

RESTRICCIÓN A LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA EN LA PRETENSIÓN DE INDEMNIZACIÓN POR EJECUCIÓN DE MEDIDA CAUTELAR INNECESARIA O MALICIOSA¹

Abogado Erick Veramendi Flores²

«El valor que el tiempo tiene en el proceso es inmenso y, en gran parte desconocido. No sería demasiado atrevido parangonar el tiempo a un enemigo contra el cual el juez lucha sin descanso»
CARNELUTTI

RESUMEN

«En el presente artículo se desarrolla el tema de la indemnización por ejecución de medidas cautelares innecesarias o maliciosas, poniendo en evidencia de la regulación contenida en el art. 621.º del Código Procesal Civil resulta deficiente. Asimismo, establece la existencia de lagunas del derecho que deben ser resueltos por los magistrados, para lo cual se plantean supuestos concretos»

Sumario

- I. Introducción
- II. Planteamiento del problema
- III. Medida cautelar: ¿actividad riesgosa?
- IV. Indemnización en medida cautelar
 - 4.1. Tesis objetiva
 - 4.2. Tesis subjetiva
 - 4.3. Teoría del riesgo
- V. La teoría asumida por el art. 621.º del Código Procesal Civil peruano
 - 5.1. Antecedente legislativo
 - 5.2. El art. 621.º del Código Procesal Civil
 - 5.3. Supuestos de responsabilidad por ejecución de medidas cautelares innecesarias o maliciosas
 - 5.4. La medida cautelar maliciosa o innecesaria en las distintas formas de conclusión anormal del proceso
 - a. cuando la pretensión contenida en la demanda es declarada «fundada»
 - b. cuando la pretensión contenida en la demanda es declarada «infundada»
 - c. otros supuestos
- VI. Derecho comparado
 - 7.1. El Código Procesal Civil y Comercial de la nación Argentina
 - 7.2. Ley de Enjuiciamiento Español
 - 7.3. El Código Procesal Civil de Paraguay
- VII. Jurisprudencia
- VIII. La medida cautelar como expresión de tutela jurisdiccional efectiva
- IX. Conclusiones
- X. Recomendaciones

I. INTRODUCCIÓN

No cabe duda que en los últimos tiempos se viene observando en la práctica jurídica que los operadores del derecho vienen ejerciendo en forma abusiva diversas instituciones del proceso, tales como las medidas cautelares. Así, dentro de nuestra experiencia hemos observado que ciertos operadores del derecho formulan medidas cautelares como medio de coacción para obtener

¹ Tesis para optar el grado de magister en la Universidad Nacional Hermilio Valdizan de Huánuco.

² Asistente en la Función Fiscal de la Segunda Fiscalía Superior de Familia de Lima.

beneficios ajenos al proceso. «No hay duda que las medidas cautelares sobre los bienes, cualquiera sea su especie y su duración, ocasionan perjuicios al litigante a quien afectan. Como el embargo, todas las medidas cautelares limitan, en algún grado, “las facultades de disposición y de goce” de los bienes sobre las cuales recaen. Desde el secuestro, que priva de la tenencia del bien secuestrado y en consecuencia de la posibilidad de disponer de él y usarlo, hasta la anotación de la *litis*, que no impide en ningún grado el uso, ni tampoco la disposición del bien, pero puede hacer más difícil la venta o disminuir su precio, todas las que recaen sobre bienes pueden, en razón de esas limitaciones y de la medida misma, ocasionar perjuicios al litigante cautelado [...]»³. Así, la doctrina ha planteado como ejemplo, «[...] cuando se traba una inhibición no obstante conocerse la existencia de bienes libres del deudor o una intervención de caja “directa” sin previamente intentar un embargo de bienes, tales medidas suelen “canjear” por transacciones “leoninas” y claramente ventajosas para el abusador»⁴.

Dentro de la doctrina nacional el profesor NELSON RAMÍREZ JIMENEZ ha precisado «[...] explica la existencia, para vergüenza de la justicia peruana, de aquel recordado carrusel de medidas cautelares en el tema Luchetti, o de aquel otro en el caso de Panamericana Televisión, en que una jueza dictó de oficio una medida cautelar desde su casa, en el momento en que veía por televisión el agravio que dice se cometía, notificándola vía fax. Hay otras singularidades no famosas pero igualmente impactantes, como la de aquella jueza que otorgó posesión “directa e inmediata” a un precario, para evitar que sea lanzado, o la de aquel otro juez que paralizó una medida cautelar previamente otorgada por otro órgano judicial porque a él no le parecía que había apariencia de derecho. Otra “modalidad” es el avocamiento simultáneo de diferentes juzgados del país sobre un mismo asunto, como aquel en el que se dictaron siete medidas cautelares por diferentes órganos judiciales de la costa peruana, unos ordenando el zarpe de una nave, otros impidiendo ese zarpe de una nave, otros nombrando un nuevo administrador, otros embargando la nave, etc., a tal punto de contradictorias, que la Capitania del puerto de Paita tuvo que hacer “consultas jurisdiccionales” para determinar cual de las medidas cautelares debía ser la que se cumple»⁵. De nuestra parte solo formularemos una experiencia, una solicitud de medida cautelar innovativa por el cual se paralizaba una edificación, bajo el pretexto de que el contrato de superficie era objeto de nulidad de acto jurídico, sin tenerse en cuenta que esa medida resultaba totalmente desproporcional e irracional, ya que cualquier daño se encuentra garantizado con la edificación misma. Así, seguramente el lector podrá plantearse diversos ejemplos.

Con esta experiencia el afectado por la medida cautelar innecesario o maliciosa recurrirá a nuestro ordenamiento jurídico en busca de una respuesta jurídica para buscar una reparación de los daños y perjuicios que pueda haber sufrido. Lamentablemente, nuestro ordenamiento jurídico no ofrece una adecuada protección a la víctima de una medida cautelar innecesaria o maliciosa, como

³ PODETTI, Ramiro J. *Tratado de las medidas cautelares*. Ediar Editores, Buenos Aires 1956, p. 123.

⁴ PEYRANO, Jorge W. *Abuso de los derechos procesales* En Abuso Procesal. Rubinzal Culzoni Editores. Buenos Aires 2006, p. 82.

⁵ RAMÍREZ JÍMENEZ, Nelson. *Abuso de las medidas cautelares*. En Derecho Procesal: III Congreso Internacional. Universidad de Lima, Lima 2005, p. 311.

demostraremos en el presente artículo. Debemos aclarar que no es objeto del presente artículo establecer las costas, costos, multa o el daño a terceros por ejecución de medida cautelar. Finalmente, debemos mencionar que el tema ha desarrollado se encuentra justificado en la existencia de un vacío normativo por el cual los operadores del Derecho no están otorgando una respuesta adecuada a los justiciables, a partir del cual esperamos contribuir a la eliminación de este vacío normativo que nos permita una administración de justicia acorde al valor justicia.

II. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Conforme a la problemática antes planteada, las normas procesales que regulan el proceso cautelar en el Código Procesal Civil peruano establecen mecanismos adecuados para que el ejecutante de una medida cautelar ofrezca una contracautela adecuada, concreta y específica para satisfacer los daños y perjuicios que eventualmente sufrió el afectado por una medida cautelar innecesaria o maliciosa. Sin embargo, ello de nada habrá servido si nuestro ordenamiento jurídico únicamente hace posible reclamar los daños y perjuicios ocasionados por la ejecución de una medida cautelar innecesaria o maliciosa cuyo proceso principal ha concluido al ser declarado *infundado*, tal y como se desprende del art. 621.º del Código Procesal Civil, guardando silencio respecto de los daños y perjuicios ocasionados por la ejecución de medidas cautelares cuyo proceso principal concluyo en cualquier forma especial del proceso, con o sin declaración sobre el fondo⁶ [desistimiento, allanamiento, amparo de una excepción o defensa previa, improcedencia de la demanda, abandono del proceso, etc.]; o, simplemente se modifique la decisión contenida en el proceso cautelar [caducidad de la medida cautelar, se declara fundada la oposición a la medida cautelar, etc.]; supuestos que no se encuentran regulados por nuestro ordenamiento procesal, por ende, los daños y perjuicios ocasionados no son reconocidos por el órgano jurisdiccional. No cabe duda que el proceso es dinámico, no estático.

De la misma forma, nuestro ordenamiento jurídico no hace referencia a las consecuencias patrimoniales en caso que la medida cautelar que resulte *innecesaria* o la afectación sea *excesiva*, con independencia de cuál sea la conclusión del proceso principal. Limitándose el art. 627.º del Código Procesal Civil ha señalar que es improcedente la solicitud cautelar cuando la pretensión se encuentra suficientemente garantizada.

