

APUNTES SOBRE LA DURACIÓN TEMPORAL DE LA TUTELA CAUTELAR

Eugenia Ariano Deho*

La tutela cautelar no constituye un fin en sí misma, sino que cumple una función asegurativa de la eficacia de la tutela satisfactiva, ya sea esta una tutela de cognición, o una tutela de ejecución. Sobre la base de las notas de provisionalidad e instrumentalidad, propias de la tutela cautelar, la autora analiza la función que ésta cumple en el contexto de los distintos tipos de tutela satisfactiva, según se trate de una tutela provista mediante sentencias meramente declarativas, constitutivas o de condena. Asimismo, nos muestra las profundas contradicciones contenidas en los artículos de nuestro Código Procesal Civil, los cuales contienen una regulación de las medidas cautelares que resulta absolutamente contradictoria con su propia naturaleza.

“La medida provisional actúa una efectiva voluntad de ley, pero una voluntad que consiste en garantizar la actuación de otra supuesta voluntad de la ley: si a continuación, por ejemplo, esta voluntad se demuestra que no existía, también la voluntad actuada en la medida provisional aparecerá como una voluntad que no debería haber existido. La acción aseguradora, es pues en sí misma, una acción provisional”.

Giuseppe Chiovenda

1. INSTRUMENTALIDAD Y PROVISIONALIDAD DE LA TUTELA CAUTELAR

Es para todos sabido que la tutela cautelar no constituye un fin en sí misma¹, pues su función se agota en

* Profesora de Derecho Procesal Civil en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y en la Universidad de Lima.

¹ De allí que quienes propugnan las “argentínimas” “medidas autosatisfactivas” (sobre las cuales véase el volumen colectivo —y muy repetitivo—, “Medidas autosatisfactivas”, Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires-Santa Fe, 1999, que en sustancia implican peligrosísimas atípicas formas de tutela sumarias no cautelares) se ven precisados a decir que éstas se distinguen de las medidas cautelares porque sí son fines en sí mismas, o sea fuente directa de tutela (de fondo), de allí la, decididamente fea, expresión “autosatisfactivas”. Nuestra postura frente a ello puede verse en: ARIANO DEHO, Eugenia. “En defensa de la tutela cautelar como instrumento de tutela efectiva”. En: Revista de Derecho y Ciencia Política. Vol. 56. N° 2. 1998. p. 313 y siguientes. Si de palabras se trata, valga esta anotación de Eduardo F. Ricci: “A mi parecer vale pena denominar «cautelares» (al menos en sentido sustancial, y con la mirada dirigida a la función del instituto) solamente a las resoluciones, que están enderezadas a hacer posible la futura satisfacción del derecho sin provocar la inmediata satisfacción. Justamente para dar contenido a la antítesis entre resoluciones enderezadas a asegurar la futura satisfacción y las resoluciones enderezadas a satisfacerlo, la doctrina alemana delinea una contraposición entre *Sicherungsverfügungen* y *Befriedigungsverfügungen*, y la dicción «cautelares» debería estar referida a las resoluciones del primer tipo, mientras que las resoluciones del segundo deberían ser llamadas «satisfactivas»” (RICCI, Eduardo F. “*Ordinanza successiva alla chiusura dell’istruzione*”. En: “*Interventi urgenti sul processo civile*”, al cuidado de Tarzia-Cipriani, Cedam, Padova, 1997, p. 97). Si se quieren otras denominaciones, véase el cuadro de conjunto de Merlin, Elena “*L’ordinanza di pagamento delle somme non contestate!*” En: *Rivista di diritto processuale*. 1994. p. 1009 y siguientes, especialmente p. 1011 y siguientes, notas 5, 6 y 7, y 1052 nota 84, estudio en el que se discurre de “resoluciones sumarias-interinales” y de “resoluciones sumarias-decisorias”. PROTÓ PISANI, por su lado, discurre de “procedimientos sumarios-simplificados-ejecutivos”: así véase cfr. “*Usi e abusi della procedura camerale* ex art. 737 siguientes. C.P.C. (*Appunti sulla tutela giurisdizionale dei diritti e sulla gestione di interessi devoluta al giudice*)” En *Rivista di diritto civile*. 1990. p. 402, 433. Para el profesor de la Universidad de Florencia, los procedimientos – sumarios – simplificados - ejecutivos, son aquellos “destinados a concluir en resoluciones que —al igual que los títulos ejecutivos de formación extrajudicial— tienen sólo eficacia ejecutiva, pero están privados de cualquier eficacia preclusiva propia de la cosa juzgada (formal o) sustancial: de tal forma que la declaración (simplificada-sumaria) en ella contenida (y su misma legitimidad formal) podrá —al igual de lo que ocurre en el sector sistemáticamente contiguo de los títulos ejecutivos de formación extrajudicial— siempre ser rediscutida en un futuro proceso de cognición plena (...), no ejercerá ninguna eficacia preclusiva en este segundo proceso, y está destinado a ser absorbida por la sentencia que determine en vía de cognición plena la existencia o inexistencia del derecho o del status” (op.cit. p. 402 y siguientes).

servir de instrumento para asegurar la efectividad de la tutela de fondo². A esta nota distintiva de la tutela cautelar se le suele llamar instrumentalidad³. Pero, justamente porque la tutela cautelar es instrumental no tiene vocación de estabilidad en el tiempo, por lo que en sustancia es una tutela provisional⁴. La provisionalidad de la tutela cautelar constituye una nota distintiva derivada de su instrumentalidad⁵ e implica que la tutela cautelar nazca ya –como decía Calvosa – “con la previsión de su fin”⁶.

Pero, si la tutela cautelar carece totalmente de vocación de estabilidad en tiempo, ello determina que su ciclo vital fisiológico esté condicionado por el ciclo temporal –igualmente– del proceso de fondo. “Todas las medidas cautelares son provisionales –dice Arieta– porque la relación que con ella se establece, está por

su naturaleza intrínsecamente destinada a agotarse en el momento en el cual se emitirá la decisión de fondo: es decir, la medida cautelar, no tiene ninguna vocación de tener efectos definitivos o en todo caso sujetos a un régimen de considerable estabilidad, desde el momento que realiza por entero su función justamente en la provisoriedad de su duración, conexa con la instauración y el sucesivo definirse de la tutela ordinaria⁷. Es así que todas las medidas cautelares nacen bajo el signo de su precariedad, transitoriedad, interinidad^{8,9}, pues la suerte vital de sus efectos está condicionada al sobrevenir de la tutela de fondo.

Cuando sobreviene la tutela de fondo, la tutela cautelar cumple su ciclo vital y, como consecuencia, se extingue por haber cumplido su función. Ello implica que,

² Sobre el encuadramiento de la tutela cautelar como vehículo para asegurar la efectividad de la tutela jurisdiccional de fondo, véase nuestro trabajo “La tutela cautelar en el cuadro de la tutela jurisdiccional de los derechos”. En: “Revista de Investigación. Facultad de Derecho y Ciencia Política. UNMSM.Unidad de investigación” Año 2. N°3. Diciembre 2000. p. 89 y siguientes.

³ Sobre la instrumentalidad como nota distintiva de la tutela cautelar, véase nuestro trabajo “Instrumentalidad de la tutela cautelar” En: Revista Bibliotecal. Año 1. N°1. Julio 2000. p. 151 y siguientes.

⁴ La palabra provisional no tiene un significado unívoco. En efecto, se utiliza tanto para caracterizar la falta de estabilidad temporal de los efectos de las resoluciones concesorias de la tutela cautelar, como para caracterizar la cognición que se produce en los procesos sumarios (en donde lo provisional es justamente la cognición, en cuanto lo resuelto en base a cognición sumaria, o sea parcial, puede ser revisada en un proceso a cognición plena y ya definitiva), así como para designar la ejecución que se lleva adelante en base a un título ejecutivo judicial no firme. Así pues, hay una cognición provisional y una ejecución provisional, pero ni la una ni la otra tienen nada que ver con la provisionalidad de la tutela cautelar.

⁵ Así, señala Font Serra que “la tutela cautelar es provisional porque es instrumental (es decir, no es definitiva porque está en función de un proceso), pero al ser instrumental debe ser provisional (esto es por estar en función de una resolución principal que la extinguirá), no puede tener un carácter definitivo” (Font Serra, “Las medidas cautelares como manifestación de la justicia preventiva” En: “El sistema de medidas cautelares”. Ediciones de la Universidad de Navarra. Pamplona, 1974. p.144 y siguientes). El inescindible vínculo entre (lo que luego se llamaría) instrumentalidad-provisionalidad estaba muy presente en el pensamiento chiovendiano, de ello son buena prueba las palabras puestas en epígrafe del presente trabajo (extraído de sus “Instituciones de Derecho Procesal Civil”, segunda edición, vol. I. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1948. N. 82. p. 282). Sobre el pensamiento chiovendiano en materia cautelar véase Proto Pisani, Andrea “Chiovenda e la tutela cautelare” En: Rivista di diritto processuale, 1988. p. 16 y siguientes.

⁶ Así, Calvosa, en “Il processo cautelare (I sequestri e i provvedimenti d’urgenza)”, UTET, Torino, 1970. p.759: “Toda medida cautelar está caracterizada por la provisionalidad, en el sentido que la situación cautelante, constituida, justamente, con la resolución cautelar, no asume nunca el carácter de la definitividad y en cambio está destinada a durar por un espacio de tiempo delimitado. Queriendo usar otras palabras, podría decirse que, toda resolución cautelar, en cuanto provisional, nace ya con la previsión de su fin”.

