

«Embargos y demandas verosímilmente acreditadas»

Juan Francisco Vergara Gotelli
Vocal de la Corte Superior de Justicia de Lima

Como bien lo expresa el profesor MONROY GALVEZ en artículo anterior¹, el tema cautelar ha sido abandonado por el legislador nacional, en su indiferencia por una problemática judicial que lleva a la colectividad forense y a la sociedad en general a una actitud de rechazo y permanente censura a la administración de justicia. Su lentitud en muchos casos entraña negación de justicia, pues otra cosa no es la comprobación de la imposibilidad de ejecutar un fallo final favorable, alcanzado después de un costoso, enmarañado y largo proceso, en tanto el perdedor ha tenido el tiempo suficiente para poner a buen recaudo sus bienes. Es indudable que el demandante victorioso en estos casos se verá desalentado por el engaño que, a fin de cuentas, ha de consignar en el pasivo del Poder Judicial, al que por el resto de sus días acusará como el único responsable de su desdicha.

Es por esto que, en los tiempos últimos en que se venimos utilizando la palabra "cambio" como expresión de una revolución institucional, resulta necesidad impostergable, dentro del reordenamiento legislativo, el adecuado y perentorio tratamiento del proceso cautelar; de modo que garantice a los justiciables la ejecución efectiva de toda decisión jurisdiccional firme, y a la sociedad, la paz en justicia.

Afirma el tratadista DÍ YORIO² que la medida cautelar está destinada más que a servir a la justicia, a darle tiempo a la justicia para

que haga eficaz su obra; y esto porque, como bien lo dice DAVIS ECHANDIA³

, este instituto procesal está destinado a «prevenir los daños que el litigio pueda acarrear o que puedan derivarse de una situación anormal». Es interesante subrayar también lo que Manuel PONZ dijera en el X Congreso Nacional Argentino de Derecho Procesal, celebrado en la ciudad de Salta: «La providencia cautelar está dirigida a salvaguardar el *imperium judicis*; esto es, a impedir que la soberanía del Estado, en su más alta expresión que es la justicia, se reduzca a una tardía e inútil expresión verbal»⁴.

Es pues evidente, que la medida cautelar constituye una eficaz decisión por medio de la cual el Poder Judicial se prestigia, pues importa asegurar no sólo la justa satisfacción de intereses particulares, sino esencialmente el orden y la paz sociales.

Una providencia cautelatoria sabia y oportunamente dictada, ha de traer como consecuencia inmediata el interés, tanto de demandante como de demandado, en que no se prolongue más de lo indispensable el proceso. Por ello, frente al desinterés del poder político en materia como la tratada, se requiere del esfuerzo de la magistratura para asumir el rol de auténtico director que le corresponde, como también el de creador de derecho; roles que ofrece, por encima de las limitaciones legislativas de nuestro

infeliz Código de Procedimientos Civiles, el embargo -pésimamente tratado- que es una de las múltiples formas de providencia cautelar, y una que otra figura cautelatoria diseminada en cuerpos legales ajenos.

Insisto pues en la necesidad de crear derecho, para lo que el juez peruano debe recurrir a la doctrina y a la legislación comparada, apoyando sus decisiones en el numeral 6 del artículo 233 de la Constitución Política y en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Civil.

Manifiesto es que nuestro Código de Procedimientos Civiles, producto de una mentalidad ya largamente superada, desconoce el tema cautelar y lleva a abogados y jueces a un tratamiento inadecuado que trae consigo serios conflictos de diario. El artículo 233 no niega la dación del embargo dentro de procesos seguidos por los cauces del procedimiento ordinario; pues, por el contrario, lo que hace es reafirmar su procedencia, especialmente después de obtenerse sentencia favorable en primera o en segunda instancia.

