la decisión cautelar. Si pese a las advertencias realizadas se lesiona el derecho del ejecutado, éste puede recurrir a la vía constitucional vía proceso de amparo<sup>74</sup>, ya que no procede recurso extraordinario de casación.

Finalmente, cabe mencionar las decisiones cautelares que son apeladas parcialmente por el demandante, en este caso, consideramos que previamente a ejecutarse debe ser elevada al superior para su pronunciamiento. Aún no debe participar el afectado, pues queda pendiente el reclamo del demandante, y de ser modificado a su favor, se incrementara la afectación al afectado, por eso no es conveniente aún su intervención.

### 3.6. NUEVA SOLICITUD CAUTELAR

Una vez que la decisión cautelar que rechaza la medida cautelar esta queda firme. Sin embargo, el demandante ante nuevos hechos –hechos posteriores– que cambian las circunstancias existentes al momento de la petición cautelar, puede solicitar nuevamente una medida cautelar. No se trata de una modificación de la medida cautelar, sino de una nueva petición cautelar.

### 3.7. LA EJECUCIÓN DE LA MEDIDA CAUTELAR

La forma de cumplir la decisión cautelar, dependerá del tipo de medida cautelar concedida. En algunos casos bastara con la notificación, en otros casos, además será necesario la realización de actos materiales. Por ejemplo, las medidas cautelares de innovar y no innovar de ordinario se ejecutan con la notificación. La medida cautelar en forma de inscripción, con su anotación en

<sup>69</sup> Art. 611.º del Código Procesal Civil: «[...] La decisión que ampara o rechaza la medida cautelar es debidamente motivada, bajo sanción de nulidad».

<sup>70</sup> VERAMENDI FLORES, Erick. *El recurso de apelación del ejecutado con una medida cautelar según el Código Procesal Civil peruano*. En: RAE Jurisprudencia. Tomo 9. Marzo 2009. Caballero Bustamante, pp. 151-166.

<sup>71</sup> BACRE, Aldo. *Medidas Cautelares: doctrina y jurisprudencia*. Ediciones La Roca. Buenos Aires 2005, pp. 133-134.

<sup>72</sup> MONROY, Juan José. *Bases para la formación de una teoría cautelar*. Comunidad. Lima 2002, p. 233.

<sup>73</sup> PALACIO, Lino Enrique. *Derecho Procesal Civil*. Ob. cit., p. 77.

<sup>74</sup> Exp. N.º 1209-2006-PA/TC. *El Peruano* 30.11.2006, pp. 9288-9299. Aquí el TC desarrolla la procedencia del proceso de amparo en proceso cautelar.

los Registros Públicos y su posterior notificación. La administración judicial, se ejecutan con actos jurisdiccionales realizados por el órgano jurisdiccional. El juez tiene el poder para solicitar el apoyo de la fuerza pública [art. 641.º del CPC].

**¿El problema de la notificación?** El acto procesal de notificación esta relacionado con el derecho de defensa del afectado. En principio, dependerá del tipo de medida cautelar a ejecutar, esta determinara la forma de notificación, esto es, mediante cedula de notificación, o, además mediante actos materiales.