Ante ello, nos encontramos ante un caso de laguna del derecho⁷, y como tal debe ser resuelto por el juez, así le exige el inciso 8) del art. 139.º de la Constitución Política del Perú. No obstante ello, los operadores jurídicos ante este vacío normativo vienen desconociendo principios generales del derecho, tales como el de proscripción del abuso del derecho, principio de no causar

⁶ Véase art. 321.º y 322.º del Código Procesal Civil.

⁷ La laguna del derecho es definida como «[E]l suceso para el que no existe norma jurídica aplicable, pero que se considera que debiera estar regulado por el sistema jurídico. Estrictamente hablando, el suceso que da origen a la laguna no está previsto en ninguno de los supuestos existentes en las normas vigentes del sistema jurídico, o puede ocurrir también que, a la consecuencia prevista, deba añadirse otra no prevista para el mismo supuesto» [RUBIO CORREA, Marcial. *El Sistema Jurídico: Introducción al Derecho*. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica. Lima 2007, p. 244].

daño a otro, etc. Por ello, consideramos que se está restringiendo la tutela jurisdiccional efectiva en la pretensión de indemnización por ejecución de medidas cautelares innecesarias o maliciosas cuyo proceso principal ha concluido en cualquier otra forma del proceso, distintos a ser declarado infundado.

En el presente artículo demostraremos que el supuesto regulado por el art. 621.º del Código Procesal Civil, resulta insuficiente para responder a los daños y perjuicios en los supuestos en los cuales el proceso asegurado con una medida cautelar concluya en cualquier forma especial del proceso, tales como los regulados en el art. 321.º y 322.º del Código Procesal Civil, más aún, demostraremos que aún así la demanda sea amparada puede causar daños y perjuicios.

III. MEDIDA CAUTELAR: ¿ACTIVIDAD RIESGOSA?

Nuestra respuesta es afirmativa. En ese sentido el autor argentino ALDO BACRE señale: «[E]s sabido que las medidas cautelares sobre los bienes, cualquiera que sea su especie y duración, ocasionan perjuicios al litigante a quien los afecta. Como el embargo, todas las medidas cautelares limitan, en algún grado, las facultades de disposición y de goce de los bienes sobre los cuales recaen [...] Desde el secuestro, que priva de la tenencia del bien secuestrado y en consecuencia de la posibilidad de disponer de él y de usarlo, hasta la anotación de la *litis*, que no impide en ningún grado su uso, ni tampoco la disposición del bien, pero puede hacer más difícil la venta o disminuir su precio, todas las que recaen sobre bienes pueden, en razón de esas limitaciones y de la medida misma, ocasionar perjuicios al litigante cautelado»⁸. En ese sentido, la profesora MARIANELLA LEDESMA NARVAÉZ afirma: « [...] la obligación de indemnizar no surge porque la medida cautelar dictada sea injusta sino por el hecho que su expedición y ejecución importa **riesgo** que debe ser asumido por quien se beneficia con ella [...]»⁹—resaltado nuestro—. Asimismo, JUAN JOSÉ MONROY PALACIOS manifiesta: «El carácter contingente de las medidas cautelares, es decir, la imposibilidad de saber si aquella se encarrila en lo que a futuro será una sentencia estimatoria (con lo cual, junto al *peculum in mora*, se termina de demostrar su total utilidad y pertinencia), genera un **riesgo** que, sin duda, debe ser asumido por quien solicita la medida»¹⁰ —resaltado nuestro—. Como se expone, existe consenso en establecer que la ejecución de una medida cautelar constituye una actividad riesgosa y como tal puede generar daños y perjuicios en el ejecutado, la misma que debe ser asumida por quien la propuso.

IV. INDEMNIZACIÓN EN MEDIDA CAUTELAR

La medida cautelar como actividad riesgosa puede causar daños y perjuicios desde su ejecución. Ahora, la doctrina ha desarrollado diversas teorías para al

⁸ BACRE, Aldo. *Medidas Cautelares: doctrina y jurisprudencia*. Ediciones La Rocca, Buenos Aires 2005, pp. 202-208.

⁹ LEDESMA, Marianella. *Comentarios al Código Procesal Civil*. Tomo III. Editorial Gaceta Jurídica, Lima 2008, p. 83.

¹⁰ MONROY, Juan J. *Teoría Cautelar*. Editorial Chavin, Lima 2005, p. 329.

respecto, así desde el punto de vista procesal se han planteado dos teorías: una subjetiva y objetiva. Otros consideran que se debe aplicar las reglas de la responsabilidad civil y las reglas del abuso del derecho, específicamente el abuso del proceso. No obstante ello, no existe criterio uniforme al respecto. A continuación desarrollaremos las teorías desarrolladas¹¹.

a. TESIS OBJETIVA

También llamada posición procesalista. La responsabilidad se genera por la mera interposición de la medida sin derecho o inexistencia de los presupuestos de la cautela, por la eventual ilicitud que intrínsecamente comportan¹². Para RAÚL MARTÍNEZ BOTOS afirma: «[...] la responsabilidad del peticionante tiene su origen en la mera circunstancia de que la medida haya sido trabada indebidamente, sea en virtud de desestimarse la pretensión principal con fundamento en la inexistencia del derecho alegado por el actor o bien por razones relativas a la improcedencia de la cautelar o a actitudes procesales que pongan de manifiesto la inutilidad de éstas (desistimiento o caducidad de la medida)»¹³. El autor argentino LINO ENRIQUE PALACIO manifiesta: «La responsabilidad de que se trata tiene su origen en la simple circunstancia de que la medida resulte en definitiva haber sido trabada en forma indebida, sea en razón de rechazarse la pretensión principal con fundamento en la inexistencia del derecho reclamado por el actor o por motivos atinentes a la improcedencia de la cautela o a actitudes procesales que pongan de manifiesto la inutilidad de éstas (desistimiento o caducidad de la medida)»¹⁴.

El autor ALDO BACRE señala: «Ya en el año 1956, Podetti sostenía la necesidad de adoptar una doctrina objetiva a tenor de la cual se responsabilizaba al pago de los daños y perjuicios a quien obtuviera de la jurisdicción una medida cautelar infundada. Es decir, sería innecesario probar su “mala fe o simplemente imprudencia de quien usa semejante franquicia para obtener el resarcimiento de los daños injustamente ocasionados”, por quien usó la medida, “en su beneficio, con la mejor buena fe del mundo, pero a la postre sin derecho”. Podría decirse utilizando el léxico del Código Civil, que en caso existe, una presunción *iure et de iure* de dolo, culpa o negligencia. Y que la prueba de esas circunstancias es innecesaria para determinar la responsabilidad, pudiendo ser útil sólo para probar el *cuantún* de daño [...] En conclusión, para esta tesis, las medidas precautorias se disponen bajo la responsabilidad de la parte quien lo solicita, la que deberá cubrir en todos los casos los daños que pudiera ocasionar el pedido que se formule sin derecho, siendo responsable sin necesidad de probarse que de su lado existió abuso,

¹¹ la profesora MARIANELLA LEDESMA señala: «hasta el momento no hay una posición uniforme en los criterios judiciales acerca de la responsabilidad objetiva o subjetiva de ésta. Si asumiéramos la primera posición, nos llevaría a sostener que el hecho objetivo de la victoria del demandado sobre el ejecutante de la medida, le permitiría el resarcimiento, pues se partiría de la afirmación que toda afectación cautelar encierra un daño; a diferencia de una posición subjetiva que involucraría las circunstancias que hubieren motivado al ejecutante de la medida para asumir el riesgo de ella. La ausencia de una definición normativa en la responsabilidad del ejecutante hace que dichas imprecisiones genere criterios contrarios en el tratamiento de la responsabilidad civil en torno al demandado vencedor ejecutado con una medida cautelar [LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *La Póliza Judicial en el Proceso Cautelar*. PUC, Lima 2008, p. 7].

¹² MAURINO, Luis Alberto. *Abuso del Derecho en el proceso*. La Ley, Buenos Aires 2001, p. 59.

¹³ MARTÍNEZ, Botos. *Medidas Cautelares*. Editorial Universidad, Buenos Aires 1994, p. 142.

¹⁴ PALACIO, Lino Enrique. *Derecho Procesal Civil: Procesos Cautelares y Voluntarios*. Tomo VIII. Abeledo Perrot, Argentina 1992, p. 89.

dolo, culpa o negligencia. Esta teoría se encuentra relacionada con la responsabilidad objetiva y la teoría del riesgo»¹⁵.

WETZLER MALBRÁN citado por NORBERTO J. NOVELLINO justifica la teoría objetiva afirmando: «[...] el hecho de recurrir a la jurisdicción a través de del dispositivo procesal de la cautela, implica de por si la asunción de una “responsabilidad de tipo ritual”, latente hasta tanto recaiga pronunciamiento judicial definitivo acerca del derecho que se procura asegurar. Si tal pronunciamiento fuera favorable a quien obtuvo la medida [...] aquella responsabilidad habrá cesado; pero si, en cambio, fuere adverso o bien otras circunstancias demostraron que la cautela fuera injustificada (v.gr. si se desistiera del derecho) deberá efectivizarse “en razón de la inexistencia del derecho cuyo amparo se pretendía y del perjuicio ocasionado [...] No ha de buscarse, pues, el fundamento de esta responsabilidad en la conducta dolosa, culpable o abusiva del titular de la medida sino en la circunstancia de haberla solicitado»¹⁶.