⁷ Arieta, “I provvedimenti d’urgenza ex art. 700 C.P.C.” Cedam. Padova, 1985. p.44.

⁸ Decía Calamandrei que la provisionalidad implica el concepto de temporalidad, pero no coincide con éste, al ser algo diverso y más restringido: “Temporal es, simplemente lo que no dura siempre; lo que independientemente de que sobrevenga otro evento, tiene por sí mismo duración limitada: provisorio es, en cambio, lo que está destinado a durar hasta tanto que sobrevenga un evento sucesivo, en vista y en espera del cual el estado de provisoriedad subsiste durante el tiempo intermedio. En este sentido, provisorio equivale a interino; ambas expresiones indican lo que está destinado a durar lo que solamente el tiempo intermedio que precede al evento esperado” (CALAMANDREI, Piero. “Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares”. Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1945. p.36.)

⁹ Cierta sector de la doctrina española designa, evocando a Carnelutti, a esta falta de vocación de estabilidad temporal de la tutela cautelar como “temporalidad”. Así, Serra Dominguez señala que “la medida cautelar, pese a producir sus efectos desde el momento que es concedida, tiene una duración temporal supeditada a la pendencia del proceso principal. Nace ya con una duración limitada, con la finalidad de cubrir el lapso de tiempo existente entre la interpelación judicial y la efectividad del derecho” (SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. “Medidas cautelares” En: “Nueva Enciclopedia Jurídica Seix”. Tomo XVI. Barcelona, Editorial Francisco Seix S.A, 1978. p.136. Del mismo modo, Ramos Mendez ha sostenido que “ la medida cautelar no nace con una vocación de perpetuidad, sino con una duración limitada” (RAMOS MENDEZ. “Derecho Procesal Civil”, quinta edición. Tomo II. Barcelona, Bosch, 1992. p.942); mientras Montero Aroca, quien caracteriza a las medidas cautelares tanto por su provisionalidad como por su temporalidad, expresa: “Las medidas cautelares no aspiran a convertirse en definitivas, sino que desaparecerán cuando en el proceso llamado principal se haya alcanzado una situación que haga inútil el aseguramiento(...)consecuencia de lo anterior es que todas las medidas cautelares tienen una duración temporal limitada” (MONTERO AROCA “Las medidas cautelares” En: “Trabajos de derecho procesal”. Barcelona, Bosch, 1988. p.433-434.) De igual forma Barona Vilár señala que las medidas cautelares presentan tanto la nota de provisionalidad como de temporalidad: “las medidas cautelares no pretenden convertirse en definitivas, por lo que deben alzarse cuando en el proceso principal se haya llegado a una situación que haga inútil el aseguramiento, bien por cumplimiento de la sentencia, bien por actuaciones en el proceso de ejecución que despojan de motivación el mantenimiento de las medidas(...)tienen una duración limitada, sin que sea la misma determinable a priori, si bien por su propia naturaleza nacen para extinguirse nuevo proceso civil” (BARONA VILAR, Silvia. “El nuevo proceso civil”. Valencia, Tirant lo blanch, 2000. p. 740. Téngase en cuenta que para la Real Academia de la Lengua provisional es “lo que se halla o se tiene temporalmente” y lo temporal es “lo que dura algún tiempo”: “que pasa con el tiempo; que no es eterno”.

por lo regular, la tutela cautelar tendrá (o como veremos debería tener) como duración fisiológica la duración del proceso de fondo, a cuyo término la tutela cautelar o perderá toda eficacia, o será absorbida (o sustituida) por la tutela de fondo¹⁰.

2. REFLEJOS DE LA PROVISIONALIDAD: TUTELA CAUTELAR Y PROCESO DE COGNICIÓN. LA PÉRDIDA DE EFICACIA DE LA TUTELA CAUTELAR

En un trabajo anterior, señalamos los principales supuestos de pérdida de eficacia de la tutela cautelar en atención a la no instauración del proceso de fondo o a su posterior extinción¹¹. En el presente, analizaremos las vicisitudes de la tutela cautelar en aquellos supuestos que el proceso de fondo llegue a su meta, llegue a su acto terminal "normal". Pero hay que tener en cuenta que la tutela cautelar puede haber sido concedida al servicio de un proceso de cognición o de un proceso de ejecución, y la forma de operar de la tutela cautelar en ambos casos es distinta.

En el proceso de cognición la tutela cautelar cumple la función de servir de instrumento para garantizar la efectividad de la sentencia de fondo, sea ésta una sentencia meramente declarativa, constitutiva o de condena, lo que trae como consecuencia que normalmente la eficacia de la tutela cautelar perdurará hasta que sobrevenga dicha sentencia, cual acto terminal del proceso de cognición. Si, en cambio, la tutela cautelar ha sido concedida para garantizar la eficacia de las medidas ejecutivas a actuarse en el respectivo proceso, la lógica consecuencia será que cuando se active el mecanismo de ejecución, la tutela cautelar

carezca ya de sentido.

Por ello, y en atención al distinto modo de operar de la tutela cautelar en relación al proceso de cognición y en relación al proceso de ejecución, resulta indispensable abordar primeramente la problemática de la duración temporal de la tutela cautelar en relación al proceso de cognición al cual sirve de instrumento.

3. SIGUE. TUTELA CAUTELAR Y SENTENCIA DESESTIMATORIA

Si la tutela cautelar, como dijimos, encuentra su límite temporal de eficacia en la emanación de la sentencia de fondo ¿qué ocurre cuando ello se produce? En principio, hay que distinguir entre aquellos supuestos en los cuales la tutela de fondo sea concedida al demandante (vía una sentencia estimatoria de su pretensión) o cuando sea concedida al demandado (vía una sentencia desestimatoria)¹². Nuestro legislador se ha ocupado expresamente, y en vía general, sólo del último supuesto. Así el artículo 630 del Código Procesal Civil señala que "si la sentencia en primer instancia desestima la demanda, la medida cautelar queda cancelada de pleno derecho, aunque aquella hubiere sido impugnada"¹³.

Si la tutela cautelar está instrumentalmente conectada a la tutela de fondo, sobrevinida ésta a favor del demandado, aun cuando la sentencia no sea aún firme, resulta lógico y coherente con su naturaleza que ésta desaparezca pues "la instrumentalidad no habrá funcionado"¹⁴. Por esto, sería absurdo que, habiéndose determinado por sentencia de fondo la inexistencia del derecho que se estaba resguardando

¹⁰ Para Proto Pisani toda la esencia de la tutela cautelar está en su provisionalidad: "Característica estructural de la tutela cautelar es la provisionalidad, es decir, la falta de idoneidad para dictar una disciplina definitiva de la relación controvertida. (...) La resolución cautelar en cuanto emanada sobre la base de una cognición sumaria —de un juicio de probabilidad y verosimilitud— y no de una cognición plena es por su naturaleza provisional en el sentido que nunca estará en grado de regir por sí sola en modo definitivo los efectos que a ella se vinculan, aun cuando éstos —en cuanto a su contenido— sean totalmente anticipatorios de la futura resolución con cognición plena. Y en efecto sea la resolución con la cual se autoriza un secuestro, sea la resolución de suspensión de una obra nueva, sea una resolución de urgencia totalmente anticipatoria, sea la resolución de instrucción preventiva, son siempre provisionales en cuanto (...) están inevitablemente destinadas o a perder eficacia cuando el derecho en cautela del cual hayan sido concedidas sea declarado inexistente en el juicio con cognición plena, o a ser absorbidas (o según los casos, sustituidas) por la resolución con cognición plena que determine la existencia del derecho en cautela del cual hayan sido concedidas". (PROTO PISANI, Andrea. "Appunti sulla tutela cautelare" En: *Rivista di diritto civile*. 1987. p.117.)

¹¹ Véase nuestro trabajo "Instrumentalidad de la tutela cautelar" citado, p. 163 y siguientes.

¹² Por sentencia estimatoria entendemos aquella que se pronuncia sobre el fondo, vale decir, aquella que declara fundada la demanda. Sentencia desestimatoria es la que declara infundada la demanda. En ese sentido señala Ortells Ramos que "las sentencias de fondo son aquellas cuyo pronunciamiento recae sobre la pretensión misma, estimándola o desestimándola por considerarla fundada o infundada, respectivamente". (ORTELLS RAMOS, Manuel. "Derecho Jurisdiccional. II. Proceso Civil" Valencia, Tirant lo Blanch, 1997. p. 274.)

¹³ El tercer párrafo del artículo 669-novies del Código italiano (texto de la Ley 353/90), recogiendo el clamor de la doctrina, ha previsto una norma semejante: "La resolución cautelar pierde además eficacia... si con sentencia, aunque no pasada en cosa juzgada, es declarado inexistente el derecho a cautela del cual había sido concedida".