**¿En qué momento se notifica la resolución cautelar?** La notificación al afectado del trámite de la medida cautelar es importante para que pueda defenderse formulando oposición, de ser el caso, o formulando recurso de apelación en caso se haya confirmado o revocado la decisión cautelar. El artículo vigente ha pretendido corregir las interpretaciones equivocadas que realizaban los magistrados con la anterior redacción de la norma en mención. No obstante ello, consideramos que el artículo 637.º del CPC no precisa en qué momento debe notificarse al ejecutado la resolución que resuelve la medida cautelar, exigencia que se desprende del art. 155.º del CPC. Ahora bien, considerando que la norma indica que una vez dictada la medida cautelar el afectado puede formular oposición dentro del plazo de 5 días desde que toma conocimiento, debe entenderse que la notificación de la medida cautelar se puede realizar extraproceso por “convalidación”, es decir, cuando el afectado tome conocimiento del trámite de la medida cautelar por hechos ajenos a la formal notificación, se entiende que la exteriorización de los actos de ejecución de la medida, por ejemplo, una entidad bancaria le comunica que se ha dispuesto la retención del dinero depositado de su cuenta bancaria, sin que ello implique la afección del monto total. Realizar un razonamiento incentiva a utilizar irrazonablemente las medidas cautelares como un medio de coacción en contra de los intereses del afectado. En tal sentido, consideramos que existen dos momentos por el cual se producirá la notificación del trámite de la medida cautelar; la primera, se produce formalmente dentro del proceso mediante la notificación y demás recaudos, una vez que se haya ejecutado la medida cautelar –regla general–; y la segunda, cuando el afectado toma conocimiento extraproceso del trámite de la medida cautelar –se entiende por actos de ejecución de la medida–, situación en la cual se habría producido la convalidación de la notificación del trámite de la medida cautelar –excepción–. No cabe duda que la notificación del trámite de la medida cautelar es dinámica y, corresponderá determinar al juez en cada caso concreto en qué momento se ha realizado, a efectos de computar los plazos para que pueda formular oposición. Al respecto, el profesor ROLANDO MARTEL CHANG señala que: «[...] La falta de precisión sobre el momento en que debe notificarse la resolución cautelar puede complicar la ejecución de la medida, porque si la notificación se hace una vez dictada la medida, se pone en riesgo su ejecución, al abrir la posibilidad de que el ejecutado ponga a buen recaudo los bienes objeto de la medida. Más allá de ello, la opción de notificar la resolución antes de ejecutarse ha quedado albergada dentro de la norma actual, lo que incluso podría ser solicitado por el afectado que ya se informó de la existencia de la medida»<sup>75</sup>.

## 5.8. LA CONTRADICCIÓN DEL AFECTADO

Conforme venimos señalando, el art. 637 del CPC mantiene el principio *in audita pars* aunque en menor intensidad que los textos modificados. Pues si inicialmente el afectado podía cuestionar la decisión cautelar vía recurso de apelación, luego de la ejecución total de la medida, o cuando alguna de las medidas ejecutadas razonablemente aseguraba el cumplimiento de la sentencia. En el texto actual, el afectado puede intervenir en el trámite desde que se dicta o decide la medida cautelar –concesorio– formulando oposición, en tanto tome conocimiento de la medida cautelar, en caso contrario, tomará conocimiento formalmente desde la notificación una vez que la medida cautelar se haya ejecutado. Como puede verse, el ejercicio de la contradicción del afectado dependerá del momento en que tome conocimiento de la misma –

<sup>75</sup> MARTEL CHANG, Rolando. *La Ley N.º 29384 y el procedimiento cautelar en el proceso civil*. En Actualidad Jurídica N.º 188. Gaceta Jurídica, Lima Julio 2009, p. 40.

concesorio o ejecución—. Por tanto, su presencia será dinámica y dependerá de cada caso concreto. Lo importante es que la relajación de este principio permite que el afectado ejerza su derecho de contradicción con mayor amplitud y rapidez, esto es, desde que la medida es concedida. De esta forma también se está restringiendo en menos intensidad el derecho de defensa del afectado y el principio de igualdad de las partes.

#### 5.9. LA OPOSICIÓN DEL AFECTADO EN EL TRÁMITE DE LA MEDIDA CAUTELAR

La formulación de la oposición por el afectado contra el concesorio, resulta una novedad dentro del procedimiento cautelar [art. 637.º del CPC]. El escrito de oposición debidamente fundamentada y prueba anexa esta dirigida a obtener el alzamiento [o modificación] de ésta por no concurrir los requisitos de admisibilidad, presupuestos de la medida cautelar, o los requisitos especiales de la medida. Esto implica que quien se opone a la medida no introduce un objeto procesal nuevo, distinto a la pretensión inicial de la medida, sino se limita a pedir la declaración negativa de lo pretendido por el demandante<sup>76</sup>. Debe recordarse que la oposición es potestativa, es decir, el ejecutado tiene la libertad de hacer uso o no de esta impugnación, en tal caso, la decisión cautelar quedará firme. En tal sentido, el afectado podrá formular oposición contra la resolución que concede la medida cautelar dentro del plazo de 5 días que toma conocimiento de esta.