De otro lado, CARLOS A. COLOMBO citado por NORBERTO J. NOVELLINO cuestiona la teoría objetiva señalando: «[...] califica de injusta la doctrina objetiva por cuanto “la disciplina (procesal) no pertenece a las ciencias exactas y el error inculpable es posible; además a decretado la medida y antes de hacerlo ha debido examinar si, en el caso, concurrían los presupuestos generales de las medidas cautelares y los requisitos en particular, de la que dispone”»¹⁷.

FRANCISCO RAMOS ROMEU¹⁸ hace referencia a las ventajas de la objetivización de la responsabilidad: si la ley dice que hay que condenar directamente al resarcimiento de los daños y perjuicios causados es porque no cabe entrar a examinar elementos culpabilísticos; el legislador ha dispuesto que se pida obligatoriamente una caución porque existe una obligación de indemnizar siempre, sin entrar a valorar aspectos de la culpa; se recurre a normas procesales que regulan supuestos de responsabilidad para cubrir los supuestos de medidas cautelares por analogía; de acuerdo a la naturaleza procesal de la medida cautelar debe buscarse una respuesta en las normas procesales y no en las reglas de la responsabilidad extracontractual por culpa.

b. TESIS SUBJETIVA

También llamada posición civilista. La responsabilidad por los daños originados en una medida cautelar indebidamente trabada requiere la invocación y demostración de conducta ilícita de quien la pidió¹⁹. Se exige siempre la concurrencia de dolo, culpa o negligencia para imputar al sujeto de las consecuencias dañosas de la medida cautelar, como también la demostración de un preciso nexo causal entre ésta y el daño concreto²⁰. Para esta tesis se exige la prueba del abuso o exceso en el derecho, la petición del damnificado y, por último, la resolución condenatoria respectiva; se trata de sancionar la

¹⁵ BACRE, Aldo. *Medidas Cautelares: doctrina y jurisprudencia*. Ob. Cit., p. 208.

¹⁶ NOVELLINO, Norberto. *Embargo y desembargo y demás medidas cautelares*. La Ley. Buenos Aires 1994, p. 93.

¹⁷ *Ibidem*, p. 92.

¹⁸ RAMOS ROMEU, Francisco. *Las medidas cautelares civiles: análisis jurídico económico*. Editorial Atelier. Barcelona 2006, pp. 240-242.

¹⁹ MARTINEZ, Botos. *Medidas Cautelares*. Ob. cit., p. 143.

²⁰ MASCOTRA, Mario. *La conducta procesal de las partes*. Editorial Ad Hoc, Buenos Aires 2005, p. 92.

conducta del titular de la medida y no la legalidad o ilegalidad de la medida cautelar; no se trata de una medida sin derecho o que no se den los presupuestos específicos de la medida cautelar, sino del ejercicio de un derecho, que siendo lícito termina ilícito por abuso de él²¹.

Según ALDO BACRE «La responsabilidad por los daños causados por una medida cautelar indebidamente trabada requiere la afirmación y prueba de la conducta ilícita de quien la pidió»²². Para el autor la mayor parte de la doctrina coincide en que la responsabilidad por daños y perjuicios derivados de medidas cautelares es de carácter subjetivo, de modo tal que, para que la pretensión resarcitoria prospere es menester que se acrediten los extremos de la responsabilidad extracontractual, es decir, deben darse los siguientes presupuestos: (a) existir petición del damnificado; (b) afirmar y probar el abuso o exceso en el derecho por parte de quien la requirió; es decir, sin culpa no hay responsabilidad; (c) demostrar que el comportamiento reprochable ha tenido relación causal relevante con el hecho productor del daño, v gr., que el fracaso de la operación de venta con un tercero se debió a la cautelar trabada; (d) determinar la cuantía del daño.

Según la teoría subjetiva existirá ejecución irregular de medida cautelar, cuando existió «abuso o exceso de derecho», es decir, en la pretensión principal, por tanto, se requerirá que el solicitante de la medida haya actuado con dolo, culpa o negligencia [Esto significa que la contracautela no podrá ser ejecutada inmediatamente como consecuencia de la derrota del proceso, sino deberá acreditarse el abuso de derecho, dolo, culpa o negligencia]. En ese sentido, el autor argentino NORBERTO J. NOVELLINO señala que se considerara abuso de derecho cuando: «[...] contraria los fines que la ley tuvo en mira al reconocer los derechos o al que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres [...]»²³. El abuso debe manifestarse en la obtención de la medida, independientemente que se concrete abusivamente, es decir, que la medida solicitada pueda perjudicar en la desproporción de la petición misma sin perjuicio de que se ejerza o no en forma abusiva; una cosa es que se abuse en el pedido y muy otra que lo solicitado sea correcto y que luego, al hacerse efectivo.

Asimismo, algunos autores como SANTIAGO C. FASSI, citado por NORBERTO J. NOVELLINO, afirma: «a través de ellos se llega a la conclusión de que la responsabilidad del embargante en caso de rechazarse la demanda, debe fundarse en su conducta culpable o imprudente o en la teoría del abuso de derecho, incumbiendo al embargado probar tales extremos»²⁴, en ese mismo sentido se pronuncia SERANTES PEÑA Y CLAVELL BORRÁS. NORBERTO J. NOVELLINO, hace referencia de algunos casos de procedencia de indemnización por ejecución de medida cautelar en abuso de derecho: (i) oponerse a la sustitución de embargo preventivo trabado sobre sumas de dinero por igual medida sobre bienes muebles de valor suficiente, (ii) embargar cereales en poder de terceros con error de derechos, (iii) embargar jubilación por saldo de

²¹ MAURINO, Luis Alberto. *Abuso del Derecho en el proceso*. Ob. cit., p. 60

²² BACRE, Aldo. *Medidas Cautelares: doctrina y jurisprudencia*. Ob. cit., p. 209-210. En ese mismo sentido se pronuncia Lino Enrique Palacio, en su obra *Derecho Procesal Civil*, Tomo VIII.

²³ J. NOVELLINO, Norberto. *Embargo y desembargo y demás medidas cautelares*. Ob. cit., p. 135.

²⁴ *Ibidem*, p. 92.

crédito después del remate del inmueble hipotecario, (iv) embargar un bien ajeno sin tomar las precauciones necesarias siendo dicho bien excesivamente superior al crédito en ejecución y habiendo insistido en mantener la traba aunque el tercero haya puesto de manifiesto incalificable indiferencia; de otro lado, precisa los casos eximidos: (i) el deudor sin domicilio en República, (ii) litigante declarado en rebeldía, (iii) deudor confeso, ya sea por confesión expresa o tácita y cuando como consecuencia de ello resultare verosímil el derecho alegado, (iv) demandado, que con su silencio, respuestas evasivas o negativa meramente general diera lugar a que se le tengan por reconocidos los hechos alegados por el accionante, (v) litigante que hubiera obtenido sentencia favorable aunque estuviera recurrida; considero que los casos se ampliarán conforme a la práctica y cada caso deberá ser analizado conforme a la teoría del abuso de derecho.

Como se ha descrito, esta teoría incluye la responsabilidad civil extrancontractual por culpa y la teoría del abuso del derecho.

c. TEORÍA DEL RIESGO

Sostiene MARIO MASCOTRA que: «La doctrina italiana invoca la teoría del riesgo –Giuseppe Chiovenda, Francesco Carnelutti y Piero Calamandrei-, pues considera que la fuente de la responsabilidad reside no tanto en la eventual ilicitud, sino en la circunstancia de que quien solicita las medidas cautelares actúa a su propio riesgo y peligro, con la consecuencia de que son irrelevantes las mala fe o culpa grave, pues la responsabilidad es objetiva»²⁵. La solicitud de medida cautelar implica *per se*, la asunción del riesgo por el peticionante en caso de faltar el derecho, con independencia de la buena o mala fe²⁶.

Refiere JUAN CARLOS ORTIZ PRADILLO²⁷ que parte de la doctrina Alemana ha considerado que la responsabilidad por los daños y perjuicios ocasionados al sujeto pasivo de las medidas cautelares constituye una clase de responsabilidad que debería enmarcarse dentro de la categoría de responsabilidad por riesgo, si bien dicha clasificación ha sido criticada por cuanto no existe un parentesco real entre la responsabilidad por adopción de las medidas cautelares con los auténticos casos de responsabilidad por riesgo, entendida esta como una responsabilidad para sectores ligados a un riesgo muy elevado. En España, también se ha aceptado que el acto de la medida cautelar asume el riesgo que conlleva su ejecución. Este autor considera que esta teoría presenta problemas respecto de la regla de la carga de la prueba, ya que el sujeto pasivo de la medida cautelar no podría resarcir los daños y perjuicios sufridos.