¹⁴ Así, Coral Arangüena Fanego, "Teoría General de las medidas cautelares reales en el proceso penal" Barcelona, Bosch, 1991. p.82. Ciertamente que en el supuesto en el cual se desestima la demanda, la medida cautelar pierde su eficacia porque ha desaparecido ese *fumus boni iuris* que se consideró existente al momento de la concesión. Sería absurdo que la medida cautelar sobreviviera a la sentencia desestimatoria, aun cuando no sea todavía firme. Así pues, el efecto suspensivo que acompaña a todos nuestros recursos de alzada (apelación y casación) se encuentra atemperado en cuanto al efecto que produce inmediatamente la sentencia en relación a las medidas cautelares.

con la tutela cautelar, ésta se mantenga en vida, dándosele una autoridad mayor que aquélla de la sentencia de primera instancia, dictada en base a una cognición, normalmente plenaria, sobre la controversia. Sería no sólo absurdo sino inclusive perverso que la tutela cautelar conservara su eficacia hasta que el proceso de fondo concluyera definitivamente, vale decir, hasta que la sentencia de fondo alcanzara aquella firmeza que solemos llamar “cosa juzgada”.

De allí que el artículo 630 contenga una solución correcta y sustancialmente justa. Iguales efectos, aunque la ley procesal expresamente no lo diga, se producirán en los supuestos de desistimiento de la pretensión, pues su aprobación es equiparada por la ley a una sentencia desestimatoria “con autoridad de cosa juzgada” (artículo 344, primer párrafo, del Código Procesal Civil). En ambos supuestos, las costas y costos correrán a cargo del beneficiario de la tutela cautelar, y de haberse producido daños por obra de la tutela cautelar que resultó injustificada, el sujeto que resultó afectado tendrá derecho a la reparación de los mismos (artículo 621 del Código Procesal Civil).

4. SIGUE. TUTELA CAUTELAR Y SENTENCIA ABSOLUTORIA

Pero qué ocurre si es que el proceso concluye en su modo “normal” (o más bien regular), vale decir, con una sentencia, pero no con una sentencia desestimatoria, sino ante una sentencia de contenido meramente procesal o absolutoria de la instancia¹⁵ (para ser

claros: declarando inadmisibile o improcedente la demanda). El artículo 630 del Código Procesal Civil se refiere sólo a la sentencia “desestimatoria”, pero debemos estimar que idéntico efecto debe producir la sentencia que, en expresión del artículo 121 Código Procesal Civil, se pronuncia “sobre la invalidez de la relación procesal”. Si la no admisión de la demanda determina la “caducidad” de la tutela cautelar concedida *ante causam* (artículo 636 segundo párrafo), por idéntica razón la declaración, ya en la sentencia, de la inadmisibilidad de la demanda o su improcedencia, debe producir el efecto de la pérdida de eficacia de la tutela cautelar¹⁶.

5. SIGUE. TUTELA CAUTELAR Y SENTENCIA ESTIMATORIA

Pero ¿qué ocurre cuando sobreviene la sentencia de fondo en sentido favorable al demandante? He aquí el gran tema de la tutela cautelar, en donde se puede apreciar su nota de provisionalidad.

Se suele decir que cuando sobreviene la tutela de fondo la tutela cautelar sufre una suerte de “absorción”¹⁷ por la tutela de fondo, en el sentido que la tutela cautelar, que en buena cuenta implicaba una regulación provisional de la situación sustancial, desaparecerá tomando su lugar la tutela de fondo. Pero esta es una verdad a medias por cuanto depende de una serie de variables.

En primer lugar, debemos tener en cuenta cuál es la pretensión ejercitada en el proceso de fondo. En

¹⁵ “Las sentencias meramente procesales o de absolución de la instancia —señala Ortells Ramos— son aquellas que no se pronuncian sobre la pretensión, por falta de presupuestos procesales o concurrencia de impedimentos procesales oportunamente alegados por la parte interesada. De otro modo: dejan de satisfacer la pretensión no por considerarla infundada —porque su fundamento no es juzgado ni resuelto—, sino por inadmisibile. Como estas sentencias dejan imprejuizada la pretensión, no se forma cosa juzgada respecto de ésta y puede ser admisible su nueva interposición en un proceso posterior”. (ORTELLS RAMOS. Manuel. Ob. Cit. p. 274).

¹⁶ Antes de la reforma del proceso cautelar italiano, Samorì señalaba en relación artículo 683.2 del Código italiano (“El secuestro pierde además eficacia si con sentencia pasada en cosa juzgada se declara inexistente el derecho en cautela del cual había sido concedido”, hoy derogado, por existir la norma general del tercer párrafo del artículo 669 *novies*) que el primer problema que presenta (ba) la norma (y sigue presentando el artículo 669 *novies*) “tiene relación con el tipo de pronunciamiento. La letra del artículo haría sostener que la eficacia ablativa del secuestro sea atribuible sólo a la sentencia declarativa de la inexistencia del derecho. Como consecuencia quedarían excluidos los casos de rechazo de la demanda por defecto de legitimación activa o pasiva, por incapacidad procesal de una de las partes o por la inadmisibilidad de la acción, por ejemplo por verificación de caducidad. En estas hipótesis, una interpretación exclusivamente literal podría llevar a la consecuencia de mantener firme el efecto del secuestro hasta el agotamiento de la sucesiva fase procesal sobre la existencia del derecho. Sin embargo, una lectura similar del dato normativo no es satisfactoria. Consideramos, en cambio, que la disposición, si bien ha utilizado la expresión “determinada la inexistencia del derecho”, haya en realidad entendido referirse a todas las posibles situaciones capaces de determinar el rechazo de la demanda de fondo, justamente porque la instrumentalidad de la resolución de secuestro en relación al juicio de fondo determina como corolario su cese en cualquier caso en que la demanda principal sea rechazada”. “*L’efficacia nel tempo del provvedimento di sequestro: problemi e prospettive*” En: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. 1987. p. 970 y siguientes. Sobre los alcances del artículo 669 *novies*, Tommaso considera que las sentencias que definen el proceso decidiendo cuestiones procesales impeditivas, son equiparables a las sentencias que desconocen el derecho en cautela del cual la resolución cautelar fue emitida. Véase Saletti, “*Appunti sulla nuova disciplina delle misure cautelari*” En: *Rivista di diritto processuale*. 1991. p. 381, nota 62. De igual forma Elena Merlin, aunque con ciertas reservas, considera que “no veríamos, tampoco nosotros, razones de duda para atribuir, primeramente por razones de coherencia interpretativa, eficacia caducante al pronunciamiento de desestimación por razones procesales. Y en efecto es justamente la previsión de la falta de idoneidad de la medida cautelar para sobrevivir a la extinción del proceso de fondo (primer párrafo) a imponer análoga solución para el caso de la sentencia declinatoria del juicio de fondo”. (MERLÍN, Elena. “Inefficacia del provvedimento cautelare” En: “*Provvedimenti urgenti per il processo civile*”, al cuidado de Tarzia-Cipriani. Cedam. Padova, 1992. p. 353).

¹⁷ Samorì utiliza una expresión aún más plástica: “fagocitación”. (SAMORÌ, op.ult.cit. p. 944.)

segundo lugar, cuál es el concreto contenido de la resolución concesoria de la tutela cautelar. Si, por ejemplo, lo que se ha ejercitado en un proceso principal es una pretensión meramente declarativa de nulidad de contrato de compraventa, y la medida cautelar concedida es una de anotación preventiva de demanda, ciertamente no podremos decir que al sobrevenir la tutela de fondo en sentido favorable al demandante se habrá producido una absorción de la tutela cautelar por la de fondo, pues la tutela de fondo difiere en su contenido con aquella de la tutela cautelar. Ciertamente es que, en este supuesto, la anotación de demanda habrá agotado su función, pero no se habrá producido el fenómeno de la absorción, por cuanto la tutela de fondo, en este caso concretizada en una sentencia meramente declarativa de nulidad de contrato, tiene un distinto contenido de aquella cautelar.

En cambio, en otros supuestos sí se podrá observar el fenómeno de la absorción. Así, en un proceso de alimentos, concedida una medida cautelar de asignación provisional de alimentos, emitida la sentencia de condena al pago de alimentos, definitivamente el fenómeno de la absorción es fácilmente observable, pues aquel sujeto que estaba obligado a prestar alimentos en virtud de la resolución cautelar, dejará de estarlo en virtud de ella, para estarlo en virtud de la sentencia¹⁸. Lo mismo ocurre en todos aquellos supuestos en los cuales el contenido de la resolución cautelar coincide, en todo o en parte, con el contenido de la sentencia a dictarse en el proceso de fondo (las denominadas medidas cautelares anticipatorias)¹⁹.

Es así que podemos decir que no en todos los supuestos de tutela cautelar ligada a un proceso de cognición, el sobrevenir de la tutela de fondo determina la absorción de la tutela cautelar en la tutela de fondo, en sentido de que la tutela cautelar sea sustituida por aquélla. Pero lo que sí podemos decir, es que, en casi todos los casos, el sobrevenir de la tutela de fondo determinará la pérdida de eficacia de la tutela cautelar, en cuanto se habrá agotado su función de servir de instrumento para la efectividad de la tutela de fondo.