Con la incorporación de la oposición en el trámite restituye el derecho a la doble instancia del afectado, la primera, formulando oposición ante el mismo juez, y la segunda, por intermedio de la apelación contra la resolución que resuelve la oposición, cabe recordar que el texto anterior solo tenía acceso a una instancia por intermedio del recurso de apelación<sup>77</sup>. La profesora EUGENIA ARIANO DEHO señala que la sustitución de la apelación por la oposición del afectado, es una vieja idea que se desarrollaba en el art. 241.º del Código de Procedimientos Civiles de 1912 y que a nivel legislación comparada, es el modo tradicional de promover el contradictorio cuando las resoluciones concesorias de tutela cautelar se emitan *inaudita altera pars*; agrega que así se pretende que el afectado pueda, pese a la no ejecución aún de la resolución oponerse, evitándose el efecto perverso a que daba lugar el texto original del Código Procesal Civil, en el que se condicionaba el apersonamiento del afectado al procedimiento cautelar a la previa [formal] notificación de la medida, lo que solo podía ocurrir tras la ejecución; pues en caso contrario, todas aquellas medidas cautelares que para perfeccionarse requieran de actos materiales de ejecución [fundamentalmente, embargos, secuestros judiciales y anotaciones de demanda], estarían seriamente comprometidas en su efectividad, si es que antes de su ejecución se procediera a dar “formal” conocimiento a la contraparte<sup>78</sup>. El profesor ROLANDO MARTEL CHANG señala que aún cuando la norma no lo señale, es claro que por aplicación del principio de igualdad procesal la oposición debe ser puesta de conocimiento del beneficiario de la medida cautelar, para cuyo fin se le deberá correr traslado respectivo, luego de lo cual con su absolución o sin ella el juez deberá resolver la oposición<sup>79</sup>. Compartimos esta posición teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 3.º del CPC<sup>80</sup>.

La oposición se formula desde la decisión cautelar, hasta la ejecución total de la medida, lo que implica que se pueda formular frente a actos materiales de ejecución de la medida sin que se haya ejecutado en su totalidad. Es resuelta por el mismo juez que decidió la medida cautelar. La formulación de la oposición no suspende la decisión cautelar.

El profesor JUAN MONTERO AROCA refiere que: «[...] cualquier impugnación que se realice por las partes contra las resoluciones que acuerden o que deniegan una medida cautelar, habrá de encontrar su fundamentación en la alegación de una infracción de norma procesal. Incluso en el

<sup>76</sup> ORTELLS RAMOS, Manuel. *Las Medidas Cautelares*. Ob cit., p. 355.

<sup>77</sup> Algunas ideas al respecto hemos desarrollado en el artículo *El recurso de apelación del ejecutado con una medida cautelar según el Código Procesal Civil peruano*. En: Revista *RAE Jurisprudencia*. Tomo 9. Marzo 2009. Caballero Bustamante, pp. 151-166.

<sup>78</sup> ARIANO DEHO, Eugenia. *El nuevo procedimiento cautelar*. Ob. cit., p. 17-18.

<sup>79</sup> MARTEL CHANG, Rolando. *La Ley N.º 29384 y el procedimiento cautelar en el proceso civil*. Ob. cit., p. 41.

<sup>80</sup> Art. 3 del Código Procesal Civil: «Los derechos de acción y contradicción en materia procesal civil no admiten limitación para su ejercicio, sin perjuicio de los requisitos procesales previstos en este Código».

caso que se formule oposición a la medida cautelar, obviamente después de haber sido adoptado ésta, esa oposición se regirá exclusivamente por las normas procesales, y lo mismo cabe decir de la impugnación relativa a la resolución que en la oposición se adopte [...]»<sup>81</sup>. Esto implica que se podría formular oposición por infracción de las normas que regula el Título IV del el CPC, referido a las medidas cautelares.