La teoría del riesgo se encuentra recogida en la institución de la responsabilidad civil extracontractual por responsabilidad objetiva. Si bien, esta doctrina está dirigida a actividades riesgosas nacidas en la época de la revolución industrial, no encontramos inconveniente en que se amplíe su

²⁵ MASCOTRA, Mario. *La conducta procesal de las partes*. Ob. cit., p. 93.

²⁶ MAURINO, Alberto Luis. *Abuso del derecho en el proceso*. Ob. cit., p. 60

²⁷ ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos. *Las medidas cautelares en los procesos mercantiles*. Editorial Iustel, Madrid 2006, p. 347.

campo de acción a este supuesto. Por ello, no consideramos válido lo sostenido por el autor español.

Un instrumento internacional que recoge esta teoría es los Principios y Normas del proceso Civil Transnacional, [versión español], Borrador para Discusión N° 04 [Al 18 de abril, 2003], The American Law Institute – Unidroit, señalando en su artículo 8.3: «*El solicitante de la medida cautelar tendrá plena responsabilidad civil extracontractual a favor de aquél contra quien la medida cautelar ha sido emitida y ejecutada si luego de su posterior reconsideración, el Tribunal de Justicia determina que la medida no podía otorgarse. El Tribunal de Justicia puede requerir al titular de la petición cautelar que, de modo previo a su concesión, otorgue una garantía o que formalice su obligación de asumir el pago de indemnización suficiente, a satisfacción de la corte*»²⁸. En el Congreso Nacional de Derecho Procesal de la Plata de 1981 se concluyó que la responsabilidad por abuso o exceso en las medidas cautelares se rigen por las normas sustantivas²⁹.

Finalmente, las diversas teorías respecto del tema propuesto están dadas y corresponderá a cada legislación adoptar la que consideren mas adecuada a su realidad. Respecto de las teorías a elegir, el profesor FRANCISCO RAMOS ROMEU, comentando la Ley de Enjuiciamiento Española señala: «En definitiva, el régimen de la responsabilidad por los daños derivados de la tutela cautelar en la LEC 2000 es incompleto. Los argumentos que habitualmente se utilizan a favor de uno u otro tipo de responsabilidad no son muy contundentes. No hay motivos para excluir que el legislador haya querido dejar completamente en manos de los jueces la determinación del tipo de responsabilidad aplicable a la tutela cautelar, y en este sentido, la solución no dependería tanto de factores legales como prácticos. Incluso si se quiere recurrir al CC, hay que tener en cuenta las especialidades de la tutela cautelar»³⁰. De esta idea se desprende que corresponde a los legisladores dar contenido a la responsabilidad por ejecución de medida cautelar innecesaria o maliciosa que no esta regulada en la legislación.

«La ejecución de la medida cautelar produce daños y perjuicios con independencia de la forma de conclusión del proceso»

V. LA TEORÍA ASUMIDA POR EL ART. 621.º DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL PERUANO

a. ANTECEDENTE LEGISLATIVO

El Código de Procedimientos Civiles de 1912 no ha regulado la indemnización por ejecución de medidas cautelares innecesarias o maliciosas. Esta institución recién ha sido regulada en el Código Procesal Civil de 1993 en su art. 621.º. Ello resulta evidente porque inicialmente la medida cautelar era

²⁸ QUIROGA, Anibal. *Estudios de Derecho Procesal*. Editorial Idemnsa, Lima 2008, p. 432.

²⁹ CARBONE, Carlos A., *Reparación de los daños y perjuicios fundados en el abuso procesal*. En: *Abuso procesal*. Ob. cit., p. 353.

³⁰ RAMOS ROMEU, Francisco. *Las medidas cautelares civiles: análisis jurídico económico*. Ob. cit., p. 244.

concebido para asegurar lo resuelto en sentencia y no para ser utilizado como instrumento que perjudique al afectado. Al respecto, el profesor NELSON RAMÍREZ JÍMENEZ afirma: «La legislación sobre la materia también tiene su cuota de culpa en este drama. Es cierto que la situación cautelar en el CPC [sic] de 1912 era deplorable, pues solo se legislaba a propósito de los embargos, y con específica referencia a determinados procesos. El nuevos CPC abre la gama, regula un proceso cautelar autónomo, establece un catalogo de opciones cautelares, incluidas las genéricas, las innovativas, etc., y concede al juez, en concordancia con su condición de director del proceso, facultades pocas veces vistas [...]»³¹.

b. EL ART. 621.º DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

Conforme a las teorías expuestas consideramos que el art. 621.º del Código Procesal Civil adopta la teoría objetiva –teoría procesal– para establecer la responsabilidad por ejecución de medida cautelar innecesaria o maliciosa. Pues la norma no exige que se verifique la existencia de dolo o culpa, simplemente requiere que el proceso principal sea declarado infundado. Ahora, si bien es cierto, en el código aparece el título de indemnización por medida cautelar innecesario o maliciosa³², ello no modifica nuestra posición, muy por el contrario, amplía su campo de acción. En este sentido, la profesora MARIANELLA LEDESMA NARVAEZ señala: «[...] En la redacción del art. 621.º del CPC, en ningún extremo se hace referencia a la medida maliciosa o innecesaria, como su aparece en la sumilla del artículo: “sanciones por medida cautelar innecesaria o maliciosa”. Esto nos lleva a reflexionar sobre el carácter vinculante de dicha sumilla, en relación al art. 621.º del CPC, pues no se aprecia descripción o referencia alguna al carácter malicioso o abusivo de la medida para justificar la sanción pecuniaria ¿Es suficiente la sumilla del artículo para calificar de tal, el contenido de este?». Ahora bien, esta sumilla si permite la apertura a otros supuestos de indemnización por ejecución de medida cautelar innecesaria o maliciosa. Así, la medida innecesaria debe ser entendida a la luz del art. 627.º del CPC, según el cual no procede medida cautelar cuando la pretensión se encuentra debidamente garantizada; aquí podemos plantear el caso de que pese ha declararse fundada la demanda, no era necesario formular una medida cautelar o siendo necesaria, esta fue excesiva porque excedió lo que se pide en el proceso principal. De otro lado, la malicia procesal³³ tiene un contenido subjetivo, por ende, aquí podría incluirse diversos supuestos de conclusión del proceso tales como: cuando la medida cautelar

³¹ RAMÍREZ JÍMENEZ, Nelson. *Abuso de las medidas cautelares*. Ob. cit., p. 311.

³² Al respecto, existe la siguiente jurisprudencia: «[...] que si bien es cierto el auto de vista no hace referencia alguna respecto del tipo de responsabilidad imputada, sin embargo, al confirmar el auto apelado, acoge la teoría objetiva de la responsabilidad que el juez ha aplicado al caso sin fundamentación alguna, señalando que dichas normas se refieren a la responsabilidad objetiva y que no es necesario acreditar el factor atributivo de responsabilidad, a través del dolo o culpa, sin tener en cuenta que el art. 621.º, si bien es cierto no señala expresamente qué tipo de responsabilidad se genera en los casos de demanda que haya estado asegurada por una medida cautelar sea declarada infundada, sin embargo, la sumilla de esta norma se refiere a las “sanciones por medida cautelar innecesaria o maliciosa”, por lo que el juzgador debe fundamentar porqué razón adopta una determinada teoría de la responsabilidad civil, y regular la indemnización teniendo en cuenta los factores atributivos de responsabilidad, así como la conducta procesal de ambas partes. Sétimo. Que, en consecuencia, el auto de vista al no fundamentar las razones por las que acoge la teoría objetiva de la responsabilidad, adolece de motivación aparente, con lo que vulnera el derecho de motivación de resoluciones [...]». Casación N.º 882-2008 Callao. Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. *El Peruano*, 30.01.2009, pp. 23793-23794.

³³ Malicia procesal «[...] consiste en la utilización del proceso como instrumento para causar perjuicio a un tercero; es una forma de dolo procesal y se contrapone a un deber de conducta; es el proceder de mala fe, con un propósito avieso disimulado en el trámite del proceso» [DE SANTO, Víctor. *Diccionario de derecho procesal*. Editorial Universidad, Buenos Aires 1991].

sea innecesaria o excesiva, cuando se renuncia al derecho que sustenta su pretensión del demandante, cuando se declare el abandono del proceso, cuando el demandante se desiste de la pretensión o del proceso, cuando se declara fundada la oposición a la ejecución de la medida cautelar, etc. Además deberá tenerse en cuenta lo dispuesto por el art. 109.º, 110.º y 112.º del Código Procesal Civil.