6. SIGUE. MOMENTO TEMPORAL DE LA PÉRDIDA DE EFICACIA. EN LA TUTELA DE COGNICIÓN MERAMENTE DECLARATIVA O CONSTITUTIVA

¿Cuándo se produce esta pérdida de eficacia? Nuevamente la respuesta es relativa. Tratándose de tutelas de fondo meramente declarativas o constitutivas, el momento de la pérdida de eficacia de la tutela cautelar debe coincidir con el momento en que los efectos de la sentencia se volverán firmes, vale decir, con el paso de la sentencia en “cosa juzgada”. Ello implica que transitado el proceso de cognición por todas sus etapas, agotados todos los recursos disponibles, solamente cuando la sentencia –favorable al que ha obtenido determinada tutela cautelar– será inmutable, podremos considerar que la tutela cautelar ha agotado su función, y como consecuencia, ha desaparecido ese nexo instrumental que liga a la tutela cautelar con la tutela de fondo.

Agotado el proceso de fondo, llegado éste a su acto terminal, carece ya de sentido el mantenimiento de los efectos de la resolución concesoria de tutela cautelar, la que “languidece” por falta de función, en tanto y en cuanto, obtenida ya la tutela jurisdiccional de fondo, la que se agota en los supuestos de tutela meramente declarativa o constitutiva en la declaración jurisdiccional misma, carece de sentido que siga vigente la resolución cautelar.

7. SIGUE. EN LA TUTELA DE CONDENA

Pero, ¿ocurrirá lo mismo con las tutelas de condena? La respuesta depende fundamentalmente de dos variables:

- 1) del contenido de la medida cautelar;
- 2) de si la sentencia de primer grado es inmediatamente ejecutiva.

En un proceso de fondo en el que se pretenda obtener una tutela de condena (dar, hacer o no hacer) son

¹⁸ En efecto, el artículo 568 del Código Procesal Civil establece que “Concluido el proceso [de alimentos], sobre la base de la propuesta que formulen las partes, el Secretario de Juzgado practicará la liquidación de las pensiones devengadas y de los intereses computados a partir del día siguiente de la notificación de la demanda, atendiendo a lo ocurrido en el cuaderno de asignación anticipada”.

¹⁹ Piénsese, por quedarnos en las medidas cautelares típicas, en la medida cautelar de suspensión de obra nueva, terminado el proceso principal (normalmente un interdicto de retener), la suspensión de la obra no obedecerá ya a la resolución cautelar, sino a la sentencia estimatoria del interdicto (ver artículos 606, 607 y 684 del Código Procesal Civil). Sobre la tutela anticipatoria (cautelar y no cautelar), véase, entre otros, Frisina, “La tutela anticipatoria: profili funzionali e strutturali” En: *Rivista di diritto processuale*. 1986. p. 364 y siguientes. Sobre la posibilidad de una tutela cautelar anticipatoria meramente declarativa cual instrumento de efectividad de una tutela de fondo meramente declarativa: véase Samorì, autor que concluye sosteniendo la inadmisibilidad de tal forma de tutela que “tendría como objeto la anticipación probabilística de la existencia del derecho, con la finalidad de tutelar la exigencia del instante a no equivocarse, motivada por la incertidumbre de una relación por defecto de la ley o del contrato. Que es cosa distinta del bien representado por la certeza de la relación jurídica, el que se consigue únicamente con la sentencia meramente declarativa” (SAMORÌ. “Tutela cautelare dichiarativa” En: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. 1995. p. 949 y siguientes, p. 971).

muchos los posibles contenidos de la tutela cautelar y ellos estarán condicionados al tipo de peligro que se quiera neutralizar con ella.

Podemos decir que en todos aquellos casos en los cuales la medida cautelar tienda a neutralizar meros peligros de tardanza y que como tal coincida en su contenido, en todo o en parte, con el contenido de la sentencia de fondo (las denominadas medidas cautelares de corte anticipatorio), el momento normal en que se producirá su cese de eficacia coincidirá con el paso de la sentencia en “cosa juzgada”, en cuanto será, de aquí para adelante, la sentencia la que empezará a desplegar sus efectos (ya inmutables) y, como consecuencia, la tutela cautelar habrá agotado ya su función.

Sin embargo, aun en los supuestos en que la tutela cautelar sea de corte anticipatorio, es posible que su cese de eficacia (normalmente por absorción) no coincida con el paso en cosa juzgada de la resolución, sino que pueda producirse en un momento anterior. Ello ocurre en todos los supuestos de ejecución provisional. Ciertamente es, en atención a que en nuestro sistema tanto el recurso de apelación de sentencias (artículo 371 del Código Procesal Civil) como el recurso de casación (artículo 393 del Código Procesal Civil) producen efecto suspensivo, la ejecución provisional de una sentencia aún no firme es definitivamente excepcional, y sólo ocurre en el supuesto típico de las sentencias de alimentos (artículo 566 del Código Procesal Civil).

En todos los casos en los cuales la tutela cautelar tendrá un sentido anticipatorio, su cese de eficacia se producirá cuando la sentencia que declara fundada la demanda sea firme, es decir, cuando ya no proceda contra ella recurso alguno.

8. EL ABERRANTE ARTÍCULO 625 DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

Si como venimos sosteniendo el cese de la eficacia de la tutela cautelar coincide, en los supuestos vistos, con el paso en cosa juzgada de la sentencia estimatoria de la pretensión de fondo, ¿cómo se explica la disposición contenida en el artículo 625 del Código Procesal Civil? Éste literalmente establece en su primer párrafo:

“Toda medida cautelar caduca a los dos años de consentida o ejecutoriada la decisión que amparó la

pretensión garantizada con ésta. La caducidad opera de pleno derecho, siendo inimpugnables los actos procesales destinados a hacerla efectiva”.

En cambio, en su segundo párrafo se establece que:

“Toda medida cautelar caduca a los cinco años contados desde la fecha de su ejecución. Si el proceso principal no hubiera concluido, puede el Juez, a pedido de parte, disponer la reactualización de la medida. Esta decisión requiere de nueva ejecución cuando implica inscripción registral”²⁰.

Lo pernicioso de estas normas salta a la vista, pues:

1º Implica que “toda medida cautelar”, sea cual fuere su contenido, perdería eficacia (“caducaría”, en la terminología legal) en el plazo de cinco años, aun cuando el proceso al cual sirve no haya terminado, por lo cual se destruiría la esencia instrumental de la tutela cautelar haciendo depender su eficacia de un plazo fijo (cinco años) computado desde su ejecución, y no de la duración del proceso de fondo (dure lo que dure).

2º En los procesos de fondo terminados “toda medida cautelar” perdería eficacia a los dos años de “consentida o ejecutoriada”, o sea firme, la sentencia de fondo estimatoria de la pretensión, con lo cual se destrozaría la esencia provisional de la tutela cautelar, en el sentido que la tutela cautelar perduraría temporalmente mucho más allá de la duración del proceso de cognición del cual dependía y al cual servía.

9. SIGUE. VIGENCIA DE LA TUTELA CAUTELAR Y PROCESO DE EJECUCIÓN

¿Cómo se explica esta desnaturalización de toda la tutela cautelar? ¿Cómo se concilian estas normas aberrantes con la esencia instrumental y provisional de la tutela cautelar? Bien podemos decir que el artículo 625 del Código Procesal Civil por sí solo destruye toda la construcción de la tutela cautelar.

Ciertamente, ninguna solución interpretativa es posible para explicar las razones por las cuales una medida cautelar pueda caducar estando pendiente el proceso de fondo. Si un proceso dura más de cinco años—y esa duración no es imputable a las partes, pues

²⁰ La oscura redacción del artículo 625 motivó que por Ley interpretativa 26639 del 27 de junio de 1996 se “aclarase” su sentido, estableciéndose que: “El plazo de caducidad previsto en el Artículo 625 del Código Procesal Civil se aplica a todos los embargos y medidas cautelares dispuestas judicial o administrativamente, incluso con anterioridad a la vigencia de dicho Código y ya sea que se trate de procesos concluidos o en trámite”. En realidad esta nueva disposición nada agrega a lo previsto por el propio Código, y sólo “aclara” que también se aplica a “todas” las medidas cautelares dispuestas durante la vigencia del Código de procedimientos civiles.

de lo contrario se produciría el “abandono” del proceso, y como consecuencia, el cese de eficacia de “toda medida cautelar”, como vimos— no se puede, apriorística y objetivamente, establecer que la tutela cautelar pierde eficacia verificado aquel plazo. Si la tutela cautelar ya no se necesita, pues han cesado los presupuestos por los cuales fue concedida en un determinado y concreto proceso, habrá (*rectius*, debería haber) otros mecanismos para su cese²¹, pero resulta inexplicable que ese cese se produzca “de pleno derecho” en virtud del mero transcurso de cinco años desde su ejecución.

En cambio, la disposición del primer párrafo del artículo 625 del Código Procesal Civil podría ser explicable siempre que tengamos en cuenta que ella no es aplicable a “cualquier” medida cautelar, sino a aquellas ligadas a asegurar la efectividad de una sentencia de condena, y, fundamentalmente, enderezadas a neutralizar peligros de infructuosidad. Si partimos de la premisa que la tutela cautelar está al servicio de la efectividad de la tutela de fondo, y que la tutela de fondo puede ser tanto de cognición como de ejecución, en todos aquellos casos en los cuales con la mera sentencia, aun cuando firme, no se ha logrado aún la tutela, concreta, efectiva y material, parece lógico que con el paso en cosa juzgada de esa sentencia no se produzca aún el cese de eficacia de la tutela cautelar, por el simple motivo que aún no se ha efectivamente tutelado el derecho que ha sido declarado cierto por la sentencia. En estos casos sí es

lícito hablar de una eficacia ultractiva de la tutela cautelar.