¿Se puede renunciar al recurso de oposición? Cabe mencionar que en la práctica se esta observando que algunos litigantes saliéndose del procedimiento establecido por ley, vienen formulando de manera directa –sin formular oposición- el recurso de apelación: ¿puede renunciarse a la oposición y formularse directamente recurso de apelación? No compartimos dicho razonamiento. En primer lugar, porque el afectado no esta renunciado a impugnar la decisión cautelar, sino esta utilizando un recurso erróneamente, desviando el procedimiento establecido por ley, trasgrediendo el principio del juez natural, por ende, el debido proceso. Este razonamiento cobra fuerza si se tiene en cuenta que al apelar la decisión cautelar, el afectado introduce “*nuevos medios probatorios*” para contradecir la decisión cautelar, medios probatorios que han de ser valorados por el juez *ad quen*, y que de ser desfavorable al demandante éste no podría impugnar la decisión recaída en segunda instancia, por entenderse firme, de esta forma también se estaría transgrediendo el derecho a la doble instancia del demandante. El procedimiento diseñado por el artículo 637.º del Código Procesal Civil, ha diseñado un tramite que garantiza el derecho a la doble instancia para ambas partes, ponderando el derecho a la tutela judicial del demandante, ni el derecho de contradicción del afectado.

#### **5.10. CAUSALES DE REVISIÓN MEDIANTE EL LA OPOSICIÓN**

Dado que el art. 637.º del CPC, no restringe la actividad defensiva, consideramos que las causales de defensa deben ser amplias, podría cuestionarse:

- Incumplimiento de los requisitos legales para la concesión de la medida cautelar: forma de la medida cautelar, los bienes sobre el cual recaerá la medida, el monto de la afectación, contracautela, órgano de auxilio judicial, etc. [art. 610.º del CPC].
- Incumplimiento de la fundamentación y pruebas presentadas por el solicitante deben acreditar concretamente los presupuestos de las medidas cautelares: verosimilitud del derecho (desvirtuándola o destruyéndola), peligro en la demora, razonabilidad o adecuación [art. 611.º del CPC]. Al cuestionar la razonabilidad puede cuestionarse la adecuación de la medida cautelar, pudiendo solicitarse otro tipo de medida cautelar menos gravosa, pero igual de eficaz, por ejemplo, ante una medida cautelar de embargo en forma de retención podría solicitar la variación por una fianza bancaria. El juicio de razonabilidad también implica un juicio de proporcionalidad, necesidad, idoneidad.
- Plantear que la pretensión principal se encuentra suficientemente garantizada, por tanto, la medida cautelar es innecesaria de conformidad al art. 627.º del CPC.
- Solicitar la sustitución o variación de la medida cautelar por una menos gravosa [art. 617.º y 628.º del CPC].
- Cuestionar la forma, naturaleza, alcances de la contracautela [art. 611.º del CPC] no son suficientes para garantizar los posibles daños y perjuicios del afectado.

#### **5.11. LEGITIMIDAD: INTERVENCIÓN DE SUJETOS**

La legitimidad para obtener tutela cautelar corresponde a quien está legitimado para la tutela judicial pretendida en el proceso principal, según la legitimación que otorgue el sistema jurídico. Ocurre lo mismo con la legitimidad del afectado.

#### **5.12. EFECTOS DE LA OPOSICIÓN**

---

<sup>81</sup> MONTERO AROCA, Juan. *Proceso (Civil y Penal) y Garantía*. Editora Tirant Lo Blanch, Valencia 2006, p. 264.

Al respecto, la última parte del art. 611.º del CPC, sanciona con nulidad la decisión que ampara o rechaza la medida cautelar no se encuentre debidamente fundamentado, por tanto, una interpretación sistemática de estas normas nos hace concluir que planteada la oposición el juez podrá sancionar con nulidad la resolución por falta de motivación. De no existir causal de nulidad, el juez deberá revisar la discrecionalidad al momento de decidir la solicitud cautelar, a efectos de revocarla o confirmarla, esta facultad se desprende del texto del art. 637.º del CPC que dispone que de ampararse la oposición el juez dejara sin efecto la medida cautelar. La oposición también podría ampararse parcialmente, por ejemplo, en caso de reducirse el monto de la afectación.

