

LA ADECUACIÓN EN LAS MEDIDAS CAUTELARES

Walter Eduardo Campos Murillo*

Resumen:

En el presente artículo se pretende dar respuesta a dos interrogantes vinculadas con la adecuación en las medidas cautelares, de un lado determinar si la adecuación es un presupuesto para la concesión de las medidas cautelares y, de otro lado, establecer si dicha adecuación es una facultad o una obligación del juez. Luego de un análisis del artículo 611° del Código Civil, se concluye en que la adecuación es, conjuntamente con la verosimilitud en el derecho y el peligro en la demora un presupuesto expresamente previsto en nuestra legislación procesal civil, siendo el análisis de adecuación en la tutela cautelar, una obligación del juez quien debe realizarlo en todos los casos.

Palabras clave: Medida cautelar - Facultad del juez - Tutela cautelar.

Abstract:

The present article intends to answer the questions referred to the adjustment in prevent measures. On one side, determines if the adjustment is a budget for the concession of prevent measures, and on the other side, establishes if this adjustment is a faculty or an obligation of the judge. From the analysis of the article 611° of the Civil Code the conclusion is that the credibility of the law join with the danger in the delay of a budget specifically anticipated in our civil procedural legislation, being the analysis of the adjustment of the prevent custody an obligation of the judge who must make it in all cases.

Key words: Precautionary measure - Faculty of the judge - Precaution and protection.

Sumario;

1. Presentación del caso y formulación del problema.
2. Análisis.
3. Conclusiones.

1. PRESENTACIÓN DEL CASO Y FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

EXPEDIENTE N° 280-971

SALA N° 4

AUTOS Y VISTOS; interviniendo como presidida ponente el señor Lama Morey **ATENDIENDO; Primero.-** Que, cuando se pretende asegurar el Pospuesto en Mandato Ejecutivo la medida puede caer sobre cualquier bien del deudor con el carácter de secuestro conservativo, con desposesión y entrega al custodio, conforme lo establece el segundo párrafo del artículo seiscientos cuarenta y tres del Código Procesal Civil; en consecuencia no existiendo aún orden de pago contenido en mandato ejecutivo, no resulta adecuada la medida cautelar en la forma solicitada a fojas diecisiete de este cuaderno **Segundo.-** Que, sin embargo, el A-quo al declarar improcedente a solicitud y ordenando el archivo del proceso cautelar ha incurrido en nulidad insubsanable prevista en la segunda parte del primer párrafo del artículo setenta y uno del acotado, pues tal decisión no resulta compatible con finalidad del proceso cautelar, que es la de asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva, pues debió hacer uso de la facultad que le confiere la última parte del primer

párrafo del artículo seiscientos once de la norma glosada, en el sentido de disponer la medida cautelar que atendiendo a la naturaleza de lo que va a ser la principal. **DECLARARON NULA** la resolución de fecha veintitrés de julio de mil novecientos noventa y siete, de fojas veintiuno de este cuaderno. **DISPUSIERON** que el A-quo expida nueva resolución. Hágase saber y devuélvase oportunamente. s.s.

FERREIRA VILDOZOLA DÍAZ VALLEJO
LAMA MORE

LOS FUNDAMENTOS DEL VOTO DEL DOCTOR FERREIRA VILDOZOLA SON LOS SIGUIENTES: ATENDIENDO: Primero.- Que la medida cautelar fuera de proceso, de conformidad con lo dispuesto en los artículos ocho y seiscientos treinta y seis del Código Procesal Civil, para su procedencia deben darse copulativamente las condiciones señaladas en el artículo seiscientos once del mismo cuerpo legal, sin que obste en como lo dispuesto en la segunda parte del artículo seiscientos cuarenta y tres es de Código citado, para efecto del secuestro conservativo, que por su naturaleza compulsiva, para dictar dicha medida, el peticionante debe acreditar su imposible necesidad a efectos de sustraer los bienes de la esfera de posesión de obligado, teniendo en consideración la facultad que a este le señala el artículo seiscientos cuarenta y nueve del mismo cuerpo legal; **Segundo.-** Que en el presente caso, no se encuentra justificado el secuestro conservativo, por lo que, el juzgado, con la facultad que le señala el artículo seiscientos once del Código citado, ha debido calificar la solicitud para efectos del despacho de la medida que considere adecuada, sin rechazar la solicitud en la forma como lo hizo, incurriendo en causal de nulidad prevista en el artículo ciento setenta y uno, segunda parte del Código anotado: MI VOTO es porque se declare nula la resolución, debiendo el A-quo emitir una nueva con arreglo a ley.