Pero hay que tener muy en claro que es la específica función que cumple la concreta tutela cautelar la que determina que no se produzca el cese automático de los efectos de una medida cautelar una vez sobrevenida la tutela de fondo, en sede de cognición.

Como bien señala Calderón Cuadrado: “En principio, pudiera parecer que el mantenimiento de la medida cautelar terminado el proceso principal supone desvirtuar el contenido de la relación instrumental. La instrumentalidad se enfrentaría con la finalidad del proceso cautelar en favor de esta última, pues si la primera exige desaparición, el asegurar la eficacia de la resolución principal precisa continuación. Sin embargo, tal enfrentamiento no existe. La instrumentalidad significa no sólo relación de dependencia sino también de servicio. La dependencia en sentido estricto se ha extinguido, pero la función a realizar, el objetivo previsto, todavía no ha sido cumplido”²².

Por ello, parece explicable que concluido el proceso de cognición, firme ya la sentencia que acoge la demanda, y permaneciendo aún el estado de insatisfacción del derecho (ya cierto) del demandante vencedor, de haber una medida cautelar destinada a asegurar la efectividad de la misma dicha medida siga desplegando sus efectos hasta que se inste la ejecución. Una vez iniciado el proceso de ejecución no

²¹ Véase nuestro trabajo “Estabilidad de la tutela cautelar” En: Abogados. Directorio Jurídico del Perú. Año III. N° 5. 2000. p. 47 y siguientes.

²² Calderón Cuadrado, “Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil” Madrid, Civitas, 1992. p.306. En igual sentido, Jové, “Medidas cautelares innominadas en el proceso civil” Barcelona, Bosch, 1995. p.312 y siguientes. Para poder entender la postura de buena parte de la doctrina española, que considera que una vez que la sentencia condenatoria es firme se produce automáticamente el cese de las medidas cautelares, hay que considerar que: a) la gran mayoría de la doctrina considera que sólo es posible una tutela cautelar en relación a los procesos de declarativos de condena, pues, bajo la influencia del derecho alemán, las medidas cautelares estarían preordenadas a la ejecución; b) como consecuencia, las medidas cautelares además de sus características de instrumentalidad y provisionalidad (o temporalidad), presentarían la característica de «homogeneidad pero no identidad con las medidas ejecutivas». Así, véase Carreras, “Las medidas cautelares del art.1.428 de la LEC” En: Revista Jurídica de Cataluña. 1958. p. 481; Serra Domínguez (para quien la homogeneidad es “la nota que permite realmente diferenciar a las medidas cautelares propias de todas las restantes medidas instrumentales existentes en el proceso”), “Medidas Cautelares” ob.cit. p.136; Gutiérrez de Cabiedes (“Si no se diera esta homogeneidad, la medida cautelar sería ineficaz, pues no aseguraría la futura ejecución de la sentencia”), “Elementos esenciales para un sistema de medidas cautelares” En: Estudios de derecho procesal. Pamplona, Ediciones de la Universidad de Navarra, 1974. p. 392); Ramos Mendez (“esta nota permite rechazar el carácter cautelar de aquellas actuaciones que no presenten homogeneidad con las medidas ejecutivas”), “Derecho Procesal Civil” Quinta Edición. Tomo II. Barcelona, Bosch, 1992. P. 943; Montero Aroca, en su trabajo “Medidas Cautelares” ob.cit.p. 435, incluía la “homogeneidad con las medidas ejecutivas” como carácter identificador (“Si las medidas cautelares pretenden garantizar que los otros dos procesos realizarán, efectivamente, la satisfacción de la pretensión, habrán de ser homogéneas con las medidas ejecutivas”). Por otro lado, para Arangüeña Fanego, “otra nota tipificadora de las medidas cautelares patrimoniales, tanto civiles como penales, viene dada por la homogeneidad que media entre este tipo de medidas y las ejecutivas” (ARANGÜENA FANEGO. “Teoría general de las medidas cautelares reales en el proceso penal” ob.cit. p.100). Quien se ha definitivamente distanciado de esta nota distintiva es Ortells Ramos (lo que se puede observar—por exclusión— en el manual “Derecho Jurisdiccional” II. Proceso Civil, obra citada, p. 633, en donde la única característica citada es la instrumentalidad) seguido por su discípula Calderón Cuadrado (ob.cit. p. 58 y siguientes., en donde se ocupa in extenso de su divergencia respecto de esta “nota diferenciadora” de “creación puramente española”), al igual que Jové (Op.cit. p. 21 y siguientes.). Todos estos autores coinciden en considerar que la nota de “homogeneidad” da lugar a un concepto muy restringido de la tutela cautelar, que la circunscribe a asegurar sólo la posibilidad práctica de ejecución. En esta misma línea se mueve Vecinas Cifuentes, “Las medidas cautelares en los procesos ante el Tribunal Constitucional” cit. p.51 y siguientes. La nueva LEC ha definitivamente zanjado el problema. Tal como lo señala Barona Villar, “la situación cautelar, delimitada en algunos casos, de manera específica, en el art. 727, al enumerar las medidas cautelares, se proyecta sobre el tipo de pretensión que se ejercita en el proceso principal, pudiendo extenderse, por ello, a los tres tipos de tutela: la merodeclarativa, la constitutiva y la de condena” (BARONA VILLAR “El nuevo proceso civil” cit. p. 742).

cabe, en principio, tutela cautelar alguna por la lógica consideración que el proceso de ejecución constituye el instrumento para hacer efectiva y real la tutela de las situaciones jurídicas de ventaja ya ciertas. Ello pone en evidencia que la disposición del primer párrafo del artículo 625 del Código Procesal Civil no puede ser aplicable a “todas” las medidas cautelares, sino sólo a aquellas que la ley procesal engloba bajo la denominación de “medidas para futura ejecución forzada”, o sea, fundamentalmente en relación al embargo (cautelar) y podría ser también en relación al secuestro^{23 24}.

En ese sentido, la culminación del proceso de cognición (de fondo), en todos los supuestos en los cuales la sentencia, no sea ella misma fuente de la tutela jurisdiccional, sino que sólo constituya el presupuesto (título ejecutivo) para entrar al verdadero proceso (el de ejecución), en el que el derecho insatisfecho encontrará su efectiva satisfacción, la tutela cautelar no perderá automáticamente su vigencia, sino que se mantendrá en vida.

Pero, ¿hasta cuándo? Según el artículo 625 del Código Procesal Civil por dos años computados desde que la sentencia quedó firme. Empero ¿es este plazo un plazo razonable? Creemos que no. Si pedida tutela cautelar antes de iniciado el proceso de fondo (sea de cognición o de ejecución), el beneficiario de la misma tiene la carga de iniciarlo, según la regla, dentro de los diez días de ejecutada la medida, ¿no sería acaso razonable que igual plazo rigiera en aquellos supuestos en los cuales se haya obtenido ya una sentencia de fondo? Vale decir, ¿no sería razonable que una vez terminado el proceso de cognición surja la carga para el vencedor de iniciar el proceso de ejecución dentro de los diez días de firme la sentencia (*rectius*, en nuestro sistema, de emitido el famoso decreto “por devueltos, cúmplase lo ejecutoriado”)? ¿Existe acaso racionalidad en un sistema que, por un lado, impone al beneficiario de una medida cautelar obtenida *ante causam* la carga de iniciar el proceso de fondo en el plazo de diez días

desde que se ejecutó la medida y, por el otro, mantiene en vida una medida cautelar, terminado el proceso de fondo, por dos años? Definitivamente estamos ante una verdadera contradicción. El plazo de dos años es evidentemente excesivo si lo confrontamos con el diminuto plazo de diez días establecido, como regla, para la iniciación del proceso de fondo para evitar la “caducidad” de la medida cautelar obtenida *ante causam*.

Si por un lado es razonable la supervivencia de (los efectos de) la tutela cautelar a la conclusión del proceso de cognición tratándose de sentencias de condena, lo que no es razonable es el plazo de esa supervivencia. Lo lógico y coherente sería que rigiera el mismo plazo que rige cuando se obtiene una medida cautelar *ante causam*, o sea, diez días, vencidos los cuales se produciría su pérdida de eficacia²⁵.

10. TUTELA CAUTELAR Y EL ARTÍCULO 619 DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

El artículo 619 del Código Procesal Civil es definitivamente una norma fuera de sitio. En efecto, bajo la equívoca sumilla de “Eficacia de la medida cautelar” en su primer párrafo se establece:

“Resuelto el principal en definitiva y de modo favorable al titular de la medida cautelar, éste requerirá el cumplimiento de la decisión, bajo apercibimiento de proceder a su ejecución judicial”.

En principio, este primer párrafo del artículo 619 demuestra cómo nuestro legislador no tenía muy clara la autonomía del proceso de ejecución del proceso de cognición, pues, por un lado, le reconoce a la sentencia de condena firme la calidad de título ejecutivo —o de ejecución, en la terminología legal— tal como lo dispone el artículo 379 (que señala que “consentida o ejecutoriada la sentencia de segunda instancia que contiene un mandato y, devuelto el expediente al Juez de la demanda, la sentencia

²³ De hecho la norma tiene como su fuente el artículo 207 segundo párrafo del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación que establece: “Las inhibiciones y embargos se extinguirán a los cinco años de la fecha de su anotación en el Registro de la Propiedad, salvo que a petición de parte se reinscribieran antes del vencimiento del plazo, por orden del juez que entendió el proceso”.