### 5.13. JUEZ COMPETENTE

Corresponde conocer la oposición al mismo juez que decidió la medida cautelar.

### 5.14. APELACIÓN SOBRE LO RESUELTO EN LA OPOSICIÓN

Aquí cabe distinguir dos supuestos: (i) apelación contra el auto estimatorio de la oposición, y (ii) apelación contra el auto desestimatorio de la oposición. En ambos casos la apelación es sin efecto suspensivo, pues de lo contrario se desvirtuaría la finalidad y posiblemente se haría inútil por imposibilidad de su ejecución posterior<sup>82</sup>. El art. 637.º del CPC únicamente refiere que la resolución que resuelve la oposición es apelable sin efecto suspensivo, del cual se entiende que la apelación asiste al demandante y afectado. A decir del profesor ROLANDO MARTEL CHANG una vez apelada la resolución que ampara la oposición, si el superior revoca o declara nula la resolución existe el riesgo que el ejecutado ponga a buen recaudo los bienes materia de embargo, por lo que hubiera sido más saludable que en este caso la apelación sea concedido con efecto suspensivo. De otro lado, no resultaría razonable conceder la apelación con efecto suspensivo en caso la oposición sea declarada infundada<sup>83</sup>. En este caso, son aplicables los requisitos exigidos a todo recurso de apelación.

### 5.15. IMPROCEDENCIA DE LA CASACIÓN

La regla general es que no procede recurso de casación contra la resolución final que decide una medida cautelar, debido a su característica de provisionalidad. Así, se ha pronunciado la jurisprudencia de la Corte Suprema: «[...] se trata de un proceso cautelar, significando que la resolución final emitida en dicho proceso y las emitidas en forma posterior, no ponen fin a la instancia; toda vez que el mismo requiere de un proceso principal –en el que se resuelva el conflicto de intereses o se elimine la incertidumbre jurídica planteada por las partes en litigio– en donde puede aplicarse tal medida cautelar; por esta razón, se afirma que aquélla es instrumental (sólo un medio para asegurar la decisión final), provisional (no definitiva) y variable (que puede ser modificada en cualquier momento) [...]»<sup>84</sup>. Dentro de la doctrina argentina se sostiene que si procede recurso extraordinario en caso de que la ejecución de la medida cautelar se pueda tornar irreparable<sup>85</sup>.

No obstante ello, su procede contra la resolución que decide en segunda instancia la indemnización por danos y perjuicios por ejecución de medidas cautelares innecesarias y maliciosas [art. 621.º del CPC]. Compartimos lo afirmado por MANUEL SÁNCHEZ-PALACIOS PAIVA, para quien procede recurso de casación contra la resolución expedida en aplicación del art. 621.º del CPC, pues fija o desestima una indemnización definitiva y final<sup>86</sup>. Así, se han pronunciado en las casación N.º 1724-2009 Lima<sup>87</sup> y Casación N.º 882-2008 Callao<sup>88</sup>.

<sup>82</sup> PODETTI, J. Ramiro. *Tratado de las Medidas Cautelares*. Ob. cit., p. 68.

<sup>83</sup> MARTEL CHANG, Rolando. *La Ley N.º 29384 y el procedimiento cautelar en el proceso civil*. Ob. cit., p. 41-42.

<sup>84</sup> Casación N.º 2718-2009 Piura, *El Peruano* 01.02.2010, p. 27301.

<sup>85</sup> MARTINEZ BOTOS, Raúl. *Medidas Cautelares*. Ob. cit., p. 115.

<sup>86</sup> SANCHEZ-PALACIOS PAIVA, Manuel. *El Recurso de Casación Civil*. Editorial Cultural Cuzco, Lima 2002, p. 37.

<sup>87</sup> *El Peruano* 30.11.2010, pp. 28802-28805.

<sup>88</sup> *El Peruano* 30.11.2010, pp. 23793-23794.