1.1. El caso

El caso materia de comentario trata sobre una medida cautelar fuera de proceso en el que se solicita el secuestro conservativo con desposesión y entrega al custodio de los bienes del deudor de un título valor. Pues bien, de la lectura de la resolución de la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, se aprecia que siendo una medida cautelar fuera de proceso, como sabemos, esta es presentada antes de iniciarse el proceso principal, de suerte que en dicho momento no existe expedido mandato ejecutivo alguno respecto de dicho título, por lo que 110 resultaría aplicable lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 643 del Código Procesal Civil, que reserva este tipo de medidas cautelares, el secuestro conservativo, para el supuesto en que se pretenda asegurar el pago dispuesto en un mandato ejecutivo². En tal sentido, el juez de primera instancia rechaza la medida solicitada, no obstante, la Sala Civil, declara nula la resolución que dispone dicho rechazo, señalando que el A-quo debió hacer uso de la facultad que confiere el artículo 611, esto es, dictar la medida que considere adecuada, atendiendo a la naturaleza de lo que va a ser el principal, siendo que al no haber actuado de ese modo, ha incurrido en causal de nulidad prevista en la segunda parte del primer párrafo del artículo 171 del Código adjetivo.

1.2. Formulación del problema

La resolución expedida por la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia precedentemente transcrita, nos plantea diversas interrogantes que, para efectos del presente trabajo de investigación, hemos centrado en dos:

Conforme al Código Procesal Civil peruano, ¿la adecuación es un presupuesto para la concesión de las medidas cautelares?

La adecuación en las medidas cautelares ¿es una facultad o una obligación del juez?

En relación con la primera interrogante, debemos señalar que tradicionalmente se ha considerado como presupuestos de la medida cautelar la apariencia en el derecho (verosimilitud), el peligro en la demora y la caución (contracautela). Al respecto, si bien no es materia del presente análisis, es menester señalar de inicio que, a criterio nuestro, la contracautela no se constituye en un presupuesto para la concesión de la medida cautelar sino en un requisito para su ejecución, de suerte que es posible conceder una medida cautelar y dejar en suspenso su ejecución si no se ha presentado contracautela. Efectuada dicha precisión conceptual, será materia de análisis en el presente trabajo establecer si, además de los presupuestos de procedencia tradicionalmente admitidos, verosimilitud en el derecho y peligro en la demora, es posible considerar como un presupuesto expresamente previsto en nuestro Código Procesal Civil a la adecuación. Cabe señalar que la dilucidación de la referida interrogante, no se agota en satisfacer un prurito conceptual de dogmática jurídica, sino que encuentra consecuencias prácticas concretas.

En orden a lo indicado, a manera de ejemplo, puede señalarse que, en caso de concluirse que la adecuación es efectivamente un presupuesto de la concesión de la medida cautelar, resulta claro que al presentar una solicitud cautelar, debe fundamentarse expresa y suficientemente la existencia de adecuación de la medida solicitada respecto de la naturaleza de la pretensión principal, de manera que de no hacerse de éste modo, a tenor de la exigencia prevista en el inciso 1° del artículo 610 del Código Procesal Civil, la solicitud así presentada carecería de uno de sus requisitos de admisión, por lo que puede ser declarada inadmisibles y, en caso de no ser subsanado la indicada omisión, ser rechazada.