²⁴ Normas como la del artículo 625 del Código Procesal Civil, y muchas otras, demuestran los peligros de normas resultantes de la generalización de previsiones pensadas en estricto para el “embargo preventivo”. Que el embargo preventivo haya sido —urbi et orbi— el paradigma de medida cautelar, resulta indiscutible, pero, de allí a pretender que sus notas características sean generalizables a todas las medidas cautelares puede conducirnos a peligrosos resultados.

²⁵ La Ley de Enjuiciamiento Civil española del año 2000 ha establecido en su artículo 731.1 que “no se mantendrá una medida cautelar cuando el proceso principal haya terminado, por cualquier causa salvo que se trate de sentencia condenatoria o auto equivalente, en cuyo caso deberán mantenerse las medidas acordadas hasta que transcurra el plazo a que se refiere el artículo 548 (veinte días) de la presente ley. Transcurrido dicho plazo, si no se solicitare la ejecución, se alzarán las medidas que estuvieran adoptadas”. Comparen los veinte días de dicha ley con nuestros dos años. Los comentarios, definitivamente, sobran. Cabe anotar que ese plazo de veinte días es el mismo que se tiene para interponer la demanda de fondo en los casos de concesión de la medida *ante causam* (artículo 730.2, segundo párrafo).

adquiere la calidad de título de ejecución judicial, procediéndose conforme a lo regulado en el Capítulo V, Título V de la Sección Quinta de este Código”) y el artículo 713; y, por el otro (y de ello es buena prueba este artículo) considera a la ejecución como una fase –la final– del proceso de cognición mismo. Lo curioso es haber ubicado esta norma dentro de las “disposiciones generales” del proceso cautelar. Cuando se pide ejecución se está iniciando el proceso de ejecución, y eso ya no es cognición, ni mucho menos cautelar. Con medidas cautelares ligadas a un determinado proceso de cognición, o sin ellas, la ejecución encuentra su causa en el título ejecutivo (la sentencia firme de condena).

Pero, al margen de estos errores, que no dejan de ser graves –pues traslucen la confusión existente en el Código entre la función del proceso de cognición, la función del proceso de ejecución y la función de la tutela cautelar–, lo interesante de este artículo no está en el primer párrafo sino en el segundo el que establece:

“La ejecución judicial se iniciará afectando el bien sobre el que recae la medida cautelar a su propósito”.

Que esta norma se refiera al embargo y a nada más que al embargo no nos cabe la menor duda. En buena cuenta constituye una mala adaptación de la (mala) norma que contenía el artículo 239 del Código de Procedimientos Civiles de 1912 que disponía que: “Por el embargo preventivo quedan simplemente sujetos los bienes a depósito o intervención, hasta que se decrete como trámite definitivo en el procedimiento que corresponda o se resuelva sobre la legalidad de la acción (...). En el primer caso, no es necesario repetir la diligencia”; norma ésta que debía concordarse con la contenida en el artículo 1147 que disponía que, si en ejecución de la sentencia, intimado el vencido para el pago de la cantidad líquida, “no verificándose el pago, si no hay bienes embargados, el escribano sin necesidad de otro mandamiento, trabará embargo en los mismos autos en los bienes que señale el acreedor”. Ciertamente estas dos normas no eran para nada claras pero sí eran interpretables de la siguiente manera:

- a) las únicas formas de actuación del “embargo preventivo” a concederse antes o durante el “juicio” (cualquier “juicio”, sea ordinario o de menor cuantía: artículo 223) eran el depósito y la intervención de bienes;
- b) emitida la sentencia, y firme ésta, se procedía, a pedido de parte, a la ejecución de sentencia, intimándose el pago de lo ordenado por ella;
- c) si no se producía el pago, y había ya bienes embargados preventivamente, se producía la automática conversión del embargo preventivo –o sea cautelar– en “definitivo” –o sea ejecutivo–; y
- d) si no había bienes embargados preventivamente, se procedía a embargar bienes conforme a las reglas del “juicio ejecutivo” (artículo 1152).

Nuestro legislador, al considerar que no había más embargo que el cautelar²⁶, terminó eliminándolo de la regulación del proceso de ejecución, e incluyendo esta curiosa norma en el artículo 619 dentro de las normas generales del proceso cautelar.

Empero, de lo dispuesto por el artículo 619 del Código se puede extraer una consecuencia interesante para determinar el momento terminal de los efectos de las medidas cautelares. Si, como lo hemos venido sosteniendo, hay ciertas formas de tutela cautelar que sobreviven a la terminación del proceso de conocimiento, pues ello se precisa para los efectos de asegurar la efectividad de la tutela jurisdiccional, podemos considerar que es justamente en el momento en el cual —ya en el proceso de ejecución— se adoptan medidas ejecutivas, la tutela cautelar agota totalmente su función, y, en consecuencia, se produce su “conversión” de medida cautelar en ejecutiva. En la hipótesis del segundo párrafo del artículo 619, iniciado el proceso de ejecución, incumplido el mandato de ejecución del artículo 715, el primer acto ejecutivo será el embargo. Si antes o durante la tramitación del proceso de conocimiento ya se había concedido un embargo (como medida cautelar), al incumplirse el mandato automáticamente se habrá convertido dicho embargo de cautelar a ejecutivo. Sólo así puede entenderse ese “La ejecución judicial se iniciará

²⁶ Nuestro conditor Juan Monroy Galvez en su “Introducción al estudio de la medida cautelar” En: Temas de Proceso Civil. Lima, 1987. p. 48 y siguientes, consideraba que “no hemos encontrado suficiente sustento en la doctrina contemporánea a esta clasificación de los embargos que en el panorama nacional se maneja con absoluta familiaridad. Como se sabe, nosotros admitimos la existencia de un embargo preventivo y un embargo definitivo. La exposición de motivos del Código vigente, explica las normas propuestas sobre el embargo preventivo y más adelante, al tratar sobre el juicio ejecutivo, describe lo que en mi opinión es el mismo embargo preventivo, a pesar que lo denomina definitivo” y termina afirmando que “el llamado embargo definitivo en estricto no existe” (p. 50). Y como para él no existía el “embargo definitivo” (rectius: el embargo ejecutivo, el pignoramento italiano, la penhora luso-brasileña), en ocasión de la redacción del vigente Código Procesal Civil, simplemente se eliminó.

afectando el bien sobre el que recae la medida cautelar a su propósito^{27 28}.

11. ARBITRAJE Y TUTELA CAUTELAR

Si partimos de la premisa que el proceso arbitral cumple idéntica función que la del proceso jurisdiccional estatal (heterocomponer el conflicto de intereses²⁹), resulta que todas las consideraciones que venimos exponiendo serán igualmente aplicables a la finalización “normal” (siempre en el sentido de regular) del proceso arbitral a través del laudo correspondiente. Tanto es así que la Ley General de Arbitraje

reconoce que el laudo arbitral consentido o ejecutoriado “tiene valor equivalente al de una sentencia” (artículo 83)^{30 31}.

Teniendo en cuenta que un laudo arbitral puede tener un contenido meramente declarativo, constitutivo o de condena, igual como ocurre en relación a la sentencia, el momento normal en el cual la tutela cautelar³² cesará en su eficacia será cuando contra el laudo no proceda ya ningún recurso. Naturalmente, vale también para el proceso arbitral la salvedad de la eficacia superviviente de la tutela cautelar tratándose de laudos de condena (que constituyen títulos ejecutivos, aunque la ley pro-

²⁷ El momento en el cual el embargo cautelar se transforma en ejecutivo es muy controvertido en la doctrina. Así, en la doctrina italiana, pese a lo dispuesto en el artículo 686 del *Codice* (“El secuestro conservativo se convierte en embargo en el momento en el cual el acreedor secuestrante obtiene sentencia de condena ejecutiva”), se sigue discutiendo si esta conversión es automática o requiere del inicio propiamente del proceso ejecutivo. Sobre el particular, véase los interesantes relieves de Samorì, para quien “no puede haber duda alguna en la interpretación de la disposición. El efecto de la conversión está puesto en estricta, inmediata y automática relación con su hecho genético, la obtención de la sentencia de condena ejecutiva... la resolución de secuestro ... no está absolutamente en grado de sobrevivir al paso en cosa juzgada formal de la sentencia de condena que declara en vía definitiva la existencia de aquel mismo derecho precedentemente cautelado con una resolución instrumental”. (SAMORÌ. “*L’efficacia nel tempo del provvedimento di sequestro: problemi e prospettive*”. Ob.Cit. p. 981 y siguientes). En la doctrina española se pregunta si la conversión del embargo preventivo en ejecutivo es automática, o no. Al respecto, señala Ortellis Ramos que “si el proceso principal termina con sentencia condenatoria el embargo debe extinguirse en su calidad de preventivo para dar paso a los efectos del embargo ejecutivo. En nuestro ordenamiento —que no tiene expresa regulación de este tema— la llamada conversión del embargo preventivo en ejecutivo se produce sin necesidad siquiera de una actuación formal en ese sentido. Iniciado el proceso de ejecución se entiende que la afección de los bienes que se realizó al practicarse el embargo preventivo vale como afección necesaria para proceder a la enajenación forzosa de aquellos”. (ORTELLIS RAMOS, Manuel. “Derecho Jurisdiccional.II. Proceso Civil” Ob. Cit., p. 662.) Véase, igualmente, en términos más generales, Serra Domínguez quien señala que “dictada sentencia firme condenatoria, la medida cautelar se convierte automáticamente en medida ejecutiva. La homogeneidad existente entre las medidas cautelares y las medidas ejecutivas permite fácilmente esta conversión, pues en su naturaleza son idénticas en principio ambas medidas, variando únicamente en cuanto a su alcance. Buen ejemplo de ello lo constituye el embargo preventivo, que, una vez dictada sentencia firme condenatoria, permite pasar ya al procedimiento de apremio sin necesidad de nuevo embargo”. (SERRA DOMÍNGUEZ; Manuel. “Medidas cautelares” Ob. Cit. p. 167). Véase también, Jové, Ob. Cit. p. 312 y siguientes; así como Calderón Cuadrado, Ob. Cit. p. 305-311.