## 5.16. PROCESO DE AMPARO CONTRA RESOLUCIÓN EMITIDA EN MEDIDA CAUTELAR

La procedencia del proceso de amparo en el proceso cautelar ha sido admitida por el Tribunal Constitucional en el expediente N.º 1209-2006-PA/TC. *El Peruano* 30.11.2006, pp. 9288-9299, fundamento 12) donde ha afirmado: «[...] En el caso de las medidas cautelares, dicha firmeza se alcanza con la apelación y su confirmatoria por la Sala, con lo cual, una vez emitida la resolución de segunda instancia queda habilitada la vía del amparo si es que la violación o amenaza continúa vigente. De lo contrario, se estaría creando zonas de intangibilidad, que no pueden ser controladas hasta que concluya el proceso judicial principal. Se dejaría de este modo al arbitrio judicial sin ningún mecanismo de control a través de los procesos constitucionales. En este sentido, debe recordarse que la tutela cautelar si bien constituye un derecho para garantizar el cumplimiento de la sentencia que se dicte sobre el fondo, supone al mismo tiempo, un juzgamiento en base a probabilidades, por tanto, su potencial de constituirse en acto arbitrario es incluso mayor al de una sentencia que ha merecido una mayor cautela y conocimiento por parte del Juez. En consecuencia, el pretender cerrar la posibilidad de su control jurisdiccional a través de los procesos constitucionales, resulta en este sentido manifiestamente incongruente con los postulados básicos del Estado Democrático de Derecho, entre éstos, con el principio de interdicción de la arbitrariedad reconocido por nuestra propia jurisprudencia [...]».

## 3.17. IMPUGNACIÓN DE TERCERO: DESAFECTACIÓN

El tercero cuya propiedad ha sido afectado con una medida cautelar tiene dos posibilidades para solicitar su desafectación del bien. Primero, solicitando su desafectación en el mismo incidente cautelar de conformidad del art. 624.º del CPC. También, formulando tercería en vía de acción de conformidad al art. 533 y siguientes del CPC.

## 6. OTRAS FORMAS DE DEFENSA

Al inicio del presente trabajo se ha puesto de manifiesto que si bien es cierto el afectado es restringido en alguna manera su derecho de defensa, también es cierto que nuestro ordenamiento procesa le otorga diversos instrumentos para ejercitar su derecho de defensa, en las siguientes líneas plantearemos alguna de ellas.

### 4.1. VARIACIÓN O MODIFICACIÓN

La modificación es cambiar una medida cautelar o de contracautela, sea en cuanto a su *naturaleza* (una fianza real por una personal), sea en cuanto a su *calidad* (un embargo preventivo por una fianza), bien en cuanto a su *extensión* (una administración judicial por una intervención judicial), que puede referirse al *monto* (una mayor o menor garantía). La modificación puede ser en su naturaleza o extensión<sup>89</sup>.

La decisión sobre la medida cautelar no constituye cosa juzgada. La característica de la mutabilidad de las medidas cautelares, informa que cuando las circunstancias particulares, debidamente valoradas por el juez, puestas de manifiesto por cualquiera de las partes y aún de oficio, demuestren que la medida cautelar dispuesta no satisface la función de garantía que le ha sido asignada o la hace deficientemente o produce perjuicios innecesarios a quien la soporta, es susceptible de modificarse, tanto en su *objeto* como en los *alcances* y *modalidades* de la

<sup>89</sup> PODETTI, J. Ramiro. *Tratado de las Medidas Cautelares*. Ob. cit., p. 135-136.

medida<sup>90</sup>. De allí que nuestro ordenamiento otorgue poderes de adecuación al juez [art. 611.º, 613.º del CPC]

También procede cuando varíe las circunstancias que lo determinaron. Esto es el cambio en las circunstancias de hecho o de derecho que se tuvieron en cuenta al decretar la medida cautelar. La modificación solicitada por el demandante puede consistir en: variación de la forma de la medida cautelar, variación de bienes, monto, sustitución de órgano de auxilio judicial. El juez deberá tener en cuenta el presupuesto de adecuación o razonabilidad. La modificación se debe solicitar dentro del mismo proceso cautelar y previo traslado a la otra parte [art. 617.º del CPC].