El segundo problema planteado tiene que ver con el evidente contrasentido de los términos empleados por la Sala Superior en la resolución materia de análisis. En efecto, pese a que la Sala expresamente señala que constituye una facultad del juez el que disponga la medida cautelar que considere adecuada, precisa que debió ejercer dicha facultad, de suerte que al no haberlo hecho así, ha incurrido en causal de nulidad. Entonces cómo se entiende que se debe ejercer una facultad, las facultades se pueden ejercer, pues si fuera obligatorio ejercerlas ya no serían facultades sino deberes y, por consiguiente, su inobservancia implicaría responsabilidad funcional por parte del juez.

En tal sentido, es necesario que establezcamos si, en los términos del Código Procesal Civil, la adecuación es una facultad o una obligación del juez, a ello se conducirá la

segunda parte de nuestro análisis.

2. ANÁLISIS

2.1. La adecuación en las medidas cautelares. Precisiones conceptuales

2.1.1. Definición

A decir de Monroy Palacios, autor al que seguimos en esta parte, la adecuación debe ser considerada como un presupuesto esencial de la medida cautelar, al mismo nivel de la verosimilitud y el peligro en la demora y que consiste en la congruencia y proporcionalidad que debe existir entre el pedido cautelar y la situación jurídica o fáctica que es objeto de la aseguración. Ello importa emitir un juicio de razonabilidad sobre la medida cautelar en función a aquello que se pretende asegurar y la finalidad perseguida, debiendo otorgar aquella medida que afecte lo menos posible los intereses del sujeto sobre quien recae la misma, debiendo conjugar ello, obviamente, con la finalidad de la medida cautelar que en definitiva es asegurar la eficacia del proceso.

2.1.2. Contenido

La adecuación implica que se establezca si la medida cautelar se adecúa al objeto que se pretende asegurar, lo que exige que se haga un análisis de la congruencia y proporcionalidad de la misma.

A decir de Monroy Palacios, la congruencia se refiere "...a la correlación lógica que necesariamente deberá establecerse entre la cautelar concedida y el objeto de la tutela..."; esto alude a un principio de adecuación cualitativa, piénsese por ejemplo en el caso de una demanda de rendición de cuentas en la que se solicita como medida cautelar el embargo en forma de inscripción sobre un inmueble de la sociedad, la incongruencia es evidente pues el objeto que se pretende asegurar en la pretensión principal no se encuentra en correlación con la medida solicitada.

Por su parte, la proporcionalidad es definida por el citado autor como "la correlación necesaria que debe existir entre la medida otorgada y el objeto que está buscando asegurar...", refiere a la adecuación cuantitativa, y que esta reserva para las medidas cautelares orientadas a asegurar relaciones jurídicas con contenido patrimonial. Esta adecuación se advierte claramente cuando se dispone una medida cautelar cuyo monto cubre la suma que aproximadamente se deberá pagar a la finalización del proceso (incluido el cálculo de los intereses), en caso el solicitante obtenga una sentencia favorable.

Ambos elementos se encuentran condicionados entre sí, de manera que no resulta adecuada una medida cautelar si pese a ser congruente resulta desproporcionada y, de manera similar, si siendo proporcionada, no resulta congruente, debiendo también ser estimada como inadecuada.

2.1.3. Características

El requisito de la adecuación se construye sobre la base de dos premisas, que son las que le dan sentido y permiten caracterizarla, estas son: i) mantener la igualdad en el proceso y ii) evitar perjuicios innecesarios.

En efecto, tal como lo señala Monroy Palacios, las medidas cautelares implican una modificación no solo jurídica sino también táctica y de actuación inmediata respecto de la situación del demandado, afectando sus intereses, pudiendo generar que el proceso se desarrolle de manera desigual, por lo que es necesario conjugar dicha situación con el hecho de que el juez otorgue la medida que afecte lo menos posible los intereses de la parte sobre la que recae la medida. Esto es lo que se ha denominado en la doctrina como el principio de mínima injerencias.