Respecto de la litigiosidad innecesaria, podemos señalar: «[...] la litigiosidad innecesaria consiste en acudir al proceso judicial por obstinación u obsecuencia, con el único fin de desgastar energías y limar el ánimo del presunto accionado (valgan como ejemplos anticipados, la demanda de resolución contractual cuando existe rescisión automática; cuando se recurre a juicio para provocar la mora del deudor; cuando se busca conseguir a través del proceso un elemento de coacción, etc.)»³⁴.

Ahora como la norma contiene una laguna del derecho respecto de las diversas formas de conclusión del proceso asegurado por una medida cautelar innecesaria o maliciosa y el juez no puede dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley, consideramos que se debe aplicar las normas de la responsabilidad extracontractual por responsabilidad objetiva –ejercicio de actividad riesgosa–. Esta posición es compartida por MARIO MASCOTRA, quien afirma: «Ello no obsta que el damnificado por deducir la acción por indemnización de daños y perjuicios, aunque el mecanismo contemplado en la citada norma arroja notables ventajas por la celeridad y economía»³⁵, en ese sentido se ha pronunciado ALDO BACRE. Sin perjuicio de ello, en la parte final del presente trabajo planteamos una modificación de la norma³⁶.

A nuestra consideración la indemnización por ejecución de medida cautelar debe regularse de acuerdo a las reglas de la responsabilidad civil objetiva, esto es, el art. 1970.º del Código Civil. Sólo así se abarcaría los daños producidos por ejecución de medidas cautelares extra proceso, recordemos que existen procedimientos administrativos que ejecutan medidas cautelares sin intervención judicial, tal y como se desprende de la Casación N.º 1724-2009 Lima³⁷.

VI. SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD POR EJECUCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES INNECESARIAS O MALICIOSAS

Ya el profesor PODETTI proponía: «Puede derivarse del proceso mismo, es decir, formalmente considerando: a) si se desiste de la medida; b) si queda sin efecto por no iniciarse el proceso definitivo; c) si la medida se revoca por inexistencia de alguno de sus presupuestos específicos; d) si se deja sin efecto por resultar luego ineficaz la prueba de dichos presupuestos». Continúa señalando: «Puede derivar de la pretensión: a) si se desiste de la demanda

³⁴ GOZAINI, Oswaldo Alfredo. *La prueba en el proceso civil peruano*. Editora Normas Legales. Trujillo 1997, p. 120.

³⁵ MASCOTRA, Mario. *La conducta procesal de las partes*. Ob. cit., p. 91.

³⁶ De las ideas expuestas no está por demás que se debe incluir como una característica de la medida cautelar, su excepcionalidad. En tanto que las medidas de innovar e innovativas deben ser entendidas como residuales.

³⁷ Casación N.º 1724-2009 Lima. Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. *El Peruano*, 30.11.2010, pp. 28802-28805.

principal (desistimiento de la acción o de la instancia, en este último caso si no se inicia la nueva demanda); b) si la demanda principal es desestimada, por inexistencia del derecho pretendido o de legitimación sustancial activa o pasiva; c) si producida la caducidad de la instancia no se inicia la nueva demanda (como el caso de desistimiento de la instancia, sin iniciar nuevo proceso, se presume la inexistencia del derecho que se cauteló); d) si se rechaza la demanda por prosperar la excepción de cosa juzgada; e) si se acoge una excepción dilatoria y no se modifica o inicia nuevamente la demanda»³⁸. ALDO BACRE³⁹ propone las siguientes causales: a) cuando se deriva del proceso mismo: si se desiste de la medida, si queda sin efecto por no iniciarse el proceso definitivo, si la medida se revoca por inexistencia de algunos de sus presupuestos específicos, si se deja sin efecto por postular luego ineficaz la prueba de dichos presupuestos; b) cuando se deriva de la pretensión: si se desiste de la demanda principal, si la demanda principal es desestimada, por inexistencia del derecho pretendido o de la legitimación sustancial activa o pasiva, si producida la caducidad de la instancia no se inicia la nueva demanda, si se rechaza la demanda, si se acoge una excepción dilatoria. A continuación desarrollamos algunas propuestas que no han sido reguladas por el Código Procesal Civil:

a. LA MEDIDA CAUTELAR MALICIOSA O INNECESARIA EN LAS DISTINTAS FORMAS DE CONCLUSIÓN ANORMAL DEL PROCESO

Hemos querido demostrar que las medida cautelar innecesaria o maliciosa no solo causa daños y perjuicios cuando la demanda es declarada infundada, sino además en las distintas formas anormales de conclusión del proceso. Supuestos que no han sido desarrollados legislativamente al desarrollarse el art. 621.º del Código Procesal Civil. En efecto, el artículo 321.º y 322.º del Código Procesal Civil establece las formas especiales de conclusión del proceso [entiéndase también como formas anormales de conclusión del proceso], por ende, conclusión de la medida cautelar [característica de instrumental], supuesto que no ha sido previsto por el legislador peruano al redactar el artículo 621.º del Código Procesal Civil. De allí que la autora MARIANELLA LEDEZMA NARVÁEZ, comentando el art. 621.º del Código Procesal Civil, señale: «Otro aspecto a destacar de la norma en comentario, es el supuesto de la demanda infundada, como condicionante para ser condenado a la indemnización. En opinión de RAMÍREZ, esta condicionante debe extenderse a los casos de la sentencia que declare improcedente la demanda; igualmente cuando se declare fundada una excepción. “es tendencia conocida limitar el derecho a la indemnización solo para aquellos casos en que se declare infundada la demanda, tal como lo dice, restrictivamente, la letra de la ley. Creemos que se trata de una deficiencia legislativa antes que una toma de posición al respecto, pues, el daño se produce con igual intensidad cualquiera que sea la razón de la no tutela del derecho demandado”. Para MONROY “en todos lo supuestos en los cuales el proceso termine sin una sentencia que

³⁸ PODETTI, Ramiro J. *Tratado de las medidas cautelares*. Ob. cit., p. 132-133.

³⁹ BACRE, Aldo. *Medidas Cautelares: doctrina y jurisprudencia*. Ob. cit., pp. 213-214.

ampare el derecho pretendido por el demandante, nace la obligación procesal que este restituya los derechos afectados al sujeto que soportó la medida»⁴⁰.

En el mismo sentido, el profesor NELSON RAMÍREZ JIMÉNEZ señala: «La regulación contenida en el art. 621.º debe extenderse a los casos de sentencia que declare improcedente la demanda; igualmente, cuando se declare fundada una excepción [...] Creemos que se trata de una deficiencia legislativa antes que una toma de posición al respecto, pues el daño se produce en igual intensidad cualquiera que sea la razón de la no tutela del derecho demandado»⁴¹.

Al respecto, el profesor argentino J. RAMIRO PODETTI señala: «Resumiendo y sistematizando los supuestos de responsabilidad y conforme con lo expuesto precedentemente, el hecho constitutivo de la responsabilidad –haber pedido la medida cautelar sin derecho– puede derivar del instrumento usado (el proceso) o de la pretensión deducida en justicia (el derecho subjetivo invocado) [...] Puedo derivar del proceso mismo, es decir, formalmente considerando: a) si se desiste la medida; b) si queda sin efecto por no iniciarse el proceso definitivo (art. 57, ley 14237); c) si la medida se revoca por la inexistencia de alguno de los presupuestos específicos (cap. III): d) si se deja sin efecto por resultar luego ineficaz la prueba de dichos presupuestos [...] Puede derivar de la pretensión: a) si se desiste de la demanda principal (desistimiento de la acción o de la instancia, en este último caso si no se inicia la nueva demanda); b) si la demanda principal es desestimada por inexistencia del derecho pretendido o de legitimación sustancial activa y pasiva; c) si producida la caducidad de las instancias no se inicio la nueva demanda (como el caso de desistimiento de la instancia, sin iniciar nuevo proceso, se presume la inexistencia del derecho que no se cautelo); d) si se rechaza la demanda por prosperar la excepción dilatoria y no se modifica o inicia nuevamente la demanda»⁴². En ese sentido, resulta indudable que ya la doctrina viene manifestándose en la procedencia de indemnización por daños y perjuicios en los casos de formas anormales de conclusión del proceso. A continuación planteamos algunos supuestos.

a. CUANDO LA PRETENSIÓN CONTENIDA EN LA DEMANDA ES DECLARADA «FUNDADA»

Como premisa general podemos señalar que cuando existe pronunciamiento sobre el fondo –fundabilidad–, declarando el derecho a favor del accionante; en este caso, no habría problemas en caso se solicite medida cautelar, es decir, el afectado no podría solicitar daños y perjuicios por ejecución de medida cautelar. No obstante lo anteriormente establecido, consideramos se debe tener presente que aún así la pretensión contenida en la demanda haya sido declarada fundada, si esta está asegurada con una medida cautelar, puede causar daños y perjuicios que deberían ser resarcidos al ejecutado. Tal sería el supuesto en el cual se solicite una medida cautelar *innecesaria o excesiva* en uso abusivo de la cautela y al que hace referencia la primera parte del art.