La solicitud de variación la pueden solicitar el demandante y el afectado. No encontramos inconveniente, en que el juez, excepcionalmente y antes que la medida cautelar se ejecute y notifique al afectado, disponga de oficio la variación de una medida cautelar, justificado en el presupuesto de razonabilidad, además de evitar un perjuicio mayor al afectado; no podría invocarla para imponer una medida mas gravosa. También consideramos que un tercero puede solicitar la variación, solicitando la desafectación de conformidad al art. 624º del Código Procesal Civil.

## 5.2. LEVANTAMIENTO O ALZAMIENTO O CANCELACIÓN

También procede cuando varíe las circunstancias que lo determinaron. Esto es el cambio en las circunstancias de hecho y de derecho que se tuvieron en cuenta al decretar la medida cautelar. La conclusión del proceso principal, y otras formas especiales de conclusión del proceso, determinan la cancelación de la medida cautelar [art. 630.º del CPC].

## 5.3. SUSTITUCIÓN

Procederá contra una medida que resulte menos gravosa. La modificación se debe solicitar dentro del mismo proceso cautelar y previo traslado a la otra parte. Podría darse en el caso de la afectación de bienes que son perecibles, en cuyo caso, podría sustituirse por otros bienes [art. 628.º del CPC]. La sustitución es una especie de la modificación<sup>91</sup>.

## 6. CONCLUSIONES

1. La oposición procesal es un acto procesal de parte destinada a evitar que se realice la pretensión de la otra parte (contradecir), se formulan *antes* de resolverse la pretensión opuesta, por ende, no se formulan contra resoluciones y tienen efecto declarativo más no revocatorio. La oposición se ejerce como contradicción, remedio o recurso, sea como incidente o vía de acción.
2. La regulación de la oposición se debe dar en un modelo de contradicción previa, sin embargo, al art. 637.º del Código Procesal Civil adopta un modelo de contradicción diferida, por tanto, debió regularse un recurso con efectos revocatorios [reposición, reconsideración, etc.]. No obstante ello, la oposición resulta igualmente *eficiente* para que el afectado ejerza su defensa.
3. El afectado tiene el derecho a la doble instancia al haberse regulado la oposición, además de poder apelar la decisión que recaiga sobre está. La defensa a ejercer el afectado a través de la oposición resultan más amplia, ya que el legislador no ha impuesto una defensa reglada.
4. Un tema pendiente de resolver es si nuestro sistema debe adoptar un sistema de contradicción previa, o, a solicitud del demandante una contradicción diferida.

<sup>90</sup> QUEVEDO MENDOZA, Efraín I. *Medidas Cautelares*. En *Acceso al Derecho Procesal Civil*. Tomo II, Editorial Platense, Buenos Aires 2007, p. 1105.

<sup>91</sup> PODETTI, J. Ramiro. *Tratado de las Medidas Cautelares*. Ob. cit., p. 135.