Y no podría negarlo desde que conforme a los numerales 223 y siguientes, puede «todo juez de primera instancia decretar embargos anteriores al juicio», lo que equivale a decir que sin proceso abierto no se puede hablar de improcedencia en razón de vía procedimental (sumaria, ordinaria, ejecutiva),

(1) MONROY GALVEZ, Juan F. EN: *Derecho y Sociedad-Revista de Derecho Público*, Lima, 1990.
(2) DÍ YORIO, Alfredo J. *Temas de Derecho Procesal*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1985.
(3) DAVIS ECHANDIA, Hernando. *Teoría general del proceso*, Tomo I, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1984.
(4) Citado por REIMUNDI, Ricardo. EN: *Derecho Procesal Civil*, Editorial Viracocha, Buenos Aires, 1956.

amén de que el título sobre embargos está comprendido dentro de la sección de "disposiciones aplicables a todo procedimiento". Esta desarticulada y asistemática ley de procedimientos viene, sin embargo, sirviendo a tres códigos civiles a lo largo de 78 años de vigencia.

El codificador civil, con comprensible afán en hacer viables las normas materiales de su creación, se convirtió de la noche a la mañana en procesalista, agregando en su Código gran número de normas de procedimiento, con explicable desacuerdo en muchas de ellas.

Así, el Código Civil de 1936, en el inciso 7 de su artículo 1042, permitía inscribir en el Registro de la Propiedad Inmueble «los embargos preventivos y definitivos». Debemos recordar aquí que todo embargo es una providencia cautelar y que, como tal, constituye siempre decisión preventiva y previsoría dictada para asegurar la ejecución a futuro de fallo definitivo. Hay pues un exceso en la expresión "embargo preventivo" desde que éste es una medida cautelar y toda medida cautelar es por naturaleza preventiva.

De esto se sigue que el embargo en la doctrina no es "definitivo", pues ninguna medida cautelar puede tener ese carácter por ser provisional o instrumental, desde que no tiene finalidad u objetivo propios, ya que se da exclusivamente en función de lo que se decide en la sentencia que ha de definir la controversia del proceso de fondo. Incluso, consideramos innecesario el inciso, pues la inscripción del embargo en el Registro Público, por la naturaleza y destino de dicha providencia cautelar, resulta en su caso la ejecución natural de tal medida.

El inciso 8 del mismo artículo

establecía la procedencia de la inscripción de «las demandas, a juicio del juez, que se refieran a actos inscribibles» (El subrayado es nuestro). El desconocimiento en el tema por parte del legislador, abogados y jueces, hizo que esta redacción sirviera de patente de impunidad para la aplicación de la medida sin reserva ni motivación algunas; pues la expresión "a juicio del juez" fue entendida como facultad irrestricta, indiscriminada, arbitraria, que en un ejercicio irracional distorsionó el instituto de la cautela e indudablemente causó perjuicios injustificados.

Frente a esta realidad reaccionó el legislador de 1984, cuando en el inciso 7 del artículo 2019 del vigente Código -que resume los embargos y demandas, tratados en dos incisos por el Código abrogado, como se ha visto- exige para la procedencia de la inscripción de las demandas ya no "el juicio del Juez", sino que éstas se encuentren *verosímilmente acreditadas*. Es decir, para la procedencia de la anotación bastaría hoy que el demandante revisita su pedido de "apariciencia del derecho invocado" (*fumus boni juris*), que es uno de los requisitos que la doctrina reconoce para la dación de toda medida cautelar; lo que resultaría grave porque solo (sin la concurrencia de los otros requisitos), este principio podría llevar a determinaciones inapropiadas y peligrosas.

Resulta oportuno, a este respecto, distinguir las consecuencias en ambos casos de providencias cautelatorias. El embargo grava el bien para responder por una deuda de cantidad fija o apreciable en suma de dinero determinada. Por ejemplo, si el inmueble vale 100 y el embargo se traba por 5, un tercero puede adquirir la propiedad de di-

cho bien con la seguridad que el riesgo que asume significa tener que pagar sólo esa menor suma si quien le transfiere el dominio es vencido en el proceso en que se dictó dicha providencia cautelar.