2.2. La adecuación como requisito para la concesión de la medida cautelar

El artículo 611 del Código Procesal Civil, señala en su primer párrafo que: "el juez, siempre que de lo expuesto y prueba anexa considere verosímil el derecho invocado y necesaria la decisión preventiva por constituir peligro en la demora del proceso o, por cualquier otra razón justificable, dictará medida cautelar en la forma solicitada o la que considere adecuada atendiendo a la naturaleza de la pretensión principal. (...)".

Del análisis de la referida norma es posible identificar que nuestra legislación procesal civil considera como requisitos para la concesión de la medida cautelar aquellos requisitos clásicamente reconocidos en la doctrina: la verosimilitud del derecho, conocido también con el aforismo de *fumiis boni juris* y el peligro en la demora, conocido como el *periculum in mora*, ambos requisitos ampliamente desarrollados por la doctrina y de los que no nos vamos a ocupar aquí.

Asimismo, advertimos la presencia de dos elementos adicionales: de un lado, la pluricompreensiva expresión "por cualquier otra razón justificable", la cual precedida del conector "o", nos lleva a preguntarnos si pueden no estar ambos requisitos o solamente refiere que puede no estar presente el requisito inmediatamente precedente, esto es, el peligro en la demora y que, en vez de él, podría identificarse alguna otra razón que justifique que se conceda la medida. Ello, tal como resulta de su texto, marca la apertura a cualquier otra razón que pueda encontrar justificación para conceder la medida cautelar.

Consideramos que el requisito de la verosimilitud resulta ineludible e irremplazable, pues afirmar lo contrario abriría la posibilidad de que se utilice la vía cautelar como un mecanismo de acoso y presión a cualquier persona por el solo mérito de presentar una demanda que pudiera resultar manifiestamente carente de modo absoluto de sustento. Por tanto, la anotada expresión "o cualquier otra razón justificable" solo puede estar referida a reemplazar el requisito del peligro en la demora, aunque en el plano de la realidad nos resulta difícil imaginar cual pudiera ser esta otra razón justificable que pudiera invocarse en vez del peligro en la demora, más aun si consideramos la urgencia como el fundamento último para justificar el empleo de la vía cautelar.

Sin ánimo de ahondar en este tema, pues no es el que motiva la presente investigación, consideramos que de cualquier forma, tal razón no puede ser cualquiera sin más, sino que necesariamente debe enmarcarse en la finalidad de toda medida cautelar, esto es: ser un instrumento para la consecución de una decisión eficaz, de suerte que la razón que se invoque debe encontrar justificación precisamente en conseguir dicha finalidad reservada al instituto materia de análisis.

De otro lado, el segundo elemento que se aprecia del citado artículo es el de la adecuación. En efecto, la medida que se dicte deberá ser adecuada a la naturaleza de la pretensión principal. La interrogante que surge de inmediato es establecer si dicha adecuación se constituye en un presupuesto para la concesión de la medida cautelar, conjuntamente con los clásicos verosimilitud y peligro en la demora debiendo ser consignado al solicitar la medida cautelar y, consiguientemente, sustentado por el peticionante como los otros dos requisitos aludidos; o si, mas bien, es un análisis reservado al juzgador, quien luego de verificar el cumplimiento de los otros dos requisitos y debiendo dictar necesariamente la medida cautelar, debe evaluar, en un segundo nivel de análisis, si la solicitada es o no adecuada y en caso de no serlo, deberá identificar la que si lo sea y dictar ella.