## Bibliografía

- ARAZI, Roland. *Medidas Cautelares*. Aditorial Astrea, Buenos Aires 2007.
- ARIANO DEHO, Eugenia. *Manual de Actualización Civil y Procesal Civil*. Gaceta Jurídica, Lima 2010.
- ARIANO DEHO, Eugenia. *El nuevo procedimiento cautelar*. En Actualidad Jurídica N.º 188, Lima Julio 2008. Gaceta Jurídica.
- BACRE, Aldo. *Medidas Cautelares: doctrina y jurisprudencia*. Ediciones La Roca. Buenos Aires 2005.
- BARONA VILAR, Silvia. *Las Medidas Cautelares: introducción*. En *Cuadernos de Derecho Judicial: Las Medidas Cautelares*. Editorial Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1993.
- CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Tomo I, Editorial Heliasta, Buenos Aires 1989.
- CARNELUTTI, Francesco. *Derecho y proceso*. Tomo I, Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires 1971.
- CARRION LUGO, Jorge. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Volumen II, Editora Grijley, Lima 2007.
- CHAMORRO BERNAL, Francisco. *La tutela judicial efectiva*. Editorial Bosch, Barcelona 1994.
- DE SANTO. *Diccionario de Derecho Procesal*. Editorial Universidad, Buenos Aires 1991.
- GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho Procesal Civil*. Tomo II, Editorial Colex, Madrid 2007.
- HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto en *Comentarios al Código Procesal Civil*, Tomo I, Editorial Gaceta Jurídica, Lima 2004.
- MARINONI, Luz Guilherme. *Derecho Fundamental a la Tutela Jurisdiccional Efectiva*. Palestra Editores, Lima 2007.
- MARTEL CHANG, Rolando. *La Ley N.º 29384 y el procedimiento cautelar en el proceso civil*. En Actualidad Jurídica N.º 188. Gaceta Jurídica, Lima Julio 2009.
- MARTINEZ BOTOS, Raúl. *Medidas Cautelares*. Editorial Universidad. Buenos Aires 1994.
- MONROY GALVEZ, Juan. *Teoría General del Proceso*. Numero 6, Editora Palestra. Lima 2007.
- MONROY, Juan José. *Bases para la formación de una teoría cautelar*. Comunidad. Lima 2002.
- MONTERO AROCA, Juan. *Proceso (Civil y Penal) y Garantía*. Editora Tirant Lo Blanch, Valencia 2006.
- MORA ALARCON, José Antonio. *Proceso Civil*. Editora Tirant Lo Blanch, Valencia 2008.
- NOVELLINO, Nolberto J. *Embargo y Desembargo y demás Medidas Cautelares*. La Ley, Argentina 2005.
- ORTELLS RAMOS, Manuel. *La Tutela Judicial Cautelar en el Derecho Español*. Editorial Comares, Granada 1996.
- ORTELLS RAMOS, Manuel. *Derecho Procesal Civil*. Editora Aranzadi, Navarra 2002.
- ORTELLS RAMOS, Manuel. *Las Medidas Cautelares*. Editorial La Ley, Madrid 2000.
- PALACIO, Lino Enrique. *Derecho Procesal Civil*. Tomo VIII, Editora Abelardo Perrot, Buenos Aires 1992.
- PAREDES INFANZON, Julio. *Diccionario de Derecho Procesal Civil peruano*. Editorial San Marcos, Lima 1999.
- PICO I JUNOY, Joan. *Las Garantías Constitucionales del Proceso*. Editorial José María Bosch, Barcelona 1997.
- PODETTI, J. Ramiro. *Tratado de las Medidas Cautelares*. Tomo IV, Editorial Ediar, Buenos Aires 1956.

- PRIORI POSADA, Giovanni F. *La Tutela Cautelar: su configuración como derecho fundamental*. Ara Editores, Lima 2006.
- QUEVEDO MENDOZA, Efrain I. *Medidas Cautelares*. En *Acceso al Derecho Procesal Civil*. Tomo II, Editorial Platense, Buenos Aires 2007.
- QUINTERO, Beatriz y PRIERO, Eugenio. *Teoría General del Proceso*. Editorial Themis, Bogotá 2000.
- QUIROGA LEÓN, Anibal. *Estudios de Derecho Procesal*. Editorial Ideosa, Lima 2008.
- RAMOS, Manuel. *La Tutela Judicial Cautelar en el Derecho Español*. Editorial Comares, Granada 1996.
- RAMOS MENDES, Francisco. *Derecho Procesal Civil*. Tomo II, Editora José María Bosh, Barcelona 1997.
- RAMOS ROMEU, Francisco. *Las Medidas Cautelares Civiles: análisis jurídico - económico*. Editorial Atelier, Barcelona 2006.
- REBO DURAN, Luis. *Diccionario de Derecho*. Editorial Bosch, Barcelona 1995.
- ROCCO, Ugo. *Derecho Procesal Civil*. Serie de Clásicos del Derecho Procesal Civil. Volumen 1, Editorial Jurídica Universitaria, México 2002.
- SANCHEZ-PALACIOS PAIVA, Manuel. *El Recurso de Casación Civil*. Editorial Cultural Cuzco, Lima 2002.
- VERAMENDI FLORES, Erick. *El recurso de apelación del ejecutado con una medida cautelar según el Código Procesal Civil peruano*. En: RAE Jurisprudencia. Tomo 9. Marzo 2009. Caballero Bustamante.
- <http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/CLProLey2006.nsf>. 30/11/2010.