²⁸ La conversión de la medida cautelar en ejecutiva tiene una ulterior consecuencia: no sería aplicable el plazo de caducidad del nefasto artículo 625, por no tratarse de una medida cautelar, sino ejecutiva. Hay que tener en cuenta que el embargo, como acto del proceso de ejecución, es un acto necesario de toda la cadena de actos que conforman el proceso de ejecución pecuniario (es el primer acto), y que, por lo tanto, no es “prescindible” (ni artificialmente “escindible”), pues no es un acto autónomo, sino que es el que posibilita todos los demás, como la tasación, convocatoria a remate, subasta, pago al ejecutante. Por ello es que no debe aplicarse la “caducidad” del artículo 625, máxime que el Código Procesal Civil ha considerado que no hay “abandono” en la “ejecución de sentencia” (artículo 350 inciso 1), norma que no termino de entender, pues en el proceso de ejecución existen muchos actos que dependen totalmente de las partes, pero que en definitiva refleja que no hay posibilidad de que el proceso concluya por inactividad de éstas. Como el embargo —*in rerum natura*— es acto del proceso de ejecución, el que después del embargo no se realice, por un determinado período de tiempo, acto ejecutivo alguno, así como no puede determinar el “abandono” del proceso, tampoco debe conducir a la “caducidad” del embargo, pues ello conduce inevitablemente —también *in rerum natura*— a una indirecta extinción del proceso por inactividad de las partes.

²⁹ El arbitraje es una auténtica solución heterocompositiva privada de un determinado conflicto de intereses, por decisión de un tercero (árbitro). Véase al respecto, Alvarado Velloso, “Introducción al estudio del derecho procesal” Primera parte. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1997. p.15 y siguientes.

³⁰ Que en el artículo 83 se equipare el laudo a la sentencia resulta de su propio texto, pero lo que no dice es que aquel produzca “cosa juzgada” (vale decir, inmutabilidad). Probablemente los legisladores consideraron que la “cosa juzgada” era un efecto de la sentencia, contra lo sostenido por buena parte de la doctrina bajo la huella de Liebman, el que en su famosa monografía de 1935, intitulada “*Efficacia ed autorità della sentenza*” (segunda edición, Milano, Giuffrè, 1962) sostuvo que la cosa juzgada no es un efecto de la sentencia, sino una cualidad que se agrega a sus efectos: la inmutabilidad de los mismos. En síntesis, en su “Manual de Derecho Procesal Civil”. (Buenos Aires, Ejea, 1980. p. 569 y siguientes) sostiene que “la esencia de la cosa juzgada está precisamente en la inmutabilidad de la sentencia, de su contenido y de sus efectos, que hace de ella el acto del poder público que contiene en sí la manifestación duradera de la disciplina que el orden jurídico reconoce como correspondiente a la relación sobre la cual se juzgó”. Sin embargo, debemos entender que tal equiparación hace justamente referencia a la idoneidad del laudo firme (o sea al que ya no es impugnabile) para devenir —en contenido y efectos— en inmutable.

³¹ Señala Muñoz Sabatè que “al margen de la controversia ya superada en gran parte acerca de la naturaleza contractual o jurisdiccional del arbitraje, lo que sí hay de bien cierto y patente es que el proceso arbitral se adorna con la pieza maestra que es gala y característica de la mismísima jurisdicción: la *res iudicata*. El laudo arbitral firme —dice el artículo 37 de la Ley— produce efectos idénticos a la cosa juzgada. Hay que convenir por tanto que la asimilación del laudo arbitral a la sentencia judicial no es metafórica sino real, y que a despecho de pequeñas e inevitables diferencias tienen ambas resoluciones en el dogma de su intangibilidad el más importante y esencial motivo de identificación” (MUÑOZ SABATÈ. “Posibilidad y necesidad de medidas cautelares auténticas en el proceso arbitral” En: Revista Jurídica de Cataluña. 1991. p. 729 y siguientes).

³² Según la Ley General de Arbitraje, existen tres momentos para la concesión de tutela cautelar: antes de iniciado el procedimiento arbitral (artículo 79), en cuyo caso se pide al juez civil; ya iniciado el proceso arbitral propiamente dicho (artículo 81), de competencia de los propios árbitros, y, durante la tramitación del recurso de anulación o de apelación ante el Poder Judicial de competencia del juez civil (artículo 82).

cesal los llame “de ejecución”: artículo 713 inciso 3 del Código Procesal Civil), por las razones ya vistas.

12. CONCLUSIÓN DEL PROCESO POR CONCILIACIÓN O TRANSACCIÓN Y SUPERVIVENCIA DE LA TUTELA CAUTELAR

Nos queda por analizar las repercusiones que puede provocar sobre la tutela cautelar el advenimiento de una conciliación o una transacción. Nuestro Código considera que conciliación y transacción provocan un efecto común: la conclusión del proceso (de fondo). Es así que respecto de la conciliación el artículo 327 dispone que: “Aceptada por las partes la propuesta conciliatoria del Juez, si versa sobre todas las pretensiones propuestas, éste declarará concluido el proceso”. Por su parte, en relación a la transacción, el artículo 337 señala que “El Juez aprueba la transacción siempre que contenga concesiones recíprocas, verse sobre derechos patrimoniales y no afecte el orden público o las buenas costumbres, y declara concluido el proceso si alcanza a la totalidad de las pretensiones propuestas”.

Por otro lado, tanto la conciliación (los acuerdos conciliatorios aprobados por el juez) como la transacción judicial son equiparados a una sentencia “que tiene autoridad de cosa juzgada” (artículos 328, 470 y 337 segundo párrafo). Ello significa que el proceso concluye, en forma definitiva, con la resolución (el auto) que aprueba el acuerdo conciliatorio o transaccional, no siendo posible, ni siquiera en hipótesis, el planteamiento de recurso alguno. Con la resolución aprobatoria, conciliación y transacción como actos autocompositivos del conflicto, producirán sus efectos en el mundo del derecho sustancial, y esos efectos

serán inmutables, al igual que los que produce una sentencia firme.

Pues bien, ¿qué ocurrirá con la tutela cautelar concedida en relación a un determinado proceso de fondo cuando éste concluye por conciliación o transacción? Sobre el particular nuestra ley nada dice. Si pensamos en la instrumentalidad como dependencia de la tutela cautelar al proceso de fondo, bien podemos decir que la conclusión del proceso por haber las partes conciliado o transado necesariamente debería conducir a la pérdida de eficacia de la tutela cautelar, por agotamiento de función.

No cabe duda que ello ocurrirá en todos aquellos casos en los cuales la tutela cautelar se haya concedido para neutralizar un peligro de tardanza. Así, en un proceso de alimentos, llegadas las partes a un acuerdo conciliatorio sobre el monto de los alimentos, carece ya de sentido la vigencia de la asignación provisional de alimentos, al igual que lo que ocurre cuando sobreviene la sentencia de fondo.

Más dudoso es el supuesto en el cual la tutela cautelar tenga por objeto neutralizar peligros de infructuosidad. Si tenemos en cuenta que tanto la conciliación como la transacción no tienen un contenido predefinido³³, qué ocurrirá si el contenido del acuerdo conciliatorio o de la transacción judicial implica que las partes que concilian o transan han establecido prestaciones a cargo de una o de ambas partes. ¿Se justificará el mantenimiento de la tutela cautelar para “asegurar” el cumplimiento de las obligaciones que se deriven del acuerdo conciliatorio o transaccional, tal como lo hemos sostenido tratándose de sentencias de condena³⁴? Consideramos que no. Si bien conciliación y