⁴⁰ LEDESMA, Marianella. *Comentarios al Código Procesal Civil*. Ob. cit., p. 85.

⁴¹ RAMÍREZ, Nelson. *El abuso de las medidas cautelares*. Ob. Cit.

⁴² PODETTI, J. Ramiro, *Tratado de las Medidas Cautelares*. Ob. Cit., pp. 132-133.

627.º del Código Procesal Civil. En efecto, si la pretensión se encuentra suficientemente garantizada y pese a ello se solicita una medida cautelar, el ejecutante de la medida cautelar será responsable de los daños y perjuicios, aún así la demanda se declara fundada. La idea es evitar que la medida cautelar se convierta en un instrumento de abuso de derecho, contraviniendo los fines mismos de la institución cautelar. Como primer ejemplo planteamos en el caso que Juan solicita el embargo en forma de retención de S/. 100,000.00 en perjuicio de Pedro, cuando Pedro únicamente le debe S/. 50,000.00, dinero que podría estar destinado a cubrir obligaciones de Pedro, por tanto, se materializa lo daños y perjuicios; ello será más visible sobre bienes o actividades que el juez no tiene conocimiento especializado de su valor económico. Otro ejemplo que podemos plantear podría ser embargar los bienes o cuenta corriente del Estado [entiéndase los bienes que son embargados, es decir, bienes de dominio privado], en este caso pese a que el Tribunal Constitucional dijo que son embargables los bienes de dominio privado, también es cierto, que si estos bienes estaban destinado a alguna proyecto causará daños y perjuicios a la administración pública. En la practica se puede observar que muchas veces se solicita medidas cautelares para causar daños superiores a la pretensión que se pretende asegurar, de allí que consideramos trascendente reparar los daños y perjuicios generados cuando una demanda es declarada fundada.

b. CUANDO LA PRETENSIÓN CONTENIDA EN LA DEMANDA ES DECLARADA «INFUNDADA»

Cuando existiendo pronunciamiento sobre el fondo y la pretensión del accionante es rechazada al ser declarada infundada, procederá la indemnización por daños y perjuicios, así lo autoriza el art. 621.º del Código Procesal Civil. En este supuesto no existe mayor problema para la procedencia de los daños y perjuicios porque la norma expresamente la autoriza. Del contenido de la norma nosotros consideramos que la norma asume la teoría objetiva para la procedencia de la indemnización por daños y perjuicios, esto en razón de que la norma no exige que se acredite que el peticionante de la medida cautelar actuó con dolo o culpa, únicamente exige que la demanda sea declarada infundada. De otro lado, según el art. 200º del Código Procesal Civil la pretensión contenida en la demanda será declarada infundada cuando no se prueban los hechos que sustenta la pretensión de la demanda; no obstante ello, debemos manifestar que la improbanza de la pretensión contenida en la demanda se dará no solo porque el demandante no tuvo el derecho en la pretensión contenido en su demanda, sino además porque teniéndolo, no pudo ser capaz de probarlo en juicio, es decir, porque no se encontró en las condiciones materiales para ofrecer la prueba pertinente que justifica su derecho, por tanto, éste argumento refuerza la posición según el cual el art. 621.º del Código Procesal Civil adopta la tesis objetiva para la procedencia de los daños y perjuicios. Mas aún, podemos ir más allá, y ponernos en el caso de pretensiones donde tanto, el demandante como el demandado, tengan derechos legítimos sobre lo que constituye su pretensión, tal sería el supuesto de una pretensión de mejor derecho de propiedad, donde eventualmente la pretensión contenida en la demanda puede ser declarada infundada, pero éste probó que tenía un título legítimo y justo, pero se habría privilegiado otro título

por imperio de la ley; en éste caso, al ser declarado infundada la demanda procederá declarar la indemnización por daños y perjuicios según el art. 621.º del Código Procesal Civil, ratificando que la teoría objetiva es la asumida por este artículo. Dicho sea de paso, compartimos esa posición, pero mediante el presente trabajo pretendemos ampliarla a otro tipo de supuestos de conclusión anormal del proceso.

Al respecto, el autor español MANUEL ORTELLS RAMOS, refiriéndose a las medidas cautelares en la Ley de Enjuiciamiento Civil española, señala: «En caso de revocación por no estimación de la demanda principal el art. 745 LEC remite al trámite para liquidar la deuda por responsabilidad del art. 742 LEC, pero no establece –ni por disposición directa, ni por remisión al art. 741 LEC– si la responsabilidad es objetiva o por culpa. La duda se incrementa por la mención expresa de los casos de terminación por renuncia y desistimiento en los que la responsabilidad es más adecuada que en otros supuestos de no estimación de la demanda principal»⁴³. En suma, cuando una demanda es declarada infundada puede ser que el solicitante de una medida cautelar no haya probado su pretensión y haber actuado con dolo o culpa al momento de solicitar la medida cautelar⁴⁴. No obstante ello, también cuando la pretensión contenida en la demanda es declarada es infundada puede ser que el solicitante de la medida cautelar no haya actuado con dolo o culpa, por tanto, el art. 621.º del Código Procesal Civil asume la teoría objetiva para la procedencia de los daños y perjuicios, no importando el dolo o culpa para solicitar la indemnización, basta que la demanda sea declarada infundada.

c. OTROS SUPUESTOS

No es objeto del artículo analizar cada uno de los supuestos de indemnización por ejecución de medidas cautelares, así que procedemos a desarrollarlas en forma enunciativa:

- ✓ Consideramos que existió abuso en el ejercicio de un derecho subjetivo dentro del proceso –abuso de derecho–, aún así la demanda sea declarada fundada, cuando: (a) cuando la demanda es declarada fundada pero hubo un exceso en el monto afectado por medida cautelar o fue *innecesaria* solicitar la ejecución de la medida cautelar porque ella se encontraba garantizada y no existía peligro en el trámite del proceso principal.
- ✓ El solicitante de una medida cautelar habrá actuado con dolo o culpa en los siguientes casos: (a) cuando la demanda es declarada infundada, aunque no en todos los casos; (b) cuando renuncia al derecho que sustenta su pretensión; (c) cuando es declarada fundada una excepción o defensa previa, según el caso; (d) cuando se declare el abandono del proceso; (e) cuando el demandado reconoce la demanda y se allana al petitorio; (f)

⁴³ <https://www.rexurga.es/pdf/col163.pdf>. Fecha: 04.01.2010.

⁴⁴ Al respecto, el 3er Juzgado Civil de Lima en el expediente N.º 03978-2005-2-1801-JR-CI, en la resolución N.º 10, señala: «[...] a mayor abundamiento, el carácter de innecesaria o maliciosa de una medida cautelar, no se da por cualquier causa de rechazo de la demanda, sino cuando esta última ha sido declarada infundada, pues ello significaría que el derecho invocado en la demanda principal no fue acreditada en el proceso, caso diferente al de autos en el cual, la demanda fue declarada improcedente laminariamente, y no existió pronunciamiento de fondo respecto de la cuestión controvertida [...]».

cuando la demanda es declarada fundada pero existe un exceso al solicitar la medida cautelar o la medida cautelar fue innecesaria; (g) cuando se declara la caducidad del derecho; (h) cuando el demandante se desiste de la pretensión o del proceso; (i) cuando se declara fundada la oposición a la ejecución de la medida cautelar; (j) se declare fundada la oposición formulada por el ejecutado.

- ✓ Consideramos que existe responsabilidad civil objetiva (teoría de riesgo) para determinar la responsabilidad civil en los daños y perjuicios derivados de ejecución de medidas cautelares, cuando: (a) la demanda es declarada infundada; (b) el ejecutante renuncia a su derecho en el cual sustenta la pretensión de su demanda; (c) cuando el proceso concluye por haberse declarado fundada una excepción o defensa previa; (d) cuando el proceso concluye por declararse improcedente la demanda; (e) cuando el proceso concluye por declararse en abandono el proceso; (f) cuando el proceso concluye por sustracción del ámbito jurisdiccional; (g) cuando el proceso concluye por disposición legal y el conflicto de intereses deja de ser justiciable; (h) cuando el proceso concluye porque el juez declara la caducidad del derecho; (i) cuando el proceso concluye porque el demandante se desiste de la pretensión o del proceso; (j) cuando se declara la caducidad de la medida cautelar por no haber formulado la demanda en el plazo de ley; (k) cuando se varíe la forma de medida cautelar o se deja sin efecto por cambio de circunstancias del momento en que se solicitó la medida cautelar; (l) cuando se declara fundada la oposición a la ejecución de la medida cautelar; (m) se declara fundada la oposición formulada por el ejecutado.
- ✓ Consideramos que existe responsabilidad civil objetiva (teoría de riesgo) para determinar la responsabilidad civil en los daños y perjuicios derivados de ejecución de medida cautelar, pero previamente se deberá determinar si la víctima renunció a reclamar los daños y perjuicios, cuando: (a) el proceso concluye porque el demandado reconoce la demanda y se allana al petitorio; (b) cuando el proceso concluye porque hubo conciliación; (c) cuando el proceso concluye porque hubo transacción.
- ✓ Podría hacerse una división teniendo en cuenta la conclusión o suspensión del proceso. Supuesto de conclusión del proceso donde habrá responsabilidad civil por daños y perjuicios por ejecución de medidas cautelares, en conclusión del proceso por cosa juzgada: (a) cuando la demanda es declarada fundada pero hubo un exceso en el monto afectado por la medida cautelar o la medida cautelar fue innecesaria; (b) la demanda es declarada infundada; (c) el ejecutante renuncia a su derecho en el cual sustenta la pretensión de su demanda; (d) cuando el proceso concluye por haberse declarado fundada una excepción o defensa previa, según el caso; (e) cuando el proceso concluye por sustracción del ámbito jurisdiccional; (f) cuando el proceso concluye por disposición legal y el conflicto de intereses deja de ser justiciable; (g) cuando el proceso concluye porque el juez declara la caducidad del derecho; (h) cuando el proceso concluye porque el demandante se desiste de la pretensión o del proceso, según el caso; (i) el proceso concluye porque el demandado reconoce la demanda y se allana al