Dicho de otro modo, lo que se plantea es si la adecuación se constituye en uno de los requisitos para la concesión de la medida cautelar (presupuesto) que deben ser evaluados de inicio por el juzgador, conjuntamente con la verosimilitud y el peligro en la demora, de suerte que la ausencia de alguno de ellos determine el rechazo de la medida solicitada o si, antes bien, verificados los otros dos requisitos, el juez deberá conceder la medida que resulte adecuada, sea la solicitada u otra que si lo sea, encontrándose imposibilitado de rechazar el pedío cautelar, debiendo, en todo caso, necesariamente dictar la medida que considere adecuada.

A este respecto consideramos, contrariamente a lo expuesto por Monrov Palacios, que la adecuación es un presupuesto para la concesión de las medidas cautelares previsto como tal por el legislador del Código Procesal Civil, conjuntamente con los tradicionales presupuestos de verosimilitud y peligro en la demora.

Para corroborar lo señalado, imaginemos la siguiente situación: se solicita una medida cautelar, cualquiera que esta sea, el juez, a fin de conceder la medida solicitada debe evaluar que el pedido cumpla con los tres requisitos, esto es que existe verosimilitud en el derecho, peligro en la demora y que la medida solicitada resulte adecuada con la naturaleza de la pretensión principal, solo en éste caso estará en aptitud de conceder la medida. Ocurre, sin embargo, que la ley da un tratamiento distinto al tercer requisito, pues si bien la carencia de alguno de los dos primeros requisitos determina el rechazo de la solicitud cautelar, respecto del tercero, la adecuación, la norma permite que su insuficiencia sea "subsanaada" por el juez, de manera que en definitiva, se cumpla también con ese tercer presupuesto para la concesión de la medida cautelar.

En este orden de ideas es posible afirmar que aquella medida cautelar que haya sido concedida careciendo de alguno de estos tres presupuestos": verosimilitud, peligro en la

demora o adecuación, siendo estos concurrentes, no tiene respaldo en la ley.

En tal virtud, resulta claro que si el juez no se encuentra en posibilidad de salvar la referida insuficiencia de este presupuesto, ergo, frente a la carencia del requisito de la adecuación, la medida también deberá ser rechazada, desde que no ha cumplido con uno de sus presupuestos.

Finalmente, considerar la adecuación como un presupuesto para la concesión de la medida cautelar, previsto así de manera expresa en nuestro Código Procesal Civil, conjuga perfectamente con la regulación de *numerus apertus* respecto de las medidas cautelares prevista en nuestra legislación. En efecto, el artículo 62912 del Código Procesal Civil regula la denominada medida cautelar genérica, en virtud del cual se puede solicitar y conceder medidas cautelares no previstas expresamente en dicho cuerpo normativo, siempre que se atienda al presupuesto de la adecuación, siendo precisamente la exigencia de este presupuesto el que hace razonable la existencia de este sistema de *numerus apertus*. Ello no hace sino corroborar la conclusión a la que hemos arribado de considerar la adecuación como un presupuesto previsto expresamente en el Código Procesal Civil.

2.3. La adecuación de la medida cautelar por el juez, ¿facultad u obligación?

Admitido que la adecuación constituye un requisito (entendido como presupuesto para la concesión) de la medida cautelar, corresponde ahora analizar su funcionamiento.

En relación con ello debe señalarse que, tal como lo afirma Quiroga, para que sea amparada una pretensión cautelar, el solicitante, al formular su pedido, debe verificar que cumple no solamente con los requisitos establecidos en el artículo 610 del Código Procesal Civil, sino también con los presupuestos previstos en el artículo 611 de la referida norma legal, vale decir, efectuar un análisis de la presencia de los tres presupuestos que hemos venido señalado.

Resulta claro que la fundamentación de la medida cautelar incluye el sustento que aporte el solicitante respecto de la presencia de los tres requisitos indicados, de suerte que no es posible afirmar el cumplimiento de este requisito si se omite exponer lo referido al análisis de adecuación de la medida específicamente solicitada atendiendo a la naturaleza de la pretensión principal, siendo que a partir de dicho fundamento el juez efectuará el análisis de la adecuación o inadecuación de la medida conforme haya sido solicitada. Por ende, si la solicitud careciera de dicha fundamentación, debe ser declarada inadmisibles y el juez debe ordenar la correspondiente "subsanción", bajo apremio de rechazar el pedido.