³³ Si bien el artículo 1302 del Código Civil establece que “Por la transacción las partes, haciéndose concesiones recíprocas, deciden sobre algún asunto dudoso o litigioso, evitando el pleito que podría promoverse o finalizando el que está iniciado”, no cabe duda que el objeto de la misma es sumamente indeterminado, bastando, para configurarla que las partes se “hagan concesiones recíprocas”, por lo cual, resulta difícil, a priori, establecer el contenido de las prestaciones que resulten del acuerdo transaccional. Por cuanto respecta a la conciliación, resulta pacífico en la doctrina, que su contenido puede ser de lo más variado. Así, el acuerdo logrado puede ser tanto una transacción (en cuanto implique concesiones recíprocas), puede ser un desistimiento de la pretensión por parte del demandante, o puede ser un allanamiento del demandado a la pretensión del actor. Sobre el particular señala Rivero Llamas: “En contraste con las previsiones normativas del legislador respecto de la transacción –contrato tipificado– en el Código Civil del cual constan con claridad tanto la causa principal del mismo o la finalidad económico-práctica que las partes persiguen (esto es, poner fin a una controversia jurídica haya provocado o no la iniciación de un pleito), como medio instrumental o causa mediata para lograr el propósito negocial (la onerosidad de las concesiones mutuas, el aliquid datum –aliquid retentum), en la avenencia de conciliación tan sólo aparece con nitidez la causa principal de la misma: poner fin a la controversia y al proceso, quedando en la sombra el contenido dispositivo del acuerdo al que llegan las partes, por la garantía que aporta a su conclusión la intervención judicial. En definitiva, es irrelevante que se logre la avenencia mediante concesiones recíprocas o mediante la renuncia del actor o el reconocimiento del demandado”. (RIVERO LLAMAS. “La conciliación judicial en los procesos laborales” En: Revista de derecho procesal iberoamericana. 1970. N°1. p. 101)

³⁴ Para Perez Daudí, uno de los pocos que se pronuncia sobre el tema, la respuesta sobre el alzamiento o no de las medidas cautelares una vez producida la transacción judicial depende del contenido de la transacción: “cuando finalice un proceso a través de una transacción judicial deberemos estar al contenido de la misma para determinar el destino de las medidas cautelares adoptadas, alzándose cuando en la transacción no se acoja la pretensión garantizada o convirtiéndose en ejecutiva en caso contrario. Si la transacción judicial es contraria a las peticiones garantizadas se suele incluir una renuncia a la indemnización de daños y perjuicios a la que tiene derecho el demandado. En todo caso, si no se hace ninguna referencia la parte no tendrá derecho a los mismos pues la resolución del proceso por esta vía es consecuencia de un acuerdo con el demandante, por lo que pierde todo derecho a reclamarlos”. (PEREZ DAUDÍ. “Las medidas cautelares en el proceso de propiedad industrial” Ob. Cit. p. 348.)

transacción son actos “sustitutivos de la sentencia”³⁵, y en cuanto tal poseen la calidad de título ejecutivo – de ejecución en la terminología de nuestro Código³⁶ – en consideración a que el conflicto es compuesto –o más bien, disuelto³⁷ – por obra de las propias partes enfrentadas, composición que el juez sólo “homologa”, en atención a la verificación de los supuestos exigidos por la ley³⁸, nada justifica que se mantenga en vida la tutela cautelar, la que está dirigida a asegurar, en todos los casos, la efectividad de la tutela jurisdiccional. En tal sentido, cuando entre las partes, en cabal ejercicio de su autonomía de la voluntad, se presente una avenencia de sus intereses enfrentados, así como “recomponen” esos intereses de derecho sustancial, son libres pactar –haciendo uso de los instrumentos del derecho sustancial–, cualquier medio destinado a asegurar el cumplimiento de los acuerdos a los cuales hayan llegado, pero de ninguna manera debe considerarse que aquellas medidas cautelares, que estaban ligadas a asegurar la eficacia de la tutela jurisdiccional, se mantengan en vida, pues ya no habrá ese nexo instrumental (tanto de dependencia como de servicio) entre la tutela cautelar y la tutela de fondo. Así, si en un proceso en el que se ejercitó una pretensión de condena al pago de una indemnización por responsabilidad extracontractual existía una medida cautelar de embargo de un determinado bien del demandado, llegadas las partes a una transacción o una conciliación son libres de pactar una garantía para el cumplimiento de lo acordado (por ejemplo una prenda, una hipoteca), pero de ninguna manera debe permanecer vigente el embargo, que como medida jurisdiccional ha agotado su función.

Se puede argumentar, en contrario, que la situación es idéntica a la que se presentaría si la sentencia acoge total o parcialmente la pretensión (de condena), pero ello sólo es una apariencia, pues hay una diferencia esencial: cuando el juez emite esa sentencia lo hace –en la generalidad de los casos– frente a un demandado resistente a la pretensión del actor, por lo cual, el definir el proceso a favor de quien tiene, igualmente,

a su favor una medida cautelar, implicará –cuando ésta tienda a neutralizar un peligro de infructuosidad– que permanezca en vida –dentro de los límites temporales ya vistos– hasta que se dé inicio a la ejecución. Cosa distinta ocurre frente a la resolución del conflicto por obra de las propias partes. La situación “pretensión-resistencia” ha desaparecido, por lo cual la conclusión del proceso por avenencia de las partes debe determinar la extinción –pérdida de eficacia– también de la tutela cautelar a él ligada.

Por usar la terminología de Canelutti, la *litis* de pretensión contestada habrá terminado, y en razón de ello –aún cuando, con posterioridad se presente una litis de pretensión insatisfecha, determinada por el incumplimiento de los acuerdos transaccionales o conciliatorios, quedará abierta la posibilidad del proceso de ejecución para satisfacerla–, la tutela cautelar, al momento de la conclusión del proceso, habrá agotado su función instrumental pues, en buena cuenta, desaparecida la resistencia del demandado, carece de sentido que la tutela cautelar sobreviva a la conclusión del proceso de fondo.

De allí que, en todos aquellos procesos de fondo en que, para asegurar su efectividad, se haya concedido una determinada tutela cautelar, y estos procesos de fondo concluyan por transacción o conciliación, las partes que autocomponen su conflicto deben proveerse consensualmente de idóneas garantías de derecho sustancial (la que quieran: hipoteca, prenda, fianza, etc.), pues las medidas cautelares que estaban ligadas a ese proceso deben desaparecer.

En definitiva, la conclusión del proceso de fondo por conciliación o transacción determina, en todos los casos, sea cual fuere su contenido en concreto, la extinción de la eficacia de la tutela cautelar.

Idéntica situación se presenta cuando el proceso arbitral concluya por conciliación o transacción (artículo 41 Ley General de Arbitraje), con la salvedad

³⁵ Son tan “sustitutivos de sentencia” que tanto la conciliación como la transacción pueden producir el efecto extintivo (del proceso y de la controversia) inclusive existiendo ya sentencia, siempre que no esté firme. En efecto, según el artículo 323 : “las partes pueden conciliar su conflicto de intereses en cualquier estado del proceso, siempre que no se haya expedido sentencia en segunda instancia”, y según el artículo 334 : “en cualquier estado del proceso las partes pueden transigir su conflicto de intereses, incluso durante el trámite del recurso de casación y aun cuando la causa esté al voto o en discordia”, y una vez aprobada la transacción “Queda sin efecto toda decisión sobre el fondo que no se encuentre firme” (primer párrafo in fine del artículo 337).

³⁶ Véase nuestro trabajo “El Proceso de ejecución” Lima, Rhodas, 1996. p. 195 y siguientes, así como las páginas 201-202.

³⁷ Señala Alvarado Velloso que en los casos de autocomposición lo que se produce es una “disolución” del conflicto y no una resolución, pues ello es propio de la heterocomposición, a través de la decisión de un tercero: privado (arbitraje) o juez (proceso judicial). (ALVARADO VELLOSO “Introducción al estudio del derecho procesal” Ob. Cit. p. 15 y siguientes.

³⁸ Para que la transacción (judicial) o la conciliación (intraprocesal) produzcan los dos efectos señalados por la ley (conclusión del proceso, producción de “cosa juzgada”), no basta el simple acuerdo entre las partes, que en tal aspecto, es un simple acto negocial privado, sino que requiere de la aprobación del juez. Así lo establece el artículo 325 para la conciliación (“El juez aprobará la conciliación que trate sobre derechos disponibles, siempre que el acuerdo se adecue a la naturaleza jurídica del derecho en litigio”) y el primer párrafo de artículo 337 del Código Procesal Civil.

que en aquel supuesto en el cual la medida cautelar haya sido concedida por el Juez Especializado (artículo 79 Ley General de Arbitraje), cualquiera de las partes deberá solicitar la declaración respectiva al juez que la concedió.

Por lo que respecta a las medidas cautelares concedidas antes de la iniciación del procedimiento previo (extrajudicial) de conciliación, producida la conciliación total la tutela cautelar debe cesar por idénticas

razones, tal como lo ha establecido el artículo 11 del Reglamento de la Ley de Conciliación³⁹.

En todos estos supuestos se manifiesta claramente cómo la instrumentalidad y la provisionalidad de la tutela cautelar determinan su precario ciclo vital. Queda sólo, por las razones vistas, auspiciar la derogación del artículo 625 del Código Procesal Civil, verdadera fuente de distorsión del papel que la tutela cautelar desempeña en nuestro ordenamiento.

³⁹ Bueno es tener en cuenta que un acuerdo conciliatorio logrado en el procedimiento conciliatorio previo al judicial no es nada más que un acto negocial privado, de allí que de ninguna manera puede considerarse como un acto productor de cosa juzgada (lo mismo cabe decir de la transacción extrajudicial, pese a lo que diga el artículo 1302 in fine del Código Civil). El que se le haya reconocido al acta que contiene el acuerdo de conciliación la calidad de "título de ejecución" (artículo 18 Ley de Conciliación) es cosa distinta. En la conciliación intraprosesal la composición del conflicto lograda por acuerdo entre las partes sí es productora de cosa juzgada, única y exclusivamente, porque es aprobada por el juez.