petitorio; (j) cuando el proceso concluye porque hubo conciliación; (k) cuando el proceso concluye porque hubo transacción. De otro lado, el supuesto de conclusión del proceso donde habrá responsabilidad civil por daños y perjuicios por ejecución de medidas cautelares, en conclusión del proceso por suspensión: (a) cuando el proceso concluye por haberse declarado fundada una excepción o defensa previa subsanable, según el caso; (b) cuando el proceso concluye por declararse improcedente la demanda; (c) cuando el proceso concluye por declararse en abandono el proceso; (d) cuando se declara la caducidad de la medida cautelar por no haber formulado la demanda en el plazo de ley.

VII. DERECHO COMPARADO

a. EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN ARGENTINA

«Artículo 207 (Caducidad). Se producirá la caducidad de pleno derecho de las medidas cautelares que se hubieran ordenado y hecho efectivas antes del proceso, si tratándose de obligación exigible no se interpusiera la demanda dentro de los diez (10) días siguientes al de su traba, aunque la otra parte hubiese deducido recurso. Las costas y los daños y perjuicios causados serán a cargo de quien hubiese obtenido la medida, y ésta no podrá proponerse nuevamente por la misma causa y como previa a la promoción del proceso; una vez iniciado éste, podrá ser nuevamente requerida si concurrieren los requisitos de su procedencia. La inhabilitaciones y embargos se extinguirán a los cinco (05) años de la fecha de su anotación en el Registro que corresponda, salvo que a petición de parte se reinscribieran antes del vencimiento del plazo por orden del juez que extendió en el proceso».

«Artículo 208 (Responsabilidad). Salvo en el caso de los artículos 209, inciso 1, y 212, cuando se dispusiere levantar una medida cautelar por cualquier motivo que demuestre que el requirente abusó o se excedió en el derecho que la ley otorga para obtenerla, la resolución la condenará a pagar los daños y perjuicios si la otra parte la hubiere solicitado.

La determinación del monto se sustanciará por el trámite de los incidentes o por juicio sumario, según que las circunstancias hicieren preferible uno u otro procedimiento a criterio del juez, cuya decisión sobre este punto será irrecurrible» –resaltado nuestro–.

b. LEY DE ENJUICIAMIENTO ESPAÑOL

Artículo 745 (Alzamiento de las medidas tras sentencia absolutoria firme):

«Firme una sentencia absolutoria, sea en el fondo o en la instancia, se alzarán de oficio todas las medidas cautelares adoptadas y se procederá conforme a lo dispuesto en el artículo 742 respecto de los daños y perjuicios que hubiere podido sufrir el demandado.

Lo mismo se ordenará en los casos de renuncia a la acción o desistimiento de la instancia».

Artículo 730 (Momentos para solicitarlas medidas cautelares)

«[...] 2. Podrán también solicitarse medidas cautelares antes de la demanda si quien en ese momento las pide alega y acredita razones de urgencia o necesidad.

En este caso, las medidas que se hubieran acordado quedarán sin efecto si la demanda no se presentare ante el mismo tribunal que conoció de la solicitud de aquéllas en los veinte días siguientes a su adopción. El tribunal, de oficio, acordará mediante auto que se alcen o revoquen los actos de cumplimiento que hubieran sido realizados, condenará al solicitante en las costas y **declarará que es responsable de los daños y perjuicios que haya producido al sujeto respecto del cual se adoptaron las medidas [...]**» –resaltado nuestro–.

c. EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL DE PARAGUAY

«Artículo 702. Responsabilidad. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 700, **cuando se dispusiere levantar una medida cautelar por cualquier motivo que demuestre que el requirente abusó o se excedió en el derecho que la ley otorga para obtenerla, la resolución lo condenará a pagar los daños y perjuicios si la otra parte lo hubiere solicitado.** La determinación del monto de éstos se sustanciará por el trámite del proceso de conocimiento sumario» –resaltado nuestro–.

VIII. JURISPRUDENCIA

La jurisprudencia nacional ha sido insuficiente respecto del tema tratado, debido a que algunos tribunales consideraban que no era procedente revisar en casación lo resuelto en medida cautelar por ser variable⁴⁵. No obstante ello, este criterio no resulta aplicable en el incidente por el cual se determina la pretensión de indemnización por ejecución de medida cautelar innecesaria o maliciosa. Así, el profesor MANUEL SÁNCHEZ-PALACIOS PAIVA⁴⁶ ha manifestado que los autos que ponen fin al proceso pueden producirse a lo largo de todo el proceso, considerando que es revisable en casación la resolución que expedida en aplicación del art. 621.º del CPC, pues fija o desestima una indemnización definitiva y final, como se consideró en el recurso de casación N.º 3222-99 y resolución del 11.01.2000. Sin embargo, procedemos a reproducir alguna jurisprudencia que hemos podido encontrar, dicho sea de paso no existe uniformidad de criterio:

- a) «[...] En el presente caso como bien acota el Juez de la causa, el ejecutor coactivo de la SUNAT, no ha acreditado la ausencia del elemento subjetivo que integra la responsabilidad, si se tiene en cuenta que ha actuado en forma culposa, por cuanto no obstante que embargó los bienes del demandante, desestimó la tercería solicitada por la empresa Famosa, con lo que tuvo la oportunidad de enmendar el error en que había recaído pues

⁴⁵ Casación N.º 2718-2009 Piura. *El peruano* 01.02.2010, p. 27301.

⁴⁶ SANCHEZ-PALACIOS PAIVA, Manuel. *El Recurso de Casación Civil: praxis*. Editorial Cuzco. Lima 2002. p. 37.

conforme se ha señalado precedentemente, en autos administrativos obraban las facturas y demás documentos que acreditaban que las maquinas embargadas eran de propiedad de la empresa demandante y no de la deudora tributaria [...] siendo manifiestamente insuficiente para acreditar la falta de culpa que la mercadería haya sido encontrada en poder del deudor, ya que correspondía realizar un análisis minucioso de los documentos al tiempo de resolver la tercería, lo cual no se efectuó, tal como lo hace notar el Juez en el décimo segundo considerando de su sentencia, advirtiéndose además que en la resolución administrativa obrante en copia a fojas seiscientos dos, se indica que la tercerista ha cumplido con presentar documentos públicos y privados de fecha cierta [...] Así, mismo se encuentra pacíficamente aceptado que “El levantamiento de la medida cautelar por el rechazo de la pretensión principal crea una presunción de culpa contra el peticionante. Si la pretensión es rechazada porque el peticionante nunca tuvo derecho, no es que lo tienen al momento de peticionar la cautelar y dejara de tenerlo al momento de la decisión final del proceso; en esto acierta la tesis objetiva [...]»⁴⁷.

- b) «[...] que si bien es cierto el auto de vista no hace referencia alguna respecto del tipo de responsabilidad imputada, sin embargo, al confirmar el auto apelado, acoge la teoría objetiva de la responsabilidad que el juez ha aplicado al caso sin fundamentación alguna, señalando que dichas normas se refieren a la responsabilidad objetiva y que no es necesario acreditar el factor atributivo de responsabilidad, a través del dolo o culpa, sin tener en cuenta que el art. 621.º, si bien es cierto no señala expresamente qué tipo de responsabilidad se genera en los casos de demanda que haya estado asegurada por una medida cautelar sea declarada infundada, sin embargo, la sumilla de esta norma se refiere a las **“sanciones por medida cautelar innecesaria o maliciosa”**, por lo que el juzgador debe fundamentar porqué razón adopta una determinada teoría de la responsabilidad civil, y regular la indemnización teniendo en cuenta los factores atributivos de responsabilidad, así como la conducta procesal de ambas partes. **Sétimo.** Que, en consecuencia, el auto de vista al no fundamentar las razones por las que acoge la teoría objetiva de la responsabilidad, adolece de motivación aparente, con lo que vulnera el derecho de motivación de resoluciones [...]»⁴⁸.
- c) «[...] El art. 621.º del Código Adjetivo tiene previsto que si se declara una demanda cuya pretensión principal, el titular de dicha pretensión, además de las costas y costos y de la multa que se le imponga queda obligado a indemnizar los daños y perjuicios ocasionados; siendo así, para que sea viable la pretensión indemnizatoria tiene que darse necesariamente la condición de que la demanda del proceso principal hay terminado mediante sentencia de mérito que declare infundada la demanda; condición que no

⁴⁷ Casación N.º 1724-2009 Lima. Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. *El Peruano*, 30.11.2010, pp. 28802-28805.