En cambio, la anotación de la demanda entraña un cuestionamiento al derecho de propiedad de quien aparece como su titular en el Registro Público, significando que quien adquiere en esas condiciones tiene que comprender que una sentencia desfavorable para el que le transfirió el dominio ha de entrañar para él la pérdida del inmueble. La anotación de una demanda no debe pues dictarse en abierta liberalidad o desaprensivamente, como suele observarse en nuestro medio ("Estando a lo que se expone: anótese la demanda..."), ya que de hecho ha de constituir un freno a la libre contratación y un dique a la circulación de bienes, tan necesarias en la sociedad moderna.

Mala resulta pues la decisión cuando se niega sin motivo una providencia cautelar como que mala es también cuando se otorga sin justificación valedera y sin contracautela. La razón aconseja, entonces, que más allá del texto legal, el juez exija la concurrencia de todos los requisitos doctrinales y el cumplimiento de ciertas formas elementales, a saber:

1. Pedido en escrito aparte de la providencia cautelar, con la fundamentación debida y con acompañamiento de los instrumentos pertinentes (incluida copia de la demanda y de su admisorio) que sustenten la pretensión cautelar. Se ha hecho costumbre hacer el pedido en un otrosí del mismo escrito de demanda y sin ofrecer fundamentación alguna;

2. Dictar la medida cuando a criterio del juez y en mérito a los ele-

mentos aportados por el demandante, se justifique. Es indispensable la motivación escrita de esta decisión provisional y autónoma, dictada sobre la base de lo verosímil y que, por tanto, puede posteriormente ser desechada con la fuerza de la sentencia definitiva, que es la expresión de la certeza; pues así lo exige el inciso 4to. del art. 233 de la Constitución Política del Perú, que no admite distingos. El ejercicio de la facultad discrecional tiene que ser llevado dentro de un contexto de racionalidad que recuse determinaciones arbitrarias o dictatoriales, incompatibles con la función jurisdiccional. Una resolución inmotivada no permite al litigante afectado el derecho a conocer con exactitud las razones que ha tenido el juez para evacuar la decisión que lo agravia e imposibilita la intervención del superior jerárquico, toda vez que en tales condiciones éste no tendrá los elementos indispensables para calificar tal

determinación ciega, confirmándola o revocándola;

3. Ejecutar la providencia de inmediato, sin conocimiento ni intervención del demandado, ya que toda decisión precautoria o cautelar, para ser eficaz, tiene que dictarse y ejecutarse *in audita pars*. El derecho a la defensa no se desconoce con esta mecánica procesal, pues inmediatamente después de la ejecución, el afectado pueda hacer ejercicio de todos los recursos que la ley prevé; y,

4. Interpuesta la apelación del caso (después de ejecutada la medida), ha de concederse el recurso con suspensión de la competencia del juez (ambos efectos) dentro del cuaderno de su propósito -conteniente del proceso cautelar- sin que, obviamente, se entorpezca la tramitación del proceso principal o de fondo. Precisamente, la Corte Superior de Justicia de Lima acaba de emitir una circular en la que da directivas respecto a la formación del

correspondiente cuaderno en todo tipo de medida cautelar y la consiguiente tramitación autónoma.

Consideramos que frente a las deficiencias de la legislación en torno al tema en análisis, y ante la imposibilidad de contar con una pronta decisión legislativa que viabilice su tratamiento a partir de una concepción científica de la materia, es impostergable un cambio de actitud en abogados y magistrados, asumiendo sus responsabilidades con lealtad y entereza en el común interés de coadyuvar al mejoramiento de la administración de justicia en el Perú. Y una forma de hacerlo, es entender que la medida cautelar está destinada, esencialmente, a asegurar el fallo definitivo en los procesos que se tramitan por vía que permite dilaciones abusivas y consecuentes decisiones inoportunas. Es decir, la medida cautelar calza precisamente en los procesos que se siguen por la vía ordinaria.