Una vez presentada la solicitud, corresponde al juez, determinar si efectivamente se verifica la presencia de los indicados presupuestos. En relación con este análisis, tal como se ha indicado en el numeral anterior, si el juez advierte la carencia de los requisitos de verosimilitud del derecho y peligro en la demora, debe rechazar el pedido cautelar; sin embargo ante la carencia del requisito de la adecuación no corresponde el rechazo sino

que previamente es necesario que el juez procure "salvar" dicha carencia y, de este modo, dictar otra medida que si resulte adecuada.

En este ejercicio de adecuación entran en confrontación, tal como lo refiere Monroy Palacios, el aforismo iura novit curia y el carácter publicístico que se le puede otorgar a la medida cautelar. En efecto, el juez conoce el derecho pero no le es permitido modificar el petitorio o los fundamentos de hecho, no obstante al adecuar, estando a que al otorgar cautela no solo se busca tutelar la situación de quien lo solicita sino, sobre todo, asegurar la eficacia del proceso, la indicada imposibilidad se atenúa y, el juez puede modificar el pedido cautelar, aunque cuidando que al dictar una medida distinta a la solicitada se otorguen las mismas ventajas fácticas y jurídicas de protección al solicitante, siendo que, en caso ello no se logre, estará imposibilitado de dictar una medida distinta a la solicitada, con lo cual deberá concluir en la carencia del requisito de la adecuación y rechazar la medida.

De lo hasta aquí indicado y del propio texto del artículo 611° del Código Procesal Civil, es posible afirmar que la adecuación se constituye en una obligación del juzgador, es decir, en un deber que la norma le impone y que no puede soslayar, al punto que su incumplimiento generaría responsabilidad funcional en él.

Efectivamente, la referida norma precisa que el juez dictará la medida solicitada o la que considere adecuada, de manera tal que debe "salvar" la insuficiencia del presupuesto de la adecuación que pueda tener la solicitud cautelar, siendo que en cualquier caso en que no sea posible identificar una medida que resulte adecuada, recién podrá rechazar la medida, pero siempre está obligado a efectuar dicho examen, debiendo en cada caso concreto exponer en la correspondiente resolución, las razones de la adecuación o de la imposibilidad de obtener dentro del universo de medidas cautelares posibles, una medida adecuada.

Ciertamente la posibilidad que no se pueda identificar alguna medida cautelar que pueda resultar adecuada parece remota, desde que existe la denominada medida cautelar genérica, no obstante, consideramos que en el plano fáctico es posible que se presenten supuestos en los que la situación jurídica planteada sea de tal complejidad que termine siendo no solo inconveniente sino hasta peligroso que el juez ordene una medida cautelar distinta a la solicitada, resultando en estos casos pertinente que se rechace la solicitud cautelar.

3. CONCLUSIONES

A manera de conclusiones podemos señalar las siguientes:

1. La adecuación es un presupuesto, junto a la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora, previsto en el artículo 611° del Código Procesal Civil.
2. La solicitud cautelar debe exponer, dentro de sus fundamentos, lo referido al cumplimiento de la adecuación de la medida solicitada atendiendo a la pretensión

principal

3. El análisis de adecuación es una obligación para el juez que debe realizarlo en todos los casos.

4. En la resolución expedida por la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Lima, materia de comentario, el juez de primera instancia se equivoca cuando rechaza la solicitud cautelar planteada sin efectuar el análisis de adecuación y, en todo caso, disponer la medida cautelar que considere adecuada.

Asimismo, a nuestro entender, también la sala se equivoca en dicha resolución, cuando expresa que la adecuación es una facultad del juez, desconociendo el carácter obligatorio que reviste dicho análisis a la luz de lo comentado en el presente trabajo.