⁴⁸ Casación N.º 882-2008 Callao. Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. *El Peruano*, 30.01.2009, pp. 23793-23794.

se da en el presente caso, en virtud de que el proceso término con una sentencia inhibitoria [...]»⁴⁹.

- d) «[...] si bien es cierto [...] la obligación de dar suma de dinero se declaro improcedente la demanda interpuesta [...]; también es verdad conforme consta de la diligencia de embargo de fojas veinticinco y veintiséis sobre el vehículo de placa de rodaje UG [...] éste fue entregado a su propietario al haberse variado la forma de embargo [...] se ha establecido que el bien embargado cumplía un servicio público de transporte de pasajeros habiendo permanecido paralizado por más de cuatro meses v debiendo el A quo determinar prudencialmente el monto de la contracautela para resarcir los daños y perjuicios ocasionados al demandado [...]»⁵⁰.
- e) La responsabilidad derivada de embargo trabado indebidamente, en un proceso es de origen legal y no de tipo contractual. Debe distinguirse la responsabilidad derivada de un embargo ilegal (embargo *contra legem*) y el embargo levantado al haberse declarado infundado [Casación N.º 40-95 Lima]⁵¹.
- f) La privación del uso de un vehículo embargado indebidamente constituye un perjuicio susceptible de indemnización. Aunque la prueba aportada no sea completamente asertiva sobre los gastos hechos, se supone que ha debido reemplazarlo mediante el pago de otro medio de transporte por el tiempo que estuvo vigente el embargo. En caso de no haber pruebas acerca del *quantum* de los daños causados por el acto ilícito, pero si acerca de la existencia de los mismos, cede la regla clásica del (*onus probandi*) y el juzgador puede y debe fijar el importe de la indemnización por los perjuicios reclamados [Exp. 1299-94 Lima]⁵².

IX. LA MEDIDA CAUTELAR COMO EXPRESIÓN DE TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA

Es sabido que la tutela jurisdiccional efectiva es de contenido complejo que importa: el derecho de acceso a los tribunales; el derecho de obtener una sentencia fundada en derecho congruente; el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales; el derecho al recurso legalmente previsto. Ahora, las medidas cautelares se encuentran íntimamente ligadas a la efectividad de las resoluciones judiciales. Por ello, cuando proponemos incrementar el ámbito de responsabilidad por ejecución de medidas cautelar no estamos restringiendo el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, sino buscamos “optimizarla”, toda vez que la solicitud de medida cautelar también debe encontrarse acorde a derecho [donde encuentra un límite legítimo], lo que también constituye manifestación de la tutela jurisdiccional efectiva.

⁴⁹ PASCO COSMOPOLIS, María. *Medidas Cautelares Interpretadas: exegesis del precedente jurisprudencial*. Editora Normas Legales. Lima 2001, p. 274.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 12.

⁵¹ En: *Proceso Civil en su jurisprudencia*. Dialogo con la jurisprudencia. Gaceta Jurídica, Lima 2008, p. 540.

⁵² *Ibidem*, p. 540.

X. CONCLUSIONES

- ✓ El art. 621.º del Código Procesal Civil no regula la pretensión de indemnización por ejecución de medida cautelar innecesaria o maliciosa en todos los supuestos de conclusión del proceso, limitándose únicamente al caso de que la demanda sea declarada infundada, por ende, existe laguna del derecho respecto de los demás supuestos.
- ✓ La laguna del derecho existente en la regulación del art. 621.º del Código Procesal Civil debe ser completada en aplicación de los principios generales del derecho. Consideramos que es aplicable la responsabilidad objetiva por ejecución de actividad riesgosa, regulada en el art. 1970.º del Código Civil, asimismo, la teoría del abuso del proceso regulada en el art. 103.º de la Constitución, en concordancia del art. II del Título Preliminar del Código Civil, además, del principio de moralidad contenida en los arts. 109.º y 112.º del Código Procesal Civil.
- ✓ El art. 621.º del Código Procesal Civil asume la teoría objetiva –teoría procesal-, en la pretensión de indemnización por ejecución de medida cautelar innecesaria o maliciosa.
- ✓ Las pretensiones cuyo proceso principal ha sido asegurado por una medida cautelar innecesaria o maliciosa, cuyo proceso ha concluido en distintas formas especiales del proceso distintas a ser declarado infundado, debe ser resuelto a la luz de las reglas de la responsabilidad civil extracontractual por responsabilidad objetiva por ejercicio de actividad riesgosa, de conformidad al art. 1970.º del Código Civil.

XI. RECOMENDACIONES

- ✓ Consideramos que se debe modificar el art. 621.º del Código Procesal Civil. Asumiendo una responsabilidad civil extracontractual objetiva por ejercicio de actividad riesgosa, se debe incluir la responsabilidad en caso de exceso en la medida cautelar o cuando se pide innecesariamente. Asimismo, se debe establecer que proceden en las distintas formas de conclusión del proceso, tales como: (a) cuando renuncia al derecho que sustenta su pretensión; (b) cuando es declarada fundada una excepción o defensa previa, según el caso; (c) cuando se declare el abandono del proceso; (d) cuando el demandado reconoce la demanda y se allana al petitorio; (e) cuando se declara la caducidad del derecho; (f) cuando el demandante se desiste de la pretensión o del proceso; (g) cuando se declara fundada la oposición formulado por el ejecutado con la medida cautelar; (h) se declare fundada la apelación formulada por el ejecutado; (h) cuando se declara la caducidad de la medida cautelar, entre otros.

BIBLIOGRAFIA

- BACRE, Aldo. *Medidas Cautelares: doctrina y jurisprudencia*. Ediciones La Rocca, Buenos Aires 2005.
- DE SANTO, Víctor. *Diccionario de derecho procesal*. Editorial Universidad, Buenos Aires 1991.
- LEDESMA, Marianella. *Comentarios al Código Procesal Civil*. Tomo III. Editorial Gaceta Jurídica, Lima 2008.
- MARTINEZ, Botos. *Medidas Cautelares*. Editorial Universidad, Buenos Aires 1994.
- MASCIOTRA, Mario. *La conducta procesal de las partes*. Editorial Ad Hoc, Buenos Aires 2005.
- MAURINO, Luis Alberto. *Abuso del Derecho en el proceso*. La Ley, Buenos Aires 2001.
- MONROY, Juan J. *Teoría Cautelar*. Editorial Chavin, Lima 2005.
- NOVELLINO, Norberto. *Embargo y desembargo y demás medidas cautelares*. La Ley. Buenos Aires 1994.
- ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos. *Las medidas cautelares en los procesos mercantiles*. Editorial Iustel, Madrid 2006.
- PALACIO, Lino Enrique. *Derecho Procesal Civil: Procesos Cautelares y Voluntarios*. Tomo VIII. Abeledo Perrot, Argentina 1992.
- PASCO COSMOPOLIS, María. *Medidas Cautelares Interpretadas: exégesis del precedente jurisprudencial*. Editora Normas Legales. Lima 2001.
- PEYRANO, Jorge W. *Abuso de los derechos procesales* En *Abuso Procesal*. Rubinzal Culzoni Editores. Buenos Aires 2006.
- PODETTI, Ramiro J. *Tratado de las medidas cautelares*. Ediar Editores, Buenos Aires 1956.
- QUIROGA, Anibal. *Estudios de Derecho Procesal*. Editorial Idemnsa, Lima 2008, p. 432
- RAMÍREZ JÍMENEZ, Nelson. *Abuso de las medidas cautelares*. En *Derecho Procesal: III Congreso Internacional*. Universidad de Lima, Lima 2005, p. 311.
- RAMOS ROMEU, Francisco. *Las medidas cautelares civiles: análisis jurídico económico*. Editorial Atelier. Barcelona 2006, pp. 240-242.
- RUBIO CORREA, Marcial. *El Sistema Jurídico: Introducción al Derecho*. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica. Lima 2007.
- SANCHEZ-PALACIOS PAIVA, Manuel. *El Recurso de Casación Civil: praxis*. Editorial Cuzco. Lima 2002. 37.
- <https://www.rexurga.es/pdf/col163.pdf>. Fecha: 04.01